

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL DOUTORADO**

**HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA**

**IRREVERSIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO PROCESSO CIVIL E  
SUA INCONSISTÊNCIA METAFÍSICA:  
AMPLIAÇÃO E RELEITURA EM FACE DE *STANDARDS* DE RACIONALIDADE  
HERMENÊUTICO-FILOSÓFICOS EM PROL DE UMA JURISDIÇÃO COM FINS  
DEMOCRÁTICOS**

**SÃO LEOPOLDO**

**2019**

HILBERT MAXIMILIANO AKIHITO OBARA

**IRREVERSIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO PROCESSO CIVIL E  
SUA INCONSISTÊNCIA METAFÍSICA:  
AMPLIAÇÃO E RELEITURA EM FACE DE *STANDARDS* DE RACIONALIDADE  
HERMENÊUTICO-FILOSÓFICOS EM PROL DE UMA JURISDIÇÃO COM FINS  
DEMOCRÁTICOS**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

São Leopoldo  
2019

O12i Obara, Hilbert Maximillano Akihito  
Irreversibilidade nas tutelas de urgência do processo civil e sua inconsistência metafísica: ampliação e releitura em face de standards de racionalidade hermenêutico filosóficos em prol de uma jurisdição com fins democráticos. / Hilbert Maximillano Akihito Obara -- 2018.  
651 f. ; 30cm.  
Tese (Doutorado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.  
Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.  
1. Processo civil. 2. Pós-positivismo. 3. Jurisdição democrática. 4. Standards de racionalidade hermenêutico-filosóficos. 5. Tutela - Urgência - Processo civil. 6. Irreversibilidade. I. Título. II. Ribeiro, Darci Guimarães.

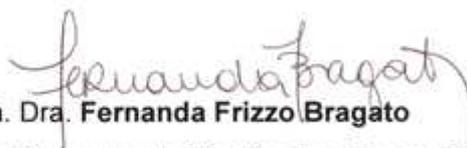
CDU 347.9

Catálogo na Publicação: Bibliotecário Eliete Mari ~~Donato~~ Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: "IRREVERSIBILIDADE NAS TUTELAS DE URGÊNCIA DO PROCESSO CIVIL E SUA INCONSISTÊNCIA METAFÍSICA: ampliação e releitura em face de standards de racionalidade hermenêutico filosóficos em prol de uma jurisdição com fins democráticos", elaborada pelo doutorando **Hilbert Maximiliano Akihito Obara**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 18 de dezembro de 2019.

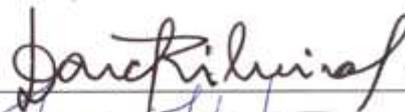


Profa. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

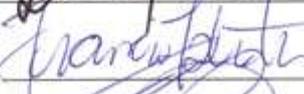
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



Membro: Dr. Francisco José Borges Motta



Membro: Dr. William Santos Ferreira



Membro: Dr. Marco Félix Jobim



Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Dedico este trabalho para a minha família, em especial, para os meus pais, Shigueru Obara e Isabel Yoshiko Obara, aos meus filhos, Iasmim, Leonardo e Isabela e para minha esposa Bárbara Obara.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, que sempre foram meu porto seguro, oferecendo amor incondicional, principais responsáveis pelos rumos da minha trajetória acadêmica e profissional.

Aos meus filhos e minha esposa, amores da minha vida, pelo apoio e compreensão pela ausência. O horizonte futuro está em vocês.

Aos meus irmãos Francis Obara e Igor Obara, que apesar da distância sempre estão comigo.

Ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro pela acolhida, desde o primeiro contato, pela segura orientação, pelo respeito às ideias e amizade.

A todos os professores do PPGD pela oportunidade de estudo, aprofundamento e diálogo. Aos funcionários pela competência e simpatia demonstrada em todas as ocasiões.

Aos colegas, amigos professores e alunos pelas interações sempre enriquecedoras.

## RESUMO

São incessantes e inegáveis as transformações sociais e jurídicas. A sociedade vive uma crise pós-moderna que possui variados aspectos intimamente relacionados com a crise do Processo Civil. Na identificação da faceta da crise do Processo Civil, há a necessidade de investigar a evolução social, especialmente em relação às formas de organização política, para permitir o delineamento da sociedade hodierna e do perseguido fim democrático. Ato contínuo, primordial é a revelação do aprisionamento jurídico dogmático positivista à filosofia da consciência, baseada na relação sujeito-objeto, como se o “mundo do direito” pudesse ser tido de forma apartada do jurista, para passar a admitir a superação pela hermenêutica filosófica, nesse passo, com o círculo virtuoso hermenêutico, pressupondo a relação sujeito-sujeito, baseada no pertencimento do jurista. No desenvolvimento da tese há, portanto, a aproximação entre Direito, Sociologia e Filosofia, capaz de revelar óbices cientificistas. Tais obstruções, antes de trazer qualquer resultado jurídico/social relevante, acabam por criar empecilhos práticos, especialmente em face de sua inconsistência fenomenológica. Necessária, assim, é a ultrapassagem da reconfortante ilusão metafísica/jurídica de modo a alcançar uma jurisdição efetiva e democrática. Os referidos pressupostos permitirão uma análise desconstrutivista dentro do Processo Civil consubstanciado em uma matriz analítica acrítica. De forma mais específica, a descoberta de que a exigência da irreversibilidade, como requisito negativo para a concessão de tutelas de urgência, presente legislativamente tanto no Código de Processo Civil de 2015 quanto no Código de Processo Civil de 1973, defendido por boa parte da doutrina e da jurisprudência, não é fenomenologicamente admissível. Em sendo assim, a sua admissão em nosso ordenamento jurídico decorre de um cientificismo estéril próprio do positivismo jurídico, amparado pela filosofia da consciência, que muito bem atendia aos anseios liberais-iluministas, mas que não são mais adequados ao pós-positivismo, calcado na hermenêutica-filosófica, desatendendo ao objetivo de uma jurisdição democrática constitucional.

**Palavras-chave:** Pós-positivismo. Jurisdição democrática. Standards de racionalidade hermenêutico-filosóficos. Tutelas de urgência no Processo Civil. Irreversibilidade.

## ABSTRACT

There are incessant and undeniable as social and legal transformations. A society lives a postmodern crisis that has several aspects closely related to a Civil Process crisis. In identifying the facet of the Civil Process crises, there is a need to investigate social evolution, especially in relation to the forms of political organization, to allow or delineate today's society pursued by democratic ends. Thereafter, primordial act is a revelation of the positivist dogmatic juridical imprisonment of the philosophy of conscience, based on object-subject relationship, as if the "world of law" could be viewed separately from the jurist, in order to admit an overcoming by philosophical hermeneutics, in the step, with the hermeneutic virtuous circle, presses a subject-subject relationship, based on jurist belonging. In their development, there is, therefore, an approximation between Law, Sociology and Philosophy, capable of revealing scientific evidence. Such obstructions, before bringing any relevant legal/social outcome, end up creating practical obstacles, especially in the face of their phenomenological inconsistency. Necessary, therefore, is to overcome the metaphysical/legal illusion in order to achieve effective and democratic jurisdiction. The assumptions allow to allow a deconstructivist analysis within the Civil Process embodied in an uncritical analytical matrix. More specifically, a finding that irreversibility, as a negative requirement for the granting of urgent relief, is legislative in both the 2015 Civil Procedure Code and the 1973 Civil Procedure Code, defended by much doctrine and case law, isn't phenomenologically permissible. As such, his admission to our legal system stems from a specialist in legal positivism, compared by the philosophy conscience, who very well attends to enlightened liberal analysts, but who are no longer assisting post-positivism, calculated in philosophical hermeneutics, disregarding the objective of a constitutional democratic jurisdiction.

**Keywords:** Postpositivism. Democratic Jurisdiction. Hermeneutic-philosophical patterns of rationality. Emergency relief in civil proceedings. Irreversibility.

## SUMÁRIO

<b>1 – INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAP 2 - PRESSUPOSTOS POLÍTICOS E SOCIAIS PARA O DESVELAMENTO DOS PREJUÍZOS AUTÊNTICOS E INAUTÊNTICOS NO PROCESSO CIVIL DE CUNHO DEMOCRÁTICO.....</b>	<b>19</b>
<b>2.1 Desdobramentos alicerçadores do Medievo – Descentralização e concentração de poder na formação do Estado Nação.....</b>	<b>32</b>
<b>2.2 Aspectos fundamentais do período iluminista – A herança imprescindível para o porvir democrático.....</b>	<b>60</b>
2.2.1 Origem do Estado de Direito – A aposta liberal na cientificidade, codificação e isonomia da lei.....	79
2.2.2 Consolidação dos direitos subjetivos – corolário da ideologia liberal.....	102
2.2.3 Processo de constitucionalização escrita dos Estados – Inauguração de novas possibilidades .....	130
<b>2.3 Amarras dos embates axiológicos/políticos - pressupostos importantes para as expectativas democráticas.....</b>	<b>148</b>
2.3.1 Adoção de concepções sociais – incremento de responsabilidades estatais.....	163
2.3.2 Perspectivas pós-modernas – Descortinamento de escudos do Capitalismo excludente na persecução de fins democráticos.....	167
<b>2.4 Processo e Jurisdição – Imbricações das exigências sociais e democráticas.....</b>	<b>181</b>
2.4.1 Possibilidades políticas extremadas - limites para a atuação judicial .....	189
2.4.2 Revelação da abertura antidemocrática – do autoritarismo do monarca ao solipsismo judicial.....	197
<b>CAP 3 – PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NO COMBATE DA CRISE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: STANDARDS DE RACIONALIDADE NA DESCONSTRUÇÃO DE ÓBICES POSITIVISTAS DO DIREITO PROCESSUAL.....</b>	<b>208</b>

<b>3.1 O nível anterior da hermenêutica filosófica como pressuposto para o fornecimento de standards de racionalidade no Direito e no processo.....</b>	<b>208</b>
3.2 Direito natural e positivismo – A ostensiva ultrapassagem do objetivismo legalista.....	224
3.2.1 Evolução do direito natural – admissão da correção extrínseca do Direito.....	254
3.3 Os métodos interpretativos e o positivismo – A velada admissão do subjetivismo judicial.....	274
3.3.1 A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica filosófica – Inadmissibilidade do positivismo e sua concepção da interpretação como instrumento positivista diante dos fins colimados.....	300
3.3.2 Credulidade metafísica no Direito – o véu desvelado do subjetivismo no positivismo.....	317
3.4 O pós-positivismo jurídico – Hermenêutica-filosófica e constituição democrática.....	335
3.4.1 A proposta pós-positivista – Resposta constitucional e democrática do Direito.....	355
3.4.2 Possibilidades jurídicas pós-positivistas – Combate à crise do processo.....	371

**CAP 4 – DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO E DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL – COMPREENSÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA.....381**

<b>4.1 Aspectos relevantes do desenvolvimento histórico/político/jurídico processual e suas imbricações no sistema brasileiro – Modelo continental e anglo-americano .....</b>	<b>382</b>
4.1.2 O processo e os poderes judiciais em face das transformações sociais/políticas/jurídicas.....	401
<b>4.2 Panorama do desenvolvimento das Tutelas de Urgência – Do Direito Romano ao Direito Nacional Contemporâneo.....</b>	<b>416</b>
4.2.1 O berço das tutelas de urgência no Direito Romano e Medieval – Institutos importantes para a compreensão das tutelas de urgência na atualidade.....	416
4.2.2 O tratamento legislativo das tutelas de urgência no Brasil - Das ordenações ao código de processo civil de 2015.....	427

4.2.3 Tutelas de urgência e as amarras da Modernidade – Superação em prol do objetivo constitucional e democrático.....	437
4.2.3.1. A (não) preventividade do juízo declaratório – Pressuposto engessante da cognição exauriente.....	437
4.2.3.2. A preventividade em cognição sumária – Desnudamento da insubsistência do juízo de certeza de pretensão liberal em benefício constitucional democrático.....	449
4.2.3.3. O sincretismo nas tutelas de urgência – Técnicas para a superação do modelo procedimental moderno.....	464

**CAP 5 – O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DA (IR)REVERSIBILIDADE – CONEXÕES POLÍTICAS/FILOSÓFICAS/JURÍDICAS ..... 473**

**5.1 O reflexo do desenvolvimento jurídico e político europeu na produção legislativa atinente ao processo civil brasileiro – Formação do quadro propício para a previsão legal da irreversibilidade .....473**

5.1.1 A origem da (ir)reversibilidade no Direito Comparado – Premissas ultrapassadas na concepção da irreversibilidade impeditiva da análise do mérito.....487

5.1.2 A recepção da (ir)reversibilidade no ordenamento jurídico brasileiro – Crítica ao sentido do retorno ao *status quo*.....495

5.1.3 O quadro atual da (Ir)reversibilidade no Direito Pátrio – Ultrapassagem da teoria da irreversibilidade recíproca para o aprofundamento de soluções preventivas e reparatórias.....506

**5.2 O processo constitucional democrático – Incompatibilidade com a reversibilidade em face da abertura para o arbítrio judicial..... 521**

**5.3 Vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos – Desvelamento da armadilha impeditiva de uma tutela de urgência com coerência e integridade.....536**

**6 – CONCLUSÃO.....564**

**REFERÊNCIAS .....646**

## 1 - INTRODUÇÃO

A tese tem como ponto nevrálgico o tema da irreversibilidade como requisito negativo das tutelas de urgência no Processo Civil. Importante consignar, desde já, que o trabalho não é realizado no sentido de propagar uma não utilização das tutelas de urgência ou da técnica antecipatória, mas ao contrário, são defendidas como importante instrumento jurídico democrático no combate da crise do Direito e do Processo<sup>1</sup>. Portanto, é buscado um afinamento do chamado requisito negativo da irreversibilidade. Não é sugerido um rigorismo exacerbado na análise do referido requisito e, muito menos, uma análise superficial, pois é questionada, inclusive e precipuamente, a utilidade de sua admissibilidade na proposta de um Direito e Processo Civil consentâneos aos anseios democráticos e constitucionais.

As tutelas de urgência cumprem papel cada vez mais destacado no Processo Civil e no Direito, na medida em que se constituem em um dos trunfos no combate à crise jurídica vivenciada na atualidade. A ordinaryness do Processo do paradigma liberal-burguês, visto como instrumento apto a alcançar a verdade, amparada na metafísica ontológica da relação sujeito-objeto, a permitir tutelas puramente pecuniárias, ressarcitórias convertidas em pecúnia, deve ser cada vez mais esvaziada. Nos moldes prescritos para a atualidade da nossa tradição do Direito Continental, de acordo com o que estabelece o art. 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil, há de ser consolidada a preferência pela tutela específica<sup>2</sup>, da forma como permitem as tutelas de urgência, de forma preventiva, tanto para os direitos individuais quanto para os difusos, sem prejuízo, inclusive da ampliação de

---

<sup>1</sup> Crise que está relacionada especialmente à inadequação do Direito e do Processo a vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos, com a superação da relação sujeito-objeto, bem como às ressignificações constitucionais e democráticas exigidas pela sociedade atual. Sobre essa exigência ver a propósito BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>2</sup> ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino; COSTA FILHO, Venceslau Tavares: "Paradoxalmente, sob o argumento da proteção da vontade do indivíduo terminava-se por impor ao exequente uma prestação diversa da que havia sido desejada por ele inicialmente. Daí que vive-se hoje uma transição do paradigma "voluntarista" (ou liberal) para o da tutela jurisdicional específica, relacionado com as demandas sociais contemporâneas por um processo mais justo e efetivo. Assim, a tutela específica aparece como instrumento adequado para assegurar ao cidadão a tutela da obrigação in natura, em vez de mera compensação financeira pelo descumprimento. Fala-se, então, na "existência de um verdadeiro princípio da primazia da tutela específica". In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 1ª ed. Saraiva. São Paulo, 2016. p. 704.

hipóteses de utilização da técnica antecipatória, contribuindo para a celeridade e efetividade jurisdicional desejada pela sociedade na atualidade. Disso surge a importância da temática do estudo da (ir)reversibilidade, pois trará novas luzes sobre a compatibilidade da exigência legal ou permitirá a revelação da sua inconsistência.

O texto legal exige, para a concessão da tutela de urgência antecipada, a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, no parágrafo 3º, art. 300 do Código de Processo Civil vigente. A mesma disposição constava do parágrafo 2º, art. 273, do Código de Processo Civil revogado de 1973. Em que pese haja previsão textual legislativa da exigência da reversibilidade no Código de Processo Civil de 2015 há de ser realizada uma pesquisa sobre a origem e o contexto social, político e jurídico envolvido, de modo a permitir a conclusão sobre a sua adequação e utilidade para o ordenamento jurídico contemporâneo, sempre atento à condição de possibilidade hermenêutica-filosófica e seus vetores de racionalidade. A propósito, é necessário averiguar se: a) os referidos vetores revelarão a ausência ou presença de congruência fática da exigência legal da reversibilidade; b) a presença ou ausência de congruência fática do termo seria reveladora de uma construção racional e jurídica importante ou espelhará um paradigma jurídico não mais aceitável de acordo com o objetivo democrático perseguido no processo por intermédio da tese; c) a terminologia traria uma abertura semântica facilitadora do solipsismo judicial; d) em sendo facilitadora do solipsismo, adentrando no tema da atuação judicial, haveria (in)compatibilidade constitucional e democrática. De qualquer forma, a investigação seria permissora do eventual reconhecimento da compatibilidade da reversibilidade ao ordenamento jurídico atual, com a validação ou não da produção científica produzida até o momento. Na hipótese de a pesquisa atestar a incompatibilidade haverá de ser analisada a medida de aproveitamento e superação da doutrina jurídica processual. Tudo isso em prol do aprimoramento da jurisdição, tornando-a mais adequada às expectativas sociais de celeridade e efetividade, aptas a combater a crise do Direito e do processo, com o que cumpre seu papel constitucional e democrático. Há, destarte, o desafio de implementar uma nova compreensão na temática da (ir)reversibilidade, baseado em parâmetros que vão além do direito processual, afeiçoado às exigências constitucionais, que tem na condição de possibilidade hermenêutico-filosófica, na compreensão, interpretação e aplicação como processo unitário, o indissociável vínculo entre Processo, Estado e Constituição, com o que é abandonada a visão objetiva e exclusivamente técnica do Processo de

origem positivista, liberal e iluminista.

Uma das linhas basilares do estudo parte, desse modo, da premissa de uma indissociável imbricação social, política e jurídica, para, conseqüentemente, alcançar respostas aprofundadas e críticas no processo civil. Não se está com isso, contudo, reconhecendo que o político, o histórico ou social tenham prevalência sobre o Direito, mas sim que o Direito é um fenômeno social amalgamado a todos os demais. Não pode o processo civil ser, portanto, indiferente ao desenvolvimento cultural humano, muito pelo contrário, de acordo com o referido desenvolvimento não pode deixar de haver a busca incessante do seu aperfeiçoamento, ao mesmo tempo, e, em razão disso, lutando, a partir do Direito, do processo, contra retrocessos jurídicos, políticos e sociais. Na presente tese há a busca de novas luzes sobre uma questão posta em lei, considerada pela doutrina e pela jurisprudência, mas que alcança uma nova significação a partir das premissas hermenêutico-filosóficas, políticas e sociais introduzidas na tese.

A afetação política e social é permissora do diagnóstico da crise do Direito e do Processo. O combate passa pelo reconhecimento de que o Direito é transformador da realidade social, não podendo ser tido como pronto e acabado, pois está em constante mutação e aperfeiçoamento, de modo a permitir, através dele, a concretização dos objetivos constitucionais e democráticos. Os referidos fins são possíveis através de uma jurisdição democrática a ser delineada por meio de elementos sociais e políticos integrantes do contexto atual, não de forma compartimentada, mas sim como reflexo da Modernidade e de modelos sociais anteriores, bem como da influência dos diversos modos de preponderância política que lhes caracterizaram (social, liberal, autoritária, eclesiástica, feudal, medieval, etc). Sem perder de vista que o processo e os procedimentos, peculiarmente, são aptos a refletir os interesses políticos dominantes em determinada época, mas que há uma justiça substantiva, onde nem todos os valores sociais são passíveis de negociação, componentes de um núcleo duro democrático, adquirido historicamente com sacrifício, a duras penas. O compromisso constitucional e democrático reside, assim, no resgate social e jurídico passado, nunca como tarefa pronta e acabada, mas sempre de olhos no porvir, com responsabilidade para o futuro, preocupado com incessantes ajustes e reajustes de toda ordem, inclusive, como no trabalho, no campo de estudo do Processo Civil.

O aprofundamento social e político vai no sentido da fuga do artificial e do superficial, que é tida, a propósito, como característica marcante da sociedade atual,

de acordo com a exigência de uma tese, procurando, contudo, não ganhar uma amplitude exagerada, com o que, no foco primordial democrático, a pesquisa será limitada aos componentes necessários para o delineamento da jurisdição democrática perseguida. Tudo de modo a demonstrar a complexidade que subjaz sobre a questão da reversibilidade nas tutelas de urgência, revelando e rechaçando premissas acrílicas, argumentos desarrazoados, perfunctoriamente racionalizados, ensejadoras de construções superficiais e/ou inautênticas, presentes na doutrina e na jurisprudência que acabam tidas como dogmas. O direcionamento democrático dado está na demonstração de criações de origem obscura, arbitrárias, que acabam sendo impostas pela doutrina e jurisprudência e aceitas irrefletidamente pelos demais juristas, sobre a questão da reversibilidade, alcançando novas luzes e outros ângulos de visão, permitindo a tese, de forma a buscar a adequada resposta jurídica, condizente com os anseios sociais, democráticos e de acordo com a Constituição, revelando e rechaçando a fala ilegítima.

A tese reconhece a autonomia do Direito, a importância das construções racionais jurídicas e buscará estabelecer o quanto foi empregado disso na previsão da reversibilidade. Se há um fundamento jurídico pós-moderno ou se decorre de um cientificismo estéril indesejável. No caso do desvelamento do artificialismo inútil há de ser buscada a sua origem, a justificativa para a sua implementação em um código processual tão recente como é o atual. Então, haverá o adentramento na evolução jurídica, em especial, será trabalhada a crítica ao positivismo, da quimera do Direito engessado na legalidade estrita, do liberalismo clássico e seu contraponto primeiro baseado no direito natural, a partir do que será possível verificar que o positivismo sempre oscilou entre duas possibilidades, durante todo o seu desenvolvimento, da paralisia objetificante legalista ao solipsismo judicial. Tudo isso, sem negar a importância histórica do positivismo, sobretudo no âmbito do fortalecimento da concepção de Estado de Direito, na consolidação dos direitos subjetivos, no combate às arbitrariedades governamentais, com o pressuposto inicial do legalismo estrito, na aposta de que a lei seria objetiva, geral e isonômica, dentre outros. Contudo, em face de uma perspectiva pós-positivista despe a sua hegemonia na atualidade, com a ultrapassagem da correspondência limitativa entre lei e Direito, permitindo uma construção jurídica muito mais ampla e complexa na busca da norma individual do caso concreto, quando há singular preocupação com o atendimento da Constituição e suas promessas democráticas descumpridas, fazendo aumentar a esperança na

formação/consolidação de um Estado Democrático de Direito.

De outra banda, a autonomia do Direito da vertente pós-moderna perseguida é diversa da autonomia positivista clássica liberal-iluminista-burguesa, onde a indiferença social e política não permitia o diagnóstico de qualquer crise do Direito e do Processo. Lá havia uma autonomia imobilizante do Direito, bem diversa da autonomia sugerida na tese, de ordem vanguardista e progressista no Direito. A autonomia positivista, como dito, era paralisante, só permitindo o movimento por meio do solipsismo. Daí surge a necessidade de aferição e exposição da vinculação da reversibilidade com o positivismo. Em uma alternativa positivista paralisante, derivada das concepções objetificantes da linguagem, é possível extrair a obstrução das tutelas de urgência e na outra, do subjetivismo filosófico, da matriz positivista amparada na filosofia da consciência, a possibilidade de concessões arbitrárias. Enquanto que na perspectiva pós-positivista é buscada uma nova percepção a respeito do tema da (ir)reversibilidade de modo a instrumentalizar o combate à crise do Direito, em especial no Processo Civil, tornando legítima a proposta de ultrapassagem jurídica e constitucional do liame positivista, em quaisquer de suas possibilidades metafísicas, vinculadas à relação sujeito-objeto, em prol dos anseios democráticos da sociedade hodierna, a partir da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica.

Sabido que parte da doutrina e da jurisprudência nacional, sob enfoques diversos, debatem a respeito do assunto da (ir)reversibilidade. Ocorre que os trabalhos realizados acabam não sendo balizados na perspectiva pós-positivista adotada. Então, considerando o panorama pós-positivista defendido, tendo-o como paradigma adequado para a hodiernidade, é possível produzir uma reflexão crítica original, com uma pretensa profundidade ainda não verificada no tópico da (ir)reversibilidade. Em face da ausência disso, preponderando no ordenamento jurídico nacional o positivismo jurídico, serão verificadas as consequências dos argumentos favoráveis e contrários produzidos sobre a questão da irreversibilidade, de modo a permitir a conclusão sobre a conveniência ou não da manutenção do olhar positivista no Direito sobre o tema referido. Se a produção jurídica doutrinária e jurisprudencial são aptas, ou não, para combater a crise do Direito, se permitem o realinhamento do plano jurídico, especialmente do processo civil, aos sistemas social e político. Se há racionalidade jurídica constitucional e democrática na construção advinda da distinção de compreensão, interpretação e aplicação e na busca do descobrimento do significado da lei. Ou se, por outro lado, com a condição de

possibilidade hermenêutica-filosófica, é possível verificar que a ausência de correspondência física fenomênica da reversibilidade introduzida no texto legal é geradora de uma aporia jurídica. E, conseqüentemente, se a aporia não acaba sendo impeditiva da concessão das tutelas de urgência ou propiciadora da atribuição arbitrária de sentidos pelo julgador na análise dos casos.

Na análise do enfoque positivista sobre a questão da (ir)reversibilidade não é possível fugir da tônica do protagonismo judicial, das soluções predatórias do Direito, ocasionadoras de múltiplas respostas, não raro, divergentes. Há também que ser visto o positivismo estagnante e a conveniência, ou não, da manutenção do jurista em sua zona de conforto, em seu "*mundo jurídico*". Ou, por outro lado, se deve ser priorizada a segurança jurídica, a autonomia do Direito, sem impedir, mas, muito pelo contrário, fomentando o progresso do Direito, buscando respostas jurídicas racionais aprofundadas, recolocando os operadores jurídicos e, em especial, o julgador, no "mundo da vida", no mundo prático, fazendo com que (re)tomem a consciência da responsabilidade social que possuem, de acordo com a perspectiva pós-positivista sugerida, em especial, o acontecer hermenêutico-filosófico em relação aos chamados efeitos reversíveis. Empenho que tem por fim a verificação de qual das propostas seguem realmente a senda constitucional e democrática.

No desenvolvimento do trabalho foram produzidos quatro capítulos, de modo que cada um deles tem objetivo específico a ser somado à tese. No primeiro capítulo, há a admissão de um marco inicial pautado na organização medieval, passando para o período moderno e, finalmente no pós-moderno. No período medieval há destaque para o modelo político feudal, imediatamente anterior à formação do Estado, passando para os governos autoritários, liberais, sociais e democráticos, produzidos na sequência do período moderno e pós-moderno. Nessa empreitada, de passagem e ultrapassagem de significantes elementos históricos, culturais, políticos e jurídicos, tem relevo o obscurantismo medieval, a sua ultrapassagem pelo paradigma iluminista, com a origem do Estado de Direito, bem como os seus principais reflexos sociais e imbricações com outros paradigmas diversos do viés social e democrático pós-moderno. Em especial, a identificação do Iluminismo como gerador do positivismo jurídico, qualificado, ora, pelo imobilismo, ora, pelo subjetivismo. De sorte que permita uma crítica aprofundada a elementos não mais admissíveis na hodiernidade e permita proposições em prol da garantia do futuro democrático, sem deixar de reconhecer os pressupostos para o presente e para o porvir almejado.

Será buscado o fundamento de validade do delineamento da fonte política social caracterizadora de cada um dos marcos através de passagens históricas, de modo a reconhecer o espelho do Direito ali refletido, almejando alcançar o contomo dos principais elementos axiológicos a serem tutelados no Direto Processual da sociedade pós-moderna. Para alcançar a extensão dos referidos aspectos no Direito pátrio haverá o registro específico do movimento codificador francês, que teve espaço de abertura nos movimentos revolucionários contra monárquicos, do pandectismo alemão, infirmado a partir da racionalidade histórica e da “*Common Law*” do direito inglês, uma vez que decorrente do sincretismo precípua das referidas tradições. Em vista disso, há o intuito de desvelar a contribuição de ambas as tradições para o ordenamento jurídico nacional, bem como, se essas influências produziram um sistema mais avançado ou se ainda, apesar de tudo, continua havendo um aprisionamento ao positivismo, à ideologia iluminista/moderna, e o quanto isso contribui para a melhora ou perda da funcionalidade dos institutos jurídicos, mormente, no caso, para as tutelas de urgência.

No segundo capítulo, dentro do ambiente de abertura do primeiro capítulo, haverá a identificação da instalação do positivismo jurídico, em suas variadas formas, mas tendo por base um rigor pandectista, com valorização da “*interpretação da lei*”, tendo-a como um objeto dado, apto a emitir significações a partir de uma análise sintático-semântica, próprio da concepção aristotélica-tomista, especialmente do tomismo da segunda escolástica. Nesse contexto da preponderância metafísica, da relação sujeito-objeto, imanente na cultura iluminista, deságua no âmbito jurídico, na aproximação do Direito às ciências exatas, onde a proposta é a de alcançar interpretações técnicas corretas, com base no modelo dedutivo-subsuntivo. Corolário disso, não é possível admitir qualquer crítica fundada na insuficiência/deficiência do Direito em face do desatendimento de fins sociais e políticos que são tidos como indiferentes ao Direito. A insuficiência dessa espécie de positivismo inicialmente instalado permitiu a instauração de uma outra concepção positivista cartesiana, decorrente de uma acepção guiada pela filosofia da consciência, que apostava no subjetivismo como forma de superar a insuficiência da lei. Surgem, daí, os contornos positivistas produtores de um “*entrelaçamento*” antidemocrático. Então, a partir da viragem linguística, da admissão da hermenêutica-filosófica, passando a admitir a relação sujeito-sujeito, onde a interpretação passa a ser fusão de horizontes e não técnica para alcançar o sentido correto da lei, é de ser alcançado um alinhamento a

uma proposta pós-positivista mais consentânea com os interesses sociais e com o objetivo constitucional democrático, permissiva da crítica social e política. Tudo isso para rechaçar o paradigma objetivista do Direito instalado no Brasil, onde a pretensão é esgotar o sentido da lei ou permitir o subjetivismo, de modo a ensejar uma crítica ao requisito da irreversibilidade das tutelas de urgência, no processo civil, fundada no propósito democrático.

No terceiro capítulo, as premissas anteriores estabelecidas permitirão a caracterização de um descompasso entre o nosso direito (processo), os interesses sociais da Contemporaneidade e os fins democráticos. Serão investigadas as influências do modelo continental e anglo-americano no Direito brasileiro, especialmente no Processo Civil e na atuação judicial, de modo a permitir a identificação da presença tardia de uma ideologia jurídica alienante, onde o cientificismo improdutivo, atento aos ideais iluministas, teve papel preponderante. Corolário disso, o Direito, o Processo, a técnica processual e a tutela jurisdicional são concebidos, mantidos e aplicados acriticamente. O *establishment* dificulta o repensar do processo e dos institutos que lhe são inerentes, posto que concebidos como verdades racionais incontestáveis e, portanto, pretensamente eternas. Há, então, o esforço de identificar e ultrapassar a ideologia liberal, o paradigma da filosofia aristotélica-tomista, bem como da filosofia da consciência, produtoras do positivismo jurídico para passar a admitir um Direito e um Processo preocupados com a “*força da vida*”, aptos, desse modo, a ter fins democráticos. Para tanto, como destacado, as tutelas de urgência são instrumentos processuais muito promissores. Então, serão trabalhados o nascimento e o desenvolvimento, a produção legislativa no Brasil, vínculos políticos, de modo a estabelecer o papel democrático das tutelas de urgência, permissor da ultrapassagem do modelo moderno de processo. Será tratada da ordinariedade do processo e da técnica antecipatória das tutelas de urgência, perquirindo sobre a conveniência da manutenção do arquétipo da “*segurança jurídica*” decorrente da *verdade* perseguida pelo *método* do processo ou da instauração de um novo modelo de processo guiado pela busca de concretização célere de interesses individuais e transindividuais, tendo como principal virtude a sua qualidade preventiva para a apuração daquele que melhor atende aos anseios constitucionais e democráticos. Em sendo constatada a opção pela técnica antecipatória e preventiva, presente nas tutelas de urgência, haverá um redimensionamento prestigioso de uma eventual desobstacularização à sua efetividade, através de *standards* de

racionalidade hermenêutico-filosóficos, ao que pode estar figurando acriticamente ou com fundamentos não mais apropriados para a atualidade do sistema jurídico brasileiro, em dispositivo legal, construção doutrinária e jurisprudencial, indo ao encontro dos propósitos constitucionais e democráticos.

No último capítulo, em face dos capítulos anteriores, será possível identificar a consistência ou a vaporosidade da imposição legislativa da reversibilidade. Destarte, será essencial a investigação sobre a origem da (ir)reversibilidade, a recepção legislativa nacional, identificando no atual texto legal do Código de Processo Civil a exigência, para a concessão da tutela de urgência antecipada, da ausência de irreversibilidade dos efeitos da decisão, em seu parágrafo 3º, artigo 300. Em seguida, haverá o debruçamento sobre a doutrina e jurisprudência, de forma que, à luz das premissas sociais e filosóficas, seja permitida uma crítica inovadora. O exame da reversibilidade, mais especificamente em relação ao sentido do retorno ao *status quo ante* parte da identificação da exigência ou não da busca de uma aproximação fenomenológica, se há relação do tema com a dicotomia “*mundo do direito*” e “*mundo da vida*”, de modo a estabelecer a incerta conveniência de manutenção ou ultrapassagem da exigência legal. Nessa tarefa, com o intuito de otimizar a utilização do instituto das tutelas antecipadas, há de ser buscada a origem, as classificações e demais construções jurídicas, revelando a consistência das mesmas ou se foram criadas aporias jurídicas, que depõem contra a efetividade das tutelas de urgência. Haverá um exame pormenorizado da influência da pauta positivista do “*já dado desde sempre*” para a questão da irreversibilidade, buscando por meio de *standards* de racionalidade filosóficos novas luzes sobre a inconsistência fenomenológica da exigência legal. Trabalhando com Heráclito, com o postulado de que ninguém se banha no mesmo rio duas vezes, com Wittgenstein, na sua visão da linguagem como abertura de mundo, com Gadamer, no seu círculo virtuoso, e em Heidegger, desde o choque inicial com o título de sua mais conhecida obra “*Ser e Tempo*”, onde não se pode negar a condição de possibilidade filosófica advinda do tempo, será inspecionada a criação doutrinária e jurisprudencial que passa ao largo das referidas constatações filosóficas e o quanto isso pode prejudicar ou não a utilização do importantíssimo instrumento democrático das tutelas de urgência, ressaltado no capítulo anterior.

O escrito tentará instigar o jurista a abandonar o conforto que lhe é dado pela admissão da separação do “*mundo da vida*” e do “*mundo do direito*”, pela

cientificidade, para passar a admitir respostas socialmente, politicamente e juridicamente responsáveis, inserindo o mundo jurídico no mundo prático. Nomeadamente, para o juiz, é destacada a sua responsabilidade social, lembrando-o de que as decisões sobre tutelas de urgência, normalmente, desencadearão, no contexto fático atinente à controvérsia, efeitos irreversíveis, quer tenha havido o julgamento de deferimento, indeferimento ou deferimento parcial, não há como desconsiderar a inevitabilidade da força da vida, conclamando-o a uma decisão responsável, o que importa em decidir com racionalidade jurídica, de forma transformadora e progressiva, de acordo com os parâmetros democráticos e constitucionais, nos limites do Direito.

## CAP 2 - PRESSUPOSTOS POLÍTICOS E SOCIAIS PARA O DESVELAMENTO DOS PREJUÍZOS AUTÊNTICOS E INAUTÊNTICOS NO PROCESSO CIVIL DE CUNHO DEMOCRÁTICO

O enfrentamento proposto no capítulo está centrado no destaque da questão social, política e jurídica do medievo, da modernidade e contexto atual, sem ignorar os fluxos e contrafluxos, muito pelo contrário, ressaltando os pontos divergentes que acabam por identificar cada período à sua maneira. Tudo isso para alcançar proposições críticas concretizáveis no Direito, de acordo com a construção histórica intermitente do jurídico, político e social<sup>3</sup>, tendo a hermenêutica filosófica como condição de possibilidade<sup>4</sup>, na linha do pensamento de Damaska<sup>5</sup>. Há o interesse de, comungando com Habermas e Rawls, traçar um liame da democracia com uma justiça substantiva no Brasil, reconhecendo as singularidades da complexa sociedade brasileira da atualidade, de sua herança jurídica<sup>6</sup>, como resultados de um produto histórico.

O Brasil, como qualquer outro ambiente cultural e jurídico, é inevitavelmente

---

<sup>3</sup> GROSSI, Paolo: “<medieval> y <moderno>: dos mundos ligados por uma continuidad cronológica, pero marcados por una efectiva discontinuidad, que es efectiva porque las diferencias de las soluciones que adoptan descenden de fundamentos antropológicos radicalmente distintos. Portanto, trazer esta línea divisória ideal vendrá a acentuar la tipicidad aludida, y vendrá a resaltar las peculiaridades de la modernidad jurídica.” *In: Mitologia Jurídica de La Modernidad*. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Editorial Trotta. Madrid: Giuffrè Editore, Manuel Martínez Neira, 2003, p. 23.

<sup>4</sup> VALLESPÍN, Fernando: “Es decir para sociedades sujetas al fact of pluralism, que no pueden apoyarse ya sobre una única concepción del bien, o sobre la eticidad propia de una específica forma de vida cultural. Estas restricciones del objeto influyen también de modo decisivo en la naturaleza de los recursos racionales disponibles. Las demandas que se dirigen a la razón se restringen a lo que se considera que son los requerimientos mínimos del <pensamiento posmetafísico> (Habermas) o de la razón <política>, expurgada de consideraciones metafísicas> (Rawls). En ambos casos, la capacidad de pronunciamiento de la filosofía sobre las cuestiones de racionalidad moral se ve limitada por el carácter finito y balibilista de la razón, ciertamente reducida en su capacidad para poner orden o buscar sintonizar la pluralidad de sus voces, por parafrasear una expresión habermasiana.” *In: Jürgen Habermas John Rawls. Debate Sobre El Liberalismo Político. Pensamiento Contemporáneo. Colección dirigida por Manuel Cruz. Barcelona - Buenos Aires – México Paidós. I>C>E> de la Universidad Autónoma de Bardelona, 2000, p. 13.*

<sup>5</sup> DAMASKA, Mirjan. **I Volti della Gistizia e del Potere: Analisi Comparatistica del Processo**. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002. p. 41/42.

<sup>6</sup> BAPTISTA, Ovídio: “Nosso Direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõe-se ao comunitário, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria-prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno”. *In: Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

produtor de uma base valorativa e desenvolvimento peculiar, que não podem ser exatamente iguais às de outras comunidades<sup>7</sup>, constituindo elementos indisponíveis, a exigir modelo próprio de democracia<sup>8</sup>. Seria leviana a idealização de utilização de instrumentos importados para a obtenção do objetivo democrático, sem levar em consideração as diferenças das essências comunitárias. Não é exato que instrumentos sociais democraticamente eficazes de alguma comunidade necessariamente alcançarão o mesmo objetivo quando transpostos<sup>9</sup>. Nessa linha, Rehbinder afirma que o direito surge a partir da vida social, são os processos sociais permissores da regulação jurídica, destarte, partindo dessa premissa, há complexidades de fatores sociais locais que não podem ser ignorados, sob pena de falhar o instrumento a ser transposto<sup>10</sup>. O mesmo ocorre em relação às comunidades submetidas a modificações culturais e históricas. A cultura busca seu reflexo no Direito

---

<sup>7</sup> VALLESPÍN, Fernando, comentando posicionamento de Rawls: “La labor del filósofo va a consistir en intentar detectar cuáles son los valores que de hecho están presentes en la vida pública de una sociedad y que necesariamente deben ser reconocidos como tales tras un proceso de ajuste y reajuste continuo de nuestras intuiciones y principios morales (equilibrio reflexivo).” *In: Jürgen Habermas John Rawls. Debate Sobre El Liberalismo Político. Pensamiento Contemporáneo*. Colección dirigida por Manuel Cruz. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós. >C>E> de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2000, p. 20.

<sup>8</sup> VALLESPÍN, Fernando, ao comentar sobre a filosofia moral e política de Rawls e Habermas refere: “Esta disensión sobre los fundamentos de la racionalidad moral informará también de modo decisivo lo que Hegel consideraba que era el sustrato último de toda discusión de filosofía política: la necesidad de reconciliar subjetividad y generalidad; o si se quiere, individuo y comunidad. Cómo conseguir respetar la autonomía y los intereses individuales dentro de un concepto de comunidad capaz de trascenderlos e integrarlos a la vez? Es posible alcanzar este objetivo en una sociedad crecientemente diferenciada en la que predomina una pluralidad de convicciones morales, concepciones del bien, o modos de vida? Puede conseguirse a partir de la convergencia de dichos intereses sobre un conjunto de principios de la justicia sustantivos, o debemos contentarnos con un mero modus vivendi apoyado en una actividad política favorecedora de una permanente búsqueda de la negociación y el compromiso? De considerarse viable la primera opción, desde qué instancia hemos de extraer esos principios: desde la <eticidad> o Sittlichkeit inmanente a un determinado contexto histórico-social, o desde la construcción de un <punto de vista moral> que superponemos después contrafácticamente a la realidad concreta? Tanto Rawl como Habermas ofrecen respuestas similares a todas estas cuestiones. Dentro del amplio espectro de los posicionamientos posibles que se dan en la filosofía moral y política contemporánea combaten en el mismo frente. De ahí que este debate se presente como una <disputa de familia>, que hasta el momento se ha saldado – a mi juicio – sin <vencedor> ni <perdedor> claro. Veamos primero sus puntos de acuerdo para a partir de ahí enlazar con las diferencias. Comenzaremos también por los aspectos más generales para afrontar después las cuestiones más específicas. Ambos autores comparten la confianza en poder sustentar una concepción pública de la justicia válida para las sociedades avanzadas contemporáneas”. *In: Jürgen Habermas John Rawls. Debate Sobre El Liberalismo Político. Pensamiento Contemporáneo*. Colección dirigida por Manuel Cruz. Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, >C>E> de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2000, p. 12-13.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Independientemente das respostas que possam ser oferecidas a esses questionamentos, parece claro que esse “ecumenismo jurídico” tem graves consequências no plano da operacionalidade. Por vezes, lidamos com mecanismos sem reconhecer neles o efetivo traço histórico que os conformou”. *In: Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29.

<sup>10</sup> REHBINDER, Manfred. *Sociología del Derecho*. Madrid: Pirámide, 1981, p. 21-22.

e no Processo, mas também não deixa de ser afetada pelo Direito e pelo Processo. Há, então, um aperfeiçoamento constante nessa relação, que não pode dispensar uma atenção minuciosa recíproca<sup>11,12</sup>. Não sendo ignorado que desde a Grécia, em Sócrates e Platão, já é noticiada a luta baseada em um objetivismo ético substantivo contra o pensamento desagregador social, fundado nas premissas de alguns sofistas, onde a justiça está na subjetividade em detrimento da coletividade, na proteção do forte, onde é reconhecível um ceticismo entrópico<sup>13</sup>. Sem grande distanciamento do pensamento contemporâneo de Pinker, onde a entropia<sup>14</sup> é uma tendência fática e social<sup>15</sup>, mas há também a auto-organização possível<sup>16</sup>, que não ocorre

---

<sup>11</sup> BAPTISTA, Ovídio: “Este pendor pela “naturalização” das instituições processuais constitui propriamente o dogma. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social. Assim como as grandezas matemáticas não tem história, nem compromissos culturais, assim também imagina-se que a constelação de conceitos jurídicos com que laboram os processualistas possa servir a qualquer sociedade humana, em qualquer tempo, independentemente de suas peculiaridades culturais”. *In: Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

<sup>12</sup> CHASE, OSCAR G.: “A conclusão sugere a utilidade de minhas observações transculturais. Sustento que os formuladores de políticas que ponderam sobre mudanças relacionadas a um processo de solução de litígios não devem desconsiderar a capacidade de suas práticas de ressoar um sistema mais amplo de valores, de símbolos, de crenças e de instituições. Este não é um argumento contra a reforma, mas um apelo para a sabedoria em seu desenvolvimento”. *In: Direito, Cultura e Ritual. Sistemas de Resolução de Conflitos no Contexto da Cultura Comparada*. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 36.

<sup>13</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Discutindo com TRASÍMACO o significado da justiça, na República de Platão, Sócrates consegue impor aos seus ouvintes o argumento de que a definição de justiça feita por TRASÍMACO está “de cabeça para baixo”. Esta era em verdade a opinião refletida de SÓCRATES e do seu grande discípulo, PLATÃO (429 – 348 A.C.), sobre a maior parte dos ensinamentos dos sofistas: a de que eles haviam “invertido” a significação da verdade, e a de que o seu cepticismo e agnosticismo representavam um perigo para o bem-estar da sociedade e a harmonia da coletividade. O próprio SÓCRATES se impôs a tarefa de superar o subjetivismo e o relativismo dos sofistas, com a criação de um sistema ético substantivo baseado numa teoria de valores objetivamente verificados”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 20.

<sup>14</sup> PINKER, Steven: “O primeiro fundamento para compreender a condição humana é o conceito de entropia ou desordem, que nasceu da física do século XIX e foi definido em sua forma atual pelo físico Ludwig Boltzmann”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. p. 34.

<sup>15</sup> PINKER, Steven: “À primeira vista, parece que a lei da entropia ensejaria apenas uma história desoladora e um futuro deprimente. O universo começou em um estado de baixa entropia, o Big Bang, com sua concentração inimaginavelmente densa de energia. A partir de então, tudo degingolou, com o universo se dispersando – como continuará a fazer – em um mingau ralo de partículas distribuídas de maneira uniforme esparsa por todo o espaço. Na realidade, obviamente, o universo como o encontramos não é um mingau informe. Ele é animado com galáxias, planetas, montanhas, nuvens, flocos de neve e uma eflorescência de flora e fauna, que nos inclui”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. p. 37.

<sup>16</sup> PINKER, Steven: “Uma razão para o cosmo ser repleto de coisas interessantes é um conjunto de processos chamado auto-organização, que permite o surgimento de zonas de ordem circunscritas. Quando entra energia em um sistema e ele dissipa essa energia em seu resvalo para a entropia, pode adquirir uma configuração ordenada e até bela; esfera, espiral, galáxia *starburst*, rodaminho, onda, cristal, fractal. A propósito, o fato de acharmos belas essas configurações sugere que a beleza talvez não esteja apenas nos olhos de quem vê. A resposta estética do cérebro pode ser uma receptividade

espontaneamente, pois como visto, a regra é a da entropia, razão pela qual, impõe, no plano do progresso social, jurídico e processual um trabalho constante<sup>17</sup>. Não está muito distante disso a conclamação da luta pelo Direito<sup>18</sup>, especialmente contra uma predação extrínseca, que é um dos elementos basilares da tese. Assim, serão extraídas conclusões a respeito dos fins políticos/sociais e do modelo de Direito oriundo de cada passagem<sup>19</sup>, com atenção especial para o período liberal e suas interações com o autoritário pretérito e o desejável futuro democrático, em face da interdependência das passagens histórico/ político/sociais/jurídicas, não sendo demais observar que ocorreram de forma não linear<sup>20</sup>, e que há uma destacada

---

aos padrões contraentropicos que podem surgir na natureza”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. p. 37.

<sup>17</sup>PINKER, Steven: “De um ponto de vista olímpico, ella define o destino do universo e o propósito fundamental da vida, da mente e do empenho humano: usar energia e conhecimento para repelir a maré de entropia e criar refúgios de ordem benéfica.” *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2018. p. 37. E em seguida, aplicando o entendimento para a situação da violência: “Então você está dizendo que todos podemos ficar sossegados porque a violência acaba por si mesma. Ilógico, capitão. Se você vir que um monte de roupa suja diminuiu, isso não significa que as roupas se lavaram sozinhas. Significa que alguém as lavou. Se um tipo de violência diminuiu, então alguma mudança no meio social, cultural ou material causou o declínio. Se as condições persistirem a violência pode permanecer baixa ou decrescer ainda mais; do contrário, não cairá. Por isso é importante descobrir quais são as causas, para que possamos tentar intensificá-las e aplicá-las de modo mais abrangente a fim de assegurar que o declínio da violência continue”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. p. 68.

<sup>18</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A consideração do Direito como luta parece algo natural, além de contar com antigos argumentos. Parece natural, na medida em que o Direito é concebido de forma dinâmica, como um processo mais ou menos difícil de se realizar, afastando-se das posições que o vêem como algo definitivamente dado, proposto ou aceito”. *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 129.

<sup>19</sup>Na linha da ilustração da tradição referida, HÖFFE, Otfried: “Temas originários da Filosofia Política também possuem o seu momento propício. Para a vinculação da democracia aos direitos humanos e à separação de poderes, ou seja, para a democracia qualificada, o *kairós* foi proporcionado, do ponto de vista da História das Idéias, pelo iluminismo e, do ponto de vista prático-político, pela época das guerras civis religiosas e pelo Absolutismo subsequente. Impulsionada pela era da industrialização e urbanização, a expansão do Estado social empreendeu sua marcha triunfal, fazendo surgir a preservação ambiental como tarefa complementado do Estado e, em sentido genérico, a necessidade de uma responsabilidade do Estado perante as gerações futuras. Somente mais tarde, as duas Guerras Mundiais vieram ensejar o advento de uma ordem de paz mundial”. *In: A Democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.1.

<sup>20</sup>BOBBIO, Norberto: “A existência atual de regimes denominados liberal-democráticos ou de democracia liberal leva a crer que liberalismo e democracia sejam interdependentes. No entanto, o problema das relações entre eles é extremamente complexo, e tudo menos linear. Na acepção mais comum dos dois termos, por “liberalismo” entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social; por “democracia” entende-se uma das várias formas de governo, em particular aquelas em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos, mas de todos, ou melhor, da maior parte, como tal se contrapondo às formas autocráticas, como a monarquia e a oligarquia. Um Estado liberal não é necessariamente democrático; ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada às classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado liberal: ao

diferença progressiva entre os países centrais e periféricos, como é o caso do Brasil<sup>21</sup>, para permitir adiante alcançar, no momento presente, no ordenamento jurídico brasileiro, o desejável e possível amalgamento do Direito herdado no Brasil, de vertente eminentemente continental, com inspiração fortemente iluminista, e da concretização constitucional, pós-positivista, de modo a permitir um esboço da atuação jurisdicional democrática brasileira atual, na esperança de enfrentamento da crise do Direito e Processo nacionais<sup>22</sup>. Sem descuidar que o confronto não pode estar distante do reconhecimento do novo ambiente constitucional e democrático a ser concretizado, com ultrapassagem da herança iluminista da cientificidade, onde o método e a razão seriam capazes de dar as respostas jurídicas de forma completamente independente da constituição e muito mais ancoradas no sentido comum teórico paralisante, dando azo a uma alienação da realidade social do jurista, impeditiva do próprio reconhecimento da crise do Direito e do Processo<sup>23</sup>.

---

contrário, o Estado liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal". *In: Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, p. 7-8.

<sup>21</sup>BONAVIDES, Paulo: Do século XVII ao século XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções - a da liberdade e a da igualdade – seguidas de mais duas que se desenrolam debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as últimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem-concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade. Se as duas primeiras tiveram como palco o chamado Primeiro mundo, a terceira e a quarta têm por cenário mais vasto para definir a importância e profundidade de seus efeitos libertários aquelas faixas continentais onde demoram os povos subdesenvolvidos. Aí, o atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indignação, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, vítimas da violência social e das opressões do neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. Impetram essas massas e esses povos uma solução dirigida tanto à sobrevivência como a qualidade da vida digna. Cada revolução daquela intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade da concreção dos preceitos e regras que garantem esses direitos". *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007. p. 29.

<sup>22</sup>BAPTISTA, Ovídio: "A crise pela qual passa a administração da Justiça tornou-se tema constante, seja na imprensa, seja na vida forense. Juizes e advogados, quando se encontram, em sua convivência cotidiana, costumam lamentar-se da morosidade e ineficiência do Poder Judiciário. O assunto invadiu a própria Universidade, templo de preservação do dogma. O que há, porém, de singular nessa atitude é que ninguém, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça, ocorra a natural indagação do "por quê", que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno que tanto os incomoda e embaraça. O lamento do dogmático naturalmente é inconsequente, por isso que indagar pelas causas é questionar o dogma". *In: Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 299.

<sup>23</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: "Apesar de um novo paradigma, o do Estado Democrático de Direito, instaurado com a (nem tão) nova Constituição, no Brasil, os juristas ainda não compreendem o sentido do Direito num "ambiente constitucional", pois não têm o "cuidado" e não conseguem "vier na angústia", porquanto "contam a história" como observadores, desinteressados pela "concretude", enfim, pela "faticidade". Uma das causas desse "não viver na angústia", remonta ao problema das

Em face do pressuposto da tradição<sup>24</sup>, mencionado na introdução, é possível admitir um liame que perpassa toda a história da humanidade. As primeiras sociedades das quais se têm notícias, geralmente eram fundamentadas em laços de sangue, cujas contribuições individuais e normas eram organizadas, desenvolviam-se através de rituais e tabus, sem a necessidade de sanções expressas, e não buscavam aspirações ou interesse além do fundamental para a satisfação das necessidades básicas dos seus componentes. O seu crescimento ou diminuição, suas alterações, estavam sempre muito mais vinculadas a fatores extrínsecos, comumente ligados a questões ambientais ou guerras<sup>25</sup>. No entanto, muitas civilizações alcançaram grau de desenvolvimento social, cultural e político notáveis, tanto que Bonavides ressalta a influência do pensamento desenvolvido as antigas instituições gregas e romanas até os dias de hoje <sup>26</sup>, não sendo o único a revisitar postulados políticos, inclusive de

---

pré-compreensões, pois nos bancos acadêmicos a compreensão já vem viciada. Assim é que, mesmo estando em vigor a nova Constituição, os cursos jurídicos no País sequer modificaram seus currículos visando à construção de um imaginário voltado à construção do Estado Democrático de Direito”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 81.

<sup>24</sup> A expressão “tradição” utilizada não está com a significação do sentido vulgar, equivalente a algo clássico, mas como resultado da incorporação da historicidade, onde os temas tratados não podem ser vistos isoladamente, tendo em conta que são parte de um todo. Ver a propósito: GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3ª ed. Tradução: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen, registra sobre estas sociedades que classificou como anteriores às altas culturas: “Los roles primarios de La edad y Del sexo constituyen el principio de organización de estas sociedades. El núcleo institucional es el sistema de parentesco, que en este nivel de desarrollo representa una institución total. Las estructuras familiares determinan el intercambio social en su conjunto; aseguran, al mismo tiempo, la integración social y la integración sistemática. Imágenes del mundo y normas están apenas diferenciadas entre si: ambas se organizan en torno de rituales y tabúes que no requieren sanciones específicas. Este principio de organización sólo es compatible con una moral familiar o clánica: no son posibles asociaciones verticales u horizontales que traspasen los límites del sistema de parentesco. En las sociedades organizadas según el parentesco, las fuerzas productivas no pueden incrementarse por vía de la explotación de la fuerza de trabajo (incremento de la tasa de explotación mediante coacción física). El mecanismo de aprendizaje, circunscrito al ámbito de funciones de la acción instrumental, lleva en el largo plazo, según parece, a una secuencia ordenada de unas pocas innovaciones fundamentales. Parece faltar un motivo sistémico para generar un plus producto (bienes en cantidad mayor que la necesaria para satisfacer las necesidades básicas), aun en los casos en que el estado de las fuerzas productivas lo permitiría. Puesto que del principio de organización no derivan imperativos contradictorios, son cambios de origen externo los que sobrepasan la muy limitada capacidad de autogobierno de las sociedades organizadas según el parentesco y socavan la identidad familiar y clánica: se trata, casi siempre, de un crecimiento demográfico unido a factores ecológicos, y sobre todo de influencias inter-étnicas, resultantes del intercambio, la guerra y la conquista”. *In: Problemas de legitimación en el Capitalismo tardío*. Colección Teorema. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999, p. 45-46.

<sup>26</sup> BONAVIDES, Paulo: “E mais uma vez, como nos séculos XVIII e XIX, perdura o velho conflito entre a liberdade antiga e a liberdade moderna. Nesse embate, o que se decide é a sorte de uma concepção de vida, ligada a um sistema social em crise, que não despreza, contudo, frente aos padecimentos da enfermidade que o devora, as esperanças de cura radical. Daí não podemos menoscar a importância que têm para os nossos dias o estudo e a compreensão das antigas instituições gregas e romanas”. *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007,

feição democrática<sup>27</sup>. Porém, em face da delimitação imposta ao trabalho, buscando o delineamento de marcantes características das ideologias inerentes às formas de Estado, destacando as liberais e sociais para, no momento presente, reconhecendo a incessante necessidade de resguardo, consolidação e aperfeiçoamento de direitos, de acordo com a realidade, lançar luzes sobre a perseguida conotação democrática<sup>28</sup>,

---

p. 140.

<sup>27</sup>ROSANVALLON, Pierre: “En el mundo antiguo, la realización de una sociedad unida y pacificada definía el ideal político. Honora, la diosa de la concordia, era celebrada en las ciudades griegas, y en el mundo latino se erigían templos dedicados a la diosa Concordia. En esos diferentes universos, participar es, ante todo, afirmarse como miembro de una comunidad, significa manifestar una pertenencia y expresar adhesión a las instituciones. Es el sentido, en Roma, de la famosa fórmula SPQR, Senatus populus que romanus. Quiere decir que el pueblo y el Senado no son más que uno y no implica referencia alguna a lo perteneciente al orden de un mandato o de una delegación”. *In: La Legitimidad Democrática. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad*. Barcelona: Paidós, 2010, p. 42.

<sup>28</sup>Necessário trabalhar a construção histórica para própria definição de democracia para o presente trabalho em face da plurissemia da referida expressão. Sobre os variáveis sentidos de democracia ver LECHNER, Norbert. **Cultura Política Y Democratización**. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987. p. 8 e ss. Apesar da plurissemia vamos pela linha de uma definição mínima, de acordo com BOBBIO, Norberto: “No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. - os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos “invioláveis” do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo.” *In: O Futuro da Democracia*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 20. Sem descuidar que as evoluções das formas de Estado são fundamentais para o revelamento da democracia, tendo inclusive, mais de perto, sido reconhecido o liberal como pressuposto do democrático, conforme, novamente, BOBBIO, Norberto: “Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais”. *In: O Futuro da Democracia*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 20. Igualmente, é reconhecida a relação da crise do Direito com a crise social, de onde torna-se necessário trabalhar os modelos anteriores a permitir antever e sugerir posicionamentos democráticos na tese. A propósito, GARAPON, Antoine: “Tratando-se de um movimento que extrai a sua força de uma dupla crise das instituições políticas e da própria sociedade democrática, as respostas encontram-se, simultaneamente, nas instituições e nas sociedades. A democracia não se desmorona, mas transforma-se através do direito. Os dois modelos anteriores – direito formal do Estado liberal, direito material do Estado-providência – estão, hoje, esgotados, e um novo modelo de direito e de democracia está a eclodir. Eis-nos, portanto, num momento crucial da história da justiça e face a uma transformação das nossas democracias”. *In: O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 24-25. Sem descuidar que a democracia é marcada pelo signo do contínuo progresso. Isso já afirmava ASCARELLI, Tullio: “Il passaggio vale affermazione di una storia in continuo sviluppo: affermazione di una perenne creazione che perciò stesso non può essere

---

adeguazione a canoni prestabiliti; che perciò stesso nega ogni corpus iuris di eterna validità, ma insieme si afferma come valore; fede in futuro, opera degli uomini, e così costante tensione di rinnovamento, ripotando la legge alla volontà e negando quel l'analogia tra leggi giuridiche e leggi naturali, che pone le prime fuori dalla storia e ipotizza un mondo ormai dato, anziché sempre da costruire". In: *Processo e democrazia*. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dott. A. Giuffrè:Editore. Milano. 1958. p. 848. Não distoando de RUFFLA, Paolo Biscaretti: "Né conviene passare sotto silenzio il facile rilievo che la democrazia progressiva, per la sua stessa natura, si basta su un meccanismo di >mezzi< e di >fini< (temporaneo uso di una severa costrizione per giungere ad una futura più piena libertà, transitoria sensibile disparità di retribuzioni diretta al solo scopo di potenziare più rapidamente la potenzialità economica della nuova società socialista, ecc) che ignora le leggi psicologiche, facendo sorgere il fondato timore che, una volta realizzate le previste condizioni obiettive per un effettiva democrazia, sarà poi assai arduo ricreare le sopite condizioni subjettive, ignorate durante tanti anni per le accenate deviazioni tattiche (abitudine alla violenza per conseguire più facilmente lo scopo, all'uso incontratato del comando, al godimento di situazioni privilegiate per larghe cerchia di militanti, ecc)". In: **Democrazia**. Enciclopédia Del Diritto. Guffià Editore, 1960, p. 126. Tudo isso de acordo com um chamado ao realismo democrático, conforme, novamente, LECHNER, Norbert: "Sobre este trasfondo se perfilan los cambios que caracterizan el actual clima democrático em América del Sur (hablo de "clima" porque sabemos poco del arraigo efectivo de las convicciones y conductas democráticas). En la construcción de un sistema político democrático sobresalen, desde el punto de vista que nos interesa, dos tendencias. Observamos, en primer lugar, una fuerte revalorización de la secularización. Por oposición al mesianismo introducido por la perspectiva revolucionaria de los 60 y exacerbado por el autoritarismo, la secularización tiene hoy una connotación exclusivamente positiva, sin mayor reflexión sobre su potencial desestabilizador. Para la consolidación democrática aparece imperioso desvincular la legitimidad de la verdad y restablecer el ámbito de la política como espacio de negociación. Para instaurar un clima de transacción sería indispensable aliviar la política de los compromisos ético-religiosos, origen de la anterior intransigencia, y de expectativas desmesuradas. Se trata, em resumidas cuentas, de "descargar" una política sobrecargada. Ello exige no sólo demontar la búsqueda de redención y plenitud, sino también cierto des-compromiso em los valores, motivaciones y afectos involucrados. En la misma dirección apunta también la segunda tendencia: el llamado al realismo. Reaccionando contra una posición "principista", contra una visión heroica de vida y un enfoque mesiánico del futuro, se replantea la política como "arte de lo posible". La pregunta por lo políticamente posible desplaza el anterior énfasis em lo necesario ("necesidad histórica"), a la vez que se opone a lo imposible: no repetir un pasado que se mostró inviable ni pretender realizar una utopía no factible. Aparte de sus intenciones críticas, la invocación del realismo es un llamado a la construcción colectiva del orden. El orden no es una realidad objetivamente dada; es una producción social y ésta no puede ser obra unilateral de un actor, sino tiene que ser emprendida colectivamente. De ahí una sensibilidad nueva por la "democracia real" y, por ende una revalorización de las instituciones y los procedimientos, o sea, de las formas de hacer política por encima de los contenidos materiales". In: **Cultura Política Y Democratización**. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987. p. 257. No trabalho há, outrossim, um ligeiro destaque o aperfeiçoamento a partir dos ideais liberais, não se desconhecendo uma conexão com a democracia, bem na linha de preservação dos avanços sociais. A propósito, BOBBIO, Norberto: "Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem; todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos". In: **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, p. 44. Sem, contudo, menosprezar a importância do Estado social e da ideologia socialista, que sempre foi oposta aos ideais burgueses. Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo: "Uma constante, a nosso ver, explica o aparecimento do Estado social: a intervenção ideológica do socialismo. Empregamos a palavra socialismo no seu sentido mais genérico e histórico, desde as utopias de fins do século XVIII à consolidação das teses marxistas, em nossos dias. Desde o socialismo utópico, chamado socialismo científico. Desde a conspiração de Baboeuf aos assaltos da Comuna de Paris. Desde a fundação da Primeira Internacional à tomada do poder pelos bolchevistas russos, há quase oitenta anos. Esse fator de continuidade forma, portanto, no Ocidente, linha permanente de combate, com a qual se defronta, desde a Revolução francesa até nossos dias, o antigo Estado da burguesia Ocidental". In: **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª Edição. São

serve como marco inicial o Medieval, onde inclusive se reconhece um retrocesso político, jurídico e social em comparação com a hodiernidade, mas que assenta como base para o desenvolvimento da pesquisa proposta, à qual não é furtada a análise histórica e política como meio fundante para despir a complexidade da atualidade<sup>29</sup>. Nesse momento em que a expressão democracia ganhou uma aura mundial de benignidade<sup>30</sup> é importante frisar que a ideia da tradição democrática proposta vai ao encontro da hermenêutica crítica de Habermas, que é traduzida em uma democracia de comprometimento individual e social, com a fixação das expectativas do presente,

---

Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 183. Precursor do Estado social democrático, defendido na tese, que difere do exclusivamente social. Novamente, BONAVIDES, Paulo: “O Estado social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. Não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste. O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político. Na democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre que se apóia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo). O Estado social da democracia distingue-se, em suma do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”. *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 203-204. De qualquer forma, é reconhecida uma imbricação de ideologias desenvolvidas no transcurso histórico, que afetam substancialmente a realidade, podendo contribuir para a caracterização das promessas democráticas. Na linha do que refere, HOFFE, Otfried: “Temas originários da Filosofia Política também possuem o seu momento propício. Para a vinculação da democracia aos direitos humanos e à separação de poderes, ou seja, para a democracia qualificada, o *kairós* foi proporcionado, do ponto de vista da História das Idéias, pelo Iluminismo e, do ponto de vista prático político, pela época das guerras civis religiosas e pelo Absolutismo subsequente. Impulsionada pela era da industrialização e urbanização, a expansão do Estado social empreendeu sua marcha triunfal fazendo surgir a preservação ambiental como tarefa complementar do Estado e, em sentido genérico, a necessidade de uma responsabilidade do Estado perante as gerações futuras. Somente mais tarde, as duas Guerras Mundiais vieram ensejar o advento de uma ordem de paz mundial”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

<sup>29</sup> HABERMAS, Jürgen: “Sin embargo, incluso en la estructura que Heidegger coagula en existenciarío de la historicidad cabe aún percibir con claridad una cosa: el horizonte de expectativas determinadas por la actualidad, abierto hacia el futuro, dirige hacia el pasado nuestra intervención y acometida. Al apropiarnos orientándonos hacia el futuro experiencias del pasado, la actualidad auténtica se acredita como el lugar de prosecución de la tradición a la vez que de innovación – la primera es imposible sin la segunda, y ambas se funden en la objetividad del plexo que representa la historia como trama de influencias e efectos”. *In: El discurso filosófico de la modernidad*. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 25.

<sup>30</sup> PINKER, Steven: “Como sempre, o único modo de saber qual caminho o mundo está seguindo é quantificar. Surge então a questão de o que se pode considerar uma ‘democracia’, palavra que adquiriu tamanha aura benigna que quase perdeu seu sentido. Uma boa regra prática é que qualquer país com a palavra ‘democrática’ em seu nome oficial – por exemplo, República Democrática Popular da Coreia (Coreia do Norte) ou República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) – não é democrático. Também não adianta perguntar aos cidadãos de Estados não democráticos o que pensam que a palavra significa: quase metade acha que o significado é ‘o Exército assume o poder quando o governo é incompetente’ ou ‘os líderes religiosos são os supremos intérpretes das leis’. Nas classificações de especialistas encontramos um problema similar quando suas *checklists* abrangem uma miscelânea de coisas boas como ‘livre de desigualdades econômicas’ e ‘livre de guerra’”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 246.

com realização das promessas passadas, e comprometimento de resgate no futuro das expectativas não concretizadas no presente<sup>31</sup>. Sobre isso vai o alerta de Bobbio quando fala da diferença do ideal “nobre e elevado” da democracia e da “matéria bruta”, no sentido de que as “transformações da democracia” acabam deixando de fora muito do que foi idealizado, dando ensejo a promessas não cumpridas<sup>32</sup>, mas reconhecendo que o futuro permanece em aberto<sup>33</sup>, é fundamental buscar a concretização, sem desconhecer, contudo, as dificuldades para a implementação

---

<sup>31</sup> HABERMAS, Jürgen: “Por ello Benjamin practica una drástica inversión entre el horizonte de expectativas y el espacio de experiencia. Atribuye a todas las épocas pasadas un horizonte de expectativas no satisfechas y a la actualidad orientada hacia el futuro la tarea de revivir de tal suerte en el recuerdo un pasado que en cada caso se corresponda con ella, que podamos satisfacer las expectativas de ese pasado con nuestra fuerza mesiánica débil. Practicada esta inversión, pueden compenetrarse dos ideas: la convicción de que la continuidad del plexo que representa la tradición vien fundada tanto por la barbarie como por la cultura; y la idea de que cada generación actual no sólo es responsable del destino de las generaciones futuras, sino también del destino que sin merecerlo sufrieron generaciones pasadas. Esta necesidad de redención de épocas pasadas que mantienen sus esperanzas dirigidas en cada caso a nosotros, nos trae a la memoria aquella idea familiar tanto a la mística judía como a la mística protestante, de la responsabilidad del hombre por el destino de un Dios que en el acto de creación se despojó de su omnipotencia para dejar espacio a la igual de noble libertad del hombre”. *In: El Discurso filosófico de la Modernidad*. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 26.

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto: “Esta referência aos princípios me permite entrar por inteiro no assunto, fazendo, como afirmei antes, algumas observações sobre a situação atual da democracia. Trata-se de um tema que normalmente é discutido sob o nome de “transformações da democracia”. Se recolhêssemos tudo o que foi escrito sobre as transformações da democracia ou sobre a democracia em transformação teríamos material suficiente para lotar uma biblioteca. Mas a palavra “transformação” é vaga o bastante para consentir as mais diversas avaliações: à direita (penso por exemplo no livro de Vilfredo Pareto, *Transformazione della democrazia*, de 1920, verdadeiro carro-chefe de uma longa e ininterrupta série de lamentações sobre a crise da civilização), a democracia transformou-se num regime semi-anárquico predestinado a ter como consequência o ‘estilhaçamento’ do estado; à esquerda (penso por exemplo num livro como o de Johannes Agnoli, *Die Transformationen der Demokratie*, de 1967, típica expressão de crítica extraparlamentar), a democracia parlamentar está se transformando cada vez mais num regime autocrático. Mais que sobre a transformação, parece-me mais útil concentrar nossa reflexão sobre o contraste entre os ideais democráticos e a “democracia real” (expressão que uso no mesmo sentido em que se fala de “socialismo real”). Algum tempo atrás, um meu ouvinte chamou minha atenção para as palavras conclusivas que Pasternak põe na boca de Gordon, o amigo do doutor Jivago: “Aconteceu mais vezes na história. O que foi concebido como nobre e elevado tornou-se matéria bruta. Assim a Grécia, tornou-se Roma, assim o iluminismo russo tornou-se a revolução russa”. Assim acrescento eu, o pensamento liberal e democrático de um Locke, de um Rousseau, de um Tocqueville, de um Bentham e de um John Stuart Mill tornou-se a ação de ... (coloquem vocês o nome que preferirem; tenho certeza de que não terão dificuldade para encontrar mais de um) É exatamente desta ‘matéria bruta’ e não do que foi concebido como ‘nobre e elevado’ que devemos falar; em outras palavras, devemos examinar o contraste entre o que foi prometido e o que foi efetivamente realizado”. *In: O futuro da democracia*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 21.

<sup>33</sup> LECHNER, Norbert: “Tal vez la crisis de proyectos em América Latina sea hoy más notoria pues se inserta em un contexto internacional que potencia el presente como único tiempo disponible. El hecho es lamentado por unos y festejados por otros. Hay quienes critican la falta de una perspectiva y, por ende, de criterios que nos permitan elegir deliberadamente nuestro futuro; otros, em cambio, elogian la “desconstrucción” de una previsión omnipresente y un destino ineludible que no dejaba espacio a la experimentación, la aventura, el acto gratuito. El hecho es que nos encontramos cara a un tiempo sin horizonte, sea que hablemos de un futuro radicalmente abierto donde “todo es posible”, sea que nos sintamos atrapados recurrentemente por el pasado”. *In: Cultura Política Y Democratización*. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987, p. 260.

dessas expectativas<sup>34</sup>. Especialmente quando, conforme alerta Ribeiro, os governantes utilizam a concepção de povo ícone para, em nome do “interesse do povo”, encobrir atitudes governamentais arbitrárias, que vão muito distante dos constitucionais e democráticos<sup>35</sup>. Portanto, indo adiante da perspectiva procedimental de Bobbio, não se limitando à manutenção das regras do jogo para a obtenção dos anseios democráticos, afirma a derrocada da democracia representativa e crê na participativa para o cenário desejado<sup>36,37</sup>. Em face do declínio do poder político na atualidade baseado na democracia representativa, em face da ausência de correspondência dos atos governamentais e da produção legislativa com os reais interesses do povo<sup>38</sup>, surge o Direito e o processo como garantias da democracia

---

<sup>34</sup>BOBBIO, Norberto: “Interessa-me bem mais destacar que liberalismo e democracia - que ao menos desde há um século têm sido sempre considerados a segunda como o natural prosseguimento do primeiro – mostram não ser mais totalmente compatíveis, uma vez que a democracia foi levada às extremas conseqüências da democracia de massa, ou melhor, dos partidos de massa, cujo produto é o estado assistencial. Se foram pelos ares os limites nos quais a doutrina liberal imaginava devesse ser contido o estado, é difícil negar que isto ocorreu por força da arrasadora corrente da participação popular impulsionada pelo sufrágio universal. Foi dito muitas vezes que a política keynesiana foi uma tentativa de salvar o capitalismo sem sair da democracia contra as duas opostas soluções de abater o capitalismo sacrificando a democracia (a prática leninista) e de abater a democracia para salvar o capitalismo (o fascismo). Seria possível dizer agora que para os liberais da nova geração o problema é, ao contrário, o de salvar – se ainda for possível e em nome daquele tanto que ainda pode ser salvo – a democracia sem sair do capitalismo. Durante a crise dos anos trinta parecia que era o capitalismo a pôr em crise a democracia; agora, para aqueles novos liberais, parece ser a democracia a pôr em crise o capitalismo”. *In: O futuro da democracia*. 7ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 124-125.

<sup>35</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “De todo o exposto anterior, podemos concluir que enquanto o povo servir de baluarte para arbitrariedades estatais, ou apenas para tentar legitimar atitudes manifestamente contrárias aos interesses constitucionalmente resguardados e que se manifestam em concreto diante do ato jurisdicional instrumentalizado pelo processo, não teremos uma democracia condizente com o enunciado no texto constitucional. Portanto, na mesma medida em que o acesso à justiça é amplo, ampla também deve ser a definição de povo em um verdadeiro Estado de Direito que pretende ser legitimamente democrático”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99.

<sup>36</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Deste modo podemos facilmente afirmar que a democracia participativa é a verdadeira democracia do Terceiro Milênio, onde o adjetivo participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção da (re)qualificação do povo, para além de mero ícone, catapultando-o, assim, para o cenário democrático como ator principal, e não mais como mero coadjuvante, como aquele que está apto de fato a reivindicar sua posição proeminente em uma sociedade livre, solidária e justa”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 100.

<sup>37</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Portanto, para além da democracia participativa inserida nos âmbitos já citados, devemos concebê-la em seu aspecto verdadeiro: aquela visão de democracia em que o indivíduo está concretamente engajado na busca daquilo que ele entende ser o melhor para si e para a sociedade em que vive, ele é o verdadeiro protagonista dos rumos da sociedade e não mais os seus representantes. É ele, e somente ele, que sabe o que é melhor para si e, consequentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só se transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 104.

<sup>38</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Portanto, observamos que a inclusão do cidadão, em tese, deveria ter

participativa<sup>39</sup>. O Direito, em razão disso, não pode ser tido como um instrumento para o exercício do poder político contingente, havendo, portanto, uma construção própria a ser respeitada, uma autonomia do Direito, sem critério corretivo extrínseco, impeditivo de retrocesso social, de modo a tutelar no final a própria democracia participativa de acordo com o Direito<sup>40</sup>. Há um núcleo central de produção constitucional que não pode ser ignorado ou colocado em sujeição ao político, muito próximo da lição Grossi.<sup>41</sup>

No processo, como no Direito em geral, não é diferente. Há uma construção jurídica ininterrupta objetivando atingir um fim democrático constitucional que não pode estar à mercê do político. Contudo, não é possível discordar de Damaska quando ele diz que há viabilidade do fim democrático do processo ser encontrada até em modelos medievais<sup>42</sup>, desde que o modelo seja resultado de uma construção democrática que, porém, obviamente, inexistiu no seu tempo em face do paradigma político, jurídico dominante na época<sup>43</sup>, o que, da mesma banda, não importa em uma

---

aumentado durante o período subsequente ao Estado Social, porém a realidade demonstrou exatamente em sentido contrário. Mesmo com o aumento dos direitos políticos, com o crescimento do povo-ativo, ainda assim, poucos são os indivíduos que, ao observar as ações do Estado, se sentem ali representados. Decisionismos, processos legislativos incoerentes e obscuros, aumento exacerbado do uso de Medidas Provisórias, enfim, nos encontramos diante da falência institucional dos poderes executivo e legislativo, justamente os que mais deveriam estar próximos ao cidadão, tendo em vista o seu imenso respaldo eleitoral, mas, em realidade, eles se encontram os mais distantes”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

<sup>39</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Destarte, a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao Poder Judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça a direito para que este abra suas portas ao indivíduo, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por assim dizer, cria para os indivíduos em sociedade a possibilidade de exigir do Estado a concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva, o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do ovo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

<sup>40</sup>REALE, Miguel: “Somente assim teremos uma democracia participativa, sendo imensa a responsabilidade dos homens de maior saber e cultura que devem afrontar corajosamente todos os riscos sempre que se tentar estabelecer doutrinas conflitantes com a tese basilar da democracia, que consiste na solução dos conflitos ideológicos na forma da lei”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

<sup>41</sup>GROSSI, Paolo: “Aquí brota y se sitúa el derecho. Un derecho que no es fruto de la voluntad de este o aquel poder político contingente, de este o aquel Príncipe, sino realidad histórica y lógicamente antecedente, que nace em las vastas espiras de la sociedad con La que se mezcla, a La que se incorpora”. *Mitología Jurídica de La Modernidad*. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 25.

<sup>42</sup>DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 18-21.

<sup>43</sup>Em comparação com a desenvolvida capacidade cultural desenvolvida pelo império romano no Ocidente, Capella, denominou o período medieval como “naufrágio civilizatório”, em referência ao retrocesso verificado, ressaltando que “... o direito desempenhou na Idade Média um papel muito

realidade social atual necessariamente democrática, que é de fácil observação pragmática do cotidiano<sup>44</sup>. Os arquétipos de processo estão submetidos, assim, à sua própria construção, à sua essência, seja ela democrática constitucional, como defendido no trabalho, ou não. E mais, a própria extensão do conteúdo perseguido está intimamente vinculada à determinação social em seu momento histórico, com o que é indispensável uma atenção constante às peculiaridades contextuais, como já reconhecia Grossi<sup>45</sup>, somado a trabalhoso e complexo processo de concretização. Todo esse desenvolvimento social e político que é indissociável do jurídico, ao menos na proposta pós-positivista em elaboração, não é compatível com o produto de um trabalho legislativo que condiciona importante instrumento jurídico democrático a um requisito com sentido contrafactual (reversibilidade), permissor, assim, de sentidos arbitrários.

---

menor do que havia tido no mundo romano e o que alcançaria na modernidade; um papel subalterno. Regressou-se a um arcaico mundo de temores e mistério populares, a um mundo mágico-religioso". *In: Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica Ao Estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 82 e 84.

<sup>44</sup> LECHNER, Norbert: "Sólo em relación al pasado es concebible La modernidade el descubrimiento de lo que es moderno se nutre de La memoria. Esta tensión se quiebra em La postmodernidad. Se borra el pasado y, em consecuencia, La distancia histórica que daba relieve a La actualidad. Condensando el tiempo em um solo presente, La vida social deviene uma superficie plana, um "collage". Eliminada La perspectiva, La mirada em profundidad, todo vale –everything goes- y precisamente porque todo es posible, cada posibilidad es efímera, consumida al instante". **Cultura política y democratización**. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987, p. 260.

<sup>45</sup>GROSSI, Paolo:"Creo firmemente – y lo he escrito tantas veces em los últimos años hasta resultar monótono – que uma de las funciones, y desde luego no la última, del historiador del derecho es la de ser la consciencia crítica de los estudiosos del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que em su visión unilateral puede parecerle simple, resquebrajando sus convicciones acriticas, relativizando certezas demasiado absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada veificación cultural". *In: Mitología jurídica de la Modernidad*. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 15.

## 2.1 Desdobramentos alicerçadores do Medievo – descentralização e concentração de poder na formação do Estado-Nação

O Medievo ocorreu em um espaço europeu, formando elementos comuns e enquanto manteve determinadas características, pôde ser considerado formador de um tecido jurídico unitário e substancial, com o que não é admitida a falta de autonomia. O exercício do poder político de forma difusa proporcionou um pluralismo jurídico, fez com que, durante todo o período houvesse uma relativa indiferença do detentor de poder pelo direito, propiciando um desenvolvimento voltado para a factualidade e historicidade do direito, com observância da preponderância do coletivo sobre o privado<sup>46</sup>. Esse Medievo de ordem jurídica singular e exclusiva, própria para seu tempo, deu ensejo, logo após o seu declínio, à formação do Estado tal qual o conhecemos, nos dias de hoje<sup>47</sup>. No período imediatamente anterior ao Medievo, no século IV, o Império Romano sofre uma profunda crise de autoridade e credibilidade, que mesmo tendo sido enfrentada por Diocleciano, acaba posteriormente se agravando e colocando fim ao poder político romano, sobrevivendo um vácuo de poder permissor da implementação do Medievo<sup>48</sup>. Surge, então, a Idade Média, que nunca preencheu completamente o vazio político de efetividade de poder e de organização

---

<sup>46</sup> GROSSI, Paolo: “Tais posturas (que para nós se tornam instrumentos imprescindíveis de interpretação) parecem-nos ser, em primeiro lugar (acima de tudo), a incompletude do poder político, em segundo (lugar) – em decorrência disso – a relativa indiferença do poder político pelo direito, com a consequente autonomia deste último e com um acentuado pluralismo jurídico; por fim, a consequente factualidade e historicidade do direito. E isso acompanhado de duas certezas fundamentais; a imperfeição do indivíduo e a perfeição da comunidade; o direito como ordem, como ordem jurídica”. *In: A Ordem Jurídica Medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 48.

<sup>47</sup> GROSSI, Paolo: “Não há dúvida de que esse espaço é europeu, só pode ser europeu. De fato, nenhuma civilização jurídica conheceu um tecido unitário autenticamente europeu como a Idade Média. Se logo abaixo destas superfícies formais, que são o Império carolíngio e o germânico, é fácil constatar de imediato a presença de um mosaico político extremamente denso, que no decorrer da época medieval se torna cada vez mais fragmentação de uma unidade, é igualmente fácil constatar que o tecido jurídico continua a manter seu caráter unitário substancial. O mosaico dos direitos estatais, o mosaico profundamente fragmentado ao qual nós, modernos, estamos habituados até hoje, é um fato histórico posterior, cuja realidade embrionária aflora no momento de extremo declínio da civilização medieval, e aflora como primeiras manifestações de um processo tumoral que condena lentamente à morte o velho organismo jurídico”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 8-9.

<sup>48</sup> GROSSI, Paolo: “A ordem política medieval tem sua inauguração histórica quando, no século IV, se inicia uma profunda crise do Estado imperial, contida e reprimida a custo até a época de Diocleciano, mas que a partir de então desemboca em manifestações cada vez mais relevantes: crises de efetividade, de autoridade, de credibilidade. No mundo pós-Diocleciano resta apenas um Estado-crisálida, incapaz de afirmar a própria vontade, mas sobretudo incapaz de expressar aquela vontade unitária, substitutiva e intolerante, de volições particulares concorrentes, que é característica de toda estrutura genuinamente estatal; ou seja, resta um não Estado. O Estado romano morre, morre por inanição, por um desgaste interno que é material e espiritual, por um vazio de poder eficaz e de programa planejado”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 53.

estrutural próxima dos moldes do Império Romano, o que só veio a acontecer com o advento do Estado<sup>49</sup>. Não é diferente na seara jurídica: o esvaziamento do direito oficial dá lugar a um direito orgânico, de origem diversa do poder político imperial e de qualquer outro ente governamental, com construções e resultados diversos em cada comunidade, que inicialmente concorria com o romano, mas que, posteriormente, acabou sobrepujando-o<sup>50</sup>. Há, com o esvaziamento do direito “oficial”, uma liberdade inexistente anteriormente, e com isso o direito surge de forma espontânea no tecido social, sem as condicionantes de um sistema imposto pelo príncipe, fazendo prevalecer a prática sobre a técnica jurídica, a efetividade sobre a validade<sup>51</sup>. Isso tudo gerou uma pluralidade de tradições jurídicas que coexistiam ao mesmo tempo. A par das produções jurídicas decorrentes dos detentores de poderes se entrelaçavam outras fontes costumeiras e culturais, sem qualquer prevalência entre elas<sup>5253</sup>. O

---

<sup>49</sup>GROSSI, Paolo: “O que importa sublinhar aqui é que, por toda a vida histórica da Idade Média, esse vazio só será preenchido parcialmente; e no século XIV, quando a vocação por um poder político completo – se preferirmos, pelo Estado – representar o fermento das estruturas políticas, esse momento será o declínio da civilização política medieval e o início de um novo período”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 53.

<sup>50</sup>GROSSI, Paolo: “Com a impotência cada vez mais crescente do mecanismo estatal romano, todo o aparelho coercitivo se enfraquece, e as forças antes contidas e represadas adquirem vigor e valor. A partir do século IV, os historiadores passam a ressaltar e a seguir uma vertente “vulgar” do direito que se delinea cada vez mais claramente e corre paralela ao direito “oficial”, com um movimento que, originando-se nas províncias mais periféricas, pouco a pouco se estende para toda a realidade do Império. “Vulgaridade” do direito significa extraestatalismo, recurso a forças alternativas para preencher o vazio deixado pela desagregação política; significa um estilo e uma mentalidade e também elaborações e soluções que espontaneamente tomam forma em cada comunidade, substituindo-se ao direito oficial na tentativa de dar uma resposta adequada às novas idealidades e necessidades. O chamado “direito vulgar” é uma vertente alternativa: são institutos antigos que se deformam e institutos novos que se criam, tomando livremente por base o grande reservatório da vida cotidiana”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 64-65.

<sup>51</sup>GROSSI, Paolo: “Não podemos esquecer também que, precisamente pela relativa indiferença do poder político pelo direito, o momento de edificação da ordem jurídica caracteriza-se por uma substancial liberdade. Para além de programações e de sistematizações centralizadoras, o direito reencontra suas fontes também nas bases, encontra sua natureza de divisão espontânea de um tecido social. Sem mais restrições para detê-lo, amputá-lo, condicioná-lo, volta a nascer dos fatos e a se construir a partir deles. Num mundo onde o poder político parece renunciar à própria função organizativa no plano jurídico e onde os modelos a ser observados se tornaram mais rarefeitos, a esfera do jurídico e a do factual tendem a se fundir; a dimensão da “validade” cede lugar à da “efetividade””. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 69-70.

<sup>52</sup>GROSSI, Paolo: “A referência ao costume parece nos advertir, porém, que o pluralismo jurídico medieval não é apenas um conjunto de culturas jurídicas, mas se concretiza, num plano tipicamente técnico, em um conjunto de fontes de produção. A chave interpretativa essencial de toda a ordem jurídica medieval – aquela que nos cabe sublinhar ao leito – é que os detentores do poder constituem uma fonte entre as muitas chamadas a edificar essa ordem, sem dúvida, não a única e tampouco a predominante. O problema das fontes – problema estrutural de toda construção histórica *sub specie iuris* – resolve-se num conjunto de contribuições que reflete fielmente o conjunto de forças de que o direito é espelho e forma completa. E a contribuição dos príncipes (sejam eles monarcas ou cidades livres), ainda que exista e talvez possa parecer também quantitativamente considerável, toca apenas os temas centrais da construção jurídica da sociedade”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 67-68.

<sup>53</sup>GROSSI, Paolo: “A lei do príncipe se nos apresenta, pois, como um canal menor para o escoamento

jugador medieval não desconsiderava essa diversidade, muito pelo contrário, dava-lhe grande importância para alcançar as soluções adequadas aos casos<sup>54</sup>.

De qualquer modo, o período medieval que é comumente classificado em dois períodos: o da Alta Idade Média, que teria se estendido da queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d. C., até o enfraquecimento do feudalismo<sup>55</sup>, próximo do século XI, sobrevivendo, em seguida, o da Baixa Idade Média, que se inicia com a consolidação do absolutismo, por volta do século XII, e se estende até próximo do século XV. No primeiro, a experiência jurídica é voltada para a prática, trabalhando em um campo agroflorestal, de necessidade de colonização, e no segundo há a consolidação do saber, com a formação das cidades e transações comerciais, porém, não deixam de ser um único momento e construção<sup>56</sup>. Na seara política e jurídica há um hiato inicial, que faz surgir um poder político incompleto, muito distante do antecedente romano, propiciador do nascimento de um primitivo naturalismo. Esse vácuo ocorreu com a derrocada da civilização romana<sup>57</sup>. Porém, com o advento das cidades e maior

---

da experiência jurídica medieval, contribuindo, portanto, minimamente para sua produção, e atualmente contribui de maneira muito relativa para sua compreensão. A produção do direito reside sobretudo em outras mãos; a experiência flui em outros canais". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 69.

<sup>54</sup>GROSSI, Paolo: "O poder político respeita essa pluralidade de tradições coexistentes, revelando, assim, a atitude geral de substancial indiferença em relação a boa parte do que é jurídico. Sua produção é delegada a outras forças. Os príncipes, seus funcionários e seus juízes contemplam esse pluralismo e lhe dão crédito com seu respeito. O juiz está ali, atuando, tomando todo cuidado em estabelecer as tradições jurídicas do autor e do citado, anotando as profissões solenes de vínculo a um direito ou a outro e estudando, por conseguinte, as possíveis soluções; e os documentos judiciais e notariais, ao mencionar os diversos direitos dos comparecentes e contraentes, e a eles se referindo continuamente, nos lembram um tecido peninsular italiano do no qual se entrelaçam, muitas vezes no mesmo lugar, os mais diferentes *iura* da vertente germânica, o direito teodosiano, o direito justiniano, paralelamente aos costumes locais nascentes". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 67.

<sup>55</sup>STRECK e BOLZAN referem características que demonstram não poder ser considerado o sistema feudal como forma de Estado: "A - permanente instabilidade política, econômica e social; B - distinção e choque entre o poder espiritual e poder temporal; C - fragmentação do poder, mediante infinita multiplicação de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, corporações etc; D - sistema jurídico consuetudinário embasado em regalias nobiliárquicas; E - relações de dependência pessoal, hierarquia de privilégios". *In: Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 21.

<sup>56</sup> GROSSI, Paolo: "Ambos os períodos estão empenhados na mesma construção, utilizando - isto sim - materiais diferentes, mas destinados à mesma finalidade construtiva. Se o primeiro período deve ser visto sobretudo como a oficina da práxis e o segundo como um laboratório sapiencial; se o primeiro tem uma fisionomia totalmente agroflorestal e é o momento de colonização e de reconquista da terra, ao passo que o segundo não tardará a ser também um período de cidades e transações comerciais; se essas considerações irrefutáveis determinam a necessidade de indicar os diversos planos de ação e os vários instrumentos adotados, isso tudo não deve nos desviar de colher o fruto histórico mais robusto, ou seja, a construção de uma experiência unitária". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 35-36.

<sup>57</sup>GROSSI, Paolo: "Para o historiador do direito, o primeiro fato de civilização - o mais condicionante, o mais incisivo - é representado pela crise e pelo desmoronamento da sólida e admirável estrutura estatal romana, pelo vazio político resultante dessa crise e desse desmoronamento, pelas soluções

intercâmbio cultural decorrente da abertura de estradas, há um crescimento científico<sup>58</sup>. Surge, então, desde aqui, o embate entre naturalismo e cientifismo, que perdurou por toda construção positivista jurídica posterior.

Essa classificação entre Alta e Baixa Idade Média, de qualquer modo, não é incorreta, mas há quem prefira, como Grossi, afastá-la para enxergar etapas de um desenvolvimento coeso, dando a noção de continuidade defendida por ele, com nascimento, desenvolvimento, maturação e fim, sem imobilidades<sup>59</sup>, inclusive com extremo cuidado em relação a particularidades geográficas e temporais<sup>60</sup>. No entanto,

---

políticas que, por todo o período da experiência medieval, substituíram-se a esse vazio, sem todavia preenchê-lo ou sequer tentar fazê-lo. A especificidade da ordem jurídica medieval repousa, em primeiro lugar, nesse relativo vazio, naquela que qualificamos no título desta seção como a incompletude do poder político medieval, entendendo por incompletude a carência de toda vocação totalizante do poder político, sua incapacidade de se apresentar como fato global e assimilador de todas as manifestações sociais, sua realização nos acontecimentos históricos medievais cobrindo apenas certas áreas das relações intersubjetivas e permitindo, em outras – em grande número delas –, a possibilidade de ingerência de poderes concorrentes, com um processo que, abrigando-se originalmente nas primeiras rachaduras do edifício estatal romano, assume uma fisionomia totalmente peculiar no momento em que as rachaduras se transformam em desabamento efeito e sobre os escombros não mais se edifica uma estrutura política da mesma qualidade e intensidade”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 49-50.

<sup>58</sup> GROSSI, Paolo: “Por sua vez, uma postura específica da chamada alta Idade Média é o naturalismo-primitivismo, condicionado por um notável vazio de cultura jurídica: quando, a partir do século XII, a terra reconquistada e a rede de estradas e de cidades conferem uma nova fisionomia à Europa ocidental; quando um grande florescimento científico torna-se protagonista na elaboração do direito e o sensato – mas rústico – prático de antigamente é substituído pelo refinado homem de pensamento de hoje, o primitivismo passa a ser relegado à memória de um passado distante. Subsistirá uma forte postura naturalista e irá reafirmar-se um convicto reicentrismo como uma demonstração de que o primeiro período medieval forjou uma consciência jurídica duradoura, e que essa consciência é medieval, sem limitações temporais; mas será um naturalismo revivido e reinterpretado numa trama sapiencial de elevada qualidade especulativa”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 48-49.

<sup>59</sup> GROSSI, Paolo: “A Idade Média, tem um caráter coeso, mas obviamente não é uma realidade imóvel, pois a imobilidade não condiz com a vida. Essa experiência, assim como toda experiência, tem seu momento de formação, sua maturidade, seu declínio. As etapas que temos pela frente e nas quais decidimos dividir a nossa abordagem, são apenas duas: “fundação” e “edificação”, momentos diferentes na realização de um grande projeto unitário”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 49.

<sup>60</sup> GROSSI, Paolo: “Alguns dirão que é uma explicação pleonástica: se a ordem jurídica medieval encarna aquele modo autônomo e singular que chamamos de “experiência jurídica”, esta só pode caracterizar-se por uma substancial coesão. Esse realce, todavia, justifica-se diante das divisões que muitas vezes o período medieval é submetido, e às vezes de maneira bastante nítida. É comum dividi-lo em “alta” e “baixa” Idade Média, com uma classificação que não é incorreta (no passado, nós mesmos a utilizamos e ainda poderemos mencioná-la de maneira esparsa), mas que apresenta dois riscos graves que, a nosso ver, devem ser evitados. E por isso não iremos adotá-la, ao menos na articulação essencial do volume. O primeiro risco consiste na confusão que pode gerar assim que nos distanciamos do âmbito historiográfico italiano: se para nós é natural fixar a linha divisória entre alta e baixa Idade Média por volta do final do século XI, as coisas se complicam bastante nos países transalpinos. Nossa divisão parece confusa para um estudioso alemão habituado a falar de um Hochmittelalter (Alta Idade Média) até a metade do século XIII, ou também para um historiador da região francesa, onde surgiram propostas diferentes. O segundo risco, ainda maior, é que tal divisão possa gerar a ideia absurda de que se trata de dois momentos tão autônomos que podem ser separados e analisados isoladamente. Preferimos falar de “fundação” e de “edificação”, reforçando o caráter unitário do edifício histórico e sobretudo evidenciando sua indivisibilidade. Estamos

por outro lado, não é cabível uma extensão inadequada de período de tempo, sob pena de, conforme é posto por Grossi, desqualificar o período medieval<sup>61</sup>. Portanto, nessa linha, não é demais demarcar o período do feudalismo até a ascensão e apogeu do absolutismo, de modo a evitar confusões com o período clássico e moderno, impeditivo do desejado delineamento do período<sup>62</sup>, cujo auge é apontado como sendo do momento compreendido entre o século XII e XIV, com o desenvolvimento do *ius commune*<sup>63</sup>, que se constituía na origem e estendia seu alcance por todo o espaço territorial europeu medieval, o que o tornava, conseqüentemente, imunizado contra determinações particularizadas referentes aos fragmentados territórios que lhe compunham, como aconteceu na Itália centro-setentrional, com as cidades comunais<sup>64</sup>. Esse direito comum estava presente no direito medieval, não sob o

---

convencidos dessa coesão, assim como estamos convencidos de que o desenvolvimento posterior já está potencialmente contido no anterior, e que há uma continuidade profunda, íntima, essencial entre os dois momentos da mesma experiência”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 34-35.

<sup>61</sup> GROSSI, Paolo: “A retórica ideologicamente imbuída do humanismo renascentista, ao rotular como Idade Média – *media aetas* – o período que lhe é anterior, aquele que se estende por quase um milênio do século V d.C. ao século XV, pretendeu indicar – caracterizando-a maliciosamente como época transitória – sua não autonomia, sua fragilidade como momento histórico. É uma perspectiva distorcida, que há tempos a historiografia procura eliminar, e o historiador do direito pode, com plena consciência, unir sua voz para contestar semelhante distorção: a construção medieval de uma ordem jurídica própria está de acordo com uma intensa originalidade decorrente de sua intensa historicidade; um conjunto harmônico de construções típicas, por serem adequadas e inerentes às exigências históricas, fundadas nos novos valores emergentes e, como tais, reflexos da sociedade nas suas raízes mais remotas”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 10-11.

<sup>62</sup> GROSSI, Paolo: “Ao comparar a experiência jurídica medieval com a clássica e a moderna, deve-se ter o maior cuidado com dois simplismos: de um lado, ceder à fácil hipótese de entender o período medieval como continuação do período romano; de outro, transplantar para o período medieval, sem filtros adequados, conceitos e linguagem que nos são próprios e inatos. Isso significaria, em ambas as hipóteses, colocar o universo tipicamente medieval no leito de Procusto de modelos que lhe são – ora mais, ora menos – estranhos. O estudo da experiência jurídica medieval, precisamente por sua especificidade, exige antes uma absoluta disponibilidade por sua especificidade, exige antes uma absoluta disponibilidade por parte do observador, e entendemos por disponibilidade uma depuração interior que elimine dos olhos lentes deformadoras que nunca nos permitirão descobrir o aspecto essencial da experiência histórica”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 11-12.

<sup>63</sup> GROSSI, Paolo: “A era do direito medieval plenamente desenvolvido é a era do direito comum, quando grande parte do trabalho dos juristas se realiza – como veremos – com base na descoberta dos textos romanos do *Corpus iuris* de Justiniano. Pois bem, não existiria mais anti-histórico do que pensar – como já ocorreu no passado – numa espécie de “direito romano modernizado”. Os homens do direito comum são apenas formalmente romanistas, ao passo que o texto romano é quase sempre apenas a cobertura de autoridade (mais adiante, diremos o momento de validade) de uma construção jurídica que se desenvolve de maneira autônoma e que encontra a própria fonte substancial (mais adiante, diremos o momento de efetividade) na incandescência dos fatos econômicos e sociais mais recentes da civilização medieval.” In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 12-13.

<sup>64</sup> GROSSI, Paolo: “O fato de essa unidade interespaçial ser a principal característica do direito medieval é demonstrado por essa civilização no momento da sua plena maturidade, ou seja, do século XII ao XIV, que corresponde exatamente ao período que os historiadores costumam chamar de direito comum, de *ius commune*: surgem direitos particulares, mas permanece intacto o respiradouro jurídico

aspecto formal, com o caráter reducionista de produção exclusiva do Estado de Direito<sup>65</sup>, mas como uma certa ordenação que subjaz sob a aparência de desorganização social, baseados nos valores da transcendência divina e da natureza das coisas, que a par das contingências mundanas, pregava a imutabilidade de seus princípios, com pretensão de perpetuidade<sup>66</sup>. Inclusive, esse direito tido como independente do poder político e do Estado, tinha uma natureza visceralmente vinculada à sociedade, não como elemento pertencente ao social, mas mais próximo de seus membros, aglutinando-lhe e tornado-o diverso dos sistemas anteriores e posteriores<sup>67</sup>. Essa proximidade, permitiu ver o Direito medieval não como norma ou

---

e o grande pulmão jurídico do direito – o direito comum – não empobrecido em projeções territoriais particulares. O exemplo mais eloquente é a Itália centro-setentrional, em que a experiência jurídica é constituída de uma convergência harmônica de volições normativas atomísticas – as das cidades comunais – concebidas como peculiaridades no tecido universal do direito comum...”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 9.

<sup>65</sup>GROSSI, Paolo: “Da mesma forma, não há dúvida de que o produto típico do constitucionalismo moderno, que costumamos chamar de “” - do qual somos herdeiros e em meio ao qual grande parte de nós ainda vive -, com suas arquiteturas formais, sua rigorosa seleção e separação entre o jurídico e o metajurídico, sua substancial identificação do direito na lei como manifestação formal da soberania, reforça uma imagem do direito como algo separado, ou facilmente separável, do devir social e cultural. Nessa visão, que tende a vincular “naturalmente” a produção do direito aos órgãos do Estado e a fazer do direito uma realidade tipicamente “formal”, o fenômeno jurídico sofre uma imobilização e também uma inelutável esclerose. Fonte por excelência, destaca-se a lei, que por sua vocação intrínseca é regra geral, abstrata e rígida, enquanto o ordenamento assume um caráter nitidamente legislativo. Isso é fruto não apenas de uma ideologia jurídica precisa que se consolidou nos últimos duzentos anos, mas também de exigências igualmente precisas de uma circulação econômico-jurídica capilar e abrangente; ou seja, é uma meta inevitável do mundo jurídico moderno, que ninguém pode contestar, mas cujas implicações negativas devem ser ressaltadas”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 22-23.

<sup>66</sup>GROSSI, Paolo: “A sociedade medieval é jurídica, porque se realiza e se salvaguarda no direito; jurídica é sua constituição mais profunda e nela está seu caráter essencial, seu elemento último. Às desordens da superfície extremamente caótica se contrapõe a ordem da secreta, mas presente, constituição jurídica. Uma ordem que não se deixa afetar pelos grandes ou pequenos episódios da história pois se coloca além do poder político e de seus detentores, desvinculada das misérias do cotidiano, inserida no terreno profundo e seguro das radicações supremas, dos valores. Um valor – imanente – a natureza das coisas, um valor – transcendente – o Deus nomóteta da tradição canônica, um em absoluta harmonia com o outro, segundo os ditames da teologia cristã, constituem um ordo, um ordo iuris. Um ordo iuris que, portanto, não pode deixar de articular o direito positivo, os vários direitos positivos, em graus ascendentes de manifestações jurídicas que resultam, sem censuras, das regras transitórias e contingentes da vida cotidiana, numa continuidade simples e espontânea, no nível supremo do direito natural e do direito divino, com toda sua riqueza de princípios normativos eternos e imutáveis, por serem a voz da própria Divindade.” *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 16-17.

<sup>67</sup>GROSSI, Paolo: “O direito, enquanto, “organização, estrutura, condição da própria sociedade em que se desenvolve e que ele constitui como unidade, era, na sua essência, desagregado do poder político e de sua projeção histórica mais incômoda, o Estado;” o direito podia, segundo essa perspectiva, prescindir do poder e do Estado, ressaltava a sugestiva hipótese de um direito sem Estado, sendo este último nada além de um dos milhares de ordenamentos que se manifestaram no decorrer da história humana. E m termos concretos, o direito era ligado à sociedade, da qual não se tomava coerção, mas dimensão vital; resgatado inteiramente ao social, o próprio direito recuperava um caráter ôntico mais profundo, tornava-se inerente aos alicerces mais recônditos do social e inevitavelmente conquistava nele um primado inquestionável. De fato, era para o social a garantia fundamental de coesão e de unidade”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 38.

comando, mas sim como ordem do social, de origem espontânea e com articulação e formação na experiência da base social, em movimento ascendente inverso, portanto, do direito estatal.<sup>68</sup> Aliás, essa preponderância da forma de conceber o direito, com maior proximidade das pessoas e distanciamento de um poder central estatal, resultou no que Grossi denomina de “relativa indiferença” do regime político medieval para com o Direito, a preocupação do detentor do poder político medieval é limitada ao exercício e conservação de seu poder, mas para o restante não há preocupação. Não há o anseio englobante do jurídico, não há a mesma consideração do direito que o Estado lhe dá, tanto em relação à produção e monopólio jurídicos<sup>69</sup>. O governante do medievo age muito mais referendando o direito costumeiro do que como produtor independente<sup>70</sup>. Então, no Medievo é possível admitir a construção de organismos que teriam até uma certa autossuficiência, como ordenamentos jurídicos próprios como o reino lombardo na Itália e o visigodo na Espanha, mas distantes, ainda, da

---

<sup>68</sup>GROSSI, Paolo: “Eis como devemos abordar o direito medieval: como uma grande experiência jurídica que abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o direito – antes de ser norma é comando – é ordem, ordem do social, movimento espontâneo, isto é, que nasce das bases, de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos. A sociedade plasma-se de direito e sobrevive, pois ela mesma, por sua articulação em ordenamentos jurídicos, é acima de tudo direito”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 39.

<sup>69</sup>GROSSI, Paolo: “O Estado sempre considerou a relevância do direito, do direito como um todo, para a realização de seus objetivos “totalitários”, e sempre o incluiu em seus programas: embora com manifestações sensivelmente diferentes, encontramos uma mesma postura básica seja no Estado romano (onde isso ocorre através de vários canais confluentes, sobretudo uma apropriada *iurisprudencia*), seja no Estado liberal moderno, onde o problema da produção jurídica é subtraído a diferentes órgãos, reservado ao próprio Estado e reduzido – em sua quase totalidade – ao único canal obrigatório da lei, expressão da vontade exclusiva do macrocosmo Estado. Este último é exemplo que qualificamos como autêntico absolutismo jurídico, apesar dos pressupostos econômico-jurídicos de cunho tipicamente liberal. Profundamente diferente, por sua vez, é a postura do regime político medieval, o qual, desprovido de anseios e de vocações totalizantes, parece-nos – ao contrário – inclinado a uma relativa indiferença pelo jurídico. Vamos esclarecer melhor: não pretendemos de modo algum dizer que o direito tem um peso relativo na civilização medieval, afirmação que seria desmentida pela centralidade daquele para a caracterização desta. Queremos dizer apenas que o detentor do poder não concebe o direito enquanto tal como objeto necessário de suas atenções e instrumento obrigatório de seu regime; não o identifica como um indispensável *instruementum regni*. A atenção do monarca, do senhor, da comuna medieval, está voltada sobretudo para aquela área do jurídico naturalmente vinculada ao exercício e à conservação do poder, que hoje identificaríamos na noção genérica de “direito público”. Para todo o restante, é evidente uma relativa indiferença e, se preferirmos, o respeito implícito por outras fontes normativas”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 61.

<sup>70</sup>GROSSI, Paolo: “Em suma, ele exprime, no nível jurídico, os fatos fundamentais do sangue, da terra, do tempo. Coletividade e coisificação são seus valores indefectíveis e bastam para torná-lo adequado ao universo jurídico medieval. O direito é, na origem, direito de uma estirpe, que o costume é a *lex non scripta* primitiva e em que as sucessivas *leges scriptae* colocam-se sobretudo como identificações, certificações, sistematizações de material consuetudinário por parte de um príncipe, que se mostra mais como *custos e lator legis* que como produtor independente de direito; se assume esta última função, o faz de modo secundário, permanecendo primordial sua função de intérprete de um *ius* que o antecede e ao qual está subordinado”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 109.

soberania estatal. Se há alguma soberania, absoluta, ilimitada, no Medievo, é a de Deus, com o que restam favorecidos seus indicados terrenos, de conformidade com ciência canônica<sup>71</sup>.

Em que pese a origem e desenvolvimento desse direito comum, o referido período foi denominado pejorativamente de Idade das Trevas, quando vozes, como a de Grossi, negam a ausência de produção cultural, referindo que o que aconteceu foi a ausência de circulação dessa produção, destacando a excelência de estudos de alguns centros, especialmente, de instituições monásticas, que, por sua natureza, era fechada e limitadora do conhecimento a poucos<sup>72</sup>. Certo é que durou um largo lapso temporal porque a Igreja Católica foi hábil para generalizar, popularizar e inserir um dogma de fé, no qual consistia a sua filosofia metafísica, que impunha a aceitação de todos os percalços impostos aos seus fiéis como vontade de Deus, não havendo espaço para a liberdade do homem e sem permissão para a contestação e a crítica

---

<sup>71</sup>GROSSI, Paolo: “É uma consideração relevante para esclarecer o panorama político-jurídico, para eliminar esquemas que induzem em erro; e um outro termo-noção vem demonstrar sua absoluta impropriedade: trata-se da “soberania”. Se a ordem jurídica medieval é um mundo de ordenamentos, ou seja, de autonomias – de *societates pefectae*, como diria Santo Tomás, corifeu da antropologia medieval no final do século XIII -, não podemos esquecer que o caráter essencial de toda autonomia é a relatividade; ou seja, trata-se de independências relativas, relativas a alguns ordenamentos, mas não a outros. A entidade autônoma nunca se mostra como algo *per se stat*, totalmente desvinculada do restante; antes, é pensada – ao contrário – como perfeitamente inserida no centro de um denso tecido de relações que a limita, a condiciona, mas também lhe dá concretude, porque nunca é concebida como solitária, e sim imersa na trama de relações com outras autonomias. O mundo político-jurídico é um mundo de ordenamentos jurídicos, por ser um mundo de autonomias. Bastam poucas frases elementares para nos fazer perceber o quanto é inadequado transpor para aquele mundo a noção de “soberania”. Se a vontade realmente soberana é aquela “vontade capaz de agir sobre todos os objetos sem que nenhum direito positivo seja capaz de limitá-la, é uma ordem válida apenas por sua forma”; se se caracteriza por ser absoluta e abstrata, tal vontade não pode ter lugar no universo que estamos prestes a explorar. O “soberano” está destinado à solidão graças àquela absolutidade e abstração, mas na grande ordem jurídica medieval ninguém jamais é concebido como uma mônada isolada; o próprio pontífice romano, o personagem que, munido da *plenitudo potestatis* que lhe foi conferida pela ciência canônica, pode parecer o mais solitário, deve essa plenitude unicamente à sua função vicária, é repleto de poder apenas por ser parte de uma relação vicarial que o liga a Deus. No universo medieval pode-se falar de uma única soberania, absoluta, ilimitada e, portanto, não conteudista, que é a soberania de Deus, verdadeiro soberano sobre uma ordem terrena dividida, ao contrário, em poderes necessariamente não soberanos”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 58/60.

<sup>72</sup>GROSSI, Paolo: “O período da fundação medieval, do século V ao XI, não foi, em geral, uma época de incultura, mas sim de uma cultura que não circulava. Se é verdade que a sociedade civil não é percorrida, em nenhum de seus estratos, nem sequer nos mais elevados, por instâncias e fermentos de cunho cultural, ainda assim é necessário constatar a excelência dos estudos que surgem e se desenvolvem em determinados centros, por exemplo, em muitas instituições monásticas. Trata-se, no entanto, de centros fechados e de uma cultura feita por poucos e para poucos: de fato, o mosteiro, lugar de eleição da dimensão cultural desses séculos, é por natureza uma entidade propensa à introversão, fechada em seu caráter de comunidade separada e distinta, mais sensível a um ideal de comunicação e de abertura metafísicas que sociais. No âmbito geral, isto é, no plano filosófico, teológico e também literário, se faz sentir e se exalta o contraste entre um *scriptorium* monástico, cidadela cercada por uma profunda especulação, e o vazio que envolve a sociedade no seu todo”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 75-76.

aos dogmas de fé<sup>73</sup>. A crença em uma meta realidade moveu os fiéis por todo largo lapso temporal do Medieval, tendo sido o grande elemento permissivo da manutenção do *status quo* da época.<sup>74</sup> No período medieval se consolidou a Igreja Católica como a instituição de maior poder da época, tendo havido o abandono do conhecimento herdado das civilizações greco-romanas em prol de concepções metafísicas impostas pela Igreja. Houve uma profunda aproximação da cultura religiosa e moral da Igreja com o costume popular, pautando e modificando as condutas sociais, que calou fundo também no direito<sup>75</sup>. Na sociedade medieval, por força da Igreja Católica, era atribuída uma legitimação divina dos governantes e, conseqüentemente, no poder exercido por eles. Havia por trás dos governos feudais e autoritários medievais o respaldo religioso a lhes garantir o exercício do poder<sup>76</sup>, sendo que, somente a partir do período da Baixa Idade Média, é que paulatinamente veio a imperar a noção de secularização<sup>77</sup>, sem ignorar que na Grécia e em Roma houve teorias livres de influência religiosa<sup>78</sup>, mas

<sup>73</sup> HABERMAS, Jürgen: “Aparte de eso, frente al derecho históricamente existente, la proclamación de los derechos del hombre y el código de Napoleón han hecho valer el principio de la libertad de la voluntad como fundamento sustancial del Estado: ‘Se considera el derecho y la eticidad como algo fundado sobre el suelo presente de la voluntad del hombre, pues antes sólo se imponían externamente como mandato de Dios, o sólo estaban escritos en el Antiguo y Nuevo Testamento, o en forma de derechos especiales en viejos pergaminos, es decir, como privilegios, o sólo estaban presentes en los tratados”. In: **El Discurso Filosófico de la Modernidad**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 29-30.

<sup>74</sup>GROSSI, Paolo: “Para esto sirve El mito em su significado esencial de transposición de planos, de proceso que compele a uma realidade a completar um vistoso salto a outro plano transformándose em uma metarrealidade, y si toda realidad está em La historia, da la historia nace y com la historia cambia, la metarrealidade constituida por el mito se convierte em una entidad metahistórica y, lo que es más importante, se absolutiza, se convierte em El objeto de creencia más que de conocimiento”. In: **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 41.

<sup>75</sup>GROSSI, Paolo: “Um primeiro significado dessa presença específica poderia consistir na enorme influência por parte da Igreja e de seu patrimônio religioso e moral na vida do direito, na configuração de muitas estruturas jurídicas da convivência cotidiana. Intimamente inserida no costume popular, orientadora e modificadora desse costume, é previsível uma influência relevante numa ordem jurídica que gosta de se reconhecer em raízes consuetudinárias. E os historiadores do direito não deixaram, há tempos, de dar-lhe a devida importância”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 135-136.

<sup>76</sup>VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau. A recusa dos pressupostos liberais**. Porto Alegre: Coleção filosofia 52. Edipucrs, 1997, p.15.

<sup>77</sup>MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “O surgimento do moderno estado-nação pôs termo à unidade decorrente da aceitação comum do direito romano-canônico, ou *jus commune*, que perdurou na Europa durante a era feudal e no início da era moderna. O *jus commune*, associado em muitas mentes ao conceito de Sacro Império Romano, foi um direito que transcendeu as diversidades de tribos locais, comunidades e nações. Com a decadência do feudalismo, o advento da Reforma e o conseqüente enfraquecimento da autoridade do Sacro Império Romano, a monarquia centralizadora começou a surgir como o principal tributário da lealdade dos cidadãos”. In: **A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 46.

<sup>78</sup>Não se ignora, por óbvio, que houveram concepções teóricas desde a Grécia Antiga, passando, por Roma e muitas outras civilizações, que desenvolveram um governo em cima de territórios com extensões variáveis, que possuíram características muito semelhantes às do Estado moderno.

em faces dos limites propostos na tese a noção de secularização marcante do Iluminismo parte do Medieval em relação à religião católica.

Era marca do governo medieval o exercício do que os historiadores denominam de poder político incompleto<sup>79</sup>, que no jurídico redundava na ausência de um interesse totalizante, com preocupação centrada apenas nas questões atinentes ao exercício do poder. O próprio reconhecimento dos direitos individuais encontrava obstáculos intransponíveis na consciência medieval, onde o coletivo sempre foi preponderante, seja em razão da proteção indispensável para o indivíduo, seja porque a força política predominante da igreja incutia o pensar na salvação como principal objetivo dos homens e ela só poderia ser alcançada no viver comunitário<sup>80</sup>. A ordem antropocêntrica, geradora dos compromissos estatais para com o cidadão é fruto de construção posterior, quando o príncipe toma consciência da necessidade de monopolizar o Direito, quando o Direito passa a ser produto do Estado, ou seja a partir da formação do Estado-nação, situação ainda muito distante do Medieval, inclusive na sua plena maturidade, do século XIII<sup>81</sup>. O Medieval nasce e se desenvolve sob a égide

---

Porém, por estar mais próxima do objetivo do trabalho, o estudo ficará limitado ao Estado moderno, especialmente sobre a crise que lhe sobrevém. A propósito: “Desde seus primeiros grandes representantes, Platão e Aristóteles, passando pelos teóricos romanos, como Cícero, até o período medieval, desde a reformulação da Teoria do Direito e do Estado na era moderna até a segunda metade do século XX, a grandeza de referência decisiva da Filosofia do Direito e do Estado tem consistido no Estado Unitário. Na verdade, ele só iria assumir a forma de Estado unitário tardiamente. Desde as Cidades-Estados da Antiguidade, passando pelo Império Romano e por seus sucessores medievais, até o Estado territorial moderno, incluindo até mesmo as utopias políticas, o objeto de estudo tem permanecido o mesmo, se considerarmos tratar-se de Estados territorialmente delimitados. Todavia, por meio da globalização, eles acabam sofrendo uma perda considerável de importância”. In: Otfried, Hoff. **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 41.

<sup>79</sup>GROSSI, Paolo: “El universo medieval se caracteriza, ante los ojos del historiador atento, por expresar em su seno lo que em outra ocasión he llamado um poder político incompleto, entiendo por ello no solo La falta de efectividad (que por El contrario existe com frecuencia y que a veces puede traducirse hasta em manifestaciones de tiranía), sino también la ausencia de um proyecto totalizador, omnicomprensivo”. **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p.24.

<sup>80</sup>GROSSI, Paolo: “Estamos diante de uma das atitudes mais características da consciência medieval, exasperada – por um lado – pela persistente desordem social, que propunha os mais variados agregados coletivos como nichos proteções indispensáveis, e – por outro lado – pela protagonista Igreja Romana, habituada a pensar a salvação do indivíduo apenas no seio da comunidade sagrada e a suspeitar de toda solidão individual. Será uma atitude constante, que desde o tempo de fundação se transferirá intacta para a idade Média sapiencial e nela perdurará sem alterações; constante, pois vinculada a profundas convicções antropológicas e por isso enraizada no íntimo da experiência e expressão dela”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 93.

<sup>81</sup>GROSSI, Paolo: “a visão correta da complexa experiência jurídica medieval assim como se apresenta a nós em ordenamentos pleno século XIII, na sua completa maturidade, compõe-se, ao contrário, de múltiplos: múltiplos ordenamentos concorrentes que não requerem legitimação externa, mas que substancialmente se autolegitimam enquanto expressões espontâneas das mais variadas dimensões do social; dimensões que podem ser a comunidade humana universal produtora, por inspiração divina, de regras racionais interpretadas pelas *leges* e pela ciência, as comunidades territoriais

do reicentrismo, no qual o indivíduo pertence ao grupo, onde o pertencimento à comunidade religiosa, ao conjunto local, à corporação profissional, à irmandade absorve o sujeito. Por outro lado, é capaz de lhe assegurar relativa proteção e possibilidade de desenvolvimento<sup>82</sup>. Então, o indivíduo e o povo, reconhecido hoje como o legítimo detentor do poder, não possuíam qualquer expectativa exigível do príncipe. Se tinham algum interesse atendido, não era por exigência legítima, mas sim por benevolência do governante. Em outras palavras, o referido período é marcado pela ausência de compromisso governamental para com o povo. Em consequência, questões como as que hoje são comumente pautas e compromissos de governo, na maioria esmagadora dos Estados atuais, naquela época passavam ao largo. Assim, a premissa fundamental da presente tese atinente ao compromisso com a qualidade na prestação das atividades governamentais, em relevo a jurisdicional, para o fim de atender aos interesses do povo, com preocupação isonômica, alcançando todas as camadas sociais da população, não podia ser defendida à época.

Na Alta Idade Média, com o feudalismo, havia uma ineficiência governamental ainda mais acentuada, decorrente da descentralização do poder, geradora de uma insegurança jurídica e instabilidade social, que não atendiam aos interesses da crescente classe burguesa<sup>83, 84</sup>. Apesar de poder até ser reconhecida uma plataforma constitucional de índole consuetudinária, no período, aos quais submetiam inclusive

---

particulares produtoras de normas locais, os sujeitos do universo feudal, a classe dos mercadores, um *ethnos* particular que pretende reafirmar em nível jurídico a própria originalidade, e assim por diante”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 286.

<sup>82</sup>GROSSI, Paolo: “Nesse momento histórico, o indivíduo, ou seja, o sujeito autossuficiente que leva em conta as energias individuais e constrói a ordem geral, é, sem dúvida, uma abstração. O indivíduo ou é atraído pela coisa até se tornar quase pertencente a ela, ou é atraído pelo grupo intermediário, que pode dar-lhe apenas proteção e possibilidade de desenvolvimento. Será sobretudo nesses grupos – sejam eles a paróquia, a corporação profissional, a associação política, a irmandade e assim por diante – que se fundará o edifício da sociedade medieval, do mesmo modo que a grande catedral, base e símbolo das aspirações de toda uma comunidade, pressupõe não este ou aquele artifice, mas a corporação laboriosa em cujo interior as individualidades desaparecem”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 90.

<sup>83</sup>MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “A estrutura ineficiente, altamente descentralizada e policêntrica do mundo político medieval desmoronou ante à necessidade de um sistema governamental centralizado e mais eficiente – o moderno estado-nação”. In: **A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 45.

<sup>84</sup>GROSSI, Paolo refere que o ordenamento era plural no referido período: “A civilização jurídica medieval, que vê extremamente reduzidos os condicionamentos por parte do poder, é rigorosamente pluralista. Pluralismo jurídico que prevê, no interior do território de uma mesma entidade política, a coexistência e a covigência de ordenamentos jurídicos que podem não ser expressões daquela entidade, mas de forças diferentes que organizaram aspectos diferentes da sociedade e deram vida a comunidades autônomas, ou seja, de qualquer modo autonomamente nomopoiéticas. In: **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Apresentação e tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p.98.

os príncipes e que serviu de inspiração para construções jurídicas posteriores<sup>85</sup>, na superfície a guerra e o conflito estavam sempre muito próximos daqueles que viviam fora do Estado<sup>86</sup>. De modo a combater tal situação houve, então, o surgimento de uma forma de governo mais centralizadora de poder, fato nascedouro do Estado-Nação<sup>87</sup>.

Não é possível negar que o feudalismo é marcado, indubitavelmente, por outras diversas questões de grande complexidade, porém para o fim perseguido, é suficiente registrar que o Estado-Nação surgiu ainda na Idade Média, imediatamente após o feudalismo, mas marcado pelos antecessores do Império Romano, reinos germânicos

---

<sup>85</sup>GROSSI, Paolo: “Essa tranquila e profunda plataforma constitucional de índole consuetudinária, pouco afetada pelos acontecimentos de uma superfície política bastante irrequieta, constitui a ordem jurídica medieval, uma harmonia de relações baseada na própria natureza das coisas, que o costume parecia imitar fielmente. Não por acaso a ideia da consuetudo como altera natura, como segunda natureza, percorre toda a alta Idade Média, que a recebe de Cícero e de Agostinho e posteriormente a transmite aos juristas do chamado renascimento jurídico. O termo *evocatio ordo* deixa as inspiradas páginas de filósofos e teólogos para encontrar plena cidadania em textos estritamente jurídicos: um exemplo bastante indicativo pode ser observado, como mais acima mencionávamos, precisamente na hispânica *Lex visigothorum* – a norma régia mais forte e exclusiva do Ocidente protomedieval -, cominada, no entanto, pela ideia de um príncipe que se baseia plenamente numa ordem subjacente, a explícita, a propõe”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 115.

<sup>86</sup>Ainda que seja possível reconhecer a proximidade do Direito (peculiar Direito visto como mandamento sem coerção estatal, por óbvio em face da ausência de Estado) e da sociedade, um Direito originado e voltado para a sociedade não é de se imaginar que seu caráter ôntico, se constitua em um aspecto positivo do Direito medieval apto a ser introduzido nos dias atuais. A propósito: “No clima medieval o direito recupera plenamente a sua onticidade, ou seja, o seu caráter de fundamento dentro de uma comunidade, realidade de raízes pertencentes à mesma natureza da sociedade; ou melhor, sua salvação, por ser garantia de uma estabilidade que não é nem artificial, nem imposta, mas sim inata às exigências mais autênticas de uma civilização histórica. O direito, aqui, é, sobretudo, *ordo*, ordem, não assegurada pela coerção de uma ordem de polícia, mas em vigor nos estratos mais profundos da sociedade; uma ordem que espera somente para ser lida, conhecida, manifestada, porque já está escrita com características indeléveis”. *In: GROSSI, Paolo. O Direito entre Poder e Ordenamento*. Apresentação e tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 96.

<sup>87</sup>Importante frisar que a expressão tem origem em “natio” que para os romanos era a deusa da origem e do nascimento. Na idade média a expressão mantém o sentido romano de designar as organizações sociais sem organização política formada, mas que são integradas por origem, questões geográficas, linguísticas e culturais. O conceito tal como o conhecemos hoje, com a designação e vinculação ao titular de soberania, agregado ao de comunidade (povo, governo e território), só surge a partir do iluminismo. Ver a propósito: “A história do surgimento do Estado nacional reflete-se na história do conceito “nação”. Entre os romanos, “natio” é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da “civitas”, a “natio”, do mesmo modo que “gens” e “populus”, refere-se a populações (muitas vezes “selvagens”, “bárbaras” ou “pagãs”) que ainda não se organizaram em associações políticas. Segundo este uso clássico, as nações são comunidades que têm a mesma origem, sendo integradas politicamente através de uma organização estatal. A “nação” mantém este significado durante a idade Média. No século XV, ela se introduz nos idiomas populares. O próprio Kant afirma: “A massa que se reconhece unida através da descendência comum, formando uma totalidade civil, deve ser chamada ‘nação’ (gens)”. Porém, no início da modernidade, surge um novo uso: a nação como titular da soberania. As corporações representam a “nação face ao rei”. E desde meados do século XVIII, ambos os significados, o de “nação”, no sentido de uma comunidade que tem a mesma origem e o de “povo de um Estado”, se entrelaçam. Com Sieyès e a Revolução Francesa, a “nação” se transforma na fonte da soberania do Estado. A partir daí, cada nação deve ter o direito à autodeterminação política. O complexo étnico cede, pois, o lugar à comunidade democrática intencional”. *In: HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre factividade e validade*. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 282.

e cidades-repúblicas gregas<sup>88</sup>. O descontentamento da força política emergente com o estado de coisas do sistema feudal, baseada em uma ideologia nacionalista, impeliu a centralização do poder, tendo a soberania como condição básica do Estado<sup>89</sup>. Diversa, portanto, da fragmentação característica do feudalismo, “os diversos poderes dispersos pelos feudos são substituídos e unificados no poder soberano da monarquia absoluta”<sup>90</sup>, pressuposto do moderno Estado-Nação<sup>91</sup>. Há, desse modo, a aquisição de uma forma governamental absolutista e autoritária, compromissado precipuamente com a manutenção da paz. Em que pese, especialmente nos primeiros tempos, houvesse nos Estados autoritários a prevalência do poder arbitrário sobre a lei, muito diferente da qualidade geral e rígida da norma da concepção proveniente do viés iluminista, proporcionada pela filosofia aristotélico-tomista,<sup>92</sup> ainda assim foi possibilitada uma condição de pacificação social que não havia no sistema feudal<sup>93</sup>.

No cenário jurídico, o vazio deixado pelo fim do sistema jurídico romano é sentido. Nem mesmo os centros eclesiásticos de produção cultural tiveram produção jurídica destacada em relação à continuidade ou enfrentamento mais aprofundado das

---

<sup>88</sup> HÖFFE, Otfried: “A forma elementar do Estado contemporâneo, o Estado de Direito, tem suas origens antes da passagem da Idade Média para a Idade Moderna. Na complexa classificação do feudalismo e da suserania, o Estado medieval já é um Estado mantenedor de direito e paz (*iustitia ET pax*). Suas competências para o Direito e a segurança interna e externa remontam a épocas mais antigas, passando pelo Império Romano, pelos reinos germânicos e pelas cidades-repúblicas gregas até o Antigo Oriente, enquanto seus primórdios se perdem na obscuridade da Pré-História e do início da História”. In: **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 178-179.

<sup>89</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “Mas para levar a cabo este tipo de transformação e consolidar as conquistas da revolução, uma ideologia era necessária e o nacionalismo – a ideologia do estado – atendia a esta necessidade. E se o nacionalismo era a ideologia prevalecente, a soberania era a premissa básica de sua expressão legal”. In: **A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 45

<sup>90</sup> STRECK E BOLZAN. Op. cit. p. 34.

<sup>91</sup> STRECK E BOLZAN dizem: “... não existiu Estado centralizado no decorrer do período medieval, exatamente pela fragmentação dos poderes em reinos, feudos etc. A forma de Estado centralizado – o Estado como poder institucionalizado – é pós-medieval, vindo a surgir como decorrência/exigência das relações que se formaram a partir do novo modo de produção – o capitalismo – então emergente”. Op. Cit. p. 23.

<sup>92</sup> GROSSI, Paolo: “Sobresale el protagonismo de la ley, na no entendida em la vaga acepción de la lex de santo Tomás inclinada a esfumarse em el ius, sino com el significado estrechísimo de la lo y, ley em sentido moderno, volición autirtaria del titular de la nueva soberanía y caracterizada por los atributos de la generalidad y de la rigidez”. **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 32.

<sup>93</sup> HÖFFE, Otfried: “Do ponto de vista da história da Humanidade, o fator mais nefasto, a guerra, é antigo. Os Estados permitem, entre si, atos de arbitrariedade e violência ou, em outros termos, o uso do poder em detrimento do direito, não os admitindo, porém, dentro de seu próprio território”. In: **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 44.

temáticas clássicas e pós-clássicas. A dimensão consuetudinária, ôntica, do jurídico, no Medievo, indicava a desnecessidade de agregar qualquer caráter técnico ou científico aprofundado ao Direito, tornando despicienda qualquer investigação das produções jurídicas romanas ou de quaisquer outras culturas<sup>94</sup>. As escolas jurídicas da época não objetivavam uma apuração reflexiva mais aprofundada sobre o Direito, permanecendo limitadas às técnicas para o exercício da profissão, nomeadamente como juízes e notários<sup>95</sup>. Tal situação perdurou até por volta do século XII, quando, então, houve uma multiplicação dos centros de estudos e educação, a ciência começou a ter projeção, criando uma dimensão predominantemente sapiencial<sup>96</sup>, semente do Iluminismo. Nessa época, denominada de Gregoriana, estava instalada a profusão complexa de textos e cânones canônicos que deveriam ser harmonizados, separando o direito autêntico do inautêntico e sistematizados, indicando a centralidade da ciência também para o jurídico<sup>97</sup>. Contudo, não ocorre uma cisão de

---

<sup>94</sup>GROSSI, Paolo: “O mesmo não ocorre, porém, com aquela cultura especial, a cultura jurídica, que é a única a nos interessar aqui: o vazio nesse campo é quase total, e será inútil buscar no ocidente um lugar mesmo restrito e fechado em si mesmo que dê continuidade ao aprofundamento doutrinal dos clássicos e dos pós-clássicos, ou que se aproxime do trabalho dos mestres bizantinos no Oriente. Faltam pessoas, propósitos, escolas. Alguns historiadores do direito, sobretudo de muitos anos atrás, gostavam de imaginar a existência de verdadeiras escolas de direito situadas em Roma e em Ravena, continuadoras da mensagem científica antiga, mas trata-se de ilações desprovidas de bases sólidas. A realidade é mais complexa; a ciência do direito, pela vocação operacional que traz em si não pode deixar de ter um vínculo necessário e insuprimível com a sociedade traz inevitavelmente os sinais dos movimentos que a percorrem. Desmoronada a velha estrutura estatal, desmoronada a velha cultura jurídica que nela estava solidamente ancorada, o regime consuetudinário desses séculos não parecia sentir a necessidade de uma reflexão doutrinal de caráter científico. Melhor dizendo: não podia senti-la. A ciência, para construir seus edifícios precisa de conquistas consolidadas e assentadas sobre as quais erguer validadamente uma reflexão. Mas na nova oficina medieval, a práxis edifica, dia após dia, o seu direito, plasmando-o e diversificando-o conforme as exigências dos lugares e das épocas, mostrando-se com uma fisionomia incrivelmente heterogênea e irreduzível à unidade”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 76-77.

<sup>95</sup>GROSSI, Paolo: “Ninguém poderia seriamente negar a existência de escolas de direito nesses séculos. O importante é não deturpá-las, como muitas vezes se fez, movidos por entusiasmos reconstrutivos. Não temos a presença de espaços de apurada reflexão científica, mas simplesmente escolas de formação profissional onde, com recursos intelectuais rudimentares, os aspirantes a juízes e notários recebem as noções jurídicas indispensáveis para melhor exercer suas funções. Nessas escolas, os instrutores preparam para o exercício de uma profissão, mas são alheios a qualquer instância de caráter autenticamente cultural”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 77-78.

<sup>96</sup>GROSSI, Paolo: “À medida que nos distanciamos do século XI para penetrar no segundo período medieval, a civilização revela-se a nós – conforme já mencionamos – numa dimensão tipicamente sapiencial, predominantemente sapiencial. Isso não significa apenas que se multiplicam os centros de educação e de estudo, que educação e estudo são presenças circulantes e difusas, que o conhecimento científico (teológico, filosófico, jurídico) se exprime num conjunto cada vez mais amplo e admirável em quantidade e qualidade; significa também, e sobretudo, que a ciência ocupa um papel central na civilização e que a sociedade lhe atribui um papel primordial no seu interior”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 179.

<sup>97</sup>GROSSI, Paolo: “São marcas emblemáticas da era gregoriana – era de concordâncias, senão de concórdias – o *Decretum* de Graciano (cerca de 1140) e o *Quattuor libri sententiarum* de Pedro Lombardo (cerca de 1150), obras conclusivas – a primeira no terreno jurídico, a segunda no teológico

uma fase para outra, o direito continua sendo ôntico, factual, costumeiro, havendo apenas um refinamento jurídico, uma organização em esquemas mais rigorosos, buscando fundamentação teórica, linguagem mais precisa e instrumentos técnicos, com o que há uma solidificação do plano da validade formal do Direito<sup>98</sup>.

A partir da aquisição da consciência pelo príncipe da necessidade de englobar o direito para manutenção do poder, há o abandono do direito ôntico para o monopólio do jurídico através da lei. O desenvolvimento do Direito como ciência, no período sapiencial do Medieval, foi permissor da implementação da mudança referida. A partir da distinção do jurídico e do não jurídico, de acordo com o critério monopolista estatal, que se dá através da lei, foi possível construir a noção de validade para o Direito. Então, posteriormente ao medieval, o Direito passa a ter um papel de centralidade no aspecto social e político. Isso é, seja no período da Alta ou Baixa Idade Média, ou como prefere Grossi, protomedieval ou sapiencial, o direito nunca deixa de ser um produto genuinamente social, costumeiro, perdendo a autonomia caracterizadora do jurídico somente após o período medieval<sup>99</sup>. O mundo jurídico simples da fase protomedieval foi modificado com as mudanças sociais caracterizadoras do segundo período, contudo, não chegou a permitir a visão autônoma da ciência jurídica, o que vem a acontecer posteriormente, tendo como ponto de partida a consolidação das

---

– de um debate que já durava décadas, e sobretudo obras conciliadoras; não devemos nos esquecer do título que Graciano quis dar à sua obra e não a denominação que lhe foi posteriormente atribuída: *a concordia discordantium canonum*, harmonização dos preceitos canônicos com conteúdos discrepantes. Para abreviar um discurso que corre o risco de se tornar bastante longo, podemos dizer que, quando se trata de discernir o autêntico do corrompido e do espúrio, quando se trata de coordenar e sistematizar as estratificações lentamente sedimentadas, isso é tarefa mais da ciência que da autoridade”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 184.

<sup>98</sup>GROSSI, Paolo: “Só que, enquanto a práxis protomedieval limita-se a intuir um peso jurídico e a esboçar, por conseguinte, figuras robustas, mas factuais – trata-se das situações reais, mas assim as qualificamos para sublinhar sua factualidade –, a nova ciência de glosadores e comentadores, coerentemente com o seu ofício, sene a necessidade de organizá-las em esquemas mais rigorosos, elaborados inclusive teoricamente. E aqui se tem a demonstração mais pontual da instrumentalidade do direito romano para nossos doutores. Lança-se mão do repositório romano, mas para ter – mais que os conteúdos – sua linguagem precisa e os instrumentos técnicos apropriados, e também sua sólida plataforma de validade”. In: **A Ordem Jurídica Medieval**. 1ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2014. p. 292.

<sup>99</sup>GROSSI, Paolo: “O que devemos ressaltar aqui é que a dimensão consuetudinária continua a ser, também na Idade Média sapiencial, uma das estruturas de sustentação da ordem jurídica: uma imensa gama de costumes, com conteúdos muito variados e provenientes de produtores mais diversos, que tanto podiam ser uma grande comunidade urbana como uma pequena comunidade agrária, que podiam concretizar-se tanto num uso universal da classe mercantil como num uso particular restrito a uma certa praça comercial, que podiam manifestar-se em textos escrito ou que aguardavam o instrumento de uma confirmação judicial para aflorar. Um patrimônio consuetudinário que, mesmo num panorama mais aberto e multifacetado, continuava a afirmar uma decisiva e firme factualidade do direito; um patrimônio consuetudinário que deve ser visto, portanto, como um grande sinal de continuidade”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 226-227.

teses iluministas. O que foi verificado foi a junção da produção científica ao direito costumeiro<sup>100</sup>. A propósito, não é possível olvidar que, essas novas concepções jurídicas e políticas, em uma sociedade acostumada com a estagnação, também estão vinculadas com as novas complexidades sociais e econômica, dos séculos XI-XIII, decorrentes de maiores aglomerados sociais, a formação de cidades, facilitadoras de um maior e melhor intercâmbio<sup>101</sup>. Tudo a produzir um problema a ser enfrentado inicialmente com o advento do Estado<sup>102</sup>. Então, a unificação do poder no

---

<sup>100</sup> GROSSI, Paolo: “O mundo jurídico simples do primeiro período medieval tornou-se uma realidade complexa; à dimensão meramente factual uniu-se a ciência, assumindo um papel de organização central. Mas não devemos pensar em dois níveis paralelos e distantes que se ignoram reciprocamente. Sobretudo não devemos pensar numa ciência cheia de soberba e de arrogante desprezo. A ciência jurídica dos glosadores e dos comentadores, ciência inserida na sociedade e destinada a ordenar convenientemente a sociedade; ciência convencida de que sua tarefa consiste mais num olhar atento para o efetivo que num ancoradouro conservador do válido, essa ciência está consciente de que a dimensão da efetividade amadurece sobretudo através de um patrimônio usual que se renova. A nova ciência será muito sensível ao fenômeno consuetudinário, fazendo um relevante esforço para dar-lhe uma plena valorização no âmbito das fontes e uma sistematização teórica aperfeiçoada; e estará disposta a adotar as invenções criadas pela práxis e consolidadas no uso, formalizando-as e fortalecendo-as em elaborações técnicas e dogmáticas. Graças à sua sensibilidade e a uma enorme capacidade de autoconsciência, a *scietia iuris* medieval reafirma sua posição de protagonista no centro da ordem jurídica”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 227.

<sup>101</sup> GROSSI, Paolo: “A complexidade e a vivacidade da vida cotidiana nas cidades, particularmente no seu aspecto econômico e social, exigem novos instrumentos jurídicos, mais adequados, mais eficazes. O campo das relações civis, o novíssimo campo dos tráficos mercantis e sistema processual para sua solução são os terrenos em que a prática usual exerce um papel primordial e relevante, criando e cunhando com empirismo e imaginação”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 225.

<sup>102</sup> GROSSI, Paolo: “No mundo moderno, o problema da produção do direito foi resolvido de maneira simples e coerente: o direito é inserido entre os objetos relevantes para o Estado, e este se encarrega de produção, monopolizando o sistema das fontes, ou seja, hierarquizando-as e reduzindo-as substancialmente a uma, à lei, entendida como expressão da vontade suprema do Estado. O percurso da civilização jurídica moderna a partir do século XVI é testemunho de uma crescente vinculação do direito ao poder político, de um crescente totalitarismo jurídico que não será apenas reafirmado pela burguesia reinante, mas será cada vez mais absolutizado graças ao instrumento onivalente do Código. O historiador do direito desprovido de prevenções ideológicas não pode deixar de observar um sacrifício enorme e extremamente árduo; a visão servil do direito reduzido a instrumento *regni*, não obstante as fábulas iluministas; a subordinação do direito ao poder e aos interesses da classe que o detém. Sob outro aspecto, o pan-estatalismo moderno resolvia com extraordinária simplicidade e eficácia o problema da produção jurídica; detentor do poder e produtor passavam a coincidir substancialmente num sujeito complexo com duas dimensões; a dimensão produtiva extraía a sua legitimação primeiramente da dimensão potestativa, soberana, e a regra jurídica produzida não tinha problemas para encontrar o seu momento indiscutível validade na vontade política suprema. A validade, ou seja, a correspondência a um modelo superior geral e autorizado, é necessária ao direito para alcançar a respeitabilidade, já que somente da respeitabilidade decorrerá o mecanismo da obediência. No direito moderno – direito legislativo, direito criado, criado pelo poder – o momento de validade é forte, pois se apoia na dimensão política, ou seja, na dimensão de poder do sujeito produtor. Há um primado do político, no qual o direito – subsidiariamente – se justifica; e o político, cuja respeitabilidade e cuja coação lhe são inatas, se auto justifica, é capaz – aliás -, como poder soberano, de conferir justificação. Eis porque falávamos mais acima a respeito de solução simples e coerente; o direito moderno é carente de autonomia, mas não é – e não poderia deixar de ser – carente de validade. Uma abordagem totalmente diferente deve ser feita em relação ao direito medieval, sobretudo ao direito chamado a ordenar a sociedade complexa no segundo período medieval. Na sociedade protomedieval – sociedade estática,

Estado-Nação foi geradora de um panorama social diverso. Houve a inovação, senão criação, quando se entende que o direito só pode ser produto do Estado,<sup>103</sup> do ordenamento jurídico. O sistema difuso e a onticidade, caracterizadoras do feudalismo, dão lugar a outro concentrado em um território de maiores proporções e específico<sup>104</sup>, assumindo, o Estado, a função de integrar força coercitiva ao Direito, com o que deixa de ter seu caráter ôntico.<sup>105</sup>

De qualquer maneira, o desenvolvimento que resultou na primeira forma de Estado absolutista e autoritário não foi linear em todo o Ocidente, porém, com indicações a partir do século XIV, decorrendo em função do tempo em que as sociedades fortificavam os benefícios decorrentes da centralização, com o desenvolvimento de um maior intercâmbio cultural, da infraestrutura do comércio, tanto física, decorrente de melhorias de estrada e veículos, quanto financeira, com a moeda e os contratos, com a mudança de mentalidade, da cultura masculina da honra para uma cultura cavalheiresca da dignidade, da violência para o autocontrole, tudo contribuindo para a mitigação dos conflitos proporcionada pela “paz do rei”<sup>106</sup>. Muito

---

dominada por um naturalismo vivo, permeada até mesmo de primitivismo; sociedade extremamente fracionada, com um eixo de sustentação na micro comunidade humana – o problema da validade é muito menos percebido, e, seja como for, seria solucionado satisfatoriamente por aquela ideia central de fato normativo e aquela fonte consuetudinária que reunia, num todo, natureza das coisas e norma. As dificuldades surgem com a dinâmica do século XI-XII, com a complexidade, com a exigência de elaboração de um direito que, sem trair os fatos, se posicionasse acima deles e os organizasse em esquemas universais. As dificuldades são grandes, pois, se há uma notável mudança social e econômica, não há mudanças significativas – ao menos na essência – no panorama político, que se concretiza na ausência do sujeito forte Estado, numa renúncia quase geral dos príncipes a produzir direito por muito tempo ainda, ao geral uso supletivo da ciência. Sobretudo, não muda a ideia principal de uma ordem jurídica na qual se encarna o fundamento estável de toda a sociedade, da autonomia do jurídico, do primado do direito”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 190-192.

<sup>103</sup> A explicação é no sentido de que o direito surgiu a partir do Estado, como refere Grossi: “La prima è che lo Stato cra il diritto o conferisce ad altri enti la legittimazione a produrlo; ne há, insomma, il monopólio o tende ad averlo. Prima del diritto c’è lo Stato; questi si presuppone – storicamente e logicamente – ad ogni manifestazione giuridica, perché ad esso solo spetta di qualificare una regola come giuridica; il diritto è un prodotto che viene interamente generato dal ventre dello Stato”. GROSSI, Paolo. *In: GROSSI, Paolo. Un Diritto Senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale). Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 272.

<sup>104</sup> GROSSI, Paolo: “Insomma, il diritto è una proiezione dello Stato, una sua dimensione, e si ritiene una conquista di civiltà giuridica il rigoroso principio della territorialità: un unico Stato per un unico territorio, un unico diritto per quel territorio (fatte salve – evidentemente – le regole eccezionali previste dal diritto internazionale privato)”. *In: GROSSI, Paolo. Un Diritto Senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale). Quaderni Fiorentini. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 273.

<sup>105</sup> Vide nota 43.

<sup>106</sup> PINKER, Steven: “Contudo, em um avanço histórico radical que o sociólogo alemão Norbert Elias chamou de Processo Civilizador, os europeus ocidentais começaram a resolver suas disputas de modos menos violentos a partir do século XIV. Elias atribuiu a mudança ao surgimento de reinos centralizados a partir da colcha de retalhos medieval de baronatos e ducados, quando as disputas

próximo do que Thomas Hobbes gizava ao reconhecer que a ausência de um governo é desencadeador de ciclos de violência e vingança, e que o Estado, ao deter o monopólio do uso legítimo da força, interrompe o ciclo de violência<sup>107</sup>. Isso tudo, contudo, não fez desaparecer todas as instituições feudais. Em alguns locais da Europa e da América Latina, diversas instituições feudais continuaram muito tempo sendo admitidas e cumprindo papéis importantes nas sociedades a que pertenciam. Em consequência, a visão feudal deixou de forma mais acentuada seus marcantes e já não mais desejáveis efeitos, diferentemente do que ocorreram em outros territórios da Europa e nas colônias da América do Norte, que combateram de forma mais imediata grande parte das instituições feudais, evitando, com isso, suas consolidações, podendo assumir novas formas com maior autonomia e eficácia<sup>108</sup>. De qualquer sorte, mesmo naqueles primeiros Estados que implementaram a

---

entre feudos, o banditismo e as batalhas endêmicas foram domesticados pela “paz do rei”. No século XIX, sistemas de justiça criminal forma ainda mais profissionalizados por forças policiais municipais e por um sistema de tribunais mais deliberativo. Ao longo desses séculos, a Europa também desenvolveu uma infraestrutura de comércio, tanto física, na forma de estrada e veículos melhores, como financeira, na forma de moedas e contratos. O comércio gentil proliferou e a pilhagem de terras de soma zero deu lugar à troca de bens e serviços de soma positiva. As pessoas viram-se ligadas a redes de obrigações comerciais e ocupacionais estipuladas em regras legais e burocráticas. Suas normas para a conduta diária mudaram da cultura masculina da honra, qual as afrontas tinham de ser respondidas com violência, para uma cultura cavalheiresca da dignidade, na qual o prestígio era conquistado com mostras de decência e autocontrole”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 209.

<sup>107</sup> PINKER, Steven: “Como argumentou Thomas Hobbes na Idade da Razão, zonas de anarquia sempre são violentas. Não é porque cada um quer ser predador dos demais, e sim porque, na ausência de governo, a ameaça de violência pode inflar a si mesma. Se até mesmo uns poucos possíveis predadores espreitarem na região ou puderem aparecer de repente, as pessoas precisarão adotar uma postura agressiva para dissuadi-los. Essa dissuasão só terá credibilidade se a determinação das pessoas for anunciada na forma de retaliação contra qualquer afronta e vingança contra qualquer depredação, custe o que custar. Essa “armadilha hobbesiana”, como às vezes é chamada, pode facilmente desencadear ciclos de rixas e atos vingativos: cada um precisa ser no mínimo tão violento quanto seus adversários para não virar capacho deles. A maior categoria de homicídios, e que mais varia na comparação de épocas e lugares, consiste em confrontos entre homens jovens que conhecem superficialmente uns aos outros e brigam por território, reputação ou vingança. Uma terceira parte desinteressada e dotada do monopólio do uso legítimo da força – ou seja, um Estado com força policial e judiciário – pode interromper o ciclo na raiz. Não só desincentiva agressores com a ameaça de punição, mas também tranquiliza todos os demais de que os agressores são desincentivados e, com isso, libra as pessoas da necessidade de autodefesa beligerante”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 214.

<sup>108</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “O Feudalismo (em geral, no seu sentido impreciso, como usado por muitos revolucionários europeus e latino americanos) havia sobrevivido na Europa e na América Latina em uma forma que manteve vivas muitas das injustiças sociais inerentes a sua origem, enquanto que nas colônias da América do Norte, instituições legais cujas origens eram inegavelmente feudais já tinham sido privadas de muito de sua capacidade de produzir os males econômicos e sócias que caracterizaram as sociedades feudais”. *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 42.

centralização do Poder, foi permitida a manutenção de algumas instituições, ou seja, com maior ou menor força, houve instituições fortemente vinculadas ao feudalismo que conseguiram permanecer e até ganhar mais força no autoritarismo, conferindo status social e cargos destacados no novo sistema. Na França, por exemplo, perdeu força a aristocracia da terra, abrindo espaço para o aparecimento de novas aristocracias, geralmente oriundas do poder econômico. A burguesia começava ter acesso ao poder a partir da permissão da aquisição de cargos e a sua transmissão como as propriedades em geral, podendo ser vislumbrado o poder econômico dando mostras no político. O próprio Montesquieu, que foi um dos maiores, senão o maior defensor da separação dos poderes, como postulado racional do liberalismo, na sua conhecida obra “O Espírito das Leis”, foi possuidor de um cargo de juiz, recebido por herança, tendo utilizado-o por dez anos e, depois, vendido <sup>109</sup>. Contudo, majoritariamente a aristocracia judicial, sobrevivente do período feudal no Estado autoritário manifestava ainda o conservadorismo, com a defesa da terra e o subjetivismo na aplicação das novas leis, o que acabava frustrando os impulsos progressistas, exigindo uma efetiva proteção dos direitos subjetivos, ainda que se reconhecesse obrigações do Monarca, e até uma constituição monárquica, porém em uma dimensão muito diversa da moderna, elas tinham um aspecto muito mais formal do que efetivo, devendo contar com a moderação prática, com a boa vontade majestática, com a inspiração do bem comum<sup>110</sup>. Surge, daí, então, a necessidade

---

<sup>109</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “As instituições sobreviventes do feudalismo, que conferiam status social e cargos públicos com base na propriedade da terra, eram claramente incompatíveis com estas idéias. Assim funcionavam outros tipos de aristocracia, baseadas em considerações distintas da propriedade da terra, como a aristocracia de toga. Antes da Revolução Francesa, os cargos do sistema judicial eram considerados como propriedades que poderiam ser compradas, vendidas ou legadas. O próprio Montesquieu herdou um destes cargos, ocupou-o por uma década e depois o vendeu”. In: **A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 40.

<sup>110</sup> LAQUIÈZE, Ala/n: “Embora os direitos dos indivíduos não estejam protegidos contra o poder real – é preciso por isso confiar-se à moderação prática de um monarca, cuja ação é inspirada no bem comum -, resta, todavia, o fato de que a monarquia francesa dispõe de um estatuto jurídico, e até de uma Constituição, mesmo que não se deva entender esse termo no sentido em que o entendem os juristas contemporâneos. Longe de ser um documento escrito, contendo a exposição sistemática das regras relativas ao governo do Estado, a “Constituição monárquica” apresenta-se como um mosaico de disposições consuetudinárias, no vértice das quais se põem as leis fundamentais do reino que dizem respeito às regras de devolução do poder real e à inalienabilidade do domínio. É assim que coexistem uma lei de sucessão (princípio da hereditariedade e de primogenitura, princípio de masculinidade, princípio de catolicidade), uma lei de indisponibilidade da coroa e uma lei de inalienabilidade do domínio da coroa; e todas elas obrigam o monarca”. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 340-341.

vigorosa da separação de poderes, de modo a permitir a alteração do *status quo*, tendo por base o conceito filosófico da objetividade na interpretação da lei, de modo a que fosse possível aplicar o direito de acordo com a vontade do legislador, surgindo daí a famosa expressão do juiz boca da lei, e sem interferência nas funções administrativas do governante<sup>111</sup>. Situação completamente diversa ocorreu nos Estados Unidos e na Inglaterra, onde o juiz cumpriu papel importante na limitação do arbítrio governamental, fazendo impor o *commow law*, assegurador das liberdades defendidas revolucionariamente, muito tempo depois na França, tanto que já a partir do final do século XVII a imagem da Inglaterra é a de um país onde o Poder Executivo já tinha sido limitado por um sistema judiciário independente<sup>112</sup>. Os juizes dos Estados Unidos e da Inglaterra, apesar da ausência de uma revolução e, principalmente por isso, conservavam a tradição herdada do Medievo de atenção aos costumes, à historicidade, às particularidades do caso concreto<sup>113</sup>, ao mesmo tempo em que

---

<sup>111</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juizes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se os esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juizes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o legislativo e o executivo do Poder Judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo”. *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 41.

<sup>112</sup> SANTORO, Emilio: “A autoglorificação *wigh* corresponde, a partir do fim do século XVII até a metade do século XIX, uma avalanche de diários, cartas, memórias, escritor por célebres juristas, como também por viajantes ocasionais, testemunho clamoroso da admiração pelo sistema jurídico inglês por parte dos visitantes provenientes do continente. Já no século XVIII, quem visitasse a Inglaterra ficava impressionado pela extrema solicitude dos juizes no tocante aos direitos dos imputados, solicitude essa que não tinha similar na práxis preponderante dos tribunais de nenhuma outra nação. A imagem da Inglaterra que se difunde a partir do fim do século XVII é a de um país no qual a tortura era praticamente desconhecida e o Poder Executivo já tinha sido limitado por um sistema judiciário independente. Essa imagem era certamente devida aos limites impostos ao poder discricional do Executivo pela *Revolution Settlemente* e pela tradição do *Common Law*, mas, principalmente, pelo fato de que as pessoas comuns eram tranqüilamente capazes de lembrar, vigorosamente, aos magistrados, a existência dos “direitos dos inglês nato livre”, que compreendiam a liberdade de associação, a liberdade de imprensa e uma moderada liberdade religiosa”. *In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 204-205.

<sup>113</sup> GROSSI, Paolo: “O material jurídico, nesse caso, sofre de uma incandescência que é de fato fonte de perene coerência, mas também de perene incerteza. No laboratório empírico dos juizes e dos notários, julgado após julgado, ação privada após ação privada, mais que a tentativa consciente de construção de um edifício sociojurídico, existe a sensibilidade para identificar e fixar, nos diagnósticos sempre apropriados das sentenças e dos negócios, uma consciência renovada do real, que contribui – sem dúvida, de maneira inconsciente, mas eficaz e duradoura – para a sedimentação dessa consciência, para que ela se aprofunde nas raízes mais recônditas do costume. Por toda a duração de um tão atarefado canteiro de obras, o problema era – e continuaria a ser – tipicamente

defendiam os postulados inovadores do liberalismo, eram tidos, então, como importantes na defesa do cidadão e de sua liberdade contra o poder governamental<sup>114</sup>. Ocorre, desse modo, uma contraposição de posicionamentos e valores profundamente diversos, com uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania,<sup>115</sup> gradativamente, de uma forma não revolucionária, para a qual as mudanças são drásticas e dramáticas, aleijando rapidamente o poder até então constituindo, deslegitimando o discurso de “estado de necessidade” autorizador do arbítrio governamental<sup>116</sup>. Eis então uma das premissas fundamentais para a cisão, do Direito ocidental, em *Civil Law* e *Common Law*<sup>117</sup>.

De qualquer modo, a partir da união do capital burguês com o poder político,

---

operacional; era e continuaria a ser sempre confiado à práxis. A própria escola, nesse contexto histórico, longe de ser uma trincheira científica uma leitura do mundo em termos de ciência, propõe-se como subordinada à práxis e a ela condicionada.” *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 77.

<sup>114</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “Nos Estados Unidos e na Inglaterra, ao contrário, havia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes tinham se constituído em uma força progressiva ao lado dos indivíduos contra o abuso de poder do governante, tendo tido também um papel importante na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. Não existia o temor do juiz legislador e da interferência judicial em assuntos da administração. Ao contrário, o poder dos juízes em amoldar o desenvolvimento do *Common Law* era familiar e bem-vindo. Aceitava-se que os juízes tivessem o poder de *mandamus* (compelir a administração e seus agentes a cumprir seu dever legal) e de *quo warrant* (questionar a legalidade de um ato praticado por um agente público). O judiciário não era o alvo da Revolução Americana no sentido em que ele o foi na França”. **A tradição da *Civil Law*: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. ps. 41 e 42.

<sup>115</sup> COSTA, Pietro: “O Estado “absoluto” é um Estado “limitado” pelo direito, pelos direitos, pelos *iura et privilegia* dos indivíduos, das classes, dos corpos: as sociedades de antigo regime não são o reino do arbítrio que uma antiga apologética “liberal” contrapunha à nova ordem “racional” dos códigos oitocentistas. Não se enfrentam não-razão e razão, desordem e ordem, mas entram em contato e se põem em contraste, posicionamentos e valores profundamente diversos; começa a se formar, entre os séculos XVII e XVIII, uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania, desenvolve-se um novo “discurso da cidadania” que acaba por constituir a condição de surgimento, o terreno de formação da expressão Estado de Direito; a específica solução que o Estado de Direito pretenderá dar à relação entre poder e direito seria incompreensível sem pressupor aquele imponente processo de redefinição do léxico político-jurídico que se desenvolve na Europa entre os séculos XVII e XVIII”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 102-103.

<sup>116</sup> COSTA, Pietro: “Em brevíssimo tempo, na vorticiosa “aceleração histórica” imprimida pela revolução, a harmonia preestabelecida que parecia reinar entre a soberania, a lei e os direitos, a convicção de que a lei atuasse como termo médio entre o sujeito e o poder, traduzindo a vontade racional deste último nos direitos “naturalmente” pertencentes ao primeiro, se rompem para serem substituídas por drásticas e dramáticas alternativas: de um lado, a percepção da periculosidade do poder, da possível discrepância entre a legalidade forma e o substancial despotismo das medidas do Poder Legislativo (e a conseqüente tentativa de encontrar na Declaração dos Direitos um baluarte inatacável); de outro, a teorização de um “estado de necessidade” que, em nome da luta da luz contra as trevas, da liberdade contra o despotismo, da virtude contra a corrupção pode legitimamente anular a legalidade formal e os direitos individuais”. *In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 106.

<sup>117</sup> Há aprofundamento próprio no título “Evolução social do papel jurisdicional”.

houve a formação do Estado, pressupostos da Modernidade, do capitalismo e alavancou a Europa para a situação de evidência histórica/cultural/política/econômica até os dias de hoje<sup>118</sup>. A noção de Estado, sedimentada na era moderna, está presente nos cidadãos como patrimônio incorporado, como algo pré-dado, fonte política e jurídica<sup>119</sup>. Contudo, não é permitido esquecer que é resultado de uma construção histórica longa e complexa, cujas possibilidades para o futuro permanecem em aberto<sup>120</sup>. A filosofia moderna, de forma diferente da medieval, em detrimento do coletivo, passa a ser concentrada no homem, na justificação da busca da satisfação subjetiva, baseada no direito subjetivo de concepção protomoderna, e na liberdade de pensamento, permitindo-lhe a crítica às questões de qualquer natureza<sup>121</sup>. Inclusive,

---

<sup>118</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Em primeiro lugar, que o casamento do poder político com o capital privado foi um fator decisivo na origem da Modernidade e do sistema capitalista. E que foi essa união que transformou a Europa no centro dominante do mundo, e no lugar onde a riqueza mundial começa a concentrar-se de forma geométrica, a partir do século XVI. Em segundo lugar, que foi deste casamento que nasceram, quase simultaneamente, os Estados territoriais, as economias e identidades “nacionais” e os primeiros impérios mercantis ou coloniais”. *In: Uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 52.

<sup>119</sup> GROSSI, Paolo: “A palavra “Estado” é inevitavelmente um termo-conceito que se sedimentou de determinada forma em nossa consciência atual, imbuindo-se de especificidade e de intensidade. A noção de “Estado” é inevitavelmente a consolidada no decorrer da era moderna e introjetada pelo historiador como patrimônio de seu presente, ou seja, caracterizada como uma realidade político-jurídica rigorosamente unitária, na qual unidade significa, no plano material, efetividade de poder em toda a projeção territorial, garantida por um aparelho centrípeto de organização e de coação, e, no plano psicológico, uma vontade “totalitária” que tende a absorver e a assumir toda manifestação ao menos intersubjetiva realizada naquela projeção territorial. Em outras palavras, um macrocosmo unitário que tende a se estabelecer como estrutura global dotada de uma vontade englobante”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 51.

<sup>120</sup> GROSSI, Paolo: “‘Estado’ é um sujeito político forte, é a encarnação histórica de um poder político totalmente completo; como tal, pertence ao irrenunciável patrimônio do pesquisador, e poderá – deverá – projetar-se em ambientes diversos e distantes, não como modelo que deve ser imposto a qualquer preço, mas como valioso instrumento de comparação que permite avaliar e assinalar analogias e diversidades, ausências e presenças. É o único modo de livrar nosso caminho de equívocos e de alcançar uma precisão mais rigorosa da linguagem e dos esquemas interpretativos. Se o Estado se nos apresenta como uma presença irrenunciável não tanto do alicerce histórico quanto da nossa consciência de modernos, é porque somos filhos de uma época – a época moderna – que, a partir do século XIV, com um processo lento, mas crescente, vive da presença cada vez mais maciça desse sujeito político, maciça a ponto de tê-lo como protagonista – no passado e ainda hoje, mesmo que não nos projetos para o futuro – de sua vida associada. No entanto, esse é um dado histórico, ou seja, relativo, que, longe de nos impedir de aprender as variedades e as diversidades do passado, deve, ao contrário, funcionar como um elemento para exaltar as escolhas alternativas e as variações de cada organização política, como, por exemplo, da referente à civilização medieval”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 51-52.

<sup>121</sup> GROSSI, Paolo: “Trata-se de uma visão do mundo sociojurídico exatamente oposta àquela que, do século XIV em diante, irá sedimentar-se – de forma lenta, mas progressiva – como moderna, totalmente concentrada na individualidade, empenhada em livrá-la o máximo possível da humilhação das relações. É compreensível que, nesse novo mundo protomoderno, se cunhasse conscientemente a ideia de direito subjetivo e se edificasse sobre ela toda construção; e não é de admirar, com base em tudo o que dissemos, em que medida essa mesma ideia é alheia à *koiné* medieval, para a qual representava um corpo estranho”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 104-105.

não pode passar em branco a questão religiosa pré-moderna. No referido período a Igreja Católica ditava, de forma geral, suas concepções, ancoradas, comumente, em concepções metafísicas. As autoridades eclesiásticas guiavam “seus rebanhos” de acordo com suas concepções de verdade, inclusive com relação do direito. Porém, esse estado de coisas sofreu uma fratura em decorrência da Reforma Protestante, onde a mediação da Igreja e do sacerdote para chegar a Deus foram contestadas, concedendo ao homem um autonomia racional até então inadmissível<sup>122</sup>, e da superação do realismo pelo nominalismo<sup>123</sup>, tanto que não são poucos os que apontam o surgimento da Modernidade em razão disso, em especial dos pensamentos de Lutero e Guilherme de Occam, fomentando a busca de respostas através da investigação<sup>124</sup>. Inclusive, através do nominalismo, foi possível contestar o

---

<sup>122</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O domínio da vida espiritual pela Igreja foi atacado pelo protestantismo no século XVI. A religião protestante reinterpretou a afirmação contida na Bíblia de que todas as almas têm igual valor aos olhos de Deus, dando-lhe o sentido de que todos têm o direito de comunhão com a divindade, sem ser necessária a mediação de um sacerdote. Pretendia-se, assim, conceder ao indivíduo maior autonomia para formar uma idéia das intenções de Deus e dos princípios orientadores da vida do que se lhe reconheceu nos séculos precedentes”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 45.

<sup>123</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Essa controvérsia – que provocou questões básicas relacionadas com a origem e validade objetiva do nosso conhecimento intelectual – representa importante papel no problema do direito natural. O realista (ou racionalista) que acredita que os seres humanos têm a possibilidade de conhecer as coisas como realmente elas são, e de apreender as uniformidades e leis vigentes, na natureza mediante o emprego da sua faculdade de raciocinar, tenderá a conhecer a existência de um direito natural com muito maior facilidade do que o nominalista, céptico quanto ao nosso poder de conhecer a natureza íntima das coisas e propenso a fechar os olhos a proposições que não possam ser confirmadas pela percepção sensorial imediata e pela observação concreta de fatos individualizados”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 41-42.

<sup>124</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “O nominalismo de Guilherme de Occam veio trazer a primeira ruptura dessa crença de que seria acessível ao homem o aspecto externo e a estrutura essencial da realidade íntima. Para Occam, o homem só conhece os seres em sua individualidade singular colhida pelos sentidos, mas não na essência íntima intuída pela razão, que os agruparia em espécies, gêneros etc. Nesse sentido é que a experiência teria força para mostrar outros caminhos que poderiam ser tomados na investigação. Esse foi o primeiro passo para o início da ciência experimental moderna. O acontecimento, porém, que marcou o início da modernidade foi a Reforma protestante levada a cabo por Lutero no século XVI, quando houve a ruptura da Igreja e, mesmo, da Idade Média. A Reforma Protestante, assim, desfruta de uma certa prioridade na tradição (notadamente na tradição alemã) quanto a ser considerada o marco inicial da modernidade. Essa ruptura deu-se com base em dois postulados; primeiro, o de que o justo vive e se salva individualmente somente pela fé; segundo, o de que as obras não estão à altura da “majestade de Cristo” como para redimir o pecado. Como as obras devem estar a serviço do bem-estar do homem, a partir de Lutero ficam separados o reino de Deus, cuja conquista é alcançada pela fé pura guardada no íntimo da consciência, e o mundo, a cujo serviço devem estar as ações e as obras humanas. Lutero apoiou-se em Occam, pois, tal como para captar o mundo bastava o conhecimento sensorial, comprovável pela experiência, para o conhecimento do divino só servia o concreto. A consciência do indivíduo, assim, dispunha-se no íntimo a receber a palavra escrita nos livros santos, sem aceitar, contudo, autoridade alguma, nem do Papa nem dos Concílios, que interpretasse verdades que sua consciência não visse de forma clara. Para Lutero, pois, somente o que fosse comprovável por meio dos sentidos (Occam) ou pela “voz íntima da consciência” em contato direto

pensamento de são Tomás dominante no Medievo. Por exemplo, não muito tempo depois, através de John Duns Scotus<sup>125</sup>, reconhecendo que as abstrações e conceitos não são universais, mas sim produtos da razão, superando a razão pela vontade individual, ao qual se somou Guilherme de Occam, para quem, a vontade supera a razão humana em qualquer âmbito, negando inclusive o pensamento escolástico tomasiano no sentido de que o homem através da razão poderia ter acesso, ainda que parcial, à lei eterna, imputando a Deus a vontade superando a razão. Isto é a vontade de Deus é inacessível ao homem e a única forma de se saber a Sua vontade dá-se através dos textos bíblicos<sup>126</sup>, o que demandava a necessidade de modificação

---

com a verdade da Bíblia é que poderia ser obedecido. Aqui, portanto, ocorreu a separação entre mundo religioso e mundo secular, nascendo aquilo que se designa por “modernidade” num sentido histórico. Enquanto na Idade Média vigoravam as concepções sacrais e teológicas, na Idade Moderna, todas as teorias formuladas passaram a se basear na racionalidade, na lei natural e na liberdade do homem. A razão humana, assim, com suas possibilidades, não estaria de forma alguma esgotada. A modernidade nasceu, pois, com a pretensão de ser “sempre nova”, não reconhecendo para a verdade mais autoridade que a do homem mesmo, capaz de auto conferir métodos escritos para consegui-la. Para o homem moderno, não há, a partir de então, outra autoridade que não seja a de sua consciência autônoma, capaz de olhar para dentro de si e refletir para saber se conduzir. O homem teria, assim, chegado “idade adulta, ao ‘fim da história’”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47-48.

<sup>125</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Uma tendência do pensamento para afastar-se, em matéria de teologia e ética social, do realismo tomista e caminhar para o nominalismo e o positivismo pode ser claramente notada nos escritos do monge franciscano escocês, JOHN DUNS SCOTUS (1270-1308). SCOTUS ensinou que na natureza só o individual possui substancialidade plena e completa, e que os conceitos e as abstrações universais são meros produtos da razão. Partindo dessas premissas, SCOTUS chegou a uma filosofia em que a determinação do individual por leis universais (como as leis da razão) representa um papel secundário, ao passo que as decisões proferidas por livre volição individual assumem um lugar de suprema importância. A principal intenção do Criador, afirmou SCOTUS, foi produzir indivíduos. Contudo, o que é singular e único não pode ser derivado de conceitos e leis gerais: só pode ser espontaneamente experimentado pelo espírito humano. O indivíduo age por meio de decisões concretas, que fluem da sua vontade, muito mais que da sua inteligência: e é impossível, segundo SCOTUS, explicar completamente os caprichos da vontade individual invocando noções gerais de razoabilidade. Se a vontade fôsse subordinada à razão, como pensava SÃO TOMÁS, uma decisão verdadeiramente livre e um ato genuinamente moral seriam impossíveis, e assim não é livre. SCOTUS ensina que é errado dizer que o intelecto governa a vontade; ao contrário, é a vontade que governa a inteligência. Mesmo do ponto de vista de uma hierarquia de valores, a vontade deve ser considerada muito superior à inteligência, porque a vontade é o único agente da conduta humana que não tem grilhões”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 42.

<sup>126</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Uma versão ainda mais radical do voluntarismo e do nominalismo teológicos vamos encontrar na filosofia de WILLIAM DE OCCAM (1290-1349, aproximadamente), o qual rejeita terminantemente qualquer esforço da razão humana para compreender o governo divino em termos de postulados racionais humanos. Deus podia ter assumido a forma de uma pedra, de um pedaço de pau, ou de um jumento, disse êle, e essa possibilidade não necessita pesar em nossa fé religiosa. Em vez de ordenar ao homem que se abstenha de matar, de roubar e de cometer adultério, êle poderia um dia resolver ordenar a prática desses atos, caso em que os teríamos de considerar certos e meritória. Consoante essa teoria, o conceito das leis criminais não oferece qualquer relação com as qualidades éticas dos nossos atos, apenas refletindo a existência de uma determinação proibitiva; modificada esta determinação, a qualidade do próprio ato se modificaria também. Em outras palavras, as injunções morais são válidas apenas das as circunstâncias de uma

(falsificação) dos textos para permitirem “inovações”<sup>127</sup>, consolidando, assim, os primeiros passos para o positivismo. E, em seguida, com a utilização de uma interpretação dialética utilitária, como exemplificado por Ruet na atividade dos jurisconsultos muçulmanos no alcorão<sup>128</sup>, para o subjetivismo assujeitador, para a filosofia da consciência, presente ainda hoje, especialmente no direito, geradora de um direito jurisprudencial confuso, instável e inseguro, onde é dificultoso o reconhecimento do que é ou não direito<sup>129</sup>. Não é esquecido que a ruptura do objetivismo textual, permissora de uma “renovação”, foi fundamental para que surgissem novas linhas religiosas cristãs. A exemplo de algumas religiões orientais como o confucionismo e variantes do budismo, muitas das religiões judaicas e cristãs recepcionaram as influências iluministas, a racionalidade e o humanismo, em prejuízo de crenças metafísicas e do autoritarismo eclesiástico<sup>130</sup>. Todavia, o pensamento

---

ordem estabelecida. OCCAM sustenta que, como Deus nos revelara sua atual vontade nos livros sagrados da Bíblia, estas leis constituíam a única fonte autêntica para verificação da vontade divina. Não existe um direito natural que se possa descobrir pela razão humana, fora da lei divina positivamente revelada”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 43.

<sup>127</sup> CRUET, Juan: “Mas a falsificação dos textos, por correcções tendenciosas ou habeis interpolações, continuou sendo um dos meios favoritos de que usaram os jurisconsultos tradicionalistas para se subtrahirem a uma lei intangível, e fazerem penetrar nella, por uma fissura imperceptível, o mínimo das inovações necessarias. Assim foi que piedosos compiladores da nossa idade-Média, por uma mystificação plenamente coroada de exito, trabalharam em corrigir não só o direito canonico, por falsas <decre-taes> atribuídas aos papas, como tambem o direito laico, por falsas <capitulares> imputadas aos monarchas francos. Viu-se muita vez na história o direito evoluir pela falsificação, assim como pela ficção, quando não lhe era permitido tranformar-se às claras, sem disfarce”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 41-42.

<sup>128</sup> CRUET, Juan: “Não podendo, como o propheta, pedir ao próprio Allah que completasse ou modificasse por novos oraculos as primerias disposições da lei sagrada, os jurisconsultos muçulmanos forçaram suavemente o pensamento de Mahomet; pela obscuridade pomposa, cheia de imagens, do seu estylo, pelo character fragmentario, incoherente e ás vezes contradictorio das suas disposições, o Alcorão prestava-se largamente ás habilidades d'uma dialectica utilitaria. Atribuia-se a este ou áquelle versículo um valor puramente moral e religioso, a fim de de lhe negar a sancção judicial; punham-se em posição dois versículos, com o fim de annullar ou emendar um pelo outro, ou então, segundo uma tactica imitada dos jurisconsultos israelitas, ia-se até suppôr no texto sagrado um principio que lá não estava, a fim de abalar a autoridade d'um principio que lá se encontrava sem duvida alguma; numa palavra, para fazer entrar na lei a corrente do direito espontaneo, combatia-se a lei com a própria lei”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 42-43.

<sup>129</sup> CRUET, Juan: “Querendo bater o *record* do progresso, os tribunais atingiram muito simplesmente os limites extremos da confusão, e ninguém mais saberia, pela incerteza, pela instabilidade da jurisprudencia, se tem o direito pro ou contra; a legislação seria apenas um vasto campo de illusões, e da massa esmagadora das sentenças e accordãos tornar-se-ia impossível tirar para a vida corrente regras de conducta comumente praticadas”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 83.

<sup>130</sup> PINKER, Steven: “Embora não invoque deuses, espiritos ou almas para fundamentar o sentido e a moral, o humanismo não é nem um pouco incompatível com as instituições religiosas. Algumas religiões orientais, como o confucionismo e variedades do budismo, sempre fundamentaram sua ética no bem-estar humano, e não em ditames divinos. Muitas denominações judaicas e cristãs se tornaram humanistas, minimizando o legado das crenças sobrenaturais e da autoridade eclesiástica

relativista foi debelado com uma volta ao racionalismo e à concepção tomística, tempo depois, podendo ser lembradas as obras dos últimos escolásticos, como Francisco de Vitória e Francisco Suárez<sup>131</sup>. Caminho que prosseguiu, como regra, no sentido da prevalência racional, nesse embate entre a vontade e o racionalismo no direito, na modernidade como na visão de Grócio, um dos pais do direito internacional privado moderno, que buscou investigar e identificar o direito natural na análise comparativa dos Estados modernos<sup>132</sup>. De qualquer forma, tudo isso foi importante para novas perspectivas, o homem moderno passa, então, a primar pela liberdade, tendo-a como valor inegociável, não raro, pensando ser ela inata ao sujeito. A subjetividade ganha força, agregando a ele um agir pautado pelo ideal da racionalidade, vontade, humanidade, da autoconsciência apta a filtrar o que lhe permite alcançar sua felicidade<sup>133</sup>.

---

em favor da razão e do desenvolvimento humano universal. Como exemplos temos os quacres, os unitários, os episcopais liberais, os luteranos nórdicos e os ramos reformista, reconstrucionista e humanista do judaísmo". *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 481.

<sup>131</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Uma volta ao racionalismo e à concepção tomística do direito natural teve lugar nos escritos dos últimos escolásticos católicos, tais como o espanhol FRANCISCO DE VITÓRIA (que faleceu em 1546) e FRANCISCO SUAREZ (1548-1617). Nas obras desses pensadores, a questão de saber se a vontade ou a razão representa a faculdade superior do homem foi outra vez decidida a favor da razão, reafirmando-se então a possibilidade de uma *lex naturalis* de existência objetiva". *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 44.

<sup>132</sup> BODENHEIMER, Edgar: "À lei natural GRÓCIO opunha a "lei volitiva", cujas regras não podiam ser deduzidas de princípios imutáveis por um claro processo de raciocínio, e que tinham como única fonte a vontade humana. Uma combinação de ambas essas formas de lei, segundo ele, existia no direito observado entre as nações. GRÓCIO dedicou a maior parte de sua vida e da sua obra a investigação dessa combinação. Para ele o direito internacional consistia naquelas regras aceitas como obrigatórias por muitas ou por tôdas as nações, mas ele buscava as suas raízes mais profundas nos princípios naturais da existência social, correspondentes ao instinto social do homem, ou seja, nos princípios do direito natural". *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 44.

<sup>133</sup> HABERMAS, Jürgen: "Ora, a filosofia moderna desde Descartes havia se concentrado na subjetividade e na autoconsciência. A razão havia sido explicada nos termos da auto-referência de um sujeito do conhecimento que como que se debruça sobre si mesmo para avistar como em uma imagem de espelho o seu sujeito como um que conhece. O espírito toma posse de si com base em uma auto-reflexão que abarca a consciência como uma esfera não tanto de objetos, mas sim, antes, de representações (*Vorstellungen*) de objetos. Hegel faz uso dessa "especulação" quando caracteriza a era moderna com base no princípio da subjetividade que garante a liberdade graças à reflexão. "Constitui a grandeza da nossa era que seja reconhecida a liberdade, a posse do espírito, que ele em si mesmo esteja nele mesmo (*in sich bei sich ist*)." A subjetividade é um conceito fundador e, de certo modo, fundamentalista (*fundamentalistisch*). Ela garante o tipo de evidência e de certeza em cujas bases todo resto pode ser questionado e criticado. Assim, a modernidade se orgulha do seu espírito crítico que não aceita nada como evidente, a meno à luz de bons motivos. "Subjetividade" possui ao mesmo tempo um sentido universalista e individualista. Toda pessoa merece o mesmo respeito de todos. Ao mesmo tempo ela deve ser reconhecida como fonte e como última instância do julgamento de cada reivindicação específica de felicidade". **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 170-171.

No Direito, a formação do sujeito autônomo e pensante, bem como todo o contexto propiciado por esse caldo iluminista, permitiu a crítica ao sistema jurídico do *ancien regime*. O jusnaturalismo apontava os descompassos do sistema jurídico, das leis e dos institutos com as defendidas leis naturais, inerentes ao ser humanos. Através do empirismo era possível enxergar que os institutos feudais obstacularizavam o reconhecimento dos interesses individuais, bem como a sua conjugação com os interesses sociais. O racionalismo, especialmente em Kant, indicava que a autonomia da razão não podia se compatibilizar com as desigualdades e privilégios marcantes do regime criticado, culminando por permitir o a solidificação de pensamentos contrários ao hegemônico religioso até então instalado <sup>134</sup>, pressupostos do desenvolvimento contínuo até os dias de hoje, sem descartar, apesar da realidade caótica do dia a dia do Medieval, a contribuição jurídica do sistema para o cuidado com fático, a atenção ao caso concreto, ao mundo da vida, com uma base estabilizada e contínua de desenvolvimento do jurídico, de presença fortemente consuetudinária, caracterizadora do direito medieval <sup>135</sup> e que surgiu no vácuo deixado pelo império romano, onde a aproximação com o social, na ausência de um poder central, foi inevitável. Ademais, não é difícil enxergar a vinculação do alerta que se procura trazer na tese, sobre a insubsistência da artificialidade cientificista, que posta no texto legislativo acaba afetando a necessária atenção ao fenomenológico e à

---

<sup>134</sup> ROUANET, Sergio Paulo: “Outra consequência do individualismo ético foi o aumento de autonomia e autodeterminação do sujeito com relação às lês de sua sociedade. Dotado de uma consciência moral autônoma, o indivíduo pode submeter as normas vigentes ao crivo dos princípios gerais. Descentrado, ele se coloca acima de todos os contextos comunitários concretos, e os julga. Sob seu olhar “moralizante”, as instituições do *ancien regime* se relativizam, perdendo sua evidência e sua naturalidade. Se a perspectiva ética fosse o jusnaturalismo, o crítico via as instituições existentes como um simples produto da histórica, como a sedimentação irracional de *préjugés*, que não podiam sustentar-se segundo os critérios de justiça embutidos na lei da natureza. O mesmo resultado podia ser obtido a partir de uma perspectiva empirista. Nada mais evidente que as instituições feudais constituíam obstáculos para a satisfação do interesse individual e para o entrosamento entre seu interesse e o da sociedade. O mesmo valia, finalmente, para uma ética do tipo kantiano. Um sistema normativo fundado na autoridade externa é incompatível com a autonomia da razão, e sancionando o privilégio e a desigualdade, não pode ser justificado por um procedimento que supõe a adesão livre de todos, pois as normas que exprimem interesses particularistas – de ordem, de classe, de estamento – não são, em princípio, generalizáveis”. In: *Ética iluminista e ética discursiva. Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº 21, ed. Trimestral. Rio de Janeiro, 1989, p. 39-40.

<sup>135</sup> GROSSI, Paolo: “o direito identifica-se com a realidade organizadora e fundante; como tal, como realidade não afetada pelo cotidiano, imune à desordem caótica do dia a dia, tem o papel de plataforma estável e estabilizante, garantia de continuidade. Seu nível não é a superfície atingida pelas intempéries políticas e sociais, mas o estrato mais profundo de onde brotam os fatos normativos fundamentais; e é óbvio que a fonte produtora e adaptadora do direito se abrigue entre eles – e que seja encontrada somente no nível deles. É óbvio que a dimensão jurídica de tal sociedade seja sobretudo consuetudinária”. In: *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 107.

desejada efetividade<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> GROSSI, Paolo: “A efetividade é a regra vencedora dessa experiência jurídica em formação, pois, na sua falta de referências a uma elaboração humana e à sua hierarquia de valores artificiosos, recorre aos fatos, àqueles fatos que por si mesmos encontram na história cotidiana a força para se destacados outros, para durar, para ter repercussão, pois a efetividade não precisa depender de modelos, modelos de que a nascente realidade medieval é absolutamente pobre”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 79.

## 2.2 Aspectos fundamentais do Período Iluminista – A herança imprescindível para o porvir democrático

O período iluminista, as obras de Kant, a revolução científica, o humanismo, o individualismo<sup>137</sup>, o liberalismo clássico, a secularização, são temas umbilicalmente vinculados, porém diversos, com extensões variáveis, mas tendo como elemento comum e primordial a razão, o que torna dificultoso apontar objetivamente um marco inicial, mas que tem sementes na Revolução Científica e na idade da Razão do século XVII, mas que convencionalmente é situada nos dois últimos terços do século XVIII, no velho continente, alcançando o apogeu do liberalismo clássico do século XIX, até os dias de hoje<sup>138</sup>. A denominada Idade Moderna se constituiu em uma verdadeira revolução na herança social de até então no mundo<sup>139</sup>, estendendo seus efeitos para

<sup>137</sup>A propósito, a lição de Bobbio, sobre a origem da democracia a partir da concepção individualista. *In: BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 34.

<sup>138</sup>PINKER, Steven: “O que é o Iluminismo? Não existe uma resposta oficial, pois a época mencionada no ensaio de Kant nunca foi demarcada por cerimônias de abertura e encerramento, como os Jogos Olímpicos, e tampouco possui princípios estipulados em um juramento ou credo. Convencionalmente, situamos o Iluminismo nos dois últimos terços do século XVIII, embora tenha brotado da revolução científica e da Idade da Razão no século XVII e extravasado para o apogeu do liberalismo clássico na primeira metade do século XIX. Os pensadores do Iluminismo, provocados por contestações da ciência e da exploração à sabedoria convencional, informados sobre o banho de sangue das guerras religiosas recentes e apoiados na facilidade de movimentação de ideias e pessoas, buscaram uma nova compreensão da condição humana. Foi uma era exuberante em ideias, algumas contraditórias, mas todas ligadas por quatro temas; razão, ciência, humanismo e progresso. O tema primordial é a razão. A razão é inegociável. Se você começar a discutir por que devemos viver (ou qualquer outra questão), se exigir que suas respostas independentemente de quais forem elas, sejam sensatas ou justificadas ou verdadeiras e, portanto, que outras pessoas tenham de acreditar nelas também, estará comprometido com a razão e com a avaliação das suas crenças segundo critérios objetivos. Se existiu algo que os pensadores do Iluminismo tiveram em comum foi a exigência de que se aplicasse vigorosamente o critério da razão para entender o mundo, em vez de recorrer a geradores de ilusão como a fé, o dogma, a revelação, a autoridade, o carisma, o misticismo, o profetismo, as visões, as intuições ou a análise interpretativa de textos sagrados”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 26.

<sup>139</sup>HABERMAS, Jürgen: “La época moderna se encuentra sobre todo bajo el signo de la libertad subjetiva. Ésta se realiza en la sociedad como ámbito asegurado en términos de derecho privado para la persecución racional de los propios intereses, y en el Estado como participación, a la que todos en principio tienen igual derecho, en la formación política de la voluntad colectiva. En la esfera de la vida privada como autonomía y autorrealización éticas, y finalmente, en la esfera de la vida pública referida a, y relacionada con, esa esfera de la vida privada, como proceso de formación que se cumple a través de apropiación de una cultura que se ha tornado reflexiva. También las formas del espíritu absoluto y del espíritu objetivo, vistas desde la perspectiva del individuo, han adoptado una estructura en la que el espíritu subjetivo puede emanciparse del carácter cuasinatural de las formas tradicionales de vida. Ahora bien, estas esferas en las que el individuo puede desarrollar su vida como bourgeois, citizen and homme se disocian cada vez más entre sí y se toman autónomas. Pero las mismas separaciones y autonomizaciones que, consideradas desde el punto de vista de la filosofía de la historia, abren el camino a la emancipación respecto de arcaicas dependencias, son vividas a la vez como abstracción, como alienación con respecto a la totalidad que representa una vida ética. Antaño fue la religión el sello inviolable puesto sobre esa totalidad. Mas ese sello se ha hecho añicos, y no por accidente”. *In: El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Versión castellana

praticamente todas as áreas do conhecimento humano, sem desconhecer, todavia, o antecedente grego, onde no século V a. C. a filosofia e o jurídico divorciaram-se da religião, até então muito presente<sup>140</sup>. Inclusive, com uma coloração muito próxima da mudança de paradigma teocêntrica para antropocêntrica, promovida por Protágoras<sup>141</sup>, como verificado, muitos séculos mais tarde, na revolução liberal-iluminista. No âmbito do indivíduo, há um redimensionamento do subjetivismo e da liberdade, onde a busca das pretensões particulares e materiais passam a ser permitidas e valorizadas, deixando de haver apenas a defesa da realização de pretensões metafísicas incutidas pela religião. É a prevalência da moral da ilustração, a ética iluminista parte da premissa do homem isolado, atomístico, movido por seus interesses e impulsos exclusivos, tendo a sociedade civil apenas um aspecto secundário, utilitarista<sup>142</sup>. Em consequência, ao indivíduo, passa a ser permitido valorar as circunstâncias que o cerca, rejeitando ou admitindo o que lhe parece melhor e passa a lutar por metas subjetivas, com o direito de usufruir de suas conquistas. Com essa baixa metafísica, há igualmente a baixa religiosa (secularização)<sup>143</sup> e

---

de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 109.

<sup>140</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Incisiva modificação na filosofia e no pensamento grego se operou no século V A.C. A filosofia divorciou-se da religião, e as antigas e tradicionais formas da vida grega foram submetidas a percuciente crítica. A lei passou a ser respeitada, não como inalterável mandamento de um ser divino, porém como invenção puramente humana, nascida da conveniência e alterável à vontade. O conceito de justiça foi igualmente despojado de seus atributos metafísicos e analisado em termos de características psicológicas humanas ou de interesses sociais". *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 19.

<sup>141</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Os pensadores que operaram essa "transposição de valores" foram os chamados sofistas, que podem ser considerados os primeiros representantes do cepticismo e do relativismo filosóficos. PROTÁGORAS, por exemplo, uma das principais figuras entre os primeiros sofistas, negava que o homem pudesse ter qualquer conhecimento da existência ou inexistência dos deuses, sustentando que o homem, como indivíduo, era a medida de todas as coisas; "existir", para ele, nada mais era que uma "aparência" de coloração subjetiva. Ele afirmava também que existem pelo menos duas opiniões sobre qualquer assunto, competindo ao retórico transformar a linha de argumentação mais fraca na mais forte". *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 19.

<sup>142</sup> ROUANET, Sergio Paulo: "Consequentemente, a moral da Ilustração não visa os homens em sua inserção comunitária, mas em sua existência individual, o que gera duas consequências. Por um lado, a ética iluminista deixa de acentuar os deveres e obrigações sociais do homem, deslocando a ênfase para sua felicidade e auto-realização como indivíduos. Por outro, ela os coloca numa posição de exterioridade com relação ao mundo social, transformando-o em críticos e juizes de sua própria sociedade. Com a importantíssima exceção de Kant, de modo geral a ética iluminista foi hedonista e eudemonista. Os filósofos romperam com o rigorismo moral do cristianismo, e propuseram a liberação razoável das paixões, dentro dos limites compatíveis com o convívio social". *In: Ética iluminista e ética discursiva. Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº 21, ed. Trimestral. Rio de Janeiro, 1989, p. 38-39.

<sup>143</sup> HABERMAS, Jürgen: "Decerto a atividade do entendimento gera liberdade subjetiva e reflexão e é forte o suficiente para enterrar a força da tradição religiosa. No passado a religião era em essência uma garantia da interação ética da vida social e no presente a vida religiosa foi abalada pelo iluminismo. No entanto, mostrou-se que o princípio da subjetividade é incapaz de renovar a força

crescimento da busca científica do saber<sup>144</sup>, na oposição entre saber e fé, a razão ultrapassa a segunda na busca pelas respostas. Se há um elemento comum a unir a maioria dos pensadores iluministas, este é a razão em detrimento da crença em um Deus humanizado, com preocupações terrenas, especialmente aquele revelado pelos textos sagrados<sup>145</sup>. Ganha corpo, assim, a filosofia moral, o cognitivismo, a partir da qual passa a ser possível admitir o pensamento moral da ilustração em detrimento da moral religiosa, onde a virtude do homem é independente da religião<sup>146</sup>. A defesa da

---

unificadora da religião por meio da razão. Ao mesmo tempo, graças à rejeição despiritualizada de um Iluminismo abstrato, a ortodoxia religiosa caiu em uma positividade que roubou as energias ligantes da religião”. In: **A constelação pós-nacional. Ensaio político**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 173.

<sup>144</sup> HABERMAS, Jürgen: “En términos generales Hegel ve caracterizada la Edad Moderna por un modo de relación del sujeto consigo mismo, que él denomina subjetividad: ‘El principio del mundo reciente es en general la libertad de la subjetividad, el que puedan desarrollarse, el que reconozca su derecho a todos los aspectos esenciales que están presentes en la totalidad espiritual’. Cuando Hegel caracteriza la fisonomía de la Edad Moderna (o del mundo moderno), explica la ‘subjetividad’ por la ‘libertad’ y la ‘reflexión’: ‘la grandeza de nuestro tiempo consiste en que se reconoce la libertad, la propiedad del espíritu de estar en sí cabe sí’. En este contexto la expresión subjetividad comporta sobre todo cuatro connotaciones; a) individualismo: en el mundo moderno la peculiaridad infinitamente particular puede hacer valer sus pretensiones; b) derecho de crítica; el principio del mundo moderno exige que aquello que cada cual ha de reconocer se le muestre como justificado; c) autonomía de la acción: pertenece al mundo moderno el que queramos salir fiadores de aquello que hacemos; d) finalmente la propia filosofía idealista; Hegel considera como obra de la Edad Moderna el que la filosofía aprehenda la idea que se sabe a sí misma”. In: **El Discurso Filosófico de la Modernidad**. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 28-29.

<sup>145</sup> PINKER, Steven: “Foi a razão que levou a maioria dos pensadores iluministas a repudiar a crença em um Deus antropomórfico e atento aos assuntos humanos. A aplicação da razão revelou que os relatos de milagres eram duvidosos, que os autores de livros sagrados tinham lá as suas falhas demasiado humanas, que os eventos naturais aconteciam sem levar em conta o bem-estar das pessoas e que diferentes culturas acreditavam em deidades mutuamente incompatíveis, nenhuma das quais com probabilidade menor de ser obra da imaginação. (Como escreveu Montesquieu, “se os triângulos tivessem um deus, atribuiriam a ele três lados”.) Entretanto, nem todos os pensadores iluministas eram ateus. Alguns eram deístas (em contraste com os teístas): para eles, Deus pôs o universo em movimento e então deixou de interferir, permitindo que se desenvolvesse de acordo com as leis da natureza. Outros eram panteístas que usavam “Deus” como sinônimo de leis da natureza. Mas poucos apelavam para o Deus legislador e milagroso das Escrituras”. In: **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 26-27.

<sup>146</sup> ROUANET, Sergio Paulo: “Foi sem dúvida o caso do pensamento moral da Ilustração. Ela foi resolutamente secular, porque todo o proselitismo dos filósofos tendia a mostrar que os homens podiam ser virtuosos sem a religião revelada, e que esta, pelo contrário, estimulando o fanatismo e a intolerância, tinha sido a principal responsável pelos crimes da humanidade. Bayle tinha chocado a Europa, no século anterior, formulando o “paradoxo” de que uma sociedade de ateus podia ser mais ética que a fundada na religião. Esse paradoxo transformou-se em lugar comum das Luzes. Os filósofos citavam incessantemente os moralistas pagãos, como Sócrates e Sêneca, para provar a tese de que a virtude é separável da religião. Inversamente, os maiores delitos da história, como o massacre de São Bartolomeu, foram cometidos em nome da religião. Alguns dos homens mais incrédulos foram também os mais virtuosos. Voltaire inclui nessa categoria *La Moth Le Vayer, Bayle, Locke, Spinoza, Shaftesbury*. É também a opinião de Diderot. Num dos seus diálogos mais saborosos, ele diz que um incrédulo que recebeu uma educação justa e se dá conta de que será mais feliz neste mundo fazendo o bem que o mal, terá um comportamento mais ético que um cristão intolerante que queira converter os homens pela violência”. In: *Ética iluminista e ética discursiva*.

secularidade, contudo, não obsta o reconhecimento de contribuições humanísticas importantes. Não é possível negar que as religiões proporcionam sentimentos de solidariedade e de pertencimento a uma comunidade, e que trouxeram importantes obras artísticas e arquitetônicas, bem como que, em determinados espaços históricos, tiveram contribuições humanísticas relevantes na educação, caridade, atendimento médico, resolução de conflitos, serviços sociais, etc<sup>147</sup>. Portanto, o incentivo e a crítica estão limitados ao desejável progresso humanista<sup>148</sup>.

Invocando as imagens de Sócrates e Sêneca, houve a consolidação do pensamento de que a cultura social admite princípios éticos e morais, propiciadoras de uma sensibilidade humanística condenatória de guerras ancoradas no fundamentalismo religioso, na necessidade de imposição da conversão dos infiéis mesmo que à custa de sangue e lágrimas, bem como de todas as crueldades corriqueiras e desproporcionais, quando da origem do Estado de Direito e pensamento iluminista, como açoitamento, amputação, empalação, estripação, despedaçamento na roda, incineração na fogueira, entre outros.<sup>149</sup> Pensadores como Montesquieu e Beccaria trouxeram a racionalidade para a aplicação de penas pelo Estado. Sustentaram que a justificativa estaria no objetivo de desestimular as práticas antissociais, sem causar um sofrimento maior e desnecessário, plantando a semente

---

**Revista Tempo Brasileiro.** Vol. 5, nº 21, ed. Trimestral. Rio de Janeiro, 1989, p. 28-29.

<sup>147</sup> PINKER, Steven: “entre as contribuições positivas das religiões em determinados momentos e lugares estão a educação, a caridade, o atendimento médico, o aconselhamento, a resolução de conflitos e outros serviços sociais (embora, no mundo desenvolvido, esses esforços pareçam pequenos diante de seus equivalentes seculares; nenhuma religião poderia ter dizimado a fome, a doença, o analfabetismo, a guerra, o homicídio ou a pobreza nas escalas que vimos na segunda parte deste livro). As organizações religiosas também podem proporcionar uma sensação de solidariedade comunal e apoio mútuo, junto com a arte, os rituais e a arquitetura de grande beleza e ressonância histórica, graças à sua vantagem de ter surgido milênios antes”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.* Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 503-504.

<sup>148</sup> PINKER, Steven: “Assim como merecem elogios quando se dedicam a fins humanistas, as instituições religiosas não devem ser protegidas de críticas quando entravam esses fins. Entre exemplos disso, temos a negação de cuidados médicos para crianças doentes em seitas que acreditam na cura pela fé, a oposição à morte humana assistida, a corrupção da educação científica nas escolas, a supressão de pesquisas biomédicas delicadas, como as que envolvem células-tronco, e a obstrução de políticas de saúde pública como contracepção, preservativos e vacinação contra hpv”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.* Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 504.

<sup>149</sup> PINKER, Steven: “Uma sensibilidade humanística impeliu os pensadores iluministas a condenar não só a violência religiosa, mas também as crueldades seculares de sua época, entre elas a escravidão, o despotismo, as execuções por ofensas triviais, como pequenos furtos e caça ilegal, e as punições sádicas, como açoitamento, amputação, empalação, estripação, o despedaçamento na roda, a incineração na fogueira. O iluminismo às vezes é chamado de Revolução Humanitária por ter levado à abolição de práticas bárbaras que por milênios haviam sido comuns em várias civilizações”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.* Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 29.

de que a eficácia da punição é mais importante do que a gravidade da punição para a prevenção do crime, com o agravante social para as penas mais severas de dessensibilização dos cidadãos e brutalização da sociedade<sup>150</sup>. Enquanto o Cristianismo tem o seu fundamento moral no mandamento divino, a moral secular, a Modernidade, foi buscar seu fundamento no pensamento filosófico<sup>151</sup>, na lei natural, no interesse e na razão<sup>152</sup>. Isso, tudo sem ignorar, no entanto, sobretudo no início,

---

<sup>150</sup> PINKER, Steven: “Entre os poderes do governo está a aplicação de punições, e autores como Montesquieu, Cesare Beccaria e os fundadores americanos repensaram a licença do governo para causar dano aos seus cidadãos. Argumentaram que a punição ao crime não é um mandato para implementar a justiça cósmica, e sim parte de uma estrutura de incentivo que dissuade de atos antissociais sem causar um sofrimento maior do que aquele que desencoraja. A razão pela qual o castigo deve ser adequado ao crime não é, por exemplo, equilibrar alguma balança mística da justiça, e sim assegurar que um transgressor se detenha diante de uma infração menor em vez de passar para outra mais danosa. Punições cruéis, sejam ou não “merecidas” em certo sentido, não são mais eficazes para evitar danos do que punições moderadas porém mais garantidas; elas dessensibilizam os espectadores e brutalizam a sociedade que as implementa”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 31.

<sup>151</sup> HABERMAS, Jürgen: “O conceito clássico de modernidade tal como foi desenvolvido por Max Weber, Lukács e pela Escola de Frankfurt baseia-se na oposição abstrata entre uma sociedade disciplinadora e a subjetividade vulnerável dos indivíduos”. **A constelação pós-nacional. Ensaios políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 195.

<sup>152</sup> ROUANET, Sergio Paulo: “A primeira resposta supõe a crença na objetividade de uma lei natural, anterior a qualquer lei positiva, e que dita soberanamente os critérios do bem e do mal. Ela “grava em todos os corações” esses critérios, e qualquer homem de boa vontade, consultando sua consciência, encontrará uma solução evidente para os seus dilemas morais. É assim que para Rousseau “existe em nossas almas um princípio inato de justiça e de virtude, com base no qual, e apesar de nossas próprias máximas, julgamos nossas ações e as dos outros como boas ou más”. A segunda resposta é empirista. Ela rejeita a primeira resposta, porque ela implica em aceitar a existência de noções morais inatas, hipótese absurda, à luz da epistemologia de Locke e Condillac, para a qual todas as ideias, e, portanto, também as ideias morais, são adquiridas pelos sentidos. A experiência nos fornece sensações, que no plano ético se resumem às sensações de dor e de prazer. O homem é naturalmente movido a buscar o prazer e a fugir da dor, e nisso consiste seu interesse. Mas como meu interesse pode não coincidir com o dos meus semelhantes, surge a necessidade de uma norma capaz de arbitrar entre os vários interesses. O que me leva a observar essa norma, quando o meu interesse aponta numa direção oposta? O meu próprio interesse, que será lesado com a sanção resultante da minha desobediência à norma – sanção jurídica, ou moral, sob a forma da desaprovação dos outros membros da comunidade. Em geral, essa é a resposta do empirismo continental, com Helvétius, Holbach e d’Alembert. E também a do empirismo inglês, naturalmente com Bentham, cujo utilitarismo sistematiza a moral empirista, mas também com Hume, que apesar de pressupor no homem uma tendência inata para a simpatia e a benevolência, mais frequentemente invoca, como fundamento, o princípio do interesse, que está na raiz de todas as virtudes da sociabilidade. Kant introduz uma terceira variante: a própria razão. Ela a verdadeira fonte da moralidade. Minha vontade não é determinada por nenhuma instância externa. Ela não se funda na natureza, porque esta é regida por um determinismo inflexível e, portanto, é incompatível com a liberdade moral, nem pelo interesse, porque este pertence ao domínio do meramente empírico, do contingente, e, portanto, à esfera da heteronomia. O fundamento da lei moral é dado por um procedimento interno à razão, que me permite saber quando uma “máxima” individual de ação é susceptível de transformar-se numa norma ética. É o imperativo categórico, que Kant formulou em várias versões, em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* e na *Crítica da Razão Prática*, mas que é sintetizado na seguinte variante, extraída desse último livro: ‘age de modo a que a máxima de tua vontade possa em cada momento valer ao mesmo tempo como o princípio de uma legislação universal’”. *In: Ética iluminista e ética discursiva*. **Revista Tempo Brasileiro**. Vol. 5, nº 21, ed. Trimestral. Rio de Janeiro, 1989, p. 29-30.

enquanto não firmados os movimentos de secularização, as teses conciliadoras<sup>153</sup>, bem como a influência da abertura racional protagonizada pelo movimento protestante<sup>154</sup>. Essas teses foram amalgamadas ao empenho político burguês, gerando a vinculação do Iluminismo às formulações de liberdade econômica, de qualquer forma, desembocando, na seara jurídica, no combate ao “*princeps ab legibus solutus*”, com o questionamento da legitimidade divina governamental na formação do direito formal, cuja fundamentação primeira estava na racionalidade tomasiana dos direitos naturais, que alcançou a defesa dos direitos subjetivos, de direitos negativos a serem respeitados pelo Estado e governantes, que resulta, em um segundo momento, no Estado constitucional, para em seguida permitir mais um avanço até o Estado constitucional democrático.<sup>155</sup> O iluminismo, conforme ia alargando sua área de abrangência, inicialmente nos continentes europeu e norte-americano, promovia uma mudança de paradigma social, nos seus mais variados aspectos, tendo como

---

<sup>153</sup> HABERMAS, Jürgen: “Con Kant, Hegel considera la religión como ‘el poder que permite poner en práctica y hacer valer los derechos otorgados por la razón’. Per la idea de Dios sólo puede alcanzar tal poder si la religión penetra el espíritu y las costumbres de un pueblo, si está presente en las instituciones del Estado y en la praxis de la sociedad, si sensibiliza la forma de pensar y los móviles de los hombres para los mandatos de la razón práctica y se los inculca en el ánimo. Sólo como elemento de la vida pública puede la religión prestar a la razón eficacia práctica. Hegel se deja inspirar por Rousseau para esbozar tres requisitos para una auténtica religión popular: ‘Sus doctrinas tienen que fundarse en la razón universal. La fantasía, el corazón, la sensibilidad tienen también que recibir su parte, no pueden quedar vacíos. Tiene que estar hecha de forma que todas las necesidades de la vida, las acciones públicas del Estado puedan conectar con ella’. Son también inconfundibles las resonancias del culto a la razón de los días de la Revolución Francesa. Desde este punto de vista se explica el doble frente de los escritos teológicos de juventud de Hegel, contra la ortodoxia y contra la religión racional. Ambas aparecen como productos complementarios y unilaterales de una dinámica ilustrada que empuja, empero, más allá de los límites de la Ilustración”. *In: El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 39-40.

<sup>154</sup> HABERMAS, Jürgen: “Na seqüência da queda das concepções de mundo tradicionais e de uma racionalização da cultura que a sucedeu, ocorreu uma propagação de credos privatizados e de uma consciência moral internalizada. Sobretudo a “ética protestante” fomentava um modo de vida racional e, desse modo, assegurava uma ancoragem valorativamente racional de modos de comportamento conforme a fins racionais. Mas, no decorrer da modernização progressiva, a racionalidade de organização dos âmbitos de ação administrativos e econômicos – sempre se autonomizando – libertou-se, então, dessa base religiosa das orientações valorativas”. **A Constelação Pós-Nacional. Ensaios Políticos**. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 178.

<sup>155</sup> HÖFFE, Otfried: “A partir do século XVIII, cada vez mais, vai-se formando – apenas no continente, contra o absolutismo – a democracia liberal. Seu primeiro nível, o “burguês”, repudia, categoricamente, ser o significado literal do absolutismo – *legibus solutus* (supressão de todas as leis). Enquanto Estado constitucional, vincula-se a um direito de segundo grau, a uma Constituição (normalmente escrita). Nela, como preocupação diante da segurança interna e externa, surge, adicionalmente, a defesa dos direitos humanos e fundamentais, mas sobretudo, em primeiro lugar, dos direitos negativos de liberdade. Em parte simultaneamente, em parte um tanto deslocada no tempo, impo-se, como segunda parte da revolução antiabsolutista, a ideia de que todo poder estatal emana dos indivíduos envolvidos – do povo- ou de que o povo é o responsável pelo poder estatal: o simples Estado constitucional torna-se Estado constitucional democrático”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 179.

consequência a promoção também de uma afinidade cultural<sup>156</sup>. Porém, contribuição fundamental para o enfrentamento do *status quo* político-jurídico medieval/absolutista ocorreu precipuamente através da concepção e admissão de um racionalismo metodológico<sup>157</sup>, do florescimento de teorias concebendo direitos naturais, depois o positivismo jurídico científico, que levaram ao primeiro movimento de codificação legislativa<sup>158</sup>, reflexo do positivismo legalista<sup>159</sup>, inspirado em um caráter contratualista

---

<sup>156</sup> TARELLO, Giovanni: “Ma, soprattutto, è chiaro che procedere con l’ausilio di una lista di idee proprie dell’illuminismo giuridico per verificarne la presenza operativa nell’Europa e nell’America della seconda metà del secolo XVIII, ci condurrebbe inevitabilmente a fare più attenzione alle affinità di cultura, di stile, di vocabolario, di linguaggio (che sono la cultura, lo stile, il vocabolario, il linguaggio di un’epoca), che non alle operazioni di politica del diritto che sono state di volta in volta compiute”. *In: Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 225-226.

<sup>157</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “O racionalismo era uma força intelectual dominante. Pressupunha-se que a razão controlava todas as atividades humanas e que qualquer obstáculo poderia ser vencido ante o exercício adequado do pensamento metódico. O subconsciente ainda não havia sido descoberto, e o poder das forças irracionais na história não era reconhecido. Supunha-se otimisticamente que as leis e instituições existentes poderiam ser revogadas, para que em seu lugar fosse implantada uma nova ordem jurídica baseada em princípios fundamentais inquestionáveis”. *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 42.

<sup>158</sup> TARELLO, Giovanni: “La política Del diritto che ispira le codificazioni della seconda metà Del secolo XVIII viene di solito designata come “iluminista”. Ma, anche a questo propósito, occorre fare qualche riserva rispetto agli schemi storiografici più consueti e procedere ad alcune precisazioni. Di solito si fa una lista delle idee “iluministe” nella quale si includono almeno le seguenti: a) che gli uomini, in quanto tali, nascono con dei diritti (soggettivi) naturali e imprescrittibili; b) che le leggi debbono riconoscere quei diritti naturali imprescrittibili; c) che quei diritti naturali e imprescrittibili possono essere riconosciuti mediante La ragione, debba anzitutto essere semplice e facilmente comprensibile; f) che la legge, essendo de una parte espressione della ragione e dall’altra parte semplice e chiara, debba essere certa; g) che per essere certa, la legge debba essere o espressione di una volontà generale, o eseguita da persone diverse da quelle che la formalano”. *In: Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 223-224.

<sup>159</sup> WIEACKER, Franz: “A ciência jurídica alemã do séc. XIX dominou o direito privado do seu tempo em consequência da especial situação de a dogmática do direito comum ter de fazer as vezes de um código de direito privado comum a toda a Alemanha, código que tinha fracassado após 1814 com a Restauração e com o programa da Escola Histórica. A ciência privatística alemã tornou-se também, na Prússia e (em menor medida) na Áustria, os dois principais países das codificações jusnaturalistas, uma província da pandectística. Não era contudo de prever que o estado territorial ou nacional alemão renunciasse á codificação. A partir dos meados do século, vários Estados alemães editaram códigos penais, tendo mesmo, o reino do Saxe promulgado um pouco mais tarde, em 1863, um código civil e outros Estados elaborado pelo menos projectos; a partir de 1848, o movimento liberal da unificação impôs, mesmo depois da sua derrota política, o prosseguimento dos trabalhos de codificação do direito comum a toda a Alemanha. Em lugar do positivismo científico, começou a aparecer o positivismo legalista; o que constituiu uma vitória, pouco notada pela consciência social, da classe política sobre a a nação cultural. De facto, pela primeira vez depois da recepção, a criação estadual do direito tornou-se em toda a Alemanha independente do desenvolvimento erudito do direito. No lugar deste surgiu a ideia de que a vontade do povo> se exprime na lei e que, na verdade, no Estado constitucional esta não se manifesta nem directamente nem, espontaneamente, através das forças da história ou da autoridade”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 524-525.

da lei<sup>160</sup>, como não poderia ser diferente, na nascente e dominante economia capitalista, fundamentos do liberalismo econômico e do Estado Liberal de Direito<sup>161</sup>. Na ausência de um Estado forte como referência, do desinteresse dos governantes em relação ao monopólio e produção do direito, o Medieval teve, no âmbito jurídico, a formação de um direito mais próximo das pessoas e da coletividade a qual pertenciam, propiciadora do que foi denominado de *ius commune*. Porém, a abrangência de todo o espaço territorial europeu, em pequenas comunidades, somada à dificuldade de comunicação e circulação de pessoas, bens e culturas, produziu uma desorganização legislativa, em que pese a natureza visceral do direito, na medida em que geralmente buscava espelhar o direito costumeiro das diversas comunidades<sup>162</sup>. Então, com a consolidação dos ideais iluministas, em especial, da racionalidade e cientificidade, no âmbito jurídico, houve a aposta na objetividade da lei, de onde resultou a necessidade de uniformização dos diversos instrumentos legislativos herdados dos modelos anteriores e o método utilizado para tanto foi o da codificação. Não é demais lembrar que isso, inclusive, atendia ao interesse crescente dos governantes e dos Estados em desenvolvimento de buscar a centralização do poder, assumindo o monopólio do direito<sup>163</sup>. Ou seja, as codificações reúnem o desejo de um Estado unificado, somado

---

<sup>160</sup> IRTI, Natalino: “Nell’analisi delle leggi-incentivo, como di altre categorie di norme, è subito apparso che la legge contemporanea assume a mano a mano un deciso carattere contrattuale. La legge, scegliendo scopi e sollecitando attività, invade campi, che l’ideologia liberale riservava alle decisioni dei privati. Essa si fa così, da generale ed astratta, individuale e concreta; da regola del giuoco, ignara dei risultati ottenuti, volontà di direzione e di tutela di specifici interessi. La presenza, sempre più penetrante ed incisiva, dello Stato determina una giuridificazione di scelte e di momenti di vita, prima affidati all’accordo delle parti od a norme extrastatali. Il processo di giuridificazione, svolgendosi mediante leggi, finisce per modificarne l’intrinseca struttura e per renderle appunto regole di specifiche e determinate attività. Il carattere contrattuale raggiunge, poi, il grado più alto ed espresivo dove la legge – como segue in anni, lacerati dal conflitto tra Stato parlamentare e Stato sindacale – nasce sull’accordo delle baronie di lavoratori e datori di lavoro, e in questo nascere trova il reale fondamento della sua imperatività. Allora, la vecchia proposizione del ‘contratto che ha forza di legge tra le parti’ (ripetuta, appena ieri, dall’art. 1372 del codice civile) si lascia meglio convertire in quella della ‘legge che ha la forza di contratto tra le parti’, ossia che attinge la propria energia vincolante, non già dai poteri costituzionali, ma dal previo accordo dei grandi gruppi organizzati”. *In: L’età della decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979, p. 22-23.

<sup>161</sup> *In: NARVÁEZ HERNANDEZ, José Ramón: La crisis de la codificación y la historia del Derecho*. Anuario Mexicano de historia del Derecho, ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, p. 192.

<sup>162</sup> Temática aprofundada no capítulo 1.1 **Desdobramentos alicerçadores do Medieval – Descentralização e concentração de poder na formação do Estado-Nação**.

<sup>163</sup> MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A segunda metade dos Setecentos na Itália, como em outros países da Europa, é caracterizada pela difusão da cultura iluminista e das exigências da racionalização legislativa, administrativa e jurisdicional aí implicadas, as quais acabam incidindo sobre numerosos aspectos institucionais. Particularmente difunde-se a “ideologia da codificação” como instrumento de unificação e simplificação das fontes normativas – em nítida contraposição à confusão derivada do direito comum – e de reordenação da organização estatal em uma estrutura mais simples, orgânica e centralizada”. *In: A justiça civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje. Revista dos Tribunais*. Thomson Reuters, 2018, p. 34.

a um sistema lógico, racional e organizado, de modo a ter no código um fecho de sua produção jurídica, razão pela qual há apontamentos da ocorrência do fenómeno em situações históricas distintas<sup>164</sup>. Porém, com destaque, no trabalho, para o mais fervoroso movimento de codificação que foi aquele fruto do movimento iluminista, mais precisamente da união da burguesia com o Estado<sup>165</sup>.

Corolária da ordem de princípios iluministas houve a adoção de uma das teses centrais do liberalismo, que implica no fato do poder sair do sujeito, do homem, e passa para as instituições, com o que não se prepara uma casta de sangue nobre para governar, aliás se repele tal hierarquização, e são buscadas criações e melhorias de instituições com aptidão para contribuir para o desenvolvimento individual e social<sup>166</sup>. A esperança e a confiança no progresso sai do governante com legitimidade divina e passa para o governo legitimado povo, de modo a permitir o asseguramento do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à fraternidade e à felicidade<sup>167</sup>. No cenário

---

<sup>164</sup> WIEACKER, Franz: “As codificações não estão, no entanto, apenas ligadas ao fenómeno de um Estado unificado, mas também a certos pressupostos culturais. Elas situam-se frequentemente no termo de período dos criadores da ciência jurídica, quando o trabalho sistemático e conceitual de gerações possibilita finalmente um plano de conjunto clarificador e a linguagem conceitual abstracta de um código racional. Como antes acontecera com a Glosa de Acúrsio e mesmo com o *Corpus Iuris Civilis*, que se situaram no fecho de épocas de florescimento científico, também os códigos pandectistas, desde o Código Civil do Saxe (*Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch*). Até ao Código Civil Suíço (*Schweizer Zivilgesetzbuch*) são testamentos de uma ciência do direito que neles encontra o seu fecho. Isto explica também o aspecto arcaizante da maior parte deles; só a maturidade científica é criadora e só o epigonismo incipiente tira partido das ferramentas técnicas necessárias à elaboração de um código científico”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 527.

<sup>165</sup> WIEACKER, Franz: “Finalmente, as codificações vivem de concepções axiológicas, no plano social e económico, de natureza coerente. Também os códigos, aparentemente tão abstractos, desta época são filhos da união da sociedade burguesa com os Estados nacionais que, na Itália, na Alemanha, na Suíça e ainda em muitos jovens Estados da Europa meridional e da América do Sul, estão na origem da codificação. Não é apenas a história e o conteúdo do Código Civil Alemão (BGB), mas já os do *Codice Civile* de 1865 e os do Código do direito obrigacional suíço (*Schweizer Obligationenrecht*) de 1844, que mostram que os movimentos de unificação nacional da burguesia liberal foram os adeptos mais fervorosos da codificação”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 527.

<sup>166</sup> PINKER, Steven: “Em vez de tentar moldar a natureza humana, a esperança de progresso do iluminismo concentrava-se em instituições humanas. Sistemas criados pelo homem, como governo, leis, escolas, mercados e organismos internacionais, são um alvo natural para a aplicação da razão em prol dos melhoramentos da nossa espécie”. In: **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018, p. 30.

<sup>167</sup> PINKER, Steven: “Nesse modo de pensar, o governo não é uma autorização divina para reinar, um sinónimo de “sociedade” ou um avatar da alma nacional, religiosa ou racial. É uma invenção humana, aceita tacitamente em um contrato social, criada para ampliar o bem-estar dos cidadãos, coordenando seus comportamentos e dissuadindo as pessoas de certos atos egoístas que podem ser tentadores em termos individuais, mas pioram a situação de todos. Como determina o mais famoso produto do Iluminismo, a Declaração de Independência dos Estados Unidos, os governos são instituídos pelo povo para assegurar o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade, e

jurídico é iniciado o império do Direito, quando, então, “obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer”<sup>168</sup>. Há a tentativa de limitar, no início, o direito à lei, buscando do mesmo um caráter impessoal, abstrato, geral, rígido e insensível, impondo autoritariamente o cumprimento isonômico a todos, desconsiderando quaisquer peculiaridades subjetivas ou objetivas dos casos, ou seja, imune às diferenças fáticas do mundo da vida. Características que passam a ser criticadas em um momento posterior, de descoberta da insuficiência da lei.<sup>169</sup> Não só isso, mas há também, com o Iluminismo na linha do implementa da razão em repúdio à ignorância e à superstição, como máximas da sabedoria popular<sup>170</sup>, também se procurou inserir o método no direito, através da interpretação jurídica, que contemporaneamente, na linha da tese, vai criticada, por ser defendida uma verdade, nas ciências do espírito, contrária ou além do método<sup>171</sup>. Isso tudo levou a um traço marcante do Iluminismo, na seara política governamental, da exigência de limites para a atuação da autoridade, evitando abusos de toda ordem, inclusive e especialmente daqueles decorrentes de crença religiosa, em prol do humanismo<sup>172</sup>. Somente passa

---

derivam seus poderes do consentimento dos governados”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 30-31.

<sup>168</sup> *In: WEBER, Max*. “Os três tipos puros de dominação legítima”. *In: Sociologia*, Grabiell Conh (org). São Paulo: Ática, 1986, p. 128.

<sup>169</sup> GROSSI, Paolo: “Uma circunstancia que siempre me há alarmado profundamente, al menos desde mis tiempos de estudiante de Derecho, es la terca desconfianza eu el hombre de la calle, el hombre corriente, meustra hacia El derecho. Uma desconfianza que nace de su convicción de que El derecho es algo diferente a La justicia, algo que se identifica com La ley (quizá se pueda precisar que es diferente a La justicia precisamente porque se identifica com La ley)”. *In: Mitologia jurídica de la Modernidad*. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 21.

<sup>170</sup> PINKER, Steven: “Para os pensadores iluministas, a libertação da ignorância e da superstição mostrou o quanto a nossa sabedoria convencional pode ser equivocada e como os métodos da ciência – ceticismo, falibilismo, debate aberto e verificação empírica – são um paradigma de como alcançar o conhecimento confiável”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 28.

<sup>171</sup> Tópico enfrentado com maior aprofundamento no capítulo três, de acordo especialmente com as lições de Gadamer. *In: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método*. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Vol II. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

<sup>172</sup> PINKER, Steven: “Os pensadores da idade da Razão e do Iluminismo perceberam a necessidade urgente de um alicerce secular para a moralidade, pois viviam perseguidos pela memória histórica de séculos de carnificina religiosa: as Cruzadas, a Inquisição, as caças às bruxas, as guerras religiosas europeias. Esse alicerce foi assentado sobre o que hoje chamamos de humanismo, que hoje privilegia o bem-estar dos homens, mulheres e crianças individualmente, acima da glória da tribo, raça, nação ou religião. Os indivíduos, e não os grupos, é que são sencientes – que sentem prazer e dor, satisfação e angústia. O que mobilizava a nossa preocupação moral, diziam os iluministas, era a capacidade universal de uma pessoa para sofrer e se desenvolver, fosse isso entendido como o objetivo de proporcionar a maior felicidade para o maior número, fosse como um

a ser possível admitir o controle jurídico quando o exercício do poder deixa de estar personificado no governante, que podia agir arbitrariamente e, comumente, sem necessidade de maiores justificativas, nos interesses de quem lhe favorecesse, e passa a estar institucionalizado<sup>173</sup>. Caem por terra, em consequência, expressões cunhadas para identificar a pessoalização do exercício do poder, como a quando o monarca refere “a lei sou eu” ou o rei é o “ânimo da lei” (*Lex animata*), fatores fundamentais a despregar o exercício da função judicante da executiva<sup>174</sup>. Essa faceta pode ser classificada como uma premissa pela supremacia da objetividade no exercício do poder, que, por ocasião do final do então denominado Estado Autoritário, atendia aos ideais burgueses, e foi pressuposto para o Iluminismo e para a formulação e atendimento das concepções liberais. De qualquer forma, não há como negar que todas as mudanças decorrentes do liberalismo tiveram como pressuposto necessário a oposição ao absolutismo do Estado, porém sem que tivesse havido a centralização do poder na formatação estatal não teria sido possível o florescimento das teorias liberais<sup>175</sup>. Não é possível afastar o reconhecimento de que isso tudo teve por traz o interesse da burguesia de alcançar a livre circulação das mercadorias, com imperativo da propriedade privada, bem como a sua ascensão política<sup>176</sup>. A própria criação, sistematização e consolidação de um ordenamento jurídico, ensejador do movimento de codificação, parte da alteração da origem subjetiva do poder e da autoridade para

---

imperativo categórico de tratar as pessoas como fins em vez de meios”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 29.

<sup>173</sup> TRIVIÑO, José Luis Peres: “Respecto de la autoridad preinstitucional es posible plantear una paradoja análoga a la de la soberanía parlamentaria, pero sería incorrecto denominarla con la misma expresión pues ésta presupone una autoridad jurídica en un orden jurídico, cosa que no sucede con el soberano como autoridad preinstitucional. Por eso, la pregunta acerca de la posibilidad de que un norma declare inderogable otra regla cae fuera del rango de significatividad de la noción de autoridad preinstitucional. En consecuencia, es preciso replantear dicha paradoja y evitar caer en la pregunta – carente de sentido – de si es posible limitar jurídicamente al soberano – entendido como autoridad preinstitucional”. *In: Algunos modelos de autoridad suprema en un orden jurídico*. Análisi e diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analítica. G. Giappichelli Editore, 1999, p. 190.

<sup>174</sup> VON CAENEGEM, Raoul Charles. “**Oráculos da Lei**” ou “**Bouche de La Loi**”. **Considerações históricas sobre o papel dos Juizes**. Seminário Internacional. O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. 23 e 24 de novembro de 2007. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Edições Alamedina. S. A. Setembro, 2009, p. 6.

<sup>175</sup> A “história do Liberalismo passaria pela história do Estado absolutista, uma vez que a afirmação do momento da autoridade seria a premissa necessária para uma liberdade autêntica, que não fosse apenas um privilégio de determinada classe ou grupo”. *In: Bobbio, Norberto. Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 698.

<sup>176</sup> *In: NARVÁEZ HERNANDEZ, José Ramón: La crisis de la codificación y la historia del Derecho. Anuario mexicano de historia del Derecho*, ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, p. 192.

a objetiva<sup>177</sup>. O Poder deixa de pertencer ao monarca, com legitimação divina, e passa para o povo, que exprime a sua vontade através da lei. A centralização da lei, na conformação estatal, era justificadora da dissociação do subjetivismo no exercício do poder, com isso o Direito passou a ser tido como sinónimo de Direito, ensejando a criação e o desenvolvimento do positivismo jurídico<sup>178</sup>. Todo o referido caldo social, cultural e teórico permitiu o surgimento de uma consciência que vem a questionar e contrapor o estado de coisas que eram impostas, sem objeção, pelos então detentores do poder. Sem prejuízo do reconhecimento de que o Iluminismo tenha dado passos ainda no Antigo Regime, especialmente na seara penal, cumpre registrar que veio a ter um maior desenvolvimento e consolidação posterior no direito privado<sup>179</sup>, movido principalmente pela força burguesa<sup>180</sup>. A partir da tomada de consciência dos cidadãos de seu pertencimento a uma pátria, surgiram as pretensões de participação nas

---

<sup>177</sup> TRIVIÑO, José Luis Peres: “Sin embargo, esta caracterización de la autoridad preinstitucional no permite explicar la creación y estructura de un orden jurídico, pues en él sólo figurarían mandatos. Pero, si esto es así, entonces no logra dar cuenta de una de las propiedades definitorias del concepto de orden jurídico: las normas de competencia y de autoridades institucionales”. In: **Algunos modelos de autoridad suprema en un orden jurídico**. Análisi e diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analítica. G. Giappichelli Editore, 1999, p. 191.

<sup>178</sup> WIEACKER, FRANZ: “De facto, pela primeira vez depois da recepção, a criação estadual do direito tornou-se em toda a Alemanha independente do desenvolvimento erudito do direito. No lugar deste surgiu a ideia de que a <vontade do povo> se exprime na lei e que, na verdade, no Estado constitucional esta não se manifesta nem diretamente nem, espontaneamente, através das forças da história ou da autoridade. Na realidade, a legislação era, por enquanto, obra de uma burocracia ministerial com uma rigorosa formação científica”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 525.

<sup>179</sup> WIEACKER, FRANZ: “No seu ocaso, o racionalismo iluminista parece ter atraído numa tal crispação o seu próprio núcleo mais característico. No seu apogeu, ele tinha acabado com grande à vontade com uma tradição de injustiça, tinha desmascarado a superstição das bruxas, abolido a tortura, acabado com as formas cruéis de execução, posto de parte as penas corporais e infames e, com a reforma do direito penal e do processo penal, erguido bem alto o estandarte da humanidade. Menos notórios e inequívocos foram os méritos do direito privado jusracionalista. Aqui, um racionalismo menos atento e superficial não só socavou frequentemente uma consciência jurídica afeiçoada pela tradição – mas viva – e a racionalidade do existente, mas bloqueou ainda o desenvolvimento futuro do jusnaturalismo através de uma espécie de monopólio estadual do direito natural. A anti-historicidade deste racionalismo comprometeu também a história futura, ou seja, o futuro destes povos”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 399.

<sup>180</sup> WIEACKER, FRANZ: “A elite cultural nacional que então estava em formação na Alemanha deixou de se conformar com a subordinação a exigências deste tipo. À autocracia paternalista do absolutismo iluminista começou a opor-se uma sensibilidade política autónoma por parte das camadas burguesas em ascensão. Foi isto precisamente que fez surgir (tal como em França, onde ela preparou e provocou ao mesmo tempo a integração revolucionária da nação) também no conjunto da comunidade política alemã, uma consciência política nacional, uma relação imediata dos cidadãos com o seu Estado, como veio ao de cima pela primeira vez na participação de toda a Alemanha nas guerras de Frederico II; guerras que, de acordo com o testemunho insuspeito de uma figura tão prestigiada como Goethe, despertaram, elas também, a consciência cultural da nação”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 399-400.

tarefas de Estado, rechaçando o absolutismo e diminuindo os pressupostos iluministas ali iniciados<sup>181</sup>. As mudanças políticas foram sentidas de forma irreversíveis pelos governos monárquicos, que as acolheram, como aconteceu na Inglaterra, ou que as ignoraram, tardando com alterações, como na França, provocando a ruptura revolucionária<sup>182</sup>. Nessa ruptura houve a anunciação vigorosa da bandeira de um discurso público racional legitimador do exercício do poder, discurso que veio a ser admitido posteriormente como pressuposto democrático<sup>183</sup>, mas que naquele momento histórico foi imposto pelo recurso do uso da força armada, na França, houve a mudança de paradigma, tendo o marco histórico da Revolução Francesa e de seus ideais alcançado um largo alcance em toda a Europa, porém sem deixar de lembrar que objetivo de controle do arbítrio governamental tinha sido anteriormente estabelecido na Inglaterra, cujo sistema foi referência para alguns pensadores franceses<sup>184</sup>, sem a destituição revolucionária do governo, mas também,

---

<sup>181</sup> WIEACKER, FRANZ: “Assim, foi quando a consciência político-estadual dos dirigentes se tornou também comum aos dirigidos e quando se inflamou o sentimento da devoção ao grande grémio da pátria (no que se confluíram as influências espirituais do pietismo), que surgiram também as pretensões de uma participação pessoal nas tarefas do Estado e na criação do direito. Agora, a obra política do último absolutismo aparecia como um maquinismo morto, as suas leis como instrumentos artificiais sem raízes na consciência jurídica, as suas bem intencionadas preocupações com a <bem aventurança> dos súbditos como uma tutela dos cidadãos tornados menores”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 400.

<sup>182</sup> WIEACKER, FRANZ: “Estas novas exigências dos cidadãos podiam ser impostas por uma revolução que colocasse a própria Nação no lugar do monarca e levasse a termo a tarefa de centralização e racionalização empreendida pelo soberano absoluto, uma vez que a própria revolução tinha tomado seu *pathos* do Estado. Este caminho foi percorrido pela França, onde o antigo regime tinha adiado demasiado as reformas políticas”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 400.

<sup>183</sup> HABERMAS, Jürgen: “A consciência revolucionária que surgiu na época é o berço de uma nova mentalidade, que hoje é a força-motriz, não revolucionária, dos processos de democratização. Uma consciência histórica que rompe com o tradicionalismo das continuidades aceitas de modo cego e fatalístico, uma compreensão da prática política sob o signo da autodeterminação e da auto-realização e, finalmente, a confiança em um discurso público racional capaz de legitimar a dominação política, fazem parte dessa mentalidade. São características de um conceito intramundano do político, que em nada perdeu de sua atualidade”. *In: Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro*. *In: Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº. 21, ed. trimestral. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 7-8.

<sup>184</sup> COSTA, Pietro: “A ruptura revolucionária é um acontecimento especificamente francês. O “modelo francês”, mesmo que destinado a produzir efeitos de grande alcance para toda a Europa, não é, contudo, a única resposta possível ao problema da relação entre poder e direito (direitos); ao contrário, um grande país europeu, a Inglaterra, tinha precocemente mostrado como compor a vocação “absoluta” da soberania com um sistema de vínculos capazes de limitar a sua arbitrariedade e proteger os sujeitos, a ponto de constituir um marco de referência exemplar para numerosos intelectuais franceses que, no Século das Luzes, viam prosperar nela aquele espírito de liberdade e de tolerância ainda fortemente hostilizado na sua pátria”. *In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 107-108.

como em qualquer mudança desse porte, lentamente e dolorosamente<sup>185</sup>. De qualquer modo, é verificável na força expansiva da revolução francesa um liame com os movimentos codificadores (positivismo), o ideal liberal de reconhecimento da propriedade da terra, a livre circulação de riquezas, tendo por trás o respaldo da crescente classe burguesa.<sup>186</sup> Ou seja, é possível perceber que o Iluminismo não obteve uma instalação instantânea e descomplicada. Muito antes o contrário, inclusive no âmbito jurídico, como demonstra Taruffo ao mencionar as idas e vindas do movimento codificador, da persistência de instituições medievais e do largo lapso temporal para finalmente permitir as primeiras codificações de processo civil na Itália<sup>187</sup>, apontando o regulamento de Giuseppe II da Lombardia austríaca, em 1785, como o primeiro, porém e especialmente por seu aspecto global e radical foi muito criticado e objeto de reforma posterior<sup>188</sup>, seguido pelo Código Barbacoviano, tido

---

<sup>185</sup> COSTA, Pietro: “Até o século XVII, a monarquia inglesa, não muito diversamente dos seus similares continentais (Espanha e França), persegue, com algum sucesso, a construção de um forte poder central. É no decorrer do século XVII que as histórias das diversas monarquias (que podem ser ditas de algum modo já “nacionais”) cessam de ser paralelas e se determina a anomalia inglesa, certamente não de modo rápido e indolor. É necessário um século ou um pouco menos (caracterizado por lutas sangrentas, mudanças repentinas, regicídio, revoluções, restaurações, patíbulo, conspirações) para que, no final da história, se de razão a Coke; e não a Hobbes; é, de fato, teorizada e construída uma soberania dividida ou compartilhada e limitada, mas não por isso a ordem se enfraquece, arrastada pelo *bellum omnium* (guerra de todos)”. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 108-109.

<sup>186</sup> GROSSI, Paolo: “Si a alguien le habla el Código, es a aquella burguesía que há hecho La Revolución y que finalmente há logrado su plurisecular aspiración a La propiedad libre de La tierra y a La libre circulación de ésta; el Código francés está tan absorto em esse logro que, todaviá em 1804, concede al fundo como posible objeto de propiedad – sobre todo al fundo rústico – um protagonismo substancialmente dementido por uma situação econômica em plena evolución que valoraba cada vez más decididamente otras fuentes de riqueza; pronto, Pellegrino Rossi señalaría el atraso de la conciencia económica de los codificadores napoleónicos”. **Mitología jurídica de la Modernidad**. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trota. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 83.

<sup>187</sup> MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Na maior parte dos Estados italianos, a “época das reformas” na segunda metade dos Setecentos produz – no que concerne à administração da Justiça Civil – frutos descontínuos, isolados e em geral irrelevantes, ainda que por vezes possam despertar o interesse, principalmente se confrontados de forma individualizada com a desastrosa situação anterior. Na maior parte dos casos, em realidade, reformas não são sequer esboçadas ou naufragam completamente (como em Nápoles). Em outros casos, como no Grão-ducado da Toscana, os projetos de reforma em geral não chegam a se realizar, conservando-se essencialmente então o processo do direito comum, concentrando-se as intervenções parciais ao terreno – importantíssimo, mas muito limitado, se comparado com o problema global da Justiça Civil -da reordenação e da simplificação da organização dos tribunais. Em outros casos ainda (como em Modena e no Piemonte), produzem-se complexos de normas com uma dimensão tendencialmente geral, mas que não chegam a configurar verdadeiras e próprias codificações, sendo muito limitado o seu conteúdo efetivamente inovador em relação ao modelo do processo do direito comum (ressalvada, é claro, a forma escolhida, dotada de eficácia unificadora e esclarecedora)”. In: *A justiça civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje*. Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2018, p. 41-42.

<sup>188</sup> MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele: “No entanto, as reformas de Giuseppe II, justamente porque globais e radicais, suscitam numerosas críticas, principalmente com matiz conservador, por parte da classe forense, cujos interesses foram por essas atingidos. O programa para uma reforma

como o mais completo instrumento produzido pela reforma iluminista<sup>189</sup>.

Tudo isso foi propiciador de um desenvolvimento social que resultou em inúmeros avanços em benefício do homem. A racionalidade em detrimento da metafísica, bem como todos os demais elementos mencionados componentes do Iluminismo, propiciou avanços globais notáveis. Dentre essas evoluções humanísticas, da qual pode ser destacado o valor da vida, é interessante notar que houve o aumento da expectativa da existência: ela foi mais que duplicada, passando de 30 anos no final do século XVIII para uma variante de 71 ou 81 anos, vinculada geralmente ao desenvolvimento econômico do país, a diminuição da taxa de mortalidade infantil, que era de um terço até completar cinco anos (nas localidades mais ricas de outrora) para 6% nas regiões com menos recursos de hoje<sup>190</sup>. Na questão da prosperidade econômica, que eleva outros fatores mensuráveis em prol de diversos interesses do ser humano, pode ser dito que o mundo é próximo de cem vezes mais rico do que era há dois séculos passados. Isso em um contexto global, mas mesmo em relação aos países mais pobres é possível notar que a extrema pobreza caiu de 90% para menos de 10%. Nesse diapasão a fome, a subnutrição e a atrofia de crescimento também diminuiriam consideravelmente, havendo maior

---

posterior foi confiado por Pietro Leopoldo – sucessor de Giuseppe II – a uma Giunta Giudiziaria Civile nomeada em 1791 com o objetivo de aportar ulteriores simplificações ao procedimento. A Giunta trabalha por quatro anos (até a invasão francesa), daí derivando alguns retoques à legislação de Giuseppe II (reforma dos “juízos de Campanha”, ampliação do campo de aplicação do procedimento sumário, reforma da advocacia e do notariado) – outros retoques foram igualmente propostos, mas não foram acolhidos. Uma nova reforma geral, portanto, não é esboçada até o momento em que a invasão francesa chega abatendo – mas, como se verá, apenas formalmente – a obra reformadora de Giuseppe II”. *In: A justiça civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje*. Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2018, p. 49.

<sup>189</sup> MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A reforma de Barbacovi, como se pode perceber, é uma síntese clara e orgânica dos elementos derivados do direito comum e do direito austríaco, além de conter inovações originais muito além da cultura de seu tempo. Provavelmente, não é um exagero afirmar que justamente o Codice barbacoviano representa, no plano da Justiça Civil, o fruto mais maduro e completo das reformas proporcionadas pela cultura iluminista na Itália”. *In: A justiça civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje*. Thomson Reuters, **Revista dos Tribunais**, 2018, p. 52.

<sup>190</sup> PINKER, Steven: “Desde a época do Iluminismo, no final do século XVIII, a expectativa de vida em todo o mundo aumentou de trinta para 71 anos e, nos países mais afortunados, para 81. Quando o Iluminismo começou, um terço das crianças nascidas nas partes mais ricas do mundo morria antes do quinto aniversário/ hoje, esse destino está reservado para 6% das crianças das regiões mais pobres. Suas mães também foram libertadas da tragédia: nos países mais ricos, 1% delas não sobreviviam ao parto, uma taxa que é o triplo da dos países mais pobres de hoje, que continua a cair. Nesses países pobres, as doenças infecciosas letais estão em declínio constante; algumas atacam somente algumas dezenas de pessoas por ano e logo estarão extintas, como a varíola”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 381.

investimento governamental à assistência de crianças, pobres e idosos<sup>191</sup>. Sobre a segurança do homem é possível afirmar que houve um acentuado decréscimo tanto em relação às guerras entre países quanto em relação às guerras internas. Em razão disso as mortes decorrentes de guerras sofreram diminuição de um quarto do que era na década de 1980, um sétimo do que era na década de 1970, dezoito avos do que era na década de 1950 e meio por cento do que foi durante a segunda guerra mundial, bem como houve diminuição dos assassinatos no mundo todo<sup>192</sup>. Não é possível deixar de ser dito que as pessoas também alcançaram um nível de liberdade muito maior nos dias de hoje. De um punhado de países democráticos de dois séculos atrás, onde vivia apenas um por cento da humanidade, hoje dois terços dos países o são, com a mesma proporção de pessoas que vivem sob esse regime. Da prática comum de violência e discriminação racial, nos dias de hoje, a maioria dos países adotam políticas de favorecimento das minorias. De um único país onde as mulheres podiam votar, na virada do século XX, ocorreu o inverso na atualidade. Igual caminho de decréscimo e, quiçá, extinção, seguem a violência contra homossexuais, mulheres e crianças<sup>193</sup>. Não só isso, mas também houve um aumento da alfabetização,

---

<sup>191</sup> PINKER, Steven: “A pobreza talvez não exista para sempre. O mundo é cerca de cem vezes mais rico hoje do que era há dois séculos, e a prosperidade está se distribuindo de modo mais uniforme por todos os países e povos do mundo. A proporção da humanidade que vive em extrema pobreza caiu de quase 90% para menos de 10% e, durante o período de vida da maioria dos leitores deste livro, pode aproximar-se de zero. A fome catastrófica, que nunca esteve muito longe em grande parte da história humana, desapareceu da maior parte do mundo, e a subnutrição e a atrofia do crescimento estão em constante declínio. Há um século, os países mais ricos destinavam 1% de sua riqueza à assistência a crianças, pobres e idosos; atualmente gastam quase 25%. Hoje, a maioria de seus pobres está alimentada, vestida e abrigada, e tem luxos como smartphones e ar-condicionado, coisas que não costumavam estar ao alcance de todos, fossem ricos ou pobres. A pobreza entre as minorias raciais caiu e a entre os idosos despencou”. In: **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 381-382.

<sup>192</sup> PINKER, Steven: “O mundo está dando uma chance à paz. A guerra entre países está em processo de obsolescência e as guerras intestinas estão ausentes de cinco sextos da face da Terra. A proporção de pessoas mortas anualmente em guerras é menor de um quarto do que era na década de 1980, um sétimo do que era no início da década de 1970, dezoito avos do que era no início da década de 1950 e 0,5% do que foi durante a Segunda Guerra Mundial. Os genocídios, outrora comuns, tornaram-se raros. Na maioria dos tempos e lugares, os homicídios matam muito mais gente do que as guerras, e as taxas de homicídios também estão caindo. A probabilidade de os americanos serem assassinados é a metade de vinte anos atrás. No mundo como um todo, essa probabilidade é de sete décimos do que era há dezoito anos”. In: **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 382.

<sup>193</sup> PINKER, Steven: “As pessoas não só estão mais saudáveis, mais ricas e mais seguras, como também mais livres. Dois séculos atrás, apenas um punhado de países, onde vivia 1% da humanidade, era democrático; hoje, o são dois terços dos países do mundo, que abrangem dois terços da humanidade. Não muito tempo atrás, metade dos países do mundo tinha leis que discriminavam minorias raciais; hoje, mais países têm políticas que favorecem suas minorias do que políticas que as discriminam. Na virada do século XX, as mulheres só tinham o direito de voto em

informação e, conseqüentemente, da inteligência. No século XIX somente 12% da população mundial era alfabetizada, e hoje são 83%. O cociente de inteligência aumentou trinta pontos ou dois desvios-padrão em relação aos antecessores<sup>194</sup>. Diminuição da carga de trabalho com mais recursos financeiros, permitindo mais tempo e condições para atividades que permitem maior satisfação pessoal<sup>195</sup>. O contexto todo de melhorias iniciadas no Iluminismo, inclusive, tem permitido uma melhor percepção e enfrentamento de problemas globais relacionados ao meio ambiente, armamento nuclear, terrorismo, entre outros<sup>196</sup>.

---

um único país; hoje podem votar em todos os países onde os homens podem votar, exceto em um deles. As leis que criminalizam a homossexualidade continuam a ser derrubadas, e as posturas em relação a minorias, mulheres e gays estão se tornando cada vez mais tolerantes, principalmente entre os jovens, um presságio do futuro mundial. Os crimes de ódio, a violência contra as mulheres e a vitimização de crianças estão em declínio no longo prazo, assim como a exploração do trabalho infantil". *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 382-383.

<sup>194</sup> PINKER, Steven: "À medida que as pessoas ficam mais saudáveis, mais ricas, mais seguras e mais livres, também se tornam mais alfabetizadas, mais bem informadas e mais inteligentes. No início do século XIX, 12% da população mundial era capaz de ler e escrever; hoje são 83%. A alfabetização e a educação serão em breve universais, tanto para meninas como para meninos. A escolarização, junto com a saúde e a riqueza, estão literalmente nos fazendo mais inteligentes, com trinta pontos a mais de QI, ou dois desvios-padrão acima de nossos antepassados". *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 383.

<sup>195</sup> PINKER, Steven: "As pessoas estão dando bom uso a sua vida mais longa, mais saudável, mais segura, mais livre, mais rica e mais sábia. Os americanos trabalham 22 horas a menos por semana do que costumavam, têm três semanas de férias pagas, dedicam 43 horas a menos a tarefas domésticas e destinam apenas um terço do seu salário a gastos de primeira necessidade, em vez de cinco oitavos. Usam o tempo livre e a renda disponível para viajar, ficar com seus filhos, comunicar-se com seus entes queridos e experimentar a culinária, o conhecimento e a cultura do mundo. Em consequência de tudo isso, a humanidade está mais feliz. Até mesmo os americanos, que pouco valorizam sua boa sorte, são "razoavelmente felizes" ou mais felizes, e as gerações mais jovens estão ficando menos infelizes, solitárias, deprimidas, drogadas e suicidas". *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 383.

<sup>196</sup> PINKER, Steven: "À medida que se tornaram mais saudáveis, mais ricas, mais livres, mais felizes e mais bem instruídas, as sociedades se voltaram para os desafios globais mais urgentes. Emitiram menos poluentes, derrubaram menos florestas, derramaram menos petróleo, preservaram mais a natureza, extinguíram menos espécies, pouparam a camada de ozônio e atingiram o pico do consumo de petróleo, das terras agrícolas, de madeira, papel, carros, carvão e talvez até de carbono. Apesar de todas as suas diferenças, as nações do mundo chegaram a um acordo histórico sobre mudança climática, como fizeram em anos anteriores sobre testes e proliferação de armamentos nucleares, além de investir na segurança e no desarmamento desse tipo de dispositivo. As armas nucleares, desde as circunstâncias extraordinárias dos últimos dias da Segunda Guerra Mundial, não foram utilizadas nos 72 anos em que existem. O terrorismo nuclear, desafiando quarenta anos de previsões dos entendidos, nunca aconteceu. Os estoques nucleares mundiais foram reduzidos em 85%, com mais reduções por vir, os testes cessaram (exceto pelo pequeno e isolado regime de Pyongyang) e a proliferação acabou. Desse modo, os dois problemas mais urgentes do mundo, embora ainda não resolvidos, são solucionáveis: definiram-se agendas praticáveis no longo prazo para eliminação de armas nucleares e para mitigar a mudança climática". *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 383-384.

Em que pese as notícias alvissareiras, não é possível tapar os olhos para outras situações caóticas que atingem de forma mais próxima os países menos desenvolvidos, mas que também não excluem aqueles mais ricos<sup>197</sup>. A República Federativa do Brasil está em situação privilegiada em relação a vários outros países em grande parte dos aspectos citados. Porém, não atingiu, ainda, por outro lado, as mesmas condições dos países centrais, da forma como assinalada por Pinker<sup>198</sup>. Então, mais uma vez, em razão da peculiar situação do nosso país periférico, relacionada a uma superficialidade e incoerência de crença política, deslegitimação da democracia representativa<sup>199</sup> e de uma grave crise ética, está reforçada a

---

<sup>197</sup> PINKER, Steven: “Setecentos milhões de pessoas em todo o mundo vivem hoje em extrema pobreza. Nas regiões em que estão concentradas, a expectativa de vida é inferior a sessenta anos, e quase um quarto delas está subnutrida. Quase 1 milhão de crianças morrem de pneumonia a cada ano, meio milhão de diarreia ou malária e centenas de milhares de sarampo e aids. Uma dezena de guerras assola o mundo, inclusive uma em que mais de 250 mil pessoas morreram e, em 2015, pelo menos 10 mil pessoas foram vítimas de genocídios. Mais de 2 bilhões de pessoas quase um terço da humanidade, são oprimidas por Estados autocráticos. Quase um quinto das pessoas do mundo não tem educação básica; quase um sexto é analfabeta. Todos os anos, 5 milhões de pessoas são mortas em acidentes e mais de 400 mil pessoas são assassinadas. Quase 300 milhões de pessoas estão clinicamente deprimidas, das quais quase 800 mil morrerão por suicídio neste ano. Os países ricos do mundo desenvolvido não estão imunes de forma nenhuma. A renda das classes médias baixas aumentou em menos de 10% em duas décadas. Um quinto da população americana ainda acredita que as mulheres deveriam retornar aos papéis tradicionais, e um décimo se opõe ao namoro inter-racial. O país sofre com mais de 3 mil crimes de ódio por ano e mais de 15 mil homicídios. Os americanos perdem duas horas por dia no trabalho doméstico, e cerca de um quarto deles sente que está sempre apressado. Mais de dois terços dos americanos negam que seja muito felizes, cerca da mesma proporção de setenta anos atrás, e tanto as mulheres como a maior faixa etária demográfica se tomam mais infelizes ao longo do tempo. Todos os anos cerca de 40 mil americanos ficam tão desesperadamente infelizes que se suicidam”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 384.

<sup>198</sup> PINKER, Steven: “Mais do que nunca, os ideais da razão, da ciência, do humanismo e do progresso necessitam de uma defesa entusiasmada. Não damos o devido valor às suas benesses: recém-nascidos que viverão por mais de oito décadas, mercados abarrotados de alimentos, água limpa que surge com um movimento dos dedos, dejetos que desaparecem com outro, comprimidos que debelam uma infecção dolorosa, filhos que não são mandados para a guerra, filhas que podem andar na rua em segurança, críticos de poderosos que não são presos ou fuzilados, o conhecimento e a cultura mundiais disponíveis no bolso da camisa. Mas tudo isso são realizações humanas, e não direitos cósmicos inatos. Na memória de muitos leitores deste livro – e na experiência de pessoas em partes menos afortunadas do planeta – guerra, carestia, doença, ignorância e ameaça letal são uma parte natural de existência. Sabemos que países podem regredir a essas condições primitivas, portanto é um perigo não damos o devido valor às realizações do Iluminismo”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 22/23.

<sup>199</sup> PINKER, Steven: “Os cientistas políticos vivem pasmados com a superficialidade e a incoerência das crenças políticas das pessoas e com a tênue relação entre suas preferências nas urnas e o comportamento de seus representantes. A maioria dos eleitores ignora não só as ações políticas do momento, mas também fatos básicos – por exemplo, quais são os principais ramos do governo, contra quem os Estados Unidos combateram na Segunda Guerra Mundial e que países usaram armas nucleares. Suas opiniões mudam conforme a pergunta é formulada: dizem que o governo gasta demais em “assistência social”, mas pouco em “auxílio aos pobres” e deveria “empregar força militar”, porém não “ir à guerra”. Quando formulam uma preferência, as pessoas em geral votam em um candidato que tem a preferência oposta. Só que isso não faz diferença na prática, pois, uma vez

conclamada a necessidade da busca da isonomia, da equiparação global dos Estados e dos indivíduos, em um desejado sentimento de solidariedade ampliativo<sup>200</sup>, pressupondo o oferecimento de condições a conferir autonomia verdadeira a cada um dos cidadãos, que lhes trará a consciência da participação política democrática, de possuírem uma valiosa garantia constitucional de buscar a tutela de seus interesses, inclusive contra os desmandos governamentais e legislativos, através do Poder Judiciário, de acordo com o ensinamento de Ribeiro<sup>201</sup>. Não é buscada, com isso, a defesa de um protagonismo do Poder Judiciário, muito pelo contrário, está sendo reforçado o seu papel institucional, de forma peculiar no Brasil, onde muitas políticas públicas mínimas infelizmente dependem da atuação judicial, ou seja, não é admissível na tese, em face de seu perfil democrático, que o sujeito, seja ele quem for, atrepele as normas jurídicas e constitucionais, conseqüentemente as instituições legítimas, em prol de um sentimento subjetivo arbitrário, em uma confiança vã em qualquer autoridade carismática, a exemplo do que aconteceu recentemente com a Venezuela chavista e do que foi mostrado pela Alemanha nazista e China maoísta<sup>202</sup>, inclusive e especialmente do julgador<sup>203</sup>.

---

empossados, os políticos votam conforme a posição de seu partido, não importa quais sejam as opiniões de quem os elegeu”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 249.

<sup>200</sup> PINKER, Steven: “Felizmente, a natureza humana nos prepara para atender a esse chamado de mobilização. Isso acontece porque somos dotados do sentimento de solidariedade, que eles também chamavam de benevolência, piedade e compaixão. Como somos dotados da capacidade de nos solidarizarmos uns com outros, nada pode impedir que o círculo de solidariedade se expanda da família e da tribo para englobar toda a humanidade, sobretudo porque a razão nos incita a perceber que não ode existir nada do qual apenas nós mesmos ou qualquer um dos círculos a que pertencemos sejamos merecedores. Somos forçados ao cosmopolitismo, a aceitar que somos cidadãos do mundo”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 29.

<sup>201</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães: “Mais que isso, o recente cenário político demonstra uma crise ética sem precedentes na história da nossa sociedade. Como então é possível dar concretude à democratização da sociedade e do Estado mantendo ainda as desigualdades e preservando as clássicas prerrogativas individuais, especialmente de um determinado grupo de indivíduos? Neste momento conturbado da história, é necessário voltar a atenção para outro ator, tão ou mais legítimo do que os outros, inobstante não gozar da falácia da legitimidade popular, consubstanciada no voto, qual seja, o Poder Judiciário”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

<sup>202</sup> Exemplos citados por Steven Pinker. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 405-406.

<sup>203</sup> Ver 1.4.2 Revelação da abertura antidemocrática – Do autoritarismo do monarca ao solipsismo judicial.

### 2.2.1 Origem do Estado de Direito – a aposta liberal na cientificidade, codificação e isonomia da lei

É no período liberal e iluminista que surge a tão conhecida expressão Estado de Direito, sem prejuízo do reconhecimento e aproveitamento de elementos de períodos históricos anteriores. Na Grécia já era possível perceber o desejo de colocar a lei acima dos homens e do governo, cuja contribuição estaria em afastar as paixões humanas nos atos governamentais<sup>204</sup>. Em Roma, pelo menos em relação ao direito culto, foi apontado um aspecto sistemático legalista, em que pese haja divergências<sup>205</sup>. Apesar do indissociável vínculo de legalismo e justiça das mais importantes concepções gregas e romanas, é no Medievo que são plantadas as sementes, especialmente presentes no desenvolvimento das concepções de direito natural<sup>206</sup>, inclusive opondo-se ao que foi concluído, em época moderna, como legalismo proveniente do direito romano<sup>207</sup>, e utilizadas inicialmente para justificar os

---

<sup>204</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Aqueles que agora a sustentam usam o velho procedimento de dar nova roupagem a coisas antigas, tentando aproveitar as vantagens apresentadas pela tradição. Evitaremos incursões históricas supérfluas, limitando-nos à análise de alguns dados conhecidos. A Antiguidade grega manteve o ideal do domínio da lei ante o capricho despótico. Assim, os gregos se vangloriavam de serem governados por leis e não por homens (Heródoto), porque as leis são menos apaixonadas do que os homens (Aristóteles). A democracia ateniense apresentou, em certo sentido, o modelo frente ao Estado-poder simbolizado por Esparta. Ainda que os direitos individuais não fossem conhecidos pelos gregos, os defensores do Estado Liberal de Direito pretendiam traçar paralelos com a herança grega e, ao menos, apontar antecedentes clássicos para o primado da lei sobre o poder”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 2-3.

<sup>205</sup>VILLEY, Michel: “Sobre a natureza do direito em Roma, reinam no público estranhas concepções. O espírito “jurídico” herdado de Roma seria sinônimo de legalismo. O que é um jurista, para a maioria dos homens de bem? Um maníaco das “formas”, incapaz de ver a vida de outra maneira senão através dos textos, e só sabendo “deduzir” a partir dos textos. Desde a obra dos famosos “legalistas” de Filipe o Belo, uma educação, infelizmente muito latina, ter-nos-ia infundido o culto das leis, sinônimo de direito. Não será o mesmo vício que a literatura progressista cristã denuncia? Constantino seria o responsável por ter feito da igreja uma “instituição” legalista. Onde deviam reinar o Espírito e a livre pesquisa em matéria de teologia e moral, injetado o “juridismo romano”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 53.

<sup>206</sup> Tema abordado mais aprofundadamente no capítulo: 2.2 Direito natural e positivismo –A ostensiva ultrapassagem do objetivismo legalista.

<sup>207</sup>VILLEY, Michel: “Mas há um mal-entendido, confusão entre o direito romano e o direito considerado “erudito”, oposto aos costumes locais com os quais a prática também lidava. Pondo de lado o direito canônico, foi abusivamente denominada romana toda doutrina relativa às questões de justiça social, professada em língua latina e transmitida às faculdades de direito. Em particular, o sistema da Escola moderna de “Direito natural”. Ora, esta se constituía contra o direito civil romano; e seus fundadores escancaravam sua hostilidade contra a ciência jurídica romana. A ambição deles foi construir um outro direito, dito univesal (*jus univsum*), cujos princípios não saíam do *Corpus Juris Civilis*, mas muito mais da Segunda Escolástica; de uma moral cristã estóica; do nominalismo herdado dos últimos séculos da Idade Média; do sistema de Hobbes no qual já se abebera largamente Pufendorf; das idéias de Locke, que logo invadem a Escola; e, quanto ao método, do cartesianismo, do racionalismo de Leibniz. Sobre os pandectistas se imporá a influência de Kant.

direitos individuais frente ao próprio Estado, mas que posteriormente acabaram sendo assumidas como concessões do próprio Estado<sup>208</sup>. Então, de teorias consagradoras do Estado absolutista, com poder ilimitado no seu exercício, passaram-se a defender amarras a esse exercício, inicialmente através da força do Parlamento (Inglaterra), com a conservação da coroa, para a tomada de poder revolucionária (França), em que pese, na França, também, em momento posterior, na Terceira República, vivenciou-se um protagonismo parlamentar<sup>209</sup>. Na tradição anglo saxônica, o *rule of law* era exercido através do *Common Law* que cumpria o papel de anterioridade em relação ao direito elaborado pelo Estado, atendendo ao mesmo objetivo do direito natural de garantia da isonomia e de proteção dos direitos subjetivos, defensável através das Cortes Inglesas. Todo esse desenvolvimento, mesclando reconhecimento de direito a partir do Estado e anterior ao Estado, ocorreu sem prejuízo de doutrinas que negavam a existência de Direito somente a partir do Estado. Exemplo dessa linha, marcadamente favorecendo o Direito formal do Estado em detrimento de qualquer direito anterior foi concebida a teoria alemã do *Rechtsstaat*<sup>210</sup>.

---

Mas, como grande parte desses autores tinha pretensão ao título de romanistas, ocorre que o sistema deles passasse por romano. E suas definições, do Contrato, do Direito subjetivo, da propriedade, sua teoria das fontes do direito, é que são reproduzidas nos livros didáticos franceses de direito romano”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 54.

<sup>208</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “As bases ideológicas do Estado Liberal de Direito se fundamentam em pressupostos iusnaturalistas. O direito natural que o inspirou é de estirpe individualista, porque está assentado no homem, titular de direitos imprescritíveis anteriores à sociedade. Esses direitos não estão fundados na lei natural de origem divina; procedem, pelo contrário, do indivíduo racional que passa a integrar a sociedade para ter os seus direitos respeitados. Na medida em que a vontade do Estado se impõe em relação à vontade dos indivíduos, a justificação iusnaturalista perde valor, passando os direitos individuais a ser concebidos como concessão do próprio Estado. Os direitos e liberdades humanas encontrariam fundamento na lei positiva do Estado, única fonte do Direito. O iusnaturalismo individualista foi incapaz de impedir essa evolução; não pôde frear a vontade onímoda do Estado, pois só é possível imitá-la através do recurso a um plano superior que outorgue valor transcendente ao homem”. **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 79-80.

<sup>209</sup>LAQUIÈZE, Ala *In*: “A crítica doutrinária do Estado legal é, antes de tudo, uma crítica da onipotência do parlamento sob a Terceira República. A teoria da soberania nacional tinha sido concebida para limitar o poder dos governantes e evitar que estes se acreditassem como detentores exclusivos da autoridade. Mas o desenvolvimento do regime parlamentar, que tende a enfraquecer o Executivo, e a ampliação do direito de voto no decorrer do século XIX, tinham gerado uma confusão entre o titular da soberania e aqueles que a exercem, levando assim a uma identificação da nação com os seus representantes, e, conseqüentemente, à transformação da soberania nacional em soberania das assembleias. E as assembleias, seguras da própria legitimação popular, tinham a capacidade de proclamar as normas que quisessem”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 346.

<sup>210</sup>GOZZI, Gustavo: “Assim, para a Inglaterra os valores se enraizam na tradição de *Common Law* elaborada pelos tribunais e posta como fundamento do *rule of law*, ao passo que, para a Alemanha, a doutrina do Estado de Direito exclui a anterioridade do direito em relação ao Estado. É precisamente na especificidade da relação direito-Estado – que é resolvida, no caso alemão, com o primado do Estado – que se deve identificar a característica mais relevante da doutrina do

Na formação e consolidação dessa experiência histórica e jurídica, marcante do Estado de Direito, especialmente na consolidação do Direito estatal, no reconhecimento dos direitos subjetivos, da isonomia de todos perante a lei, com a limitação do poder estatal, na cientificidade jurídica e codificação, ou seja de todo o desenvolvimento iluminista jurídico tiveram destaque o *Rechtsstaat* alemão, o *rule of law* inglês, o *rule of law* norte-americano e o *État de droit français*<sup>211</sup>. Todos com significativas diferenças em relação a atribuição de soberania, aos mecanismos constitucionais e às formas de tutelados direitos, entre outros, porém, partindo dos mesmos postulados teóricos e políticos é possível criar uma identidade do Estado de Direito compatível com todas as tradições<sup>212</sup>.

A expressão Estado de Direito tem origem da ambição estatal de monopolizar o Direito oriunda do absolutismo tem acrescida, com o liberalismo, a concepção da necessidade de submissão do governante ao império do jurídico<sup>213</sup>, com o que é afirmado um ordenamento jurídico com o dever de tutela dos direitos subjetivos contra

---

*Rechtsstaat* alemão. Enquanto, ao contrário, é na superioridade do direito proclamado pelas Cortes de Justiça como fundamento do *rule of law* que deve ser reconhecido o aspecto mais significativo da doutrina inglesa do ‘governo do direito’. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 309.

<sup>211</sup>ZOLO, Danilo: “nesta moldura interpretativa, os acontecimentos da “história externa” do que merecem plena relevância teórica são essencialmente quatro: 1) a experiência do *Rechtsstaat* alemão; 2) a do *rule of law* inglês; 3) a importante variante do *rule of law* norte-americano; 4) o *État de droit* francês. A hipótese aqui sustentada é que os elementos teóricos que emergem dessas quatro experiências podem ser organicamente recompostos em um modelo geral. Deveria, assim, ser possível atribuir uma consistente identidade teórica à noção de Estado de Direito, entendido como um Estado moderno no qual ao ordenamento jurídico – não a outros subsistemas funcionais – é atribuída a tarefa de “garantir” os direitos individuais, restando a natural tendência do poder político a expandir-se a operar de maneira arbitrária.” In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 11.

<sup>212</sup>ZOLO, Danilo: “As peculiaridades jurídico-institucionais que diferenciam entre si as experiências e as doutrinas do Estado de Direito dizem respeito, como vimos, às modalidades de atribuição da soberania, aos mecanismos constitucionais e às formas de tutela dos direitos subjetivos. Isto vale em particular para a “grande divisão”, que opõe a versão do *rule of law* às outras experiências ocidentais. As diversidades atenuam-se fortemente até desaparecerem por completo no que diz respeito ao contrário – esta é a tese que será defendida nas próximas páginas –, aos pressupostos filosófico-políticos e às referências de valor. E, igualmente, pode-se dizer o mesmo no que se refere a uma ampla série de institutos jurídicos e de estruturas políticas que estão presentes em formas substancialmente equivalentes nas diversas experiências que examinamos. É com base nessas premissas que a complexidade da “história externa” do Estado de Direito pode ser legitimamente reduzida no plano teórico. E torna-se assim plausível recompor a diversidade das experiências históricas em um quadro teórico coerente e unitário capaz de fornecer uma identidade conceitual precisa à noção de “Estado de Direito”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 30-31.

<sup>213</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Além disso, implica uma desmedida pretensão: que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas prescrições legais. Essa tendência parece constituir uma nobre aspiração do estamento jurídico”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 1.

qualquer um, ampliando o âmbito das liberdades individuais, inclusive, contra atos arbitrários governamentais<sup>214</sup>. Sem descuidar da observação de um liame com a tripartição de funções do Estado e admissão progressiva de autonomia dos sistemas sociais, resultando na secularização, separando o político e jurídico do religioso<sup>215</sup>, bem como na separação do político e jurídico do econômico<sup>216</sup>. De onde parte as evoluções posteriores humanísticas e sociais, decorrentes de um conteúdo material que a expressão alcançou com o liberalismo<sup>217</sup>, sem que, contudo, ficasse petrificado a ele, assumindo uma forma anacrônica, com o que é de ser permitindo, assim, as configurações de Estado de Direito Social e Estado de Direito Democrático<sup>218</sup>. Serve como exemplo importante o desenvolvimento constitucional do norte-americano, onde o Estado Liberal não resistiu às novas políticas sociais implementadas pela administração pública, importando em obrigações prestacionais do Estado, por exigência da mudança da sociedade, importando em uma ampliação de delegações legislativas que acabaram por produzir uma diferenciação da isonomia de poderes até

---

<sup>214</sup>ZOLO, Danilo: “O “princípio de difusão” tende a limitar, com vínculos explícitos, os poderes do Estado para dilatar o âmbito das liberdades individuais. Ele implica, por isso, uma definição jurídica dos poderes públicos e da sua relação com os poderes dos sujeitos individuais, também eles juridicamente definidos”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 31.

<sup>215</sup>ZOLO, Danilo: “Neste sentido, o Estado de Direito é uma versão do Estado moderno europeu, na qual, com base em específicos pressupostos filosófico-políticos, atribui-se ao ordenamento jurídico a função de tutelar os direitos subjetivos, contrastando a tendência do poder político de dilatar-se, de operar de modo arbitrário e prevaricar. Em termos mais analíticos, pode-se afirmar que o Estado de Direito é uma figura jurídico-institucional que resulta de um processo evolutivo secular que leva à afirmação, no interior das estruturas do Estado moderno europeu, de dois princípios fundamentais: o da “difusão do poder” e da “diferenciação do poder””. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 31.

<sup>216</sup>ZOLO, Danilo: “O “princípio de diferenciação” se expressa seja como diferenciação do sistema político-jurídico com relação a outros subsistemas em particular o ético-religioso e o econômico, seja como critério de delimitação, coordenação e regulamentação jurídica de distintas funções estatais, sumariamente correspondentes à posição de normas (*legis latio*) e à aplicação de normas (*legis executio*)”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 32.

<sup>217</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O Direito é princípio realizador da convivência humana nos marcos da sociedade política. Ademais, essa convivência há de fundamentar-se em alguns valores determinados. Por isso, torna-se clara a dimensão cultural do Estado de Direito. Afinal, ela põe o Estado a serviço desses valores. O liberalismo observou desde a perspectiva que defende os direitos e liberdades fundamentais, uma vez que a essa altura tais direitos eram considerados como valores principais que convinha reconhecer e tutelar”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 6.

<sup>218</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Fruto maduro da burguesia, o Estado Liberal de Direito foi concebido para uma situação econômica próspera, para um momento de paz social. Entretanto, o Estado de Direito não é patrimônio de uma classe social determinada. Ao contrário, serve ou deve servir para todas as classes que compõem a sociedade. O Estado de Direito deve conservar em seu seio os postulados mais nobres descobertos pelo movimento liberal, a exemplo dos direitos fundamentais. Contudo, sem pretensão de assumir uma forma anacrônica, indubitavelmente há de mudar a etiqueta “liberal” por outra mais justa e atual”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 9.

então estabelecida, ao permitir uma preponderância do Poder Executivo<sup>219</sup>. A propósito, no decorrer do desenvolvimento histórico e jurídico é observável a presença do embate subjetivismo e objetivismo<sup>220</sup>. No caso da Alemanha o *Reechstaat* concebido de forma incompatível com qualquer reconhecimento de direito anterior, ou seja, tendo como direito aquele exclusivamente produzido pelo Estado, que foi traduzido para o direito francês como *État de droit*<sup>221</sup>.

Em linhas gerais o Estado de Direito francês implicava no monopólio do Direito pelo Estado, criar o direito e impor o seu cumprimento, inclusive a si mesmo. O controle do Direito ocorria pela separação de poderes e proclamação de direitos e liberdades defensáveis judicialmente<sup>222</sup>. Ocorre que a assunção da competência para criar o Direito pelo Estado, em detrimento do controle jurídico, da separação de poderes, dos direitos subjetivos e liberdades individuais favoreceu a utilização do Direito como instrumento de consolidação do poder, passando de uma perspectiva liberal, ainda presente na primeira metade do século XIX, para adotar teses ampliativas do poder governamental, em detrimento dos direitos subjetivos, passando do Estado de direito para o direito do Estado (*Staatsrecht*)<sup>223</sup>, adotando uma visão

<sup>219</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O balanço oferecido pelo desenvolvimento constitucional norte-americano assinala claramente a desapareção do Estado Liberal de Direito, incapaz de coexistir com a nova política social da Administração Pública, que exige amplas delegações legislativas para atuar com rapidez e obter resultados positivos. Assiste-se a uma crise das instituições e de alguns dos elementos da organização política (federalismo). Produziu-se também uma diminuição da relevância da Suprema Corte, contribuindo tudo isso para que o Estado norte-americano se convertesse, cada vez mais, em um verdadeiro Governo do Presidente da República (*Verwaltungsstaat*), bastante distanciado da imagem equilibrada e liberal mantida pelos *Founding Fathers*”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 52.

<sup>220</sup>Temática trabalhada em outros momentos com maior profundidade nos capítulos 1 e 2.

<sup>221</sup>LAQUIÈZE, AlaIn: “O termo francês *État de droit* não é senão a tradução literal da palavra *Rechtsstaat*, cujos primeiros teóricos foram os juristas alemães Von Mohl e Stahl, antes que o Estado de Direito se tornasse o lugar-comum da doutrina jurídica do além-Reno da segunda metade do século XIX (Gerber, Jhering, Laband, Jellinek), que exerceria uma influência decisiva sobre os publicistas da Terceira República”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 338-339.

<sup>222</sup>LAQUIÈZE, AlaIn: “Na doutrina juspublicística francesa contemporânea, conceito de *État de droit* apresenta dois amplos significados, a saber: 1. O Estado age exclusivamente de forma jurídica, ou seja, opera mediante o direito. Enquanto o soberano, o Estado funda e delimita o ordenamento jurídico nacional, isto é, o conjunto de regras que ele dita a si mesmo e daquelas que deles resulta. Fonte do direito, o Estado é competente para definir as próprias competências. 2. o Estado está submetido ao direito: o objetivo perseguido é o de enquadrar e limitar o Estado mediante o direito. O poder político é enquadrado pelo direito através das seguintes garantias: a separação dos poderes, que implica em particular a independência da autoridade judiciária em relação aos órgãos políticos, a proclamação dos direitos e das liberdades, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 338.

<sup>223</sup>GOZZI, Gustavo: “Partindo de Carl Friedrich von Gerber a Paul Laband, até Georg Jellinek, realizou-se uma profunda transformação da concepção do *Rechtsstaat* que marcou a derrota definitiva da perspectiva liberal. A obra de Gerber antecipou a orientação que se afirmou definitivamente com a

“conservadora” geradora do Reich, em 1871<sup>224</sup>. Inclusive, em face do prestígio cultural que o termo Estado de Direito alcançou, acabou sendo incorporado pelo regime alemão e por regimes políticos fascistas extremando a concepção formalista do Direito<sup>225</sup>, ignorando a sua origem libertária e protetiva dos direitos humanos. De qualquer forma, tais concepções, necessário deixar registrado desde já, não se coadunam com o conteúdo material acolhido na tese e por abandonarem as raízes liberais referidas não podem ser concebidas como exemplos concretos de Estado de Direito<sup>226</sup>. A exceção surge se for admitida a classificação de que pode haver um Estado de Direito que contenta-se com o direito protocolar produzido pelo detentor do poder no Estado e outro que exige o reconhecimento de direitos subjetivos, humanos e fundamentais, diferenciação que é muito próxima da realizada por Ferrajoli,

---

criação do segundo império. No famoso escrito de 1852, ele reconheceu que o Estado não absorvia toda a vida social dos homens, uma vez que grande parte dessa vida permanecia fora da órbita estatal. Existiam, portanto, “direitos do povo” que representavam limites para o poder do Estado, mas esses não eram direitos propriamente ditos, ou seja, em sentido subjetivo: esses direitos – afirmava Gerber - “permanecem sempre apenas negações, restringindo o poder estatal nos limites das suas faculdades; esses devem ser considerados apenas limites dos direitos do monarca do ponto de vista dos súditos... As liberdades individuais da tradição liberal, que, de Locke a Kant, tinham sido reconhecidas como pertencentes aos homens em virtude da comum humanidade, eram agora concebidas apenas como reflexo de normas objetivas, ou seja, como expressão de leis gerais. Rompia-se assim o equilíbrio entre o ordenamento jurídico e a liberdade individual que tinha sido enunciado pela doutrina liberal; impunha-se unicamente a soberania do Estado, e o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) se transformava no direito do Estado (*Staatsrecht*)”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327.

<sup>224</sup>GOZZI, Gustavo: “essa diferença valia também em relação à doutrina alemã do *Rechtsstaat*, que, na sua solução definitiva, como veremos, não admitia nenhuma anterioridade do direito em relação ao Estado. O caso alemão foi, além disso, caracterizado por uma particular evolução da forma do Estado de Direito: da perspectiva liberal da primeira metade do século XIX à afirmação de uma solução substancialmente conservadora a partir da criação do Reich em 1871”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 313.

<sup>225</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “por outro lado, O Estado fascista constitui verdadeiro, pois se apoia nos valores tradicionais, ainda que estes sejam observados desde novas perspectivas políticas. Analogamente, a revolução nacional alemã criou o modelo do Estado Nacional de Direito (*nationale Rechtsstaat*). Este último respeita a santidade do Direito (*Heiligkeit des Rechts*), radicando o seu valor jurídico decisivo na formação e garantia jurídica da ordem da vida nacional. Autoridade, poder e Direito são valores vitais do Estado nacional de Direito, responsáveis pelo estabelecimento das bases éticas da vida política”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 7.

<sup>226</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Quando o Estado ou o partido único se impõem ao Direito e o subordinam, temos o fenômeno do totalitarismo fascista ou nacional-sindicalismo. É evidente que tanto o Estado fascista como o nacional-sindicalista contaram com ordenamentos jurídicos, mas *toto coelo* distantes do Estado de Direito. Não foram Estado de Direito, apesar das afirmações dos autores fascistas que sustentaram a idéia de *Stato etico* (produto do hegelianismo italiano) e dos esforços de Koellreutter por demonstrar o alcance do III Reich. Em ambos os casos, seus respectivos Estados – sobretudo na Alemanha, pois o Partido considerou o Estado como aparato a seu serviço – impuseram-se em relação ao Direito”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 148.

distinguindo Estado de Direito fraco e forte ou substancial<sup>227</sup>. Porém, como visto, majoritariamente a inclinação doutrinária é no sentido de reconhecer como Estado de Direito somente o segundo. Dentre as várias razões para tanto, talvez a mais importante é a de que, nesses modelos criticados, surge, em face dessa anemia jurídica do Estado, uma tendência a um preenchimento político, em prol de um protagonismo governamental, como ocorreu na Alemanha e na Itália, por exemplo, com a assunção dos líderes fascistas e nazistas, amparando contingencialmente suas teorias no Estado de Direito<sup>228</sup>. Somente depois da Segunda Guerra Mundial, através do controle judiciário autônomo, mais especificamente por meio do controle de constitucionalidade, é que retornam primados liberais do *Rechtsstaat*, mas com um agregado intuito democrático<sup>229</sup>, reconfigurando, pelo novo perfil constitucional e efetivo, o conteúdo do Estado de Direito alemão<sup>230</sup>.

---

<sup>227</sup>FERRAJOLI, Luigi: “A expressão “Estado de Direito” é utilizada normalmente com dois significados diversos que é oportuno manter rigorosamente distintos. Em sentido amplo ou fraco ou formal, ela designa qualquer ordenamento no qual os poderes públicos são conferidos pela lei e exercidos nas formas e com procedimentos por ela estabelecidos. Neste sentido, correspondente ao uso alemão de “*Rechtsstaat*”, são Estados de Direito todos os ordenamentos jurídicos modernos, inclusive os mais não-liberais, nos quais os poderes públicos, têm uma fonte e uma forma legal. Em um segundo sentido, forte ou substancial, “Estado de Direito” designa, ao contrário, aqueles ordenamentos nos quais os poderes públicos estão igualmente sujeitos à (e por isso limitados ou vinculados pela) lei, não apenas quanto às formas, mas também quanto aos conteúdos do seu exercício. Neste significado mais restrito, que corresponde àquele predominante ao uso italiano, são Estados de Direito aqueles ordenamentos nos quais todos os poderes, inclusive o Legislativo, estão vinculados ao respeito de princípios substanciais, estabelecidos costumeiramente por normas constitucionais, como a separação dos poderes e os direitos fundamentais”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 417-418.

<sup>228</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Os autores alemães que se ocuparam dessa questão no período nacional-socialista não adotaram uma linha comum. Enquanto Höhn criticava o Estado de Direito, contrapondo a *Rechtsgemeinschaft* liberal à *Volksgemeinschaft* nacional-socialista como autêntica comunidade, Koellreutter considerava o Estado bolchevique como o modelo contrário ao Estado de Direito. Afinal, a “revolução permanente” apregoada por sua consciência de transitoriedade e pela destruição dos valores tradicionais (casamento, religião) fazem com que ele desconheça qualquer valor jurídico, convertendo-o em *Nicht-Rechtsstaats*. Por outro lado, o Estado fascista constitui verdadeiro Estado de Direito, pois se apóia nos valores tradicionais, ainda que estes sejam observados desde novas perspectivas políticas. Analogamente, a revolução nacional alemã criou o modelo do Estado Nacional de Direito (*nationale Rechtsstaat*). Este último resistia à santidade do Direito (*Heiligkeit des Rechts*), radicando o seu valor jurídico decisivo na formação e garantia jurídica da ordem da vida nacional. Autoridade, poder e Direito são valores vitais do Estado Nacional de Direito, responsáveis pelo estabelecimento das bases éticas da vida política”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 6-7.

<sup>229</sup>GOZZI, Gustavo: “Somente após a Segunda Guerra Mundial, chegou-se a um *richterliches Prüfungsrecht* (controle judiciário) de constitucionalidade centralizado, que foi exclusivamente confiado ao *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal). É essa reviravolta – que marca o primado da Constituição em relação ao legislador – que põe o contraste insuperável entre a hodierna democracia constitucional e o Estado de Direito e que admite a compatibilidade da democracia apenas com algumas limitadas interpretações liberais do *Rechtsstaat*”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 334.

<sup>230</sup>GOZZI, Gustavo: “Parece, portanto, evidente que uma reutilização do conceito de Estado na era da democracia contemporânea pode ocorrer somente sobre o fundamento de uma profunda

Na tese, para evitar confusões, é conveniente sublinhar que a autonomia do Direito, a resposta exclusivamente jurídica, não está desgarrada da necessidade de conformação da produção formal legislativa com os direitos subjetivos, através da Constituição, inadmitindo, desse modo, que o Monopólio do Direito pelo Estado seja exercido por meio de instituições e procedimentos formais autorreferenciais e autofundantes<sup>231</sup>. Ao fim, essa visão formalista do Estado de Direito precisou ser debelada para que o progresso humanístico voltasse aos trilhos, na linha das lutas e conquistas advindas do Estado Liberal de Direito, do Estado Social de Direito e do Estado Democrático de Direito, sem prejuízo, muito pelo contrário, considerando fortemente, o próprio embate presente na relação do modelo antecessor com o posterior, das construções progressistas humanitárias que afastaram práticas instaladas em modelos de Estados de Direito anteriores<sup>232</sup>, das novas crises que se mostraram intransponíveis, geradoras da decadência do antigo modelo, aos “efeitos colaterais” das conquistas do Estado de Direito anterior que também precisam ser enfrentadas pelo novo modelo<sup>233</sup>, igualmente em um sentido progressista<sup>234</sup>.

---

transformação, ou seja, concebendo-o como Estado constitucional (e não legislativo) e como Estado material (e não formal) de direito: uma transformação que o torna irreconhecível em relação à doutrina do *Rechtsstaat* oitocentista”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 337.

<sup>231</sup>ZOLO, Danilo: “Essas interpretações parecem ignorar, todavia, que, na teoria do Estado de Direito, instituições e procedimentos formais não são auto-referenciais e autofundantes, mas perseguem o objetivo da tutelados direitos subjetivos a que o próprio legislador está obrigado. Tais instituições e procedimentos não são senão a instrumentação linear desse objetivo, que é, de resto, enunciado em termos cogentes pelos textos ou pelas tradições constitucionais. Descurando esse simples e iluminador axioma, as interpretações formalistas do Estado de Direito – como as análogas teorias procedimentais da democracia – revelam, na realidade, a falácia geral de qualquer doutrina formalista da política e do direito, para não falar do formalismo lingüístico e cognitivo às quais essas implicitamente remetem”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 50.

<sup>232</sup>Servem de exemplos diversas circunstâncias vistas como inadmissíveis nos dias de hoje ocorridas no Brasil permissoras da instalação da cultura ocidental e da instalação do Estado de Direito, como o extermínio dos nativos, a escravidão dos negros africanos e a discriminação racial, sendo que os dois últimos fatos conviveram com o Estado de Direito. Situação que não foi diferente nos EUA conforme relata ZOLO, Danilo: “E evitará dar relevância à (embaraçosa) circunstância na qual o se afirmou na América setentrional no contexto não apenas da bem conhecida revolta contra a metrópole colonial, mas também do genocídio dos nativos americanos; a noção de Estado de Direito conviveu longamente com a escravidão dos negros africanos e, depois, com a discriminação racial”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

<sup>233</sup>Serve de exemplo a crise a ser enfrentada pelo Estado de Direito da contemporaneidade citada por VERDÚ, Pablo Lucas: “A aventura do Estado de Direito, portanto, chega aos nossos dias de crise moral, de crise econômica e política, tempos de profundas transformações relativas à família, ao enfrentamento entre gerações, entre as civilizações, enfrentamento que atinge as confissões religiosas. Qualquer que seja a adjetivação última do Estado de Direito, agora parece mais apropriado mencionar a fórmula do Estado Democrático de Direito”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 154.

<sup>234</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O Estado de Direito em qualquer de suas espécies - Estado Liberal de Direito,

No sentido progressista referido, foi acrescida uma acepção constitucional ao Estado de Direito, com o que, além da premissa referida da isonomia e submissão à lei de todos, inclusive do próprio Estado, fundamentadora da concretização e respeito da dignidade e liberdades humanas, são agregados outros conteúdos<sup>235</sup>. O desenvolvimento constitucional permitido com essa fusão de Estado de Direito e Constituição faz valer que a submissão à lei passa a ser antes de tudo submissão à Constituição, de onde decorre a submissão ao restante do ordenamento jurídico, pressupondo uma supremacia constitucional, dentro de uma hierarquia legislativa. Para garantir essa supremacia juridicamente há comumente uma rigidez constitucional, um texto escrito com pretensão imutável<sup>236</sup> e de um órgão judicial superior, que ocupa o topo da sistematização jurisdicional, com atribuição constitucional<sup>237</sup>. Não só isso, mas também advém daí o reconhecimento de uma

---

Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito -, é uma *conquista*. Quero dizer que cada uma dessas espécies foi estabelecida ou foi objeto de tentativas de estabelecimento por meio da luta contra estruturas de poder contrárias; o Estado Liberal de Direito em relação ao Antigo Regime; o Estado Social de Direito contra o individualismo e absenteísmo do Estado Liberal; o Estado Democrático de Direito, que forceja com as estruturas sociopolíticas do modelo anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado. Uma elementar regra de interpretação histórica exige que julguemos as transformações do Estado de Direito com objetividade. Desse modo, nunca poderemos esquecer o *progresso* que cada uma de suas concretizações supõe em relação à estrutura anterior. Isso não significa que suas deficiências devam ser ignoradas, sobretudo quando se tem presente que tais defeitos tornam-se mais graves na hipótese de cada estrutura ter alcançado o ápice de sua configuração para depois mergulhar em decadência". In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 154.

<sup>235</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Creio que o fato que devemos admitir consiste no seguinte: se todo Direito – como afirmou Cícero – há de ser constituído por causa do homem, então, os princípios da juridicidade, do respeito à dignidade e liberdade humanas devem ser garantidos. Desse modo, onde quer que tudo isso seja cumprido, sempre poderemos encontrar um autêntico". In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 154.

<sup>236</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "A princípio, parece que toda Constituição manifesta a soberba pretensão de durar sem sofrer alterações (Otto Kirchheimer). Em virtude de sua rigidez – pois toda Constituição, sendo escrita, contém certo grau de rigidez – e de seu alcance, a referida pretensão tende a se impor e a fundamentar todo o ordenamento jurídico (art 9.1 da Constituição espanhola). A soberbia constitucional aparece como supremacia. A constituição é a expressão jurídica máxima na medida em que brota de um ato soberano do povo, do qual emanam todos os poderes do Estado (art. 1.2)". In: **O Sentimento Constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 109.

<sup>237</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Como é sabido, a submissão à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico é uma das características típicas do Estado de Direito. Conceitual e emocionalmente, significa superioridade, permanência e respeito. Isso ocorre na medida em que aqueles se impõem (supremacia constitucional, império da lei, segurança jurídica, hierarquia normativa, publicidade das normas), propondo, mediante sua *potestas* (modo heterônomo), uma ordem sistematizada, regularizada, garantida por meio de gravames difíceis de superar (art. 168 e segs). Trata-se de uma ordem que se autodefende mediante a rigidez constitucional, o Tribunal Constitucional e, em casos extremos, através das Forças Armadas, pois uma das missões destas últimas é defender o ordenamento constitucional (art. 8º)". In: **O Sentimento Constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 100.

personalidade jurídica ao Estado, sujeitando seus atos e dos governantes, em particular, ao controle da legalidade e constitucionalidade; a pressuposição de um sistema jurídico hierárquico, tanto no âmbito legislativo (em muitos casos com a previsão do controle de constitucionalidade da própria lei em tese) quanto recursal, aplicável tanto no âmbito do processo judicial quanto do procedimento executivo, objetivador da segurança jurídica; o estabelecimento do âmbito da validade no ordenamento jurídico; a admissão da separação dos poderes, com a limitação de um poder pelo outro; bem como, o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais<sup>238</sup>.

Nessa ótica, o conceito vem evoluindo para incorporar outras significações de conformidade com o poder político inerente, portanto, adquirindo múltiplos significados, mas sempre em um direcionamento humanisticamente progressista. Assim, o sentido da expressão Estado de Direito partiu da noção de liberdade e isonomia garantidas pela lei, para se lançar em um debate mais profundo envolvendo a democracia, sem desprezar a importância da legalidade<sup>239</sup>, mas adquirindo um patamar constitucional permissor e fomentador dos direitos de proteção individual, de reconhecimentos de direitos humanos, de limitação do poder pelo Direito, para a busca de uma liberdade e isonomia promotora de justiça social, através de atitudes desejáveis e concretizáveis<sup>240</sup>, de direitos prestacionais do Estado, liberalização do

---

<sup>238</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Ao ser abrangido pelo Estado Constitucional, o Estado Liberal de Direitos estabeleceu as seguintes premissas: a) primazia da lei, que regula toda a atividade estatal, tanto na esfera executiva quanto no âmbito jurisdicional; entenda-se a lei em sentido formal, elaborada por órgãos legislativos do Estado (nas democracias liberais, pelo parlamento); formalmente, os cidadãos são iguais perante a lei; b) um sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídicas e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; c) legalidade da Administração Pública, estabelecendo-se o sistema de recursos (contra as suas decisões) correspondente; d) separação dos poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos – essa separação pode ser interpretada de diferentes modos; e) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; f) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; g) em alguns casos, controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo – esse controle se efetua de várias formas, segundo a realidade de cada país". *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 13-14.

<sup>239</sup>CRUET, Juan: "Para as democracias a grande necessidade da hora presente é conhecerem-se bem a fim de melhor operarem: uma democracia, que é um esforço consciente para favorecer a liberdade e a justiça pela legalidade, não tem o direito de se enganar sobre o valor exacto do instrumento legislativo". *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 333.

<sup>240</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Assim, a luta pelo Estado Democrático de Direito se projeta de modo que o espírito liberal – limitação do poder, reconhecimento dos direitos humanos, primazia do Direito, todos consagrados pelo Estado Social de Direito – harmonize-se com a justiça social no campo socioeconômico, superando as condições do neocapitalismo e contribuindo para que o Estado Democrático de Direito seja válido sem ideologias ou utopias irrealizáveis". *In: A Luta pelo Estado*

trabalho sem exploração, pluralismo político, bem como de direitos transindividuais, remontando à noção de secularização, oposição ao absolutismo, ao capitalismo excludente, entre outros<sup>241</sup>.

Há um indissociável vínculo do ser e ter constituição com a consagração dos direitos humanos, do amalgamento da vivência dos movimentos sociais e experimentação das posições ideológicas, com o sentimento jurídico de liberdade e igualdade, constituindo o ponto de partida para outros avanços jurídicos e sociais<sup>242</sup>, inclusive com a inversão da lógica clássica liberal, buscando conformar o excesso de liberdade econômica novamente à isonomia e liberdade<sup>243</sup>. O plus constitucional implicou, somado a esse contexto, em importantes avanços políticos, podendo até ser lhe reconhecido um caráter revolucionário por promover a quebra de paradigmas como do autoritarismo para o liberalismo, deste para o social e deste para o democrático<sup>244</sup>, impulsionando, dessa forma, conquistas fundamentais para o desejo

---

**de Direito.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 153.

<sup>241</sup> NOVAIS, Jorge Reis: “O Estado de Direito surge-nos como um conceito marcadamente polissêmico, moldando-se aos contornos que lhe advém da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspectivas dos autores que mais profundamente o analisaram. Assim, já no século XIX Bluntschli assinalava cinco significados diferentes do Estado de Direito, como sejam: a ideia de <que o Estado deve ordenar os direitos da comunidade ao mesmo tempo que faz reconhecer os direitos privados>. <que ao Estado incumbe fornecer o bem público, mas fundando toda a coação no direito>. A <negação do fundamento religioso do Estado e a afirmação do seu fundamento e limites humanos>; a <luta contra o poder absoluto e o Estado patrimonial [...] e a afirmação do direito de os cidadãos participarem nos assuntos públicos>”. *In: Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 22.

<sup>242</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “A relação entre o sentimento constitucional e os direitos humanos é clara. Em grande medida, a luta pelo foi um combate por assegurar e tornar efetivas a liberdade e a igualdade enquanto liberação e promoção da pessoa humana. Essa luta não foi impulsionada apenas por posições ideológicas ou interesses de classe (direitos civis e políticos do legado liberal, direitos econômico-sociais acrescentados pelo movimento socialista) mantidos por concepções filosóficas e religiosas. Também ao sentimento jurídico correspondeu – e ainda corresponde – uma parte considerável em sua postulação e manutenção”. *In: O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 165.

<sup>243</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “O vínculo moral que une os cidadãos às instituições e às leis compreende, evidentemente, os direitos e liberdades que lhes inspiram. Inverteu-se o quadro liberal clássico. Agora, os direitos e liberdades não se movem no marco normativo e institucional. Este último deve ajustar-se aos direitos e liberdades, reconhecendo-os e promovendo-os. Não se trata dos direitos humanos para as instituições e as leis, nem para as regras do jogo demoliberal. Estas é que devem voltar-se para os direitos humanos. Tal mudança, apesar de significativa, não se cumpriu por completo, mas essa é a tendência. No entanto, é preciso superar diversas dificuldades: resíduos, prepotência do Estado, inclusive nos países com longa tradição democrática (é um atavismo que resiste em desaparecer), interposição abusiva dos partidos políticos (partidocracia), insensibilidade de certas camadas da classe política (governo e oposição) etc.”. *In: O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 165-166.

<sup>244</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “a utopia do Estado de Direito vai sendo cumprida em cada uma de suas fases como resultado de um protesto democrático, concebida a democracia segundo o momento histórico em que tal protesto se produz (Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito, Estado Democrático de Direito). Por conseguinte, a contraposição frente o *Nicht-Rechtsstaat* supõe já uma

democrático, aos quais sempre estiveram agregados o sentimento, elementos ideológicos e psicossociais<sup>245</sup>, os quais não podem ser desconsiderados quando é defendida uma Constituição e um direito vivos, encarnados no jurista e no cidadão, mormente com a viragem linguística<sup>246</sup>, onde a palavra ganha sentido de acordo com a tradição<sup>247</sup>, sem nunca desprezar as construções científicas racionais, sublinhadamente um constitucionalismo levado a sério, reconhecendo garantias e princípios fundamentais, impeditivos de retrocessos jurídicos e sociais, em uma aliança positivista<sup>248</sup>, porém não admitindo os referidos princípios como abertura

---

consciência jurídico-política, um sentimento constitucional contrário à ordem fundamental e ao subjacente modelo de sociedade contestado”. *In: O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 159.

<sup>245</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “É claro que, ao conceber-se o Direito Constitucional como uma conquista ou uma revolução cívica, tem-se em conta os elementos ideológicos e psicossociais que impulsionam e orientam tal conquista. O Direito Constitucional ocidental, anglo-americano e continental europeu estão marcados, desde seus inícios, pelo entusiasmo social e pela consciência das classes políticas que o dirigiram frente ao absolutismo do Antigo Regime ou contra a dependência exterior. O mesmo pode dizer-se do constitucionalismo do chamado socialismo real, onde a consciência e o sentimento revolucionários eram considerados como impulsionadores e até como cânones interpretativos da normatividade constitucional. Não devemos esquecer que tanto o sentimento constitucional demoliberal, essencialmente burguês em seus inícios, como a consciência e o sentimento revolucionários, foram utilizados ante legitimidades, estruturas e situações prévias que, por sua vez, contaram com suas correspondentes motivações e (até com) justificações emocionais”. *In: O sentimento constitucional. aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 131-132.

<sup>246</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Na linguagem é a mesma coisa: só aprendemos a significação das palavras quando sabemos operar com elas, isto é, quando internalizamos as regras de seu uso nos diversos jogos de linguagem. É jogando o jogo que aprendemos, de fato, suas regras. Daí a necessidade de um adestramento; no caso da linguagem comum, trata-se de aprender um processo de comunicação normado. Não se trata simplesmente de repetir símbolos, mas de aprender a agir de um modo determinado, ou seja, de acordo com as regras específicas do tipo de ação em questão. Os processos nos quais aprendemos uma linguagem implicam um aprender a agir assim ou assado e, portanto, a internalização das normas que regulam esse agir”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 145-146.

<sup>247</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O seguir uma regra é, portanto, um ato social que ocorre numa comunidade de vida por meio de hábitos e costumes, ou seja, é adquirir determinada práxis de determinada comunidade humana – algo de muito exigente, pois implica numerosas aptidões e habilidades; em última análise, implica um assumir a forma de vida dessa comunidade em tela, a qual pode ser bem diversa da pessoa em questão. Precisamente porque a coisa é assim, não é possível formular abstratamente as regras de uso das palavras, mas somente por meio de uma análise das atuações pragmáticas...”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 146.

<sup>248</sup>FERRAJOLI, Luigi: “O constitucionalismo levado a sério, como elaboração do direito por parte do próprio direito, confere, portanto, à ciência jurídica e à jurisprudência uma função e uma dimensão pragmática desconhecidas à razão jurídica própria do antigo juspositivismo dogmático e formalista; o exame das antinomias e das lacunas, a promoção da sua superação por meio das garantias existentes, a elaboração, enfim, das garantias que faltam. E investe por isso a cultura jurídica de uma responsabilidade civil e política em relação ao próprio objeto, atribuindo-lhe a tarefa de perseguir, por meio de operações interpretativas ou jurisdicionais ou legislativas, a sua coerência interna e completude – vale dizer a efetividade dos princípios constitucionais – sem, por outro lado, ter a ilusão de que tais operações possam ser jamais inteiramente realizáveis”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006,

autorizativa do arbítrio, como é inescapável no paradigma positivista, saltando aos olhos a situação no Estado de Direito fraco, da legalidade estatal, sem ressalvas a garantias constitucionais fundamentais<sup>249</sup>. Por isso, os princípios constitucionais, na tese, não são abertura, mas sim fechamento do direito. O que resulta em admitir que as construções jurídicas são importantes não só para o operador jurídico, mas para todos os homens, pois permitem que esses direitos e garantias constitucionais sejam transmitidas e incorporadas, integrando as concepções individuais e sociais, permitindo a inserção no círculo hermenêutico, advindo compreensões, oriundas de pré-compreensões com aprofundamento teórico constitucional<sup>250</sup>.

Nessa linha está a Constituição Federal Brasileira e de vários outros Estados. Há o reconhecimento constitucional de um Estado de Direito, em um primeiro momento, em razão da concepção a partir das teorias liberais<sup>251</sup>, alcançando o sentido de um Estado onde a lei objetiva, partindo da premissa filosófica da relação sujeito-objeto, estava acima de todos os cidadãos e governantes, devendo por eles ser, portanto, respeitada, adquirindo um caráter precípua de proteção individual contra desmandos dos governantes. Assumindo, dessa forma, uma concepção positivista, que, contudo, não se afastou da sempre presente tese do subjetivismo decisional a quebrar a rigidez legalista. A superação decisionista é justificada na insuficiência

---

p. 426-427.

<sup>249</sup>FERRAJOLI, Luigi: “Sob um primeiro aspecto, a crise investe o “princípio de mera legalidade”, que, como dissemos, é a norma de reconhecimento própria do Estado legislativo de Direito. Ela é gerada, por sua vez, por dois fatores: a inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal, ambas expressões da crise da capacidade reguladora e condicionante da lei e por isso daquela *artificial reason* que Thomas Hobbs contapôs à “*iuris prudentia* ou sabedoria dos juízes desordenados” do seu tempo”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 439.

<sup>250</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A Constituição ou, mais exatamente, suas fórmulas concretas, têm *caráter de símbolos jurídicos*; contêm expressões que podem transmitir-se, na vida diária, aos juristas e, em geral, aos cidadãos. Ao seu sentido convencional acrescentam significados especiais. Estes “significados acrescentados”, ou melhor, estes “para-significados”, irão influenciar todos os níveis inferiores da consciência humana, o subconsciente. Nessa ordem de coisas, vários constitucionalistas suíços se encaminharam na direção unilateral de C. J. Jung. Hans Marti sondou a relação da Constituição com seus modelos primitivos ou arquetípicos. Todavia, praticamente não deu continuidade a seus pontos de vista e, em todo caso, não desenvolveu uma ‘psicologia da Constituição’”. In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 137.

<sup>251</sup>NOVAIS, Jorge Reis: “A primeira dúvida responsável pelas resistências à plena recepção do princípio no texto constitucional, respeitava a saber se o conceito de, fortemente conotado, nas usa origem histórica e no seu aprimoramento conceptual, com o advento do Estado liberal burguês, seria adequado a operar num contexto radical e qualitativamente diferente, sobretudo quando o próprio projecto que emergia da nova Constituição se afirmava pelas suas pretensas singularidades e novidades políticas”. In: **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 10.

legislativa, inclusive do texto constitucional, confundindo texto e contexto, e/ou na necessidade do combate à perniciosa estagnação positivista<sup>252</sup> e/ou para afastar interesses dominantes contingentes diversos do constitucional<sup>253</sup>. No entanto, na tese, como explicitado em capítulo próprio, não é admitido o limite positivista do objetivismo/subjetivismo, por ser adotada uma proposta pós-positivista ancorada na condição de possibilidade hermenêutico-filosófica. Há, a partir disso tudo, uma defesa de uma constituição e direitos vivos, baseados em uma inter-relação englobante contextual, envolvendo Estado, sociedade civil, cidadãos e instituições, de onde os valores e avanços progressistas da cultura liberal são bem-vindas<sup>254</sup>, permitindo uma convivência pacífica do Direito com a política, sem ser subserviente a ela<sup>255</sup>, onde

---

<sup>252</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Assim, a norma jurídica, principalmente a estabelecida pelo juiz, aparece como manifestação vital, como integração comunitária. A mesma dignidade possuem as normas fixadas pela Ciência Jurídica e pelo legislador. As decisões e as normas jurídicas não são iguais e não têm o mesmo significado para a integração. Enquanto as primeiras seguem um processo vital, a norma jurídica é algo mais rígido e conceitual. Por isso, o ato de normação é integração. Porém, a norma é integradora em virtude da perpétua renovação que acerca de seu conteúdo fazem as decisões. Disso se conclui, dado que a essência de uma comunidade jurídica é sua constante renovação, que toda norma jurídica pode ser examinada ou controlada por meio de decisões, bem como que em uma comunidade na qual se dá a submissão do juiz a normas jurídicas obsoletas a vida seria dificultada, ameaçando seriamente a comunidade enquanto comunidade jurídica”. **In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 106.

<sup>253</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A experiência histórica o corrobora. Nenhuma comunidade jurídica deve submeter as decisões a normas rígidas. Isso é muito importante no caso das normas legislativas emanadas de um Estado Constitucional. Com efeito, isso ocorre quando as normas legislativas de tal Estado não conseguem gerar integração no seio da comunidade jurídica. Nesse caso, quando a integração ocorre apenas em nível estatal, não é o *Rechtsgefühl* nem a ideia de Direito, senão o fim do Estado, quase sempre identificado com o interesse do dominante ou de grupos da elite, aquilo que predomina. Às vezes, também os mandatos legislativos dos partidos são resultado de lutas de interesses, em poucos casos aparecendo o *Rechtesgefühl*”. **In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 106-107.

<sup>254</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A mediação entre o sentimento libertário e o sentimento constitucional verifica-se na presença de uma ordem constitucional que estabelece inter-relações fluidas e permanentes entre o Estado, a sociedade civil e a natureza. O sentimento constitucional deve recolher do libertário seu acertado e inequívoco entusiasmo pela natureza, seu justificado desejo de que a sociedade civil não seja integrada arbitrariamente pelo Estado”. **In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 10.

<sup>255</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Hoje em dia, o sentimento constitucional parece viável nas condições estruturais da convivência política. Sua presença e operatividade serão maiores efetivas quando apareça como Estado de cultura, um Estado que supõe a reconciliação de sua inevitável dominação com a sociedade civil e com a natureza. Graças a essa indispensável reconciliação, o sentimento constitucional assume o conteúdo utópico do sentimento libertário: autogestão, vinculações federativas, livre desenvolvimento da personalidade que dimana do reconhecimento de sua dignidade (art. 10, I), promoção das condições sociais... e remoção dos obstáculos a que se refere o art. 9.2 da Constituição espanhola”. **In: O Sentimento Constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2004. p. 11.

todos, inclusive os juízes, são e têm Constituição, devendo obediência a ela e a todo o ordenamento jurídico<sup>256</sup>.

Muito embora desde a introdução da ideia de Estado de Direito fosse de se pressupor a legitimidade política do povo, de modo a estabelecer leis que pudessem lhe conceder proteção contra arbitrariedades governamentais, o que se percebeu foi uma baixíssima participação popular. Serve como exemplo notório a França, país do mais conhecido e importante marco histórico revolucionário liberal (Revolução Francesa), onde o famoso “*Code Civil*” francês<sup>257</sup>, não conseguiu sequer alcançar dez por cento de representatividade<sup>258</sup>. No entanto, a débil participação popular não se constituiu em empecilho para a revolução jurídica liberal, como aconteceu nas mais variadas áreas do conhecimento humano. O liberalismo apoiado no Iluminismo, inserido na filosofia tomista-aristotélica, foi capaz de revolucionar a pesquisa científica. No âmbito jurídico, apostando no modelo dedutivo-subsuntivo de aplicação da lei ao caso concreto, foi propiciada uma revolução intelectual produtora de uma nova forma de pensamento do Direito. Houve a instalação do que muitos estudiosos denominaram de Movimento Codificador, que buscava esgotar na letra da lei todas as hipóteses jurídicas.<sup>259</sup> O mais conhecido e talvez o mais ilustrativo exemplo, por romper o antigo

<sup>256</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Em definitivo, existe uma indubitável conexão entre a submissão dos cidadãos e dos poderes públicos, ente os quais se incluem os juízes (art. 9.1 e art. 117.1), à Constituição, ao resto do ordenamento jurídico e ao sentimento constitucional. Com efeito -como advertiu Riezler -, o sentimento jurídico pode manifestar-se como respeito ao ordenamento vigente, desconsiderando seu conteúdo, de sorte que se respeite porque considera-se necessário tal comportamento por ele haver emanado de uma autoridade que corresponde aos órgãos estatais, ou tendo presente a intensidade do sentimento da maioria dos homens em relação ao modo e conteúdo das normas jurídicas que integram tal ordenamento. Estas últimas manter-se-ão melhor quando coincidam com o ideal jurídico, debilitando-se, por outro lado, na hipótese de contradizê-lo”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 107-108.

<sup>257</sup> NARVÁEZ HERNANDEZ: “El código de los franceses de 1804, es hoy em día El punto de partida en todas las codificaciones conocidas después de él, si bien es cierto que debemos mencionar no les esfuerzos como El alemán en 1900 y el chileno Del diecinueve que a su vez se volvieron punto de partida de otros códigos, al final debemos reconocer que se codifico y se codifica (Guatemala, China, Suiza) a La francesa”. *In: La Crisis de la codificación y la historia del Derecho. Anuario mexicano de Historia del Derecho*. ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, p. 196 e 197.

<sup>258</sup> NARVÁEZ HERNANDEZ: “Llegamos a estar satisfechos com uma obra como lo es “el Código” el mismo responde a “...un sistema político de todos conocido y cacaterizado por su inautenticidade em orden a la representatividad de lo que era La sociedade de entonces”. Em Francia, La legislatura que aprobó el Code Civil sólo representaba el 6/ de la población, es así que los burgueses hicieron el código a su gusto y, terminada la obra, descansaron tranquilos (La tranquilidad en el orden) em donde a veces hace falta ya no decimos el sentido jurídico, sino simplemente el sentido común”. *In: La Crisis de la codificación y la historia del Derecho. Anuario mexicano de Historia del Derecho*. ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, p. 193.

<sup>259</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “A ideologia da codificação francesa, embora mais moderada do que aquela do período pós-revolucionário mais imediato, reflète com precisão a ideologia da Revolução Francesa. Por exemplo, uma razão para derogar todo o direito

*droit coutumier*, foi o Código Civil de Napoleão, forjado no berço iluminista, fundamental para a consolidação do Estado de Direito Liberal<sup>260</sup>, sendo sempre lembrado como um código diferenciado na história jurídica europeia<sup>261</sup>, na medida em que outros códigos liberais, como o alemão, apesar da importância<sup>262</sup>, não alcançaram a mesma ruptura própria de uma nova nação, com valores diferenciados<sup>263</sup>, apesar de, como também ocorreu com a codificação Suíça, terem se constituído da força da modernidade liberal<sup>264</sup>.

---

anterior e, assim, limitar a eficácia do direito à nova legislação, foi o estatismo – a glorificação do Estado nação.” *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 55

<sup>260</sup>WIEACKER, Franz: “Uma vez que a organização judiciária e o processo pertencem ao número das mais importantes garantias de um Estado de direito, verifica-se neste domínio um especial interesse da burguesia liberal em ascensão. Mais ainda do que no direito privado substantivo, o *Code de Procédre* napoleónico, que materializava as exigências do primeiro liberalismo quanto à política judiciária, constituiu aqui o modelo, quer quanto à forma, quer quanto ao conteúdo – por muito importante e independente que tenha sido o seu desenvolvimento pela pandectística alemã”. *In: História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 531.

<sup>261</sup>GROSSI, Paolo: “Há echo bien el amigo Halpérin em ofrecemos, durante el segundo día, entre varias imágenes significativas, La muy ilustrativa de Napoleón I em El momento de rechazar El antiguo *droit coutumier*: em ella aparece La presunción Del soberano codificador – El primer auténtico codificador de La historia jurídica europea – de romper com El pasado por lo que el pasado representaba desde El punto de vista jurídico y por La posición de lo jurídico em la sociedad y em la política. Bajo este punto de vista, El <Código> expresa La fuerte mentalidad forjada em El gran laboratorio ilustrado y está – em cuanto tal – em áspera y evidente polémica com El pasado.” *In: Mitología Jurídica de La Modernidad*. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta, Giuffrè Editore, Manuel Martínez Neira, 2003, p. 69-70.

<sup>262</sup>WIEACKER, Franz: “De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do *Code Civil*, até então tomado como modelo exclusivo. Se o *Code Civil* tinha até então dominado, não apenas nos países românticos da Europa, mas também na Europa Central e meridional, nas Américas Central e do Sul e mesmo o próximo Oriente, o BGB entrou em fértil despique com ele nos países que ainda preparavam um código civil. Neste plano, favoreceu-o o prestígio científico adquirido pela pandectística alemã no século XIX”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 554.

<sup>263</sup>WIEACKER, Franz: “Ele exprime bem o empenhamento sereno numa objectividade sincera, típico da melhor tradição cultural alemã; mas não essa exortação empolgante dos cidadãos no sentido duma co-responsabilidade que sentimos nas constituições e códigos dos povos que acabavam de se encontrar numa nova comunidade de valores. Ainda aqui ele não espelha a imagem da vida de uma nova sociedade fechada, tal como a espelhava o *Code Civil* depois da vitória da burguesia, mas apenas a de uma camada burguesa que, na verdade, não conseguira uma vitória completa sobre o antigo Estado autoritário e que também ainda não assimilara o futuro quarto estado, camada cuja identificação com a sociedade nacional ficou a constituir um crédito a descoberto. No entanto, ele também não tem nada da visão iluminista da vida transmitido pelo ideal racionalista e humanitário do iluminismo alemão”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 549.

<sup>264</sup>WIEACKER, Franz: “Quando a Suíça saiu da guerra de 1848 como um Estado federal moderno com uma competência mais vasta, foram, tal como na Alemanha, as forças liberais então vitoriosas que fizeram valer contra as forças regionalísticas dos cantões a exigência de um direito comercial e obrigacional unificados, no interesse de uma sociedade econômica mais dinâmica. As etapas da legislação federal suíça são, portanto, muito semelhantes, do ponto de vista externo, às da

A ideia de codificação, na concepção adotada na tese, só tem sentido a partir das concepções iluministas, tanto que não é correto denominar de código a gama de legislação proveniente das grandes *Ordonnances* de Luiz XIV, que tentava a redução de boa parte do direito a um corpo de leis soberanas, porém teriam sido, segundo Damaska, o germe da codificação<sup>265</sup>. Por outro lado, em face do caráter revolucionário do conceito do código, também teve a mesma nomenclatura o Código Civil Alemão de 1896, onde, devido a Friedrich Karl Von Savigny, que diferentemente do que ocorreu na elaboração do código francês, procurou encontrar apenas princípios fundamentais do direito alemão que deveriam ser conservados no novo código<sup>266</sup>. O caráter revolucionário também pode ser notado no Código Civil Alemão (BGB), no *Codice Civile* de 1865 e no Código de Direito Obrigacional Suíço (*Schwizer obligationenrecht*) de 1844, com o sentido de rompimento a um momento histórico concreto, dando abertura para um novo paradigma, bem como quando a expressão está relacionada à formação dos Estados nacionais<sup>267</sup>. No entanto, nenhum deles teve a mesma abrangência territorial, a mesma influência, que o Código Francês<sup>268</sup>,

---

codificação alemã”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 562.

<sup>265</sup> DAMASKA, Mirjan: “A partir des siglo quince, los príncipes continentales – y en primer lugar los reyes de Francia – insistieron en que se redactaran las costumbres por escrito, y algunas veces llegaron a proporcionar procedimientos formales elaborados para la promulgación de coutumiers. La erudición legal continental (ciencia legal) proporcionó un esquema categórico para simplificar y organizar las reglas consuetudinarias, de modo que las disposiciones internas de los coutumiers no variaran grandemente y los abogados pudiesen seguirlos con relativa facilidad. De hecho en esa tendencia a los textos escritos se pueden discernir más que incipientes heraldos del movimiento de codificación que mas adelante se propagaría por los países continentales”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 64-65.

<sup>266</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “A ideia de Savigny era de que através do estudo meticoloso do sistema jurídico alemão em seu contexto histórico, os acadêmicos seriam capazes de extrair um conjunto de princípios essenciais e historicamente verificáveis. Estas partes integrantes do direito poderiam então ser estudadas individualmente, estudadas com outros princípios semelhantes, e até mesmo sistematicamente restabelecidas. O resultado seria a reconstrução do sistema jurídico alemão de acordo com seus princípios e elementos inerentes. Isto, por sua vez, forneceria a base necessária á codificação do direito alemão”. *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 59.

<sup>267</sup> WIEACKER, FRANZ: “Finalmente, as codificações vivem de concepções axiológicas, no plano social e econômico, de natureza coerente. Também os códigos, aparentemente tão abstractos, desta época são filhos da união da sociedade burguesa com os Estados nacionais que, na Itália, na Alemanha, na Suíça e ainda em muitos jovens Estados da Europa Meridional e da América do Sul, estão na origem da codificação”. *In: História do Direito privado moderno*. 3ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 527.

<sup>268</sup> WIEACKER, Franz: “A família romântica, francesa em sentido lato, surgiu da expansão ou do papel de modelo dos grandes códigos napoleônicos; hoje, ela constitui, depois do anglo-saxónico e do russo, o círculo jurídico com maior expansão mundial. A sua actual zona de influência engloba quase todos os países românicos da Europa (com excepção da Suíça romântica<sup>0</sup> e da América latina (com certas reservas, sobretudo, no Brasil e no Peru), bem como quase todos os territórios do antigo

constituindo o que foi denominado de família jurídica francesa, em face de estarem acobertadas por características comuns, não sendo demais reiterar a particularidade da confiança em uma normatização abstrata decorrente de uma ciência autônoma e autossuficiente proveniente exclusivamente do Estado<sup>269</sup>.

O pensamento iluminista do período da Revolução Francesa gerou utopias relacionadas à codificação, como a noção de completude da linguagem e de que era possível alcançar todas as situações fáticas da sociedade, de que a dinâmica da vida pudesse ser completamente abarcada pela letra da lei. Os intelectuais da época acreditavam que seria possível criar um código que compreendesse todas as situações da vida e que fosse suficientemente claro de modo a tornar desnecessário qualquer jurista, por não haver necessidade de interpretação ou qualquer outra tecnicidade para aplicar o código, ou seja, um direito à prova de juízes<sup>270</sup>. Na linha de ideias mencionadas, a exaustão descritiva da lei seria apta a impedir qualquer arbitrariedade na aplicação das leis, afastando abusos do Judiciário, respeitando a tese central de Montesquieu da separação de poderes. Não era possível qualquer

---

império colonial francês em África e no Leste asiático. A sua influência estende-se, para além disto, na Europa, aos actuais Estados do Benelux (Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo) e a parte da Europa balcânica (Romênia); na América do Norte, a parte das antigas zonas de ocupação francesa até aos inícios do século XIX (Luisiana, as províncias canadianas de Quebec e Montreal); e, no Próximo Oriente, aos países de forte influência cultural francesa (Egito, Síria e Líbano)". *In: História do Direito privado moderno*. 3ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 573.

<sup>269</sup>WIEACKER, Franz: "Caracterizam esta família jurídica, por um lado, a recepção ou a influência do trabalho de codificação napoleónica, que por sua vez se baseara na reformulação sistemática do direito comum e dos costumes, bem como nos ideais do direito penal do primeiro liberalismo; por outro lado, uma cultura judicial marcadamente político-forense. Este estilo é assinalado pelos factos de o advogado, em evidência na vida pública pela sua eloquência forense, pertencer também à elite política e dominar largamente a vida pública, de a função de procurador público constituir, em maior medida que na Europa central, uma função dependente do governo e de a alta magistratura mostrar um espírito de corpo mais fechado do que no resto do continente. Por razões diferentes das do mundo anglo-saxónico, o direito constitui também por isso um importante factor de integração social e política, pois é precisamente a ordem jurídica abstracta que se transforma na salvaguarda das liberdades burguesas. À ciência jurídica cabe aqui uma influência menor do que a do foro e da magistratura, em relação ao que acontecia na época clássica da pandectística alemã. Consequentemente, os inconvenientes típicos do racionalismo do continente revelam-se não tanto num doutrinário científico como num formalismo auto-suficiente e num legalismo abstracto. Todas essas particularidades asseguram hoje aos juristas latinos, sobretudo aos franceses, um especial impacto no grémio internacional". *In: História do Direito privado moderno*. 3ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 573-574.

<sup>270</sup>MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: "Como em muitas utopias, um dos objetivos da Revolução era tornar os advogados desnecessários. Havia um desejo por um sistema legal que fosse simples, não-técnico e claro – no qual fossem evitados o profissionalismo e a tendência às tecnicidades e complicações normalmente atribuídas aos advogados. Mas a forma de fazer isto era declarar a lei de forma clara e direta, de modo que os cidadãos comuns pudessem ler o texto legal e compreender quais eram seus direitos e obrigações, sem precisar consultar advogados e ir aos tribunais". *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 56

afetação da atividade judicante na atividade legislativa<sup>271</sup>. O maior exemplo da tentativa de aplicação da ideologia referida ocorreu na Prússia, no final do século XVII, quando Frederico, o Grande, instituiu um código contendo mais de 17 mil artigos, enquanto que o napoleônico continha “somente” 2.281 artigos. E como fechamento da teoria iluminista sobre o Direito, se agregava à lei total desvinculação com a sociedade e de qualquer outra influência, cingindo, nessa primeira forma de positivismo, o Direito à lei, que em momentos posteriores do positivismo admitiram a ultrapassagem dessa sinonímia, para incorporar outros elementos ao Direito e permitindo concebê-lo, na sua forma extremada, como ciência pura e neutra<sup>272</sup>. Não há concordância com tal forma de ver o Direito, porém, é impossível não reconhecer que se constituiu em passo importante na evolução social e jurídica de ultrapassagem do arbítrio do governante que se impunha até então. A propósito, podendo inclusive ser apontado como marco sintetizador precursor de toda essa construção a verdade elementar expressada por Michel de Montaigne no século XVI, no sentido de que “*as leis devem ser cumpridas não porque são justas, mas sim porque são leis*”, onde resta nítido o desejo do rompimento definitivo do subjetivismo jurídico do período da monarquia, em especial, e do medieval, em geral<sup>273</sup>.

A origem da concepção de Estado de Direito, destarte, está vinculada às origens da Modernidade, ao uso da razão como libertadora do homem, razão que no Direito buscava organizar a vida coletiva a partir da Constituição escrita e da

---

<sup>271</sup>MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “Se a insistência na total separação dos poderes legislativo e judicial determinou que os códigos fossem completos, coerentes e claros, o espírito prevalecente de racionalismo otimista persuadiu seus seguidores de que era possível projetar uma legislação sistemática, que teria aquelas características até o ponto em que a função do juiz estaria limitada a encontrar o dispositivo aplicável no código e lhe atribuir o significado óbvio no contexto do caso”. In: **A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 57.

<sup>272</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “A neutralidade quanto a valores, herança das correntes filosóficas do século XVII, depois acolhida por Kant, foi um dos pilares sobre os quais se construiu o “mundo jurídico”, como um mundo conceitual, puramente normativo, distante e sem compromisso com a realidade social”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 156.

<sup>273</sup>GROSSI, Paolo: “El panoram pesimista – que Montaigne, experto em derecho, contempla com sus ojos veteados de um corrosivo escepticismo – se traduce em um preciso diagnóstico de em qué se há convertido La ley em La Francia de la segunda mitad del siglo XVI: una norma que se autolegitima como ley, es decir, como volición de um sujeto soberano. El organismo político, ahora odenándose em uma robusta – cada vez más robusta – estructura auténticamente estatal, tiene necesidad de um instrumento normativo capaz de contener El fenómeno jurídico y de vincularlo estrechamente al titular Del poder, instrumento indiscutible e incontrolable, que permita desembarazarse finalmente de las viejas salvaguardas que hablaban, com um lenguaje cada ver más repudiado por La monarquía, de aceptación por parte Del pueblo o de organismos judiciales y corporativos”. In: **Mitología jurídica de la Modernidad**. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta, Giuffrè Editore, Manuel Martínez Neira, 2003, p. 32 e 33.

codificação, ou seja, através do império da lei<sup>274</sup>. Quando os movimentos liberais impõem a codificação como meio para admitir exclusivamente respostas técnicas jurídicas, através de um artifício decorrente da interpretação subsuntiva, com aproximação do Direito às ciências exatas, tinham como pano de fundo um sentido desejável democraticamente de afastar as arbitrariedades dos governantes, especialmente do julgador, garantido a isonomia. No entanto, o principal óbice filosófico, passível de desvelamento a partir da viragem linguística, consistiu na adoção da relação sujeito-objeto. O emprego desse paradigma filosófico originou o positivismo em sua primeira versão, resultado de um Direito qualificado pela estagnação, sem qualquer preocupação com os valores oriundos das transformações sociais e históricas<sup>275</sup>, com uma construção intrínseca exclusivamente formal, que só pode ser ultrapassada pelo subjetivismo.<sup>276</sup> Oportunamente, calha lembrar que a tão cara noção de segurança jurídica têm seu conteúdo fortemente vinculado ao contexto liberal tratado, inicialmente com um caráter revolucionário de proteção individual, de segurança jurídica do cidadão contra os desmandos governamentais e, posteriormente, na manutenção do *status quo* liberal, contra incertezas que pudessem fugir da cadeia de raciocínio lógico-formal do paradigma codicista na “aplicação” do direito<sup>277</sup>. Revela, desde então, a relação conflituosa entre Política e Direito, tema fundamental da tese, onde é pregada a autonomia do Direito, mas sem descuidar da

---

<sup>274</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “A história demonstra, portanto, que as origens da modernidade (cultural e histórica) estão ligadas a um pensamento comum: o de que a razão iria libertar o homem. O Direito, assim, participaria desse processo de “libertação” do homem com a codificação, com as Constituições escritas, enfim, com os planos racionalistas de organização da vida coletiva”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43.

<sup>275</sup>GROSSI, Paolo: “De tal manera, el historiador se convierte paradójicamente em garantía de futuro para um estudioso del derecho positivo constantemente sometido al riesgo de um antinatural inmovilismo”. *In: Mitología jurídica de la Modernidad*. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta, Giuffrè Editore, Manuel Martínez Neira, 2003, p. 38.

<sup>276</sup> Ver mais a respeito no capítulo 3 do presente trabalho.

<sup>277</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Além disso, a segurança jurídica não é um conceito, uma categoria um postulado exato que se estabelece irrefutavelmente ou se infere de forma indiscutível como resultado de uma cadeia de raciocínios lógico-formais. Não é uma afirmação matemática, fruto da lógica foram, senão da lógica do razoável, dentro da qual, em alguma medida, funciona a lógica do sentimento jurídico, enquanto adesão ou rechaço. Max Rümelin, autor clássico no tema, advertiu que o conceito de *Rechtssicherheit* utiliza-se em sentidos diferentes, funcionando segundo distintas concepções e cumprindo várias funções, definidas de acordo com as relações jurídicas a que se aplica. Tem-se entendido e estimado o bem da segurança jurídica de modo diferente, segundo as situações e relações temporais. É claro que após as comoções bélicas e revolucionárias, depois dos tempos violentos e anárquicos, o retorno à paz do Direito se estima intensamente. Segundo tal ponto de vista, podemos acrescentar que o sentimento da ordem e da paz é fonte da segurança jurídica”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 89.

importância do amadurecimento jurídico, do progresso e alcance do Estado de Direito<sup>278</sup> e dos conteúdos que lhe são inerentes, para alcançar a resposta jurídica constitucional com coerência e integridade.

Portanto, a aposta liberal na cientificidade, codificação e isonomia da lei, em que pese hoje seja passível de desvelamento de inconsistências, como da relação sujeito-objeto no direito e nas demais ciências do espírito, foi, sem dúvida, um elemento indispensável na construção social, política e jurídica ensejadora do fortalecimento dos direitos humanos e da persecução da democracia. Hoje, qualquer que seja a ideologia vinculada ao Estado de Direito, haverá sempre o pressuposto do respeito e primado pelos valores relacionados ao homem. Os teóricos do Estado de Direito, quer estejam perfilados na tradição continental, quer estejam na anglo-saxônica, sem descuidar das particularidades orgânicas de cada uma, apesar da tendência global de aproveitamento e aproximação de institutos, tem em qualquer construção, o primado do atendimento das expectativas humanísticas, iniciada com a proteção do indivíduo, de acordo as construções iluministas positivistas do Liberal<sup>279</sup>.

De outra banda, a partir disso, especialmente do reforço do reconhecimento dos direitos individuais, do fortalecimento dos direitos humanos, foram introduzidos os elementos permissivos da configuração da cidadania, onde nasce o sujeito com papel fundamental político, tendo inicialmente, na concepção de Locke, no desenho liberal do direito natural, uma postura individualista e instrumentalista, mas que permitiu o surgimento de novas formas de cidadão, de acordo com o contexto no qual está inserido. Essas novas formas de ser cidadão ficam bem retratadas na concepção

---

<sup>278</sup>COSTA, Pietro: “Talvez seja possível reconhecer então, na sempre renovada tensão entre poder e direito, entre controles formais e vínculos substanciais, entre intervencionismo do soberano e espontaneidade da ordem, uma espécie de “excedência de sentido” do qual o Estado de Direito extrai a sua força de sugestão simbólica, irreduzível aos dispositivos de engenharia constitucional inventados de acordo com as circunstâncias, impregnada de expectativas dificilmente reconduzíveis às fronteiras da “pura razão””. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 198.

<sup>279</sup>ZOLO, Danilo: “Contra as recorrentes interpretações formalistas do , pode-se afirmar, aliás, que os seus institutos são hoje explicitamente pensados por teóricos europeu-continentais e anglo-saxões á luz de uma filosofia política “individualista”; uma filosofia que não só abandonou definitivamente o organicismo social, o utilitarismo coletivista e o estatismo, mas que subordina a dimensão pública e o interesse geral ao primado absoluto dos valores e das expectativas individuais. É a realização desses valores e a satisfação dessas expectativas que os teóricos do Estado de Direito, tanto no continente europeu como no mundo anglo-saxão, assumem hoje como a fonte primária de legitimação do sistema político. Isso, obviamente, não significa subestimar as particularidades normativas e institucionais que, como veremos, diferenciaram as duas tradições, ou ignorar a pluralidade dos percursos político-constitucionais que se propagou no interior de cada uma delas”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 5-6.

contemporânea de igualdade de direitos, de repúdio a fenômenos como racismo, sexismo e homofobia, tornando notável o progresso temporal umbilicalmente vinculado ao humanismo, racionalismo e liberalismo<sup>280</sup>. Portanto, embora criticável, aos olhos de hoje, a postura egoística do cidadão liberal, cuja sociedade a qual pertencia tinha uma tendência maior em impor constrangimentos e condenações moralistas ao diferente, não deixou de se constituir no primeiro passo para o desenvolvimento posterior.

O progresso referido foi projetado pela Modernidade e racionalidade, quando, em consequência, a pessoa deve fundamentar o seu agir, a sua relação com o outro, não mais movido por conceitos pré-determinados e impostos, conscientemente ou não. A isso é agregada a diversidade inevitável de um mundo cada vez menor, em face do encurtamento de distâncias, da comunicação instantânea, onde as pessoas são cada vez mais cidadãos do mundo, onde o sentimento de solidariedade mútua é crescente<sup>281</sup>. Como já ocorreu há algum tempo na Europa o fenômeno da integração

---

<sup>280</sup>PINKER, Steven: “os seres humanos são propensos a tratar categorias inteiras de outros seres humanos como meios para atingir um fim ou estorvos dos quais é preciso se desincumbir. Coalizões baseadas em raça ou credo procuram dominar coalizões rivais. Homens tentam controlar o trabalho, a liberdade e a sexualidade de mulheres. Pessoas traduzem em condenação moralista seu constrangimento diante da inconformidade sexual. Chamamos esses fenômenos de racismo, sexismo e homofobia, e em vários graus eles têm sido abundantes na maioria das culturas ao longo da história. O repúdio a esses males é uma parte substancial daquilo que denominamos direitos civis ou igualdade de direitos. A expansão histórica desses direitos – a história de Selma, Seneca Falls e Stonewall – é um capítulo emocionante da história do progresso humano. Os direitos de minorias raciais, mulheres e homossexuais continuam a avançar, cada qual recentemente registrado em um marco histórico. O ano de 2017 viu a conclusão de dois mandatos pelo primeiro presidente afro-americano dos Estados Unidos, um feito resumido de modo emocionante pela primeira-dama Michele Obama em um discurso na Convenção Nacional do Partido Democrata em 2016: “Acordo toda manhã em uma casa construída por escravos e vejo minhas filhas, duas jovens negras lindas e inteligentes; brincarem com seus cachorros no gramado da Casa Branca”. Barack Obama foi sucedido pela primeira candidata nomeada por um dos partidos principais em uma eleição presidencial, menos de um século depois que as mulheres americanas obtiveram o direito de votar, ela conseguiu uma sólida pluralidade dos votos populares, e teria sido presidente não fosse pelas peculiaridades do sistema do Colégio Eleitoral e por outras singularidades da eleição daquele ano. Em um universo paralelo muito semelhante a este, até 8 de novembro de 2016 os três países mais influentes do mundo (Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha) são governados por mulheres. E em 2015, apenas doze anos depois de decretar que a atividade homossexual não pode ser criminalizada, a Suprema Corte garantiu o direito ao casamento para casais do mesmo sexo”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 260-261.

<sup>281</sup>PINKER, Steven: “Nenhuma forma de progresso é inevitável, mas a erosão histórica do racismo, do sexismo e da homofobia é mais do que uma mudança dos costumes da moda. Como veremos, ela parece estar sendo impelida pela maré da modernidade. Em uma sociedade cosmopolita, as pessoas convivem, fazem negócios e se encontram no mesmo barco que outros tipos de indivíduos, e isso tende a aumentar a solidariedade mútua. Além disso, quando as pessoas são forçadas a justificar o modo como tratam os outros em vez de dominá-los por inércia instintiva, religiosa ou histórica, qualquer justificação por tratamento preconceituoso desmorona ao ser examinada. A segregação racial, o sufrágio exclusivamente masculino e a criminalização da homossexualidade são indefensáveis; quem tentou defendê-los, em sua época perdeu a discussão”. *In: O novo*

dos Estados, decorrente, dentre outras, de causas econômicas, geopolíticas, de desenvolvimento demográfico, de aproximação ideológica e de instituições políticas<sup>282</sup>, favorece o cosmopolitismo propiciador da aproximação das pessoas, de culturas, daquele bloco, que tendem a se aproximar de outros blocos, apontando para uma mudança da própria concepção de Estado de Direito, com uma maior integração política e econômica, em uma posição substancialmente social avessa ao capitalismo excludente<sup>283</sup>. Dessa forma, está sendo ressaltado o aspecto construtivista da concepção do Estado de Direito possibilitando abertura para a ampliação dos direitos subjetivos, humanos e fundamentais, de forma global, porém sem desconhecer a crítica que menosprezando os direitos subjetivos, humanos e fundamentais, bem como a constituição viva, entende prevalecer a força econômica e política da globalização, erigindo-a a condição de norma fundamental de qualquer ordenamento jurídico<sup>284</sup>. Situação que pode ser contraposta, no viés filosófico, pela superação do

---

**Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.** Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 267/268.

<sup>282</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: "Causas geopolíticas, o desenvolvimento demográfico e industrial, a homogeneidade ideológica e institucional, todos eles cooperam vigorosamente para que o Estado contemporâneo, como Estado Social de Direito, integre-se paulatinamente a outras unidades políticas. Há trinta anos, um adequado prognóstico acerca do Estado contemporâneo haveria de considerar como este viria a realizar a integração europeia e em que medida o faria. À primeira vista, a política social e econômica do Estado europeu contemporâneo requeria u mercado comum para seu completo desenvolvimento. Assim, a mobilidade dos fatores de produção, entre os quais se destaca a mobilidade da mão-de-obra, precisaria de um mercado mais extenso do que aquele oferecido por um só Estado. Isso sem ter conta a estreita interdependência que se dá entre diferentes economias nacionais existentes na Europa". *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 125-126.

<sup>283</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: "Parece que o Estado Social de Direito é a meta que a democracia pretende alcançar em seu esforço de se apresentar com vestes jurídicas, em seu intento de legalizar as situações inerentes à sociedade neocapitalista. Por isso, ao analisá-lo, pode-se perceber com maior clareza e concretude a questão das transformações sociais e sua repercussão no mundo do Direito. Poucas vezes se colocou à prova com tanta intensidade a função da dogmática jurídica, em uma época de aceleração social como esta sobre a qual repousa o Estado Social de direito. Todavia, este último não constitui uma mera fase no processo de transformação do Estado de fato de se manifestar em um momento crítico ou por apresentar uma contraposição superadora em relação ao Estado Liberal de Direito. Ele parece anunciar nada mais nada menos do que a lenta desapareção do Estado enquanto estrutura exclusiva da convivência ocidental. Dito de outro modo, parece que tal estrutura manifesta com suficiente evidência a passagem a formas mais amplas de integração política, sempre que as metas socioeconômicas apresentadas não consigam ser alcançadas dentro e a partir da estrutura estatal. Além disso, tais metas são consideradas insuficientes pelas posições e correntes contrárias ao neocapitalismo". *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 93.

<sup>284</sup> FERRAJOLI, Luigi: "De resto, todo o processo de integração econômica mundial, que é chamado de "globalização", pode ser interpretado como uma ausência de direito público, produzida pela falta de limites, regras e controles, tanto em relação à força dos Estados militarmente mais potentes, como dos grandes poderes econômicos privados. Na falta de instituições à altura das novas relações, o direito da globalização vai se moldando sempre mais, em lugar das formas públicas, gerais e abstratas da lei, às formas privadas do contrato, sinal de um primado incontestável da economia sobre a política e do mercado sobre a esfera pública. É assim que, à regressão neo-abolutista da soberania externa das grandes potências, está se seguindo uma simultânea regressão neo-

conhecimento para o poder (Nietzsche) pelo de conhecimento para a dialética (Habermas). Na perspectiva comunicativa e construtivista adotada, os objetivos traçados partem de uma tomada de consciência e de uma série de medidas nos mais variados âmbitos do Estado permissoras de uma transformação do *status quo*, mas precipuamente de tudo aquilo que possa vir a contribuir para formação de um cidadão engajado social e culturalmente, com sentido ético, mais relacionado a outras formas de concepções políticas com viés mais social<sup>285</sup>, somado ao sentir e viver o jurídico e o constitucional, onde o jurídico não diz respeito apenas ao técnico jurídico, distante da comunidade e do homem<sup>286</sup>, com o que vem a integrar o sentido de democracia objetivado.

### 2.2.2 Consolidação dos direitos subjetivos – Corolário da ideologia liberal

A origem dos direitos subjetivos pode ser buscada no Direito Romano<sup>287</sup> ou até

---

absolutista dos grandes poderes econômicos transnacionais. Trata-se de um neo-absolutismo regressivo e que retorna, manifestando-se na ausência abertamente assumida de regras pelo hodierno anarcocapitalismo globalizado, como a própria regra fundamental, uma espécie de nova *Grundnorm* das relações econômicas e industriais”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 448.

<sup>285</sup> HABERMAS, Jürgen: na filosofia do direito, encontramos duas interpretações contrárias e conflitantes acerca dessa cidadania ativa. Na tradição liberal do direito natural, que remonta a Locke, cristalizou-se uma compreensão individualista e instrumentalista do papel do cidadão; ao passo que a tradição republicana da doutrina do Estado, que remonta a Aristóteles, gira em torno de uma compreensão ético-comunitarista desse papel. No primeiro caso, a cidadania é concebida de acordo com o modelo de uma pertença organizacional capaz de fundamentar uma posição jurídica; no outro, ela é vista através do modelo da pertença a uma comum idade ético-cultural que se determina a si mesma. Segundo a primeira interpretação, os indivíduos permanecem exteriores ao Estado, contribuindo de certa maneira para a sua reprodução – através de eleições e pagamento de impostos – a fim de conseguir em troca benefícios organizacionais. Segundo a outra interpretação, os cidadãos estão integrados na comunidade política como partes num todo, de tal modo que, para formar sua identidade pessoal e social, eles necessitam do horizonte de tradições comuns e de instituições políticas reconhecidas”. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 286-287.

<sup>286</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Não só os operadores do Direito, mas também, e de modo proeminente, a comunidade, rectius o homem, enquanto partícipe daquela, possuem sensibilidade jurídico-constitucional. Em todo caso, tal sensibilidade se distingue dos sentimentos concretos. Isso se dá porque ela figura como capacidade ou propensão do homem comunitário, potencialidade afetiva expressada em sentimento *in actu* de adesão, rechaço, indiferença etc., a respeito dos conteúdos jurídicos a que as sensibilidades e os sentimentos antes mencionados se referem.”. In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 13.

<sup>287</sup> VILLEY, Michel: “O respeito à pessoa humana, não na letra, mas quanto ao mérito, não foi invenção de Kant, nem sequer uma invenção cristã. Não há virtude mais exaltada em Roma que a *humanitas*, que é a um só tempo o dever de perfazer em si a natureza humana e o de respeitá-la nos outros. São mandadas a doçura, a *benignitas*; por Cícero, a caritas; pré-constituídas na linguagem da filosofia pagã as palavras cristãs “caridade” (*caritas*), “fé” (*fides*) e “misericórdia”. O século XX se

antes disso, sem, contudo, desconsiderar os contextos distintos que permitem apenas proximidades conceituais<sup>288</sup>, na medida em que é impossível voltar ao contexto romano à sua linguagem, com o que há somente uma releitura moderna da linguagem romana<sup>289</sup>. Sem ignorar, contudo, que a tradição filosófica antiga sempre privilegiou a condição do homem em relação a outros gêneros e espécies, por ser o único provido de razão, permitindo a superação de muitas concepções e retrocessos humanísticos vivenciados na Modernidade<sup>290</sup>. A propósito, em Aristóteles é possível vincular a sua

---

vangloria de ter inventado uns “direitos humanos” para os exilados políticos, os deficientes, os velhos (ou idosos); eles estavam previstos nos catálogos da moral antiga dos deveres em proveito de todas essas categorias sociais”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007. p. 87/88.

<sup>288</sup>VILLEY, Michel: “Essa ciência do direito não é concentrada no indivíduo. Não o considera isolado numa ilha. Herdeira da filosofia realista da Antiguidade, ela encara o indivíduo tal como é, situado dentro de um grupo (“o homem é animal político). A linguagem de Gaius ignorava a noção moderna de direito subjetivo, que nasce de outra filosofia, e todas as classificações de nossos tratados de direito civil alicerçadas no conceito de direito subjetivo. Não há “direito real” em direito romano nem “direito pessoal”, não há “direito de propriedade” nem “direito de crédito”. E nele não encontramos “direitos humanos”. Mas admiraremos, pela multiplicidade dos sentidos que a palavra jus reveste em Roma, a perfeita continuidade deles. De uma extremidade à outra da corrente – ou seja, do mais geral à acepção mais concreta -, o jus é res justa, “o objeto da justiça”, relação com os outros, com quem nos comunicamos por intermédio da partilha das coisas exteriores”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 79-80.

<sup>289</sup>VILLEY, Michel: “Sim, a idéia de que poderíamos voltar à linguagem da Antiguidade é um paradoxo. Esse devaneio não passará pela cabeça de nenhum jurista do século XX, ainda que romanista. Porque a história gira: mais cidades, mais Estados comandados por grandes máquinas administrativas – sem contar a Organização das Nações Unidas. Mais corporação de jurisconsultos, mas de sistemas legislativos. Uma enorme máquina administrativa, a tecnocracia das grandes empresas. A Europa se racionalizou. Não será um progresso? Quão raros são os que ousam sacudir essas filosofias do progresso, nascidas no começo da época moderna, triunfantes no Século das luzes, sistematizadas por Hegel e Marx, renovadas por Renan, que a história científica pretende verificar e mesmo a ciência biológica da evolução. O progresso sai do amadurecimento da mente humana, do acúmulo dos conhecimentos positivos, do avanço das ciências, do desenvolvimento das técnicas de produção”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 81

<sup>290</sup>VILLEY, Michel: “Seria gratuito imputar à filosofia clássica uma pretensa ignorância daquilo a que vocês chamam “dignidade humana”. O esmagamento do Homem sob as técnicas e as máquinas, pelo que eu saiba, não nos veio de Atenas nem de Roma. O racismo, cuja experiência fizemos em pleno século XX, é efeito do positivismo, ou do cientificismo dos modernos: eco dos trabalhos científicos dos biólogos, etnólogos e sociólogos. Suas raízes não são gregas. E, quanto a esse neo-racismo adotado na França pela Nova Direita, ele se louva num pensamento diametralmente oposto ao da filosofia clássica: no nominalismo que conheceu seu grande desenvolvimento no início da época moderna. O nominalismo negara a existência do “Homem”. E é uma tese muito difundida no século XX a negação da natureza do homem; em torno de Sartre, entre um grande número de intelectuais. Nem todos chegaram a conduzi-la as suas conseqüências extremas. Mas queriam que, entre os homens, apenas fosse comum a “liberdade”. Do exercício de nossas liberdades nasceriam, acrescentando-se às que os geneticistas já reconheceram, crescentes desigualdades que a Nova Direita contempla enlevada. Tirar-se-á da tradição filosófica da Antiguidade uma idéia mais substancial da natureza humana. Sem ainda ter posse da mesma teoria que os modernos têm da “liberdade” (e vemos, a esse respeito, a linguagem deles diferir da nossa), os pensadores gregos tinham o costume de postular uma ordem no mundo, de nele reconhecer uma hierarquia de gênero e de espécies, em que o homem prevalece em dignidade na medida em que é o único provido do lógico, o único capaz de se conduzir em virtude de uma escolha refletida; e isto supera o sentido

classificação de justiça convencional e da natural, para relacioná-la aos direitos subjetivos, humanos e fundamentais, de modo a, por avizinhamo, reconhecer o núcleo humano central como pertencente ao do direito natural imutável, mas permissor sempre de uma mutabilidade desse mesmo direito natural em um sentido progressivo, não entrópico, ressaltando que a aproximação decorre do comprometimento da integridade de sentidos da justiça natural, em face da distância temporal e contextual, mas também de uma certa obscuridade de seus textos, dificultando conclusões peremptórias dos estudos empreendidos posteriormente, mas autorizadores de pressuposições aproximadas<sup>291</sup>. Em sentido semelhante, não é possível negar a influência judaico-cristã na concepção moderna de direitos humanos, em continuidade à antropologia grega, além da já mencionada influência de Aristóteles em Santo Tomás<sup>292</sup>. Importante destacar também a Segunda Escolástica que “ajustaram” o pensamento de Santo Tomás à causa monárquica<sup>293</sup>, reforçando o

---

sartriano da palavra ‘liberdade’”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 82-83.

<sup>291</sup>BODENHEIMER, Edgar: “embora o sentido da expressão “justiça convencional seja bastante claro – sendo dela exemplo típico as normas de trânsito – a noção aristotélica de justiça natural foi obscurecida pelos trechos imediatamente seguintes à frase acima citada, nos quais ARISTÓTELES parece admitir uma parte mutável do direito natural ao lado de sua parte imutável. Êle parece mesmo sugerir que a justiça permanente só existe talvez entre os deuses, e que, nos limites do nosso mundo humano, embora exista algo como a justiça natural, tôdas as normas de justiça são variáveis. O que Aristóteles pode ter tido em mente – pôsto que o texto talvez nos tenha sido transmitido numa forma truncada – é que o que pudesse ter sido pelo homem numa sociedade primitiva, como “naturalmente justo”, talvez repugnasse ao senso comum de justiça numa civilização altamente desenvolvida. À medida que o homem progride no contrôlo das fôrças cegas da natureza, no aperfeiçoamento de seu senso moral, na ampliação da sua capacidade de compreensão mútua, mais refinado se vai tornando o seu senso de justiça; e êste pode ditar-lhe certas formas de conduta social e convivência que, ao contrário das normas de justiça convencional, sejam consideradas em verdade imperativas, e não apenas acidentais ou moralmente indiferentes. Êle pode também ter querido dizer que a lei natural é variável no sentido de que pode o esforço humano, até certo ponto, interferir na sua atuação. Daí dizer-nos que “a mão direita é naturalmente mais forte que a esquerda, embora seja possível que qualquer homem se torne ambidestro”. O modo um tanto misterioso pelo qual ARISTÓTELES formula o seu pensamneto torna meramenteprovável qualquer tentativa de dar-lhe a interpretação genuína”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 26.

<sup>292</sup>VILLEY, Michel: “O indivíduo por si só constitui um “todo”, escreve Santo Tomás, acima da cidade. E lembra que o homem recebeu de seu criador um poder de governo (*dominium*) sobre as criaturas inferiores (Ia, Iae, questão 66, art. I). Uma “lei natural” idêntica em todos – (Ia, Iae, questão 94, art. 4) – prescreve deveres universais. Só que não há ruptura, mas continuidade entre essa doutrina cristã do homem e a antropologia dos gregos. A filosofia havia discernido o lugar eminente ocupado pelo homem acima dos seres irracionais e gerado uma moral universalista. Antes que São Paulo falasse da lei natural, ela está nos filósofos gregos. Claro, a Revelação cristã sublima a moral antiga e dá-lhe um sabor novo. Mas sem a infirmar. Ao contrário, ela lhe confirmou o melhor. E sem tocar em seus preceitos: o objetivo do Evangelho não é ensinar a filosofia.”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 117.

<sup>293</sup>VILLEY, Michel, comentando sobre os autores da segunda escolástica: “É difícil classificar esses autores. Os escolásticos espanhóis, tanto dominicanos (Vitoria, De Soto) como jesuítas (Suarez,

sentido da lei, em que pese colocassem como primeiro legislador Deus<sup>294</sup>, no que difere do positivismo legalista que vai buscar a legitimidade da lei no povo. Inobstante, os direitos subjetivos tal como admitidos nos dias de hoje sempre tiveram seus sentidos vinculados ao uso da razão, motivo pelo qual, mesmo quando é pretendido atribuir um sentido de direito subjetivo ao “jus” romano, isso é feito em uma perspectiva kantiana<sup>295</sup>. Sem desconhecer os passos progressivos em filósofos precedentes como Guilherme de Ockham e Thomas Hobbes, cujas teorias podem ser tidas como divisoras de águas, para a concepção do Direito produzido formalmente, produto do Estado, fundamental para o positivismo e para a conseqüente concepção dos direitos humanos na Modernidade<sup>296</sup>, com destaque para o segundo em relação ao

---

Molina), se empenharam em romper com o sistema de Guilherme de Ockham do qual parecia derivar o protestantismo, sobretudo de Lutero. Reintroduziram a leitura e o comentário da *Suma teológica* em suas Faculdades – porém mais os *Comentários* que a leitura. Granjearam a reputação de ser seus fiéis continuadores. O próprio Maritain acreditou dever abordar a *Suma* deixando-se guiar com freqüência pelas paráfrases da *Segunda Escolástica*. Mas que esses espanhóis tenham seguido a linha de Santo Tomás é extremamente contestável. É errado que tenham aderido à maior parte de suas idéias, no setor que nos interessa. Usando um método dialético muito degenerado, associaram aos textos da *Suma* outras “autoridades” na moda. O resultado é uma mistura, uma combinação entre escotismo, nominalismo e teologia de Santo Tomás. Um bricabraque. Pouco lhes importa serem incoerentes. São *pragmáticos*: influentes, ouvidos pelos príncipes, visam a um objetivo prático. Ajustaram Santo Tomás à causa do restabelecimento de uma ordem monárquica e romana e, traíndo o espírito de pesquisa que caracterizava a *Suma*, puseram no lugar um sistema dogmático rígido, criando o ‘tomismo’”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 130-131.

<sup>294</sup>VILLEY, Michel, comentando os feitos da segunda escolástica: “Por certo reabilitaram a filosofia de Aristóteles e de outros autores da Antiguidade. Participam do humanismo, tiram partido da redescoberta dos moralistas estoicos e do platonismo. Fiéis ainda a Santo Tomás, na medida em que dão atenção ao direito. Mas Santo Tomás devolvera a autonomia à arte jurídica, que ele queria profana. Os escolásticos espanhóis serão mais pretensiosos. Enquanto Santo Tomás redescobriu o conceito do direito da jurisprudência clássica, eles vão adotar a definição das escolas da Baixa Idade Média, centrada na lei.”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 131.

<sup>295</sup>VILLEY, Michel: “Segundo a opinião dominante, embora a expressão “direito subjetivo” esteja ausente nos textos romanos, sua noção já teria sido inerente à palavra jus. Aliás, bem anterior a Roma, dizia-nos um dia G. Le Bras, não se poderia duvidar que fosse “tão velha quanto Adão e Eva” - uma categoria eterna do espírito humano, como todas essas formas da Razão ou do entendimento reconhecidas por Kant (e, nesse caso, trata-se mesmo de uma categoria kantiana)”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 70.

<sup>296</sup>VILLEY, Michel: “Ora, essa ontologia nova, essa radical transformação das relações entre palavras e coisas, pela qual Guilherme de Ockham inaugura a via moderna – não pude abster-me de mencioná-la, tão rica ela é de conseqüências. Inaugura-se a era em que, largando a observação realista da natureza, o pensamento se instala no idealismo. Vai-se trabalhar sobre a imagem miserável de um universo povoado somente de substâncias simples. Eis o momento em que a cultura da Europa balança: a filosofia, as ciências, a lógica. O antigo método “dialético” destinado à descoberta das estruturas reais do mundo vai desaparecer; só sobrá a lógica forma dedutiva, a qual opera sobre signos. Quanto aos juristas, eles renunciarão a buscar o direito na “natureza”; uma vez que o “direito” já não existe fora da consciência do homem, ele deixa de ser objeto de conhecimento. Cumprirá, como Hobbes, construí-lo artificialmente, a partir dos indivíduos. Acabamos de atingir a crista, a linha divisória das águas: atrás você tem o direito, na frente os direitos humanos”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida

reconhecimento do tratado direito subjetivo, sob o viés moderno de forma originária, ou, no mínimo, como um dos originários<sup>297</sup>. Sempre lembrando que a Modernidade pressupõe a secularização e que os referidos autores, entre outros, não foram radicalmente contra o dogma cristão. Portanto, o movimento de secularização marcante da Modernidade ocorreu de forma progressiva, sem prejuízo do reconhecimento do forte vínculo entre essa época e a teologia cristã, como na origem dos direitos humanos<sup>298</sup>. Na concepção dos direitos humanos na tradição anglo-saxônica desponta Locke que, meio século depois, também fez diversas referências ao mesmo<sup>299</sup>, mas, ao contrário de Hobbes, apoiado em Coke, reconhecia-os de forma antecedente ao próprio Estado, portanto oponíveis inclusive a ele, diferentemente da visão formalista e absolutista de Hobbes<sup>300</sup>, contudo, partindo da

---

Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 124.

<sup>297</sup>VILLEY, Michel, traduzindo trecho do *Leviatã*: “(O *direito* subjetivo natural – que os escritores têm o hábito de chamar de *jus naturale* – é a liberdade que todo homem possui (*each man*) de usar seu poder próprio como ele mesmo quiser etc.) Este texto extraído de *Leviatã* (1651) é o primeiro, que eu saiba, no qual está definido o “direito do homem”. Não afirmaremos que Hobbes tenha sido o inventor do termo. Mas que em sua obra aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função original. **In: O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 142.

<sup>298</sup>VILLEY, Michel: “Os direitos humanos foram o produto da filosofia moderna, surgida no século XVII. Desde o final da idade Média, com o progresso da burguesia, a cultura emigrara do mundo clerical universitário para os laicos. Assim renasce uma *filosofia*, no sentido pleno do termo, entendendo livre do controle das faculdades de Teologia. Isso não impede que essa filosofia – denominada “moderna” na medida em que se opõe à filosofia pagã clássica da Antiguidade – seja filha, herdeira e continuadora da ideologia cristã. Não é verdade que a cultura da Europa moderna foi radicalmente “secularizada”. Por certo voltou aos autores antigos ressuscitados pelo humanismo: Platão, Epicuro e, sobretudo, os moralistas estóicos. Isso mesmo estava na linha da teologia tomista. Mas os grandes filósofos modernos pretendiam pensar em concordância com o dogma cristão. E, como Santo Tomás em sua *Suma* tratara “de todas as coisas com relação a Deus”, *omnia sub ratione Dei*, Descartes, Espinosa, Leibniz fizeram de Deus a pedra angular de seus sistemas. Mesma observação sobre os construtores da política e do direito modernos: Grócio, Hobbes, Selden, Cumberland, Pufendorf, Leibniz, Locke etc. Todos escreveram alguma obra de teologia. Nós os traíramos ignorando-lhes a dependência para com a Santa Escritura. Os direitos humanos têm como primeira fonte uma teologia cristã”. **In: O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 137-138.

<sup>299</sup>VILLEY, Michel: “Segunda figura proeminente da filosofia inglesa do século XVII: John Locke, meio século depois. Em seus Dois tratados sobre o governo, a afirmação dos direitos do homem é uma constância. As palavras *rights of men* ou *rights of mankind* percorrem o segundo tratado do começo ao fim. Mas Locke retocará o conceito de Hobbes, invertendo-lhe as conseqüências: ele pertencia ao partido contrário, serviu a causa política que acabará prevalecendo. Os Dois tratados de Locke foram contemporâneos da Glorious Revolution (1ª edição anônima de 1690). Fazia algum tempo que se impunha a necessidade de aprestar uma arma contra o absolutismo.” **In: O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 150.

<sup>300</sup>VILLEY, Michel: “Pois o estatismo, a ascensão do Estado moderno, essa hipertrofia do poder, Hobbes não é, claro, seu autor. Trata-se de um fato histórico de que somente ele se deu conta, proporcionando-lhe fundamentos ideológicos. Entre os burgueses, que, aliás, haviam contribuído para a construção do Estado moderno, assim como na classe dos antigos senhores, esse fenômeno não podia existir sem despertar inquietações. Eles se vêem entregues ao poder tentacular do Estado que pretendia impor-lhes o culto e os dogmas de sua escolha e, por seu fisco, quando necessário,

própria teoria hobbesiana do estado de natureza vem a permitir o direito de propriedade moderno<sup>301</sup>, peça chave do liberalismo e de sua perversa exploração opressiva<sup>302</sup>. Situações que poderiam apontar para uma visão instrumental dos direitos humanos, na medida em que foi uma arma contra a anarquia em Hobbes, da mesma forma como foi contra o absolutismo em Locke<sup>303</sup>, porém não é essa a visão defendida, material e progressiva, admitindo uma nova concepção contemporânea, mas sempre em um sentido contrário ao retrocesso jurídico e social, ou seja,

---

seus confiscos, ameaçava-lhes as propriedades. O positivismo jurídico – redução do direito unicamente às leis ditadas pelo príncipe – ameaçava o direito dos particulares. Aí, contra o papel dos juristas foi lembrar a existência de *direitos* oponíveis ao próprio Estado. Não direitos do homem; trata-se (antes do triunfo do positivismo) de direitos de origem jurisprudencial, ou que se contentavam em justificar pelo costume; esses direitos que eram, na Inglaterra, de tempos em tempos reafirmados nos *Bills of Rights*. Os juristas ingleses foram os adversários, Sir Edwar Coke à frente, de Hobbes e do absolutismo”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 150-151.

<sup>301</sup> VILLEY, Michel: “Locke abrirá um caminho novo, paradoxalmente inspirado em Hobbes; estabelecerá a propriedade sobre a pretensa situação do homem no “estado de natureza”. Isso não se dará sem contradições. Ele vai praticar uma hábil mistura do esquema geral de Hobbes e de temas extraídos da escolástica, que não combinam bem. Jogará com a confusão entre *dominium* e propriedade (de sua mescla resultará o “direito de propriedade moderno”). Sua teoria carece de rigor, mas conheceu um imenso sucesso histórico”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 154.

<sup>302</sup> VILLEY, Michel: “Locke é adversário do regime dos Stuarts, e com ele os direitos do homem mudaram de campo. Hobbes os concebeu para os reis, passam para o serviço dos súditos. No seio de nossas democracias ditas ocidentais, eles serão para os cidadãos poderem eleger os governantes, controlar-lhes os atos, limitar a onipotência do *Leviatã*. Portanto, instrumento de proteção dos indivíduos? De qualquer indivíduo? Não! Não foi esse o propósito de Locke. A menor reprovação que se possa fazer-lhe seria carecer de senso prático. Seus direitos humanos são organizados para o proveito de uma classe social, em cujo lado ele é engajado. Ignoraríamos que os ricos têm mais condições que os proletários de exercer *o direito de propriedade*? Nada como a explicação da propriedade pelo trabalho para justificar a causa dos ricos: pois a preguiça fez os pobres, a energia, a poupança, os ricos. O direito de cada qual a guardar os frutos de seu trabalho – junto com a herança – produziu a *Desigualdade* das classes sociais. Locke se deu muito bem com isso, e seus discípulos fisiocratas se farão seus apologistas. Esse capítulo central do tratado de Locke, *Of Property*, tem sua razão de ser: a vantagem dos ricos”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 160.

<sup>303</sup> VILLEY, Michel: “Ó medicamento admirável! - capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por Hobbes, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo: por Locke, um remédio para o absolutismo, para a instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta a anarquia... Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfeitores contra os juízes – das vítimas contra os malfeitores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens. A que se deverá o enorme sucesso desse lugar-comum dos direitos humanos na retórica contemporânea? Ao fato de que ele consegue esconder o reverso: militando por esses direitos contra o xá do Irã, teme os ajudado a instauração do regime de Komeini”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 162.

constitucional.

Em sendo assim, é ressaltada a importância dessas filosofias na perspectiva iluminista, onde é despontado o positivismo pandectista alemão, sem prejuízo do reconhecimento da difusão do conceito, inclusive vinculando-o aos direitos humanos<sup>304</sup>. Surge, então, o vínculo com o Estado na sua conformação liberal, na medida em que teve um de seus trunfos na revolução intelectual, da baixa do metafísico e prevalência do científico. A própria medida de enriquecimento dos Estados está relacionada com investimentos na educação de forma secular e racionalista<sup>305</sup>. Nesse mesmo direcionamento, há uma forte correlação envolvendo educação, consolidação do movimento de secularização, com a prevalência do racionalismo e do antropocentrismo sobre crenças metafísicas e o teocentrismo, repúdio a governantes de indicação divina e/ou salvadores da pátria, tolerância, empatia, que o outro e as diversas culturas são diferentes, nem piores nem melhores, a questionar dogmas, a admitir equívocos, que a pacificação não depende de sangue

---

<sup>304</sup>VILLEY, Michel: “O “direito subjetivo” (essa linguagem cheira à filosofia alemã) é um produto dos pandectistas. Eles o criaram no início do século XIX e dissertaram sobre ele ao longo do tempo. Para Savigny ou Windscheid, o direito subjetivo é *Willensmacht*, ou potência de agir concedida ao indivíduo. Outra definição, de Ihering: tratar-se-ia de um “interesse juridicamente protegido”. Sempre “subjetivo”, ligado a algum sujeito, a alguma pessoa individual, por extensão pessoa moral, ou os beneficiando. Rr. Hohfeld, que se dedicou à análise da palavra right, equivalente em língua inglesa do direito subjetivo dos continentais, reconhece-lhe quatro sentidos possíveis, liberdade, poder, em particular de agir em juízo (*claim*), imunidade e, em todos esses casos, *legal advantage*. O “direito subjetivo” tem vida resistente; mantém ainda um largo espaço nas teorias gerais do direito. Os “direitos humanos” entram, com evidência, no gênero dos ‘direitos subjetivos’”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Martins Fontes. São Paulo, 2007, p. 69.

<sup>305</sup>PINKER, Steven: “Como em toda questão da ciência social, correlação não é causalidade. Será que países mais instruídos ficam mais ricos, ou será que países mais ricos podem custear um ensino melhor? Um modo de cortar o nó é aproveitar o fato de que uma causa tem de preceder seu efeito. Estudos que avaliam a educação em Momento 1 e Momento 2, mantendo-se os outros fatores constantes, indicam que investir em educação de fato torna os países mais ricos. Pelo menos quando o ensino é secular e racionalista. Até o século XX, a economia da Espanha era retardatária entre os países ocidentais apesar de o povo espanhol ter amplo acesso à escola, porque o país era controlado pela Igreja católica, e “as crianças das massas recebiam apenas instrução oral sobre o Credo, o catecismo e algumas habilidades manuais simples. (...) Ciências, matemática, economia política e história secular eram consideradas controversas demais para os que não eram teólogos especializados”. Também se atribui à intromissão clerical a culpa pela defasagem econômica de partes do mundo árabe atual. No extremo mais intangível do escopo, a educação traz dádivas que vão muito além da capacidade prática e do crescimento econômico; uma educação melhor hoje faz um país mais democrático e pacífico amanhã. Os efeitos abrangentes da educação dificultam o discernimento dos elos intermediários na rede causal que se estende do ensino formal à harmonia social. Alguns podem ser demográficos e econômicos. Meninas mais instruídas têm menos filhos quando crescem, portanto diminui a probabilidade de que gerem uma parcela desproporcionalmente grande de crianças e jovens adultos na população, com seu decorrente excesso de homens jovens desordeiros. Países mais instruídos são mais ricos e, como vimos nos capítulos 11 e 14, tendem a ser mais pacíficos e democráticos”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 282-283.

e violência, de vencedores e vencidos<sup>306</sup>. Um importante exemplo dessas fortes amarras está no desenvolvimento da educação de forma a superar diferenças econômicas, raciais e de gênero, podendo ter, a ONU, anunciado o cumprimento do Objetivo de Desenvolvimento do Milênio, em 2015, ao atingir meta de paridade dos gêneros em todos os graus de ensino<sup>307</sup>.

A mudança de paradigma referida foi permissora, assim, na seara jurídica, em um primeiro momento histórico, da consolidação dos direitos subjetivos, embrião de todas as promessas e conquistas em prol dos interesses do homem e democráticos,

---

<sup>306</sup> PINKER, Steven: “Entretanto, algumas das vias causais corroboram os valores do Iluminismo. Quantas mudanças quando se adquire educação! As pessoas desaprendem superstições perigosas, como as de que os governantes mandam por direito divino ou as de que pessoas que não se parecem com elas são menos humanas. Aprendem que existem outras culturas que são igualmente aferradas ao seu próprio modo de vida, e por razões nem melhores nem piores. Aprendem que salvadores da pátria carismáticos levaram seus países ao desastre. Aprendem que suas convicções, por mais sinceras ou populares que sejam, podem ser equivocadas. Aprendem que existem modos melhores e piores de viver, e que outras pessoas e outras culturas podem saber coisas que elas desconhecem. E, o que é importantíssimo, aprendem que há modos de resolver conflitos sem violência. Todas essas epifanias militam contra a submissão ao domínio de um autocrata ou a adesão a uma cruzada para subjugar e matar vizinhos. A transmissão de nenhum desses conhecimentos é garantida, claro, sobretudo quando autoridades promulgam seus próprios dogmas, fatos alternativos e teorias da conspiração e, em uma aceitação relutante do poder do conhecimento, suprimem as pessoas e ideias que possam desacreditá-las. Estudos sobre efeitos da educação confirmam que pessoas instruídas realmente são mais esclarecidas. São menos racistas, sexistas, xenofóbicas, homofóbicas e autoritárias. Dão mais valor a imaginação, independência e liberdade de expressão. São mais propensas a votar, fazer trabalho voluntário, expressar opiniões políticas e participar de associações cívicas, como sindicatos, partidos políticos e organizações religiosas e comunitárias. Têm maior probabilidade de confiar em seus compatriotas – um ingrediente essencial do precioso elixir chamado capital social, que dá às pessoas confiança para firmar contratos, investir e obedecer às leis sem medo de fazerem o papel de otárias que são engabeladas por todo mundo”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 283-284.

<sup>307</sup> PINKER, Steven: “Outras disparidades na educação também estão diminuindo. Nos Estados Unidos, entre 1998 e 2010 houve aumento substancial no número de crianças em idade pré-escolar preparadas para ingressar no ensino fundamental entre as populações de baixa renda, hispânicos e afro-americanos, possivelmente graças à maior disponibilidade de programas de pré-escola gratuitos e porque hoje as famílias possuem mais livros, computadores e acesso à internet, e os pais interagem por mais tempo com os filhos. Uma razão ainda mais importante é que a suprema forma de discriminação sexual – manter as meninas fora da escola – está em declínio. Essa mudança é significativa não só porque as mulheres são metade da população, portanto educá-las duplica o tamanho do reservatório de qualificações, mas também porque a mão que balança o berço governa o mundo. Meninas instruídas são mais sadias, têm filhos mais saudáveis e em menor número e são mais produtivas – assim como os seus países. O Ocidente levou séculos para se dar conta de que era boa ideia educar a população inteira, e não só a metade com testículos: a linha que representa a Inglaterra na figura 16.4 mostra que, nesse país, as mulheres e só se tornaram tão alfabetizadas quanto os homens em 1885. o mundo como um todo alcançou os ingleses ainda mais tarde, porém logo compensou o tempo perdido, passando de ensinar a ler apenas dois terços das meninas em comparação com os meninos em '1975 para ensinar a todos em proporções iguais em 2014. A ONU anunciou que o mundo atingiu a meta da paridade dos gêneros no ensino primário, secundário e terciário, estipulada em 2015 como um Objetivo do Desenvolvimento do Milênio”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 287

vinculando-os indissociavelmente aos direitos fundamentais, ainda que distintos<sup>308</sup>. Isso é visível tanto na tradição do *Common Law* quanto na tradição do *Civil Law*. A primeira baseada precipuamente no desenvolvimento de um direito costumeiro, enraizado na sociedade e no cidadão, que poderia ser defendido em juízo, através de um judiciário autônomo, que lhe conferia proteção até contra o próprio Estado<sup>309</sup>. E o segundo, pelo menos em seu início, baseado em uma cientificidade legalista, baseado no método lógico-dedutivo, de desvendar o conteúdo da essência desses direitos fundamentais, tentativa que foi falha<sup>310</sup>, pois não há como coisificar o seu conteúdo, na medida em que o mesmo pressupõe o ser-aí, assumindo a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, com seu alcance atribuído pelo ser histórico em uma tradição, dentro de um determinado contexto local e temporal<sup>311</sup>, ou assumindo um rigor exigido de acordo com a teoria da ação comunicativa<sup>312</sup>. Então, em que pese

---

<sup>308</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Os direitos fundamentais traduzem imperfeitamente o conteúdo dos direitos humanos e apenas alguns de seus temas. Nem todos os direitos dos homens são determinados pelos direitos básicos, uma vez que existem direitos humanos não escritos e, além disso – descreve brilhantemente-, as formas espirituais, as enteléquias com as que trabalha a liberdade e sua correspondente ordem essencial não podem esgotar-se nem “definir-se”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 190.

<sup>309</sup>SANTORO, Emilio: “também no caso de uma concessão de poderes discricionais ao governo, o Poder Judiciário não é, portanto, um poder subordinado que se atém à vontade do Parlamento: é, ao contrário, um poder autônomo que, por meio da sua atividade interpretativa, garante a tutela dos direitos dos cidadãos. Se as cortes, culturalmente hostis à concessão de poderes extraordinários ao governo, não tivessem de avaliar a atribuição de tais poderes conforme os princípios do *Common Law*, julgarão o governo e os agentes públicos como responsáveis pelos atos cumpridos como se a lei especial não existisse”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.)*. O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 255/256.

<sup>310</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A doutrina e a jurisprudência se esforçaram, com resultados não muito satisfatórios, para esclarecer a essência da essência (*das Wesen des Wesens*) de um direito ou liberdade fundamental. Na realidade, esses intentos, em sua maior parte tautológicos ou baldios, manifestam a esterilidade dos métodos lógico-dedutivos, o que não significa que todas as suas argumentações sejam infundadas”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 186.

<sup>311</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Todo direito fundamental é, antes de tudo, um instituto constitucional que garante, através de formas jurídicas, a manutenção de uma função inteligível – e sentida pela comunidade – da liberdade. Não se deve coisificar o conteúdo dos direitos fundamentais. Nesse sentido, não se trata, por exemplo, de reunião, mas de reunidos, nem de associação, senão de associados. O conteúdo real é assumido pela pessoa preexistente. Assim, o direito da pessoa abarca, em alguns direitos básicos, o direito a bens objetivos nos quais aquela se desenvolve (propriedade, domicílio, conteúdo da correspondência). Estes direitos são determinados pela pessoa. A propriedade não é coisa de que a pessoa pode dispor, mas o âmbito de bens úteis que correspondem a ela. O domicílio tampouco é uma coisa, senão o âmbito de que alguém dispõe para viver. Conseqüentemente, as coisas não são fins em si mesmas, por que sempre devem auxiliar o homem em sua existência comunitária”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 190.

<sup>312</sup>ZOLO, Danilo: “Mas poder-se-ia ainda sustentar que uma teoria rigorosa do Estado de direito exige uma elaboração rigorosa da doutrina dos direitos subjetivos. E poder-se-ia acrescentar que é propriamente a falta de rigor teórico que hoje concorre para tornar incerta, como veremos, a

a ausência de um conceito universal, a inexistência de uma “tábua” de direitos subjetivos, certo é que seu conteúdo é importante e alcançável no contexto ao qual inserido. Os direitos subjetivos sempre são fortemente invocados em situações sociais dramáticas e estão fortemente atados aos direitos fundamentais e aos direitos do homem. Essa inter-relação permanece em constante racionalização jurídica expansiva, sendo possível diagnosticar diversos avanços sociais, políticos e jurídicos a partir da adoção da dimensão que tais valores alcançaram<sup>313</sup> e, de modo inverso, um retrocesso quando ignorada ou utilizada como justificativa, em face do forte apelo que exerce na contemporaneidade, para alcançar outros interesses que nem sempre coincidem exatamente com os do homem<sup>314</sup>. Nessa medida, partindo da premissa do

---

efetividade de muitos aspectos do Estado de Direito. E, circunstância ainda mais grave, essa falta favorece o desvirtuamento propagandístico da doutrina dos “direitos do homem” em termos de um agressivo universalismo “colonial”, como foi o caso das motivações humanitárias da guerra de Kosovo, conduzida pelas potências ocidentais contra a República Iugoslava. Embora careça de base filosófica e de universalidade normativa e, aliás, precisamente por isso, porque libertada do beco sem saída dos conceitos universais, a doutrina dos direitos subjetivos poderia ser “universalizada” em termos comunicativos. A dúbia condição é que ela assuma uma fisionomia teórica mais rigorosa – em termos de teoria jurídica e política, não de “base” metafísica – e que a universalização comunicativa se funde sobre uma “tradução” intercultural de todo o léxico e de toda a sintaxe deontológica do modelo do Estado de Direito. Uma confirmação da atualidade e da relevância desses problemas de comunicação intercultural surgiu da polêmica que teve como epicentro Cingapura, Malásia e China, acerca da contraposição dos *Asian values* à tendência do ocidente de impor às culturas orientais os seus valores ético-políticos – o Estado de Direito e os direitos individuais, acima de tudo – juntamente com a tecnologia, a indústria e a burocracia ocidentais”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Martins Fontes: São Paulo. 2006, p. 64-65.

<sup>313</sup>ZOLO, Danilo: “As teses de Bobbio e Barbalet pode-se acrescentar que a doutrina dos direitos do homem carece de critérios, para usar um léxico sistêmico, de auto-regulação cognitiva. Ela não dispõe de categorias teóricas capazes de uma rigorosa identificação e definição dos direitos subjetivos (a taxionomia proposta por Thomas Marshall, embora muito útil, é de natureza histórico-sociológica e está, além disso, diretamente moldada nos últimos três séculos da história inglesa). Por isso acontece que o “catálogo dos direitos” está constantemente exposto a expandir-se pletoricamente, graças a processos de acumulação econômica, por sucessivas “gerações” ou por interpolações normativas ligadas a puras circunstâncias de fato. E não forma poucos os filósofos e juristas que propuseram uma extensão da teoria dos direitos subjetivos também aos seres vivos não pertencentes à espécie humana, aos embriões e até mesmo aos objetos inanimados. Em definitiva, apesar da “Declaração Universal” de 1948 e à parte um difuso consenso pragmático acerca de alguns direitos “fundamentais”, substancialmente coincidentes com aqueles que Marshall chamou de “direitos civis”, hoje não existe uma “tábua” dos direitos subjetivos que seja teoricamente definida e geralmente compartilhada nem sequer no Ocidente. E isto vale ainda mais para as implicações normativas e as aplicações práticas de cada direito”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Martins Fontes: São Paulo. 2006, p. 61-62.

<sup>314</sup>ZOLO, Danilo: “Fundamento e universalidade dos direitos subjetivos - Uma terceira série de questões teóricas insolúveis diz respeito ao fundamento filosófico e à universalidade da doutrina dos direitos do homem. São questões que se refletem no tema da geral aplicabilidade coercitiva dos direitos do homem, tema dramaticamente outra vez proposto pela “guerra humanitária” por Kosovo, em 1999. Norberto Bobbio sustentou a impossibilidade de uma base filosófica – e, portanto, racional e universal – da doutrina dos “direitos do homem”. O motivo principal está, segundo ele, no fato de que essa doutrina apresenta algumas antinomias deontológicas, em particular a que opõe os direitos de liberdade e os direitos patrimoniais à igualdade social, valor que a afirmação dos “direitos sociais” deveria promover e tutelar”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História,**

combate à mistificação em prol de verdades científicas, com a conseqüente secularização e centralidade do homem, há a caracterização da denominada Idade Moderna<sup>315</sup>. O referido pressuposto, inclusive, é fundamental para o reconhecimento de um avanço geral progressivo<sup>316</sup>, na perspectiva humanística, excetuando, portanto, valores metafísicos, com o passar do tempo, dentro dos marcos estipulados anteriormente, do Medievalo à Contemporaneidade<sup>317</sup>. Isso tudo porque é possível perceber objetivamente um aumento da expectativa de vida<sup>318</sup>, que começa com melhores cuidados com as crianças<sup>319</sup>, passa pelo acesso a tratamentos médicos,

---

**teoria, crítica.** Martins Fontes: São Paulo. 2006, p. 60.

<sup>315</sup> GROSSI, Paolo: "Em efecto, em la conciencia común el término <moderno> evoca um tiempo recorrido y dominado por el victorioso desmantelamiento de antiguas mitificaciones sedimentadas y arraigadas em las costumbres gracias a dos conquistas Del progreso humano: la secularización y La conseqüente posesión de verdades científicas evidentes." *In: Mitologia Jurídica de La Modernidad*. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 39.

<sup>316</sup> PINKER, Steven: "E, acondicionados nessas linhas, temos dois enredos secundários vitais. Um deles nos revela que, embora o mundo permaneça acentuadamente desigual, todas as regiões progrediram, e hoje as partes do mundo menos favorecidas estão em condições melhores do que estavam as amais favorecidas não muito tempo atrás. (Se dividirmos o mundo em Ocidente e o Resto, veremos que em 2007 o Resto atingiu o nível do Ocidente em 1950.) o outro enredo nos mostra que, embora quase todo indicador de bem-estar humano esteja correlacionado com riqueza, as linhas não refletem apenas um mundo mais abastado: longevidade, saúde e conhecimento aumentaram até em muitas das épocas e lugares em que não houve crescimento da riqueza. O fato de que todos os aspectos da prosperidade humana tendem a melhorar no longo prazo mesmo quando não estão em sincronia perfeita corrobora a ideia de que o progresso existe". *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 295-296.

<sup>317</sup> PINKER, Steven: "o que é progresso? Você poderia pensar que se trata de uma pergunta tão subjetiva e culturalmente relativa que nunca poderá ser respondida. Na verdade, é uma das mais fáceis de responder. A maioria das pessoas concorda que vida é melhor do que morte. Saúde é melhor do que doença. Sustento é melhor do que fome. Abundância é melhor do que pobreza. Paz é melhor do que guerra. Segurança é melhor do que perigo. Liberdade é melhor do que tirania. Direitos iguais são melhores do que intolerância e discriminação. Inteligência é melhor do que estupidez. Felicidade é melhor do que tristeza. Oportunidades de usufruir a família, os amigos, a cultura e a natureza é melhor do que uma labuta incessante e a monotonia. Todas essas coisas podem ser medidas. Se aumentaram com o tempo, isso é progresso. É bem verdade que nem todos concordariam a respeito dos pontos dessa lista. Tais valores são reconhecidamente humanísticos e deixam de fora virtudes religiosas, românticas e aristocráticas como salvação, graça, sacralidade, heroísmo, honra, glória e autenticidade. Mas a maioria concordaria que temos aí um ponto de partida necessário. É fácil enaltecer valores transcendentais no abstrato, porém a maioria das pessoas prioriza vida, saúde, segurança, letramento, sustento e estímulo pela óbvia razão de que são um requisito prévio para tudo o mais". *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. p. 75.

<sup>318</sup> PINKER, Steven, apresenta argumentos, provas e gráficos dos últimos séculos em nível global no sentido da afirmação. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 77-86.

<sup>319</sup> PINKER, Steven: "Qualquer exame do progresso dos direitos precisa considerar o setor mais vulnerável da sociedade, as crianças, que não podem militar por seus interesses e dependem da compaixão de outros. Já vimos que as condições melhoraram para as crianças no mundo todo: elas têm menor probabilidade de vir ao mundo sem mãe, de morrer antes de seu quinto aniversário ou de ter déficit decrescimento por alimentação insuficiente. Veremos aqui que, além de escapar

com incremento da saúde<sup>320</sup>, comida, moradia, lazer<sup>321</sup>, diminuição de guerras, escolarização<sup>322</sup>, maior acesso à informação, cultura, aumento de liberdades, uma ampliação de isonomia de direitos, menos discriminação, etc., de forma quase que mundialmente consensual, tanto governamentalmente quanto paralelamente<sup>323</sup>.

---

dessas agressões naturais, as crianças estão cada vez mais protegidas das agressões humanas; estão mais seguras do que jamais estiveram e têm maior probabilidade desfrutar uma infância de verdade”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 276.

<sup>320</sup>PINKER, Steven, apresenta alguns avanços científicos que contribuíram para a afirmação, mas também ressalta o acesso à informação, trazendo inclusive gráficos dos últimos séculos em nível global no sentido da afirmação. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 87-93.

<sup>321</sup>PINKER, Steven, traz os vários fatores que contribuíram para a afirmativa, com gráficos e argumentos. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 94-126. Acrescenta relevância especial, em diversas análises, os avanços tecnológicos, que sintetizam os avanços alcançados: “A última – e, em muitas análises, a mais importante – contribuição para a Grande Convergência é a da ciência e tecnologia. A vida está ficando mais barata, no bom sentido. Graças a avanços tecnológicos, uma hora de trabalho pode comprar mais alimento, saúde, educação, vestuário, material de construção e pequenas necessidades e luxos do que antigamente. Não só as pessoas podem ter alimentos e remédios a preços mais baixo, mas também as crianças podem usar sandálias plásticas baratas em vez de andar descalças, e os adultos podem reunir-se, fazer um penteadado ou assistir a um jogo de futebol usando painéis solares e eletrodomésticos baratos. Quanto a bons conselhos sobre saúde, agricultura e negócios, eles são melhores do que baratos: são gratuitos. Hoje cerca de metade dos adultos no mundo possui um smartphone, e existe o mesmo número de linhas e de pessoas. Em partes do mundo sem estradas, linhas telefônicas terrestres, serviço postal, jornais ou bancos, os celulares são mais do que um modo de bater papo e ver fotos de gatinhos: são grandes criadores de riqueza. Permitem que as pessoas transfiram dinheiro, encomendem mercadorias, acompanhem a previsão do tempo e os mercados, encontrem trabalho como diaristas, obtenham orientação sobre saúde e práticas agrícolas e até uma educação elementar”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 127.

<sup>322</sup>PINKER, Steven: “Já faz muito tempo que o reservatório de conhecimento da nossa cultura começou a ser transmitido por meio de histórias e aprendizado. Escolas formais existem há milênios; cresci ouvindo a história talmídica do rabio Hillel, do século I, que quase morreu congelado quando era menino porque subiu no telhado de uma escola que não podia pagar para entre ouvir as aulas através da claraboia. Em várias épocas, escolas foram incumbidas de inculcar conhecimentos práticos, religiosos ou patrióticos nos jovens, mas o Iluminismo, com sua apoteose de conhecimento, ampliou a alçada dos educadores. O teórico da educação George Counts observa; “Com o advento da era moderna, a educação formal assumiu uma importância muito maior do que qualquer coisa que o mundo já vira. A escola, que no passado fora uma instituição social secundária na maioria das sociedades, afetando diretamente a vida de apenas uma pequena fração do povo, expandiu-se na horizontal e na vertical até assumir seu lugar ao lado do Estado, da Igreja, da família e da prosperidade como uma das mais poderosas instituições da sociedade”. Hoje a escolarização é compulsória na maioria dos países e reconhecida como um direito humano fundamental pelos 170 membros das Nações Unidas que assinaram o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 282.

<sup>323</sup>PINKER, Steven: “Acontece que esses valores são consenso no mundo. No ano 2000, todos os 189 membros das Nações Unidas, juntamente com mais de vinte organizações internacionais, concordaram sobre oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio para o ano de 2015 que se encaixam com perfeição nessa lista. E eis a grande surpresa; o mundo fez um progresso espetacular em todas as medidas de bem-estar humano. E a segunda surpresa; quase ninguém sabe disso. É até fácil encontrar informações sobre o progresso humano, apesar de estarem ausentes dos principais meios de comunicação e de publicações intelectuais especializadas. Os dados não estão

Inclusive, esse avanço racional e humanístico, de forma mais próxima dos últimos elementos citados (aumento de liberdade, respeito à isonomia de direitos e combate à discriminação), serve de exemplo o fato de que questões recentes de preconceito racial, étnico, sexista e homofóbico, tem sofrido um decréscimo notável no mundo todo<sup>324</sup>.

---

sepultados em relatórios áridos, e sim exibidos em esplêndidos sites na internet, em especial Our World in Data, de Max Roser, Human progress, de Marian Tupy e Gapminder, de Hans Rosling. (Rosling descobriu que nem mesmo engolir uma espada durante uma TED Talk em 2007 era suficiente para chamar a atenção do mundo) o argumento foi apresentado em livros primorosos alguns escritos por autores laureados com o prêmio Nobel, que alardeiam a notícia no título: *Progresso, O paradoxo do progresso, Infinite progress* (Progresso infinito), *The Infinite Resource* (O recurso infinito), *O otimista racional, The Case for Rational Optimism* (Em defesa do otimismo racional), utopia para realistas, *Mass Flourishing* (Prosperidade em Massa), *Abundância, The Improving State of the World* (A melhora do estado do mundo), *Getting Better* (Melhorando), *The end of Doom* (O fim da perdição), *The Moral Arc* (O arco moral), *The Big Ratchet* (A grande catraca), A grande saída, *The Great Surge* (O grande surto), *The Great Convergence* (A Grande convergência)". In: **O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 76.

<sup>324</sup>PINKER, Steven: "O preconceito racial e étnico declina não só no Ocidente, mas no mundo. Em 1950, quase metade dos países tinha leis que discriminavam minorias étnicas ou raciais (inclusive os Estados Unidos, claro). Em 2003, menos de um quinto as possuía, e eram superados numericamente por países onde políticas de ação afirmativa favoreciam minorias em desvantagem. Um levantamento de grandes proporções do World Public Opinion Poll, abrangendo 21 países desenvolvidos e em desenvolvimento, constatou que, em cada um, a grande maioria dos respondentes (90% em média) considera importante dar tratamento igual às pessoas de diferentes raças, etnias e religiões. A despeito de habitual autoflagelação dos intelectuais ocidentais pelo racismo no Ocidente, os países mais intolerantes não são ocidentais. Porém, mesmo na Índia, que ocupa o último lugar da lista, 59% dos respondentes defenderam a igualdade racial e 76% defenderam a igualdade religiosa. Também no campo dos direitos das mulheres o progresso é global. Em 1900, as mulheres só podiam votar em um país, a Nova Zelândia. Hoje têm esse direito em todos os países em que homens podem votar, exceto um, o Vaticano. Mulheres compõem quase 40% da força de trabalho do planeta e mais de um quinto dos membros de parlamentos nacionais. Tanto o World Opinion Poll como o Pew Global Attitudes Project constataram que mais de 85% de seus respondentes defendem a igualdade para homens e mulheres, com porcentagens que variam de 60% na Índia, 88% em seis países de maioria muçulmana, até 98% no México e Reino Unido. Em 1993 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre a Eliminação da Violência Contra Mulheres. Desde então, a maioria dos países implementou leis e campanhas de conscientização para reduzir estupro, casamento forçado, casamento infantil, mutilação genital, assassinatos por honra, violência doméstica e atrocidades de guerra. Embora algumas dessas medidas sejam inócuas, há razões para otimismo no longo prazo. Campanhas de censura global, mesmo quando surgem apenas na esfera da aspiração, levaram no passado a drásticas reduções em práticas como escravidão, duelo, caça a baleias, enfaixamento dos pés, pirataria, corso, guerra química, apartheid e testes nucleares na atmosfera. A mutilação genital feminina é um exemplo: embora ainda praticada em 29 países africanos (além de Indonésia, Iraque, Índia, Paquistão e Iêmen), a maioria dos homens e mulheres nesses países defende seu término, e nos últimos trinta anos as taxas reduziram-se em um terço. Em 2016, o Parlamento Pan-Africano, juntamente com o Fundo de População das Nações Unidas, endossou uma proibição dessa prática e também a do casamento infantil. Os direitos dos homossexuais são outra ideia cuja hora chegou. Em quase todos os países do mundo, atos homossexuais já foram considerados crime. Os primeiros argumentos de que o comportamento consentido entre adultos não é da conta de mais ninguém foram formulados durante o Iluminismo por Montesquieu, Voltaire, Beccaria e Bentham. Um punhado de países descriminalizou a homossexualidade logo depois, e durante a revolução dos direitos dos gays nos anos 1970, o aumento dos que seguiram esse exemplo foi colossal. Embora em mais de setenta países a homossexualidade continue a ser considerada crime (capital em onze países islâmicos), e apesar de ter havido um recuo na Rússia e em vários países africanos, a tendência global,

Nas primeiras formas de Estado-Nação, ainda no período pré-moderno, o sistema governamental conservava a herança feudal da pessoalização do poder. A sustentação da legitimidade divina do governante, proveniente da doutrina religiosa, do credo e autoridade da igreja ainda era prevalente na origem do Estado Nação. Em face do sustentáculo da igreja, as revoluções liberais não tinham como deixar de ser, portanto, energicamente antireligiosas e anticlericais<sup>325</sup>. Não se quer, obviamente, dizer que foi aberta uma “caça-às-bruxas” invertida. Muitos países, inclusive, mantiveram um respeito formal à igreja, apenas procurando afastar a influência clerical do poder governamental. A centralização social do homem cidadão foi precursora da igualdade de direitos, conseqüentemente inadmitindo o abuso e a arbitrariedade dos governantes. Qualquer atuação governamental que não respeitasse o princípio da igualdade de todos perante a lei não poderia mais ser admitida. Especialmente na mencionada questão, foi refutada a ideia da origem divina da lei, por ser produzida por governantes indigitados por Deus, passando o povo a ter a legitimidade para a criação das leis através do Estado<sup>326</sup>.

O combate mencionado produziu o Estado de Direito minimalista ou reativo, na expressão de Damaska, que é aquele que não interfere nas relações sociais,

---

incentivada pela ONU e por todas as organizações de defesa dos direitos humanos, continua a ser a liberalização. A figura 15.5 mostra a trajetória no tempo: nos últimos seis anos, mais oito países riscaram a homossexualidade de seus códigos penais”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p.269-270.

<sup>325</sup> MERRYMAN, John Henry: “Uma das principais forças intelectuais que impulsionaram a revolução foi o que, desde então, passou a ser conhecido como direito natural secular (“secular” no sentido de que não se fundamentava em doutrina religiosa, credo ou autoridade da igreja; o pensamento revolucionário era vigorosamente antireligioso e anticlerical). Esta concepção se baseava em certas idéias sobre a natureza do homem, que encontraram expressão na Declaração de Independência dos americanos e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França. O fundamento era o de que todos os homens nascem iguais e têm certos direitos naturais à propriedade, à liberdade e à vida. A função do governo é justamente reconhecer e assegurar estes direitos, bem como garantir o tratamento igual perante a lei. O governo deveria ser constituído por representantes eleitos. E assim por diante”. *In: A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 40.

<sup>326</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “O caráter secular da revolução europeia sustentou outra dimensão do movimento em direção ao positivismo estatal. A idéia de que a lei tinha origem divina – seja como expressão direta do direito consagrado nas escrituras, seja como expressão indireta dos homens na sua condição de criaturas de Deus, como no direito natural do catolicismo romano – perdeu muito de sua vitalidade ainda remanescente, ainda que em diferentes graus e formas, dependendo do país em questão. Um respeito formal a Deus ainda podia ser admitido no processo legislativo (como ocorreu, por exemplo, na Declaração Americana de Independência), mas a partir de então a teoria em voga era a de que, em última instância, o poder legiferante pertencia ao Estado.” *In: A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 45-46.

promovendo acima de tudo a liberdade dos cidadãos, permitindo aos mesmos eleger e perseguir seus objetivos privados e sociais<sup>327</sup>. Essa forma de Estado tem grande aproximação com a primeira forma de Estado Liberal, formado com a tomada de poder da burguesia, que fez, no Direito, priorizar-se a segurança jurídica, especialmente contra desmandos governamentais, confiando em um rigorosíssimo processo científico e técnico, reforçando a mudança de paradigma do teocentrismo para o antropocentrismo, confiando que o indivíduo teria, por si só, de acordo com seu arbítrio, condições de buscar e satisfazer seus interesses, desde que lhe fosse garantida, pelo Estado, a proteção mínima para o seu agir<sup>328</sup>. Em consequência, os problemas a serem enfrentados pelo Estado são mínimos também, limitados à segurança social, à pacificação interna<sup>329</sup> e proteção externa. Não deve partir do governante indicado por Deus, por benevolência, o atendimento dos interesses sociais. Como marca liberal há a busca da melhoria social, através do esforço individual do cidadão ou pela organização civil de cidadãos com interesses comuns<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> DAMASKA, Mirjan: “Un Estado reactivo se limita a proporcionar el marco de apoyo dentro del cual los ciudadanos persiguen los objetivos que han elegido. Sus instrumentos deben liberar las fuerzas espontáneas de la autogestión social. El Estado no contempla ninguna noción de interés separado, aparte de los intereses sociales e individuales (privados): no existen problemas que son inherentes al Estado, sólo problemas sociales e individuales.” *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 128.

<sup>328</sup> IRTI, Natalino: “il senso della sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande Rivoluzione, è la nuova classe dirigente: élite portatrice di una tavola di valori, in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi. Questo carattere distingue radicalmente la borghesia europea da altre minoranze storiche o gruppi egemoni: la tenace fedeltà ad una visione generale della vita, ad una 'filosofia' che sostiene e spiega l'esercizio del potere. Il valore originario e fondamentale è costituito dall'individuo, dalla sua capacità di spandersi sulle cose esterne, di correre il rischio del successo o dell'insuccesso, e così di inserirsi nell'operosa continuità delle generazioni. Intorno all'individuo, fonte di iniziative e centro di responsabilità, si edificano tutte le relazioni sociali. Le innumerevoli scoperte della scienza e della tecnica esaltano l'ingenuo e l'audacia dei singoli: segni di quella fiducia nel progresso, che spinge milioni di uomini e che ha la forza intima ed austera di una religione”. *In: L'età della decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979, p. 3/4.

<sup>329</sup> DAMASKA, Mirjan: “La estrategia principal es la siguiente: porque el Estado no tiene intereses aparte de la sociedad, tampoco tiene derechos como tales que puedan ser violados, aparte de la violación de un “derecho” privado; cualquier ruptura del orden se origina en la violación del derecho de alguien, de modo que el Estado sólo se lanza a acciones protectoras cuando alguien se queja y pide compensaciones, Y alguien se niega a satisfacer sus demandas. Proteger el orden es, por tanto, resolver disputas”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 129

<sup>330</sup> DAMASKA, Mirjan: “La visión de un Estado así carece evidentemente de poder transformador. aparece sin inspiración, casi sin vida. La sociedad civil, separada del Estado, se convierte en centro de acción política: los valores, las iniciativas – hasta los proyectos de un nuevo Jerusalén – se originan aquí. Y es en la sociedad civil que los individuos – soberanos paraderminar qué hacer con sus vidas – pueden, si así lo desean, formar comunidades dedicadas a la promoción de objetivos compartidos, incluyendo, si es preciso, el aniquilamiento común. En la sociedad civil las voces de los hombres y mujeres pueden ser corales”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado*.

A íntima vinculação das inovações liberais, com suas transformações políticas, do Estado de Direito, com os direitos subjetivos fez com que seus grandes avanços inicialmente ocorressem na Europa. Inicialmente na Grã-Bretanha, no século XVII, com a limitação dos poderes do rei pelo parlamento, mas não só isso, com o reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos protegidos através de ações judiciais (*writs*), podendo fazer com que o cidadão inglês enxergasse um sistema jurídico horizontal entre iguais, e mesmo na relação com o Estado, deveria haver o respeito de seus direitos<sup>331</sup>. Em continente europeu, na tradição do *Civil Law*, imediatamente após correntes jusracionalistas abstratas, com uma preocupação histórica, uma tradição, com olhos no passado para uma renovação coerente, com grande influência até os dias atuais<sup>332</sup>, que também é possível admitir no direito inglês, porém com uma preservação diferenciada na proteção do direito positivo<sup>333</sup>, teve

---

**Análisis comparado del Proceso Legal.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 130.

<sup>331</sup>SANTORO, Emilio: "O *Common Law* tinha se caracterizado muito cedo como um sistema de ações judiciais (*writs*) predispostas como garantia das relações entre cidadãos dispostos sobre o mesmo plano. Um inglês do século XVII tinha, portanto, a impressão de que a sua vida se desenvolvia em uma rede de relações jurídicas horizontais entre cidadãos formalmente iguais. A dimensão vertical era constituída pela relação entre os cidadãos e o soberano, que, por definição não podia lesar os direitos dos cidadãos e, portanto, não podia ser chamado em juízo para responder pelos seus atos. Em teoria, portanto, os direitos dos cidadãos não eram garantidos em relação ao ato arbitrário do soberano. Mas a imunidade do soberano foi logo neutralizada pelas Cortes, que elaboraram a doutrina, plenamente consolidada no decorrer do século XVII, segundo a qual, como escreve Blackstone, o rei não podia "fazer um uso ilegítimo do seu poder, senão aconselhado por péssimos conselheiros e sob a influência de ministros malvados". Em razão dessa doutrina, o cidadão podia processar por danos que lhe eram causados pela Coroa, ou seja, pelo Estado, senão o próprio soberano, ao menos o ministrou ou o agente público tidos como os reais responsáveis pelo abuso". *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 203.

<sup>332</sup>WIEACKER, Franz: "Tudo isto ponderado, a herança jusracionalista da Escola Histórica não representa o resíduo indomável de uma época passada, mas a espinha dorsal da renovação por ela empreendida: a organização metodológica dos conteúdos jurídicos da tradição no sentido de uma ciência jurídica autônoma e crítica. Na realidade, uma ciência do direito que, depois do colapso do jusracionalismo abstracto, se tivesse confiado unicamente à compreensão histórica teria abandonado a sua função social. Apenas através da decidida prossecução do racionalismo ético e metodológico ela se pôde afirmar, quer perante o tradicionalismo reaccionário, quer perante a alienação social representada pela orientação filológica, perversões a que nem sempre escapou. Em contrapartida, os ingénuos e simplistas modelos e postulados do jusracionalismo doutrinário apenas podiam ser concretizados e novamente relacionados com a tradição jurídica anterior através de um novo regresso às fontes históricas da jurisprudência europeia – ou seja, ao mesmo tempo, pelos menos a uma fatia da realidade social da época. As múltiplas influências culturais tiveram que se encontrar numa sintonia verdadeiramente particular para possibilitar a grande civilística do século XIX, civilística que, na sua firmeza e coerência metodológicas, ainda hoje, depois do desaparecimento de quase todos os seus pressupostos culturais e sociais, permanece como o modelo exemplar de formação dos juristas e informa ainda os restos da cultura jurídica tradicional da nossa época". *In*: **História do Direito privado moderno.** 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 428-429.

<sup>333</sup>WIEACKER, Franz: "A ciência jurídica positiva da Escola Histórica define-se como <histórica>; ela propõe-se, assim, a exploração da dimensão histórica do direito. Se, no entanto, se quiser compreender esta nova posição científica, tal concepção necessita de uma explicação mais detida.

destaque a escola histórica<sup>334</sup>, onde é lembrada a figura de Savigny<sup>335, 336</sup>. Em que pese o mesmo, especialmente na sua juventude, tenha dado ênfase ao sistema científico, formador dos conceitos jurídicos, utilizados em um segundo momento pela jurisprudência dos conceitos<sup>337</sup>. Essa visão da jurisprudência dos conceitos ressaltou

---

A Escola Histórica compreende não apenas o direito como história, mas também a ciência jurídica – de acordo com o título da revista que a fundou – como <histórica>. No entanto, no programa de uma renovação da ciência do direito positivo, isto só pode ter o sentido de que o objecto da ciência jurídica é pré-determinado pela historicidade do direito do presente (e não pelas abstrações do jusracionalismo ou pelos comandos dos legisladores iluministas); e não já o sentido lato de que, por exemplo, o conhecimento histórico deve substituir as tarefas dogmáticas da jurisprudência. A referência à historicidade do conteúdo do direito constitui, portanto, apenas um dos aspectos no programa global de uma renovação da ciência jurídica, nomeadamente quanto àqueles conteúdos que a ciência jurídica deve organizar numa totalidade espiritual. Este aspecto é, na verdade, suficientemente importante para que, de antemão, nos ocupemos do requisito prévio em geral desta descoberta da historicidade do direito: a progressiva formação do sentido histórico do século XVIII”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 403-404.

<sup>334</sup>WIEACKER, Franz: “Uma tal ideologização do problema da recepção só se tornou possível com a Escola Histórica. Ela ensinou a descobrir não só a historicidade do direito, mas também nessa historicidade a sua vital existência social; também a participação directa dos cidadãos no Estado, a historicidade e a dignidade cultural da existência nacional foram sentidas pela primeira vez por ela como realidades relacionadas entre si. Enquanto que a valorização da recepção pelo *usus modernus* e pela época racionalista (que já tinham uma imagem histórica essencialmente correcta do processo) era determinada por um entendimento prático do direito ou por um raciocínio racionalista, a Escola Histórica carregou a questão com um empenhamento de natureza política; ela viu, pela primeira vez, na recepção um destino que seria o de eles próprios, ou seja, que seria o destino da nação tal como eles a compreendiam historicamente; por isso, ela tornava os cidadãos responsáveis não apenas pelo seu presente, mas também por cada visão incorrecta ou falsa do passado nacional. Então, a recepção passou a ser discutida com a cegueira própria de uma revolta inútil contra as condições da existência individual e nacional”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 464-465.

<sup>335</sup>WIEACKER, Franz: “No entanto, ainda aqui coube um papel central a Savigny. De entre os seus escritos programáticos e os seus trabalhos propriamente históricos, o seu primeiro contributo para a construção de uma ciência jurídica positiva de tipo dogmático permaneceu durante muito tempo no esquecimento, o que se explica pelo facto de entre a sua monografia dogmática, de carácter pioneiro, <Vom Recht de Besitizes> (1803) e o seu <System des heutigen römischen Rechts> (a partir de 1839) terem aparecido ao longo de um lapso superior a uma geração, trabalhos e escritos programáticos de carácter histórico-jurídico que pareciam defender uma compreensão evolutivo-histórica do direito. A partir das indicações de Kantorowicz e da edição de Wesenberg, sabemos, contudo, que já a sua lição de Marburgo <Juristische Methodenlehres> (1802;3) esboçava o programa da ligação de uma elaboração <histórica da ciência das leis> com uma outra de carácter filosófico. A elaboração histórica servia para averiguar a matéria jurídica, a qual é necessariamente pré-estabelecida pela história ou, mais exactamente, pela tradição científica dos textos e da ciência); a elaboração filosófica devia organizar esta matéria num sistema interno, o qual não constituísse já um simples <agregado> de normas jurídicas, mas que manifestasse a coerência espiritual de toda a matéria”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 421-422.

<sup>336</sup>Ver mais em: SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema Del Derecho Romano Actual**. Tomo I. 1879. Suprema Corte de Justicia de La Nación. México, 2004.

<sup>337</sup>LARENZ, Karl: “En la obra de la madurez, además, SAVIGNY se libera de la estrecha vinculación a la letra de la ley que defendía em el escrito de juventud, inclinándose ahora por una más intensa consideración del fin de la ley y de la conexión de sentido que viene dada em la contemplación total del instituto. No explica, sin embargo, cómo es posible volver a reconducir a la unidad de sentido del instituto jurídico y determinar em base a essa unidad la regla jurídica nacida de la “abstracción”, siendo así que tal unidad la regla jurídica nacida de la “abstracción”, siendo así que tal unidad sólo

o formalismo positivista das construções de Savigny e com a contribuição, entre outros do jovem Jhering<sup>338</sup>,<sup>339</sup>, seguindo as proposições de Puchta, resgataram o pandectismo, fazendo surgir o direito a partir do próprio direito, com o desenvolvimento de conceitos monopolísticos, estritamente formal, e, inevitavelmente, do método interpretativo<sup>340</sup>, escamoteador da subjetividade. Porém, num segundo momento Jhering assume uma visão diferente do Direito, mais vinculada à jurisprudência dos interesses, reconhecendo no berço do Direito uma carga política, uma genealogia finalística individual e/ou social, tendo o Direito como palco para uma disputa pelo poder<sup>341</sup>. Essa visão última inclusive muito bem explorada

---

viene dada em la contemplación y que no es accesible al pensamiento conceptual. El que ahí quedara un pnto oscuro debe haber conctribuido, em no poca medida, a que las sugerencias metódicas de su obra de madurez no hayan encontrado la atención que, teniendo em cuenta la gran influencia que SAVIGNY ejerció, se hubiera podido esperar. Lo que tuvo posterior influencia fue, junto a la concepción histórica, la ideal del sistema em su sentido de sistema “científico” formado em base a los conceptos jurídicos; éste fue el punto de partida hacia la “jurisprudencia de los conceptos”, que no debe ser atribuida – o, a lo sumo, sólo com reservas – a SAVIGNY”. *In: Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 32.

<sup>338</sup>WIEACKER, Franz: “Contrariamente ao que parece, esta ligação á dedução não limita os juristas, antes lhes cria pela primeira vez o espaço para a construção especulativa ou <produtiva> que apenas está sujeita aos limites da <intuição lógica interior>. Puchta confere expressamente a um tal procedimento a capacidade para produzir direito: <produto da dedução científica>, serão trazidas à luz normas jurídicas ocultas no espírito jurídico nacional, mas que ainda não tinham aparecido, quer na convicção popular, quer na lei. Da alegria suprema que esta descoberta produzia nos melhores espíritos dá ainda testemunho o entusiasmo do jovem Jhering. Ao contrário de Cristian Wolff e dos seus discípulos juristas, nos quais a dedução conceitual se remata, ao fim e ao cabo, na pura especulação, este espírito superior, a melhor cabeça da Escola Histórica do direito, conferiu com este método ao direito positivo do seu tempo a forma clássica de uma ciência dogmática e, com isto, consumou aquele formalismo científico no qual a ciência jurídica se tem movido desde o princípio do século”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 457-458.

<sup>339</sup>Ver mais em: IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Título original: *Der Kampf um's Recht*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2008.

<sup>340</sup>WIEACKER, Franz: “Apesar da aparência externa do seu programa e apesar de muitas contribuições individuais de natureza histórico-jurídica, a Escola Histórica do direito aplicou a maior parte do seu vigor espiritual à construção de uma civilística sistemática; ela tornou-se – de acordo com o título dos seus manuais mais característicos – numa <pandectística> ou <ciência das pandectas>. Prosseguiu, assim, a orientação formalista, aberta por Anselm Feuerbach e pela teoria metodológica do jovem Savigny, e que transportou para a matéria do direito comum a construção sistemática e conceitual do anterior jusracionalismo. A justificação programática para esta missão deu-a Puchta quando (na sequência do <Beruf> de Savigny) atribuiu à <cientificidade> da ciência jurídica da actualidade e ao jurista por ela formado um monopólio da aplicação e desenvolvimento do Direito. Para Puchta, era também correcto deduzir novas normas a partir do <desenvolvimento> dos conceitos lógicos e legítimas assim o processo <de construção do direito> da jurisprudência construtiva. Seguidamente, sobretudo Jhering, Gerber e Laband prosseguiram na elaboração do método construtivo da pandectística e transportaram-no para outras disciplinas, sobretudo para o direito público”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 491-492.

<sup>341</sup>WIEACKER, Franz: “No entanto, a partir do fim dos anos cinquenta desenvolveu-se em Jhering uma auto-destruição massiva da jurisprudência dos conceitos expressa pela primeira vez nas anónimas *Vertrauliche Briefe*, onde se denuncia o absurdo da jurisprudência dos conceitos ou construtiva. Esta

pelo liberalismo ao considerar que o Direito seria o instrumento para que o indivíduo pudesse alcançar seus objetivos, correndo o risco de assumir uma vantagem ou desvantagem perante o outro, mas sempre amparado por um Direito imune a arbítrios, um Direito seguro, onde o exercício do poder estatal está limitado pelo método subsuntivo, com a aplicação da norma geral ao caso concreto<sup>342</sup>. A propósito, na vinculação de direito e poder, presente no último Jhering, é possível indicar sua concepção em Ockham, ainda no século XIV<sup>343</sup>. Em um segundo momento, nessa

---

desilusão tornou-se claramente para Jhering uma necessidade pessoal em virtude da experiência da irrealdade das suas imagens intelectivas. Neste ponto, exerceram uma influência conjunta tanto o afastamento definitivo da metafísica do direito do idealismo kantiano, como a metafísica historicista do romantismo, e o vigor de uma necessidade de intuição da realidade que evoluía, com uma progressiva maturidade, das fantasias lógicas para a realidade social. A estes apelos respondia o espírito da época. Na experiência pessoal de Jhering exprime-se um destino não só da sua ciência, mas também, no fim de contas, dos seus contemporâneos; ou seja, a passagem do sonho à realidade foi experimentada, com alegria ou com desespero, por quase todos os pensadores originais dos meados do século. Esta estrada de Damasco dominou toda a sua obra posterior. Já os ulteriores volumes e edições do <Geist> se preocupam cada vez mais com as condições sociológicas do direito (romano, que Jhering nem sempre descreve de forma historicamente correcta, mas sempre com uma perspectiva adequada. Um capítulo célebre define o direito subjectivo como <um poder de vontade limitado à satisfação de interesses dignos de protecção>. No *Kampf ums Recht* (1872) o direito tornou-se já para ele num meio de imposição de poder e de interesses. Para a sua obra, diletante do ponto de vista filosófico, *Der Zweck im Recht* – uma expressão epocal de um rigoroso torso – escolhe o seguinte mote, tão banal como monumental. A finalidade é a entidade criadora do direito>. Título e mote eram consequentes; se o direito pode ser explicado causalmente a partir da realidade da sociedade, ele deve ao mesmo tempo ser motivado pelas finalidades humanas. É certo que Jhering acaba por não definir – tal como os seus contemporâneos – o sujeito destas finalidades; elas aparecem tanto como finalidades dos indivíduos, tanto – através de ousadas imagens linguísticas – como finalidades da sociedade ou, finalmente, como sentidos imanentes da vida ou da existência, semelhantes às <astúcias da razão> de Hegel, sem cuja dialéctica da evolução não seria compreensível este mesmo Jhering, filosoficamente pouco informado. Tal como para o seu contemporâneo mais jovem Nietzsche existe uma genealogia da moral, existe para Jhering uma genealogia do direito”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 515-516.

<sup>342</sup>IRTI, Natalino: “In questa luce si precisa già lo spazio riservato al diritto: che non è di scegliere fini – e di comandarli o suggerirli ai singoli -, ma di predisporre gli strumenti necessari affinché ciascuno possa conseguire gli scopi desiderati. Così la vita del singolo si risolve in un disegno consapevole, in una trama di progetti, al cui servizio il diritto offre le proprie forme e le proprie modalità di esecuzione. L'individuo, che decide di esercitare un'attività (industria, commercio, o professione), e ne affronta vantaggi e svantaggi, può tuttavia contare su un quadro, già certo e noto, di garanzie legali: egli as fin dall'inizio ciò che, secondo il diritto, deve attendersi dagli altri soggetti privati e dai poteri pubblici. La sicurezza non riguarda il raggiungimento del fine (legato sempre alle incognite del mercato ed al mutevole mondo della produzione), ma le 'regole del gioco', ossia le condizioni per le quali ciascuno può contare su un dato contegno altrui o attendere un certo uso del potere coercitivo dello Stato. Il diritto fissa appunto le regole del giuoco: regole generali ed astratte, che saranno utilizzate da persone ignote, per scopi ed in circostanze particolari che non conosciamo né siamo in grado di conoscere”. *In: L'età Della Decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979, p. 4/5.

<sup>343</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães, sobre Guillermo de Ockham, refere: “A ideia de direito relacionado a poder, que foi criada pelo monge franciscano no século XIV, teve importante reflexo nas doutrinas jurídicas posteriores, principalmente a partir do movimento pandectista alemão do século XIX, que tinha por preocupação doutrinária o estudo do desenvolvimento do direito subjetivo. Principalmente a partir do século XIX, a ideia de direito vem sempre associada a poder, e não ao justo conforme a coisa mesma, isto é, a ‘*quos iustum est ex ipsa natura rei*’”. *In: Perspectivas epistemológicas do*

levada política do Direito, também merece destaque Gierke que, apoiado nos grupos sociais, justificou a origem do Direito e do Estado de Direito, ao mesmo tempo em que pôde opô-lo tanto à plenitude do poder do Estado Moderno, de seus governantes, quanto ao egoísmo liberal<sup>344</sup>. Nessa senda, reconhecendo o liame jurídico e político não pode ser deixado de fora Marx<sup>345</sup>, que enxergou o Direito e o positivismo científico como instrumento de imposição política da classe burguesa dominante, partindo em defesa do interesse proletário, tornando impositiva a oposição da justiça social às consequências desigualitárias burguesas. No socialismo não marxista, com destaque para Menger<sup>346</sup>, havia a mesma preocupação, porém buscando a solução política

---

Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII. n. 121. Março de 2011, p. 126.

<sup>344</sup>WIEACKER, Franz: “Com tudo isto, pode dizer-se que Gierke é seguramente um pensador original. As descobertas históricas do seu direito das pessoas colectivas tornaram-se para ele em modelos para a explicação da origem do Estado e do direito, bem como para a construção da relação entre comunidade e indivíduo. Neste plano, ele combateu de forma consequente em duas frentes que para ele apareciam como opostas em virtude da destruição da unidade originária das comunidades; contra a plenitude de poder do Estado moderno, preparado pelo Estado absoluto e realizado pela revolução francesa, e contra o individualismo, preparado pelo iluminismo e realizado pela sociedade burguesa da revolução industrial. A fórmula mágica de Gierke, que haveria de dominar o Estado mecanicista e de limitar de novo o egoísmo dos indivíduos, é o <organismo> das associações humanas nas quais as pessoas se subordinam, como membros, à personalidade mais elevada <da associação>”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 520.

<sup>345</sup>WIEACKER, Franz: “Na crítica socialista ao positivismo científico, em contrapartida, a opção recaiu no amanhã. Na verdade, Karl Marx, um notável observador da pandectística e um revelador impiedoso da função classista do direito na sociedade burguesa pós-feudal, não viu qualquer possibilidade de fundamentação do direito privado – no qual ele viu uma manifestação da sociedade alienada, no plano das relações de poder e no plano da consciência – que o libertasse das leis dialécticas da história, tendo sido seguido durante muito tempo neste ponto pelos seus discípulos alemães e russos”. In: **História do Direito privado moderno**. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 521-522.

<sup>346</sup>WIEACKER, Franz: “De forma diferente, se passavam as coisas com o socialismo não marxista. Na verdade, a favor do direito privado e da possibilidade da continuação dum seu contínuo desenvolvimento apenas tomaram posição os <socialistas catedráticos> de Viena, que não se sentiam limitados pela tradição jurídica especializada. No seu importante texto polémico, durante muito tempo desleixado pelos juristas, <Das bürgerliche Recht und die besitzlosen volksklassen> (O direito civil e as classes populares não proprietárias) (1890: 3ª ed., 1904), o jurista Menger – não por acaso a propósito, tal como Gierke do primeiro projecto do Código Civil) – opôs aos ideais jurídicos do positivismo científico e ao projecto por estes maturado críticas de princípio. A sua profunda análise social partia de que o direito privado abstracto e aparentemente neutral significava para os pioneiros e beneficiários da revolução industrial a exploração das classes economicamente mais débeis da sociedade; pois, em face da desigualdade das condições de partida, a liberdade de conformação do direito privado, como mera oportunidade formal de conformação, acabava por reduzir os indivíduos com menos oportunidades a uma situação de falta de liberdade económica. Neste ponto, Menger falava, como socialista catedrático, mas da classe operária que atingira a consciência política do que dos camponeses e da pequena burguesia que, apesar da sua diferente consciência ideológica, se encontravam em idêntica situação. Em geral, a análise de Menger era, do ponto de vista da situação da sua época, inatacável; ela apenas foi ultrapassada ou encoberta nos tempos mais recentes através da ascensão do quarto estado e da sua integração na moderna economia do bem-estar e do pleno emprego. No entanto, quando Menger escrevia, as classes não proprietárias não eram apenas economicamente desfavorecidas, mas impedidas, também como os próprios meios do direito, de levar a cabo uma auto-defesa colectiva da igualdade de oportunidades

dentro do próprio Direito ou fora dele, mas tendo o Direito como imprescindível<sup>347</sup>. Sem desconhecer que houve uma vigorosa contribuição da filosofia kantiana a dar suporte ao desenvolvimento jusracionalista moderno, na medida em que foi valorizado o indivíduo, a sua vontade, favorecendo a sua autonomia e liberdade em face do outro e do coletivo, permitindo ver no Direito, no Direito posto, no positivismo, no método, o caminho imprescindível para tanto<sup>348</sup>. O positivismo, como exemplificativamente na Alemanha, acabou influenciando as ciências de modo geral, produzindo grandes pensadores clássicos, centrando a preocupação metodológica investigativa, inclusive na ciência do espírito, nos fatos, buscando afastar os fundamentos metafísicos, culminando, no Direito, com o legalismo<sup>349</sup>.

---

à partida através da liberdade contratual e da liberdade de associação”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 522-523.

<sup>347</sup> WIEACKER, Franz: “Nesta altura, os esforços moralizantes da crítica socialista voltaram-se unilateralmente contra a autonomia privada; uma vez que o naturalismo não reconhecia uma justificação transpositiva dos direitos subjectivos privados, ele sacrificou, nesta situação, a liberdade de conformação dos particulares ao interesse da sociedade, ou seja, respondeu do ponto de vista teórico com a dissolução do direito privado. Hoje, a unilateralidade deste ponto de vista é reconhecida mesmo nos Estados socialistas. O mundo ocidental procura resolver esta questão fundamental através de diferentes ideologias sociais e de meios técnico-jurídicos. Também a evolução do direito privado alemão se encontra quase exclusivamente sob este signo. É na cláusula definidora do Estado social da lei Fundamenta (arts 20 e 28) que esta evolução procura a sua legitimação de princípio; a sua realização foi confiada à política do direito e à política social dos dias de hoje”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. 524.

<sup>348</sup> WIEACKER, Franz: “No entanto, como já por volta de 1800 os pensadores mais fecundos – à frente dos quais estão Hugo, Feuerbach e Savigny – duma ou doutra forma, eram partidários de Kant, a questão da justiça do direito positivo passou daí em diante a fundar-se na ética kantiana da autonomia moral da pessoa e da sua vontade ética. E na concepção kantiana da ordem jurídica como a forma de tornar possível a maior liberdade compatível com a liberdade dos outros sujeitos de direito. Através das <Críticas> de Kant, sobretudo através da <Crítica da Razão Pura> a questão acerca dos requisitos apriorísticos de uma ética social assumiu, paralelamente, a forma de uma questão acerca dos requisitos formas de uma ciência jurídica positiva filosoficamente legitimada. Da ética de Kant (que, em si mesma, não era de modo algum formal) provém, portanto, um dos veios principais do formalismo científico, ou seja, do positivismo científico que havia de transformar o *usus modernus* tardio numa ciência autônoma do direito positivo”. *In: História do Direito privado moderno*. 2ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1967, p. p. 402.

<sup>349</sup> LARENZ, Karl: “Como un movimiento espiritual general (europeo), el “positivismo” fue apoderándose, más o menos, em el curso del segundo tercio del siglo XIX, em Alemania, de todas las ciencias del espíritu. Hasta qué punto cooperaron ahí, em lo particular, las influencias inmediatas de la filosofía social “positivista” de AUGUSTE COMTE, las de los filósofos ingleses (BENTHAM, J. ST. MILL), o de las ciencias naturales, em especial de la “teoría de la evolución” de DARWIN, hasta qué punto hubo una reanudación del viejo “empirismo”, de la psicología de la asociación de locke y, em la ciencia del Derecho, también de la ética utilitarista de um TOMASIO, no necesita ser estudiado aquí. Baste com saber que la ciencia del Derecho tomó plena parte em el giro general hacia el positivismo. El positivismo como contramovimiento, tanto contra el Derecho natural racional-deductivo como contra la posición fundamental metafísica de la filosofía idealista alemana y también contra el romanticismo y la vieja “escuela histórica”, se caracteriza, especialmente, por la tendencia a desterrar toda “metafísica” de la ciencia y limitar ésta a los “hechos” y a sus leyes empíricamente observables. El positivismo, por conseguinte, por lo que se refiere a las ciencias naturales, pero no

O Estado de Direito liberal com a objetivação do Direito na lei deu um passo firme e importante na consolidação do reconhecimento de direitos subjetivos ao homem. A própria noção de mudança de paradigma de soberano e súdito para governante e cidadão é revelador da transferência de legitimidade para o exercício do poder, tendo-se, a partir disso, a abertura para a consolidação das teses jurídicas, amparadas em paradigmas filosóficos e sociais, de reconhecimento de poder ao cidadão, consolidando o conceito de direito subjetivo, distinguindo-o de qualquer ato material de concretização de interesses, tornando, na seara processual, inconfundível com a pretensão e com o direito de ação<sup>350</sup>. Do projeto iluminista burguês originaram-se as concepções jusnaturalistas, as revoluções e as codificações<sup>351</sup>, criando as condições propícias para o incremento do desenvolvimento do humanismo<sup>352</sup>, permitindo a formulação, desenvolvimento e consolidação das teorias positivistas, confiando na premissa de que a origem do poder e da lei estava no Estado<sup>353</sup>, atribuindo-lhe a função de guardião das liberdades individuais.<sup>354</sup> Todavia, não está

---

a la ética ni a la teoría del Derecho, podía apoyarse, hasta un cierto grado, em la teoría del conocimiento de KANT". *In: Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 51.

<sup>350</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: "Destes conceitos se podem extrair basicamente duas consequências; a) a primeira, que o poder concedido pela ordem jurídica (direito subjetivo), de fazer valer ou não um preceito que estabelece um determinado comportamento, depende única e exclusivamente, salvo raras exceções, tais como a representação legal dos incapazes e a figura do substituto processual, da vontade do titular deste poder. b) a segunda, e a mais importante para o nosso estudo, é a de que o direito subjetivo é um *status* jurídico de que goza o titular do poder, não implicando necessariamente a ideia de exercício desse poder que se refere à pretensão ou à ação de direito material, como se verá mais adiante, pois, conforme destaca Ovídio B. da Silva, "poderá haver direito subjetivo sem que haja, ainda, ou não mais exista, a faculdade reconhecida ao titular de poder existir a observância e realização de seu direito". *In: Perspectivas Epistemológicas do Direito Subjetivo. Revista da AJURIS*. Ano XXXVIII. n. 121. Março de 2011, p. 127-128.

<sup>351</sup>GROSSI, Paolo: "Las matrices iusnaturalistas pesan sobre el Código. Como norma que presume de enredar La complejidad de La sociedad em um sistema cerrado, El Código, toda codificación, puede traducirse em uma operación drásticamente reduccionista: si La razón civil puede y debe deseñarse em uma armonía geométrica bajo El lema de La máxima simplicidad y de La máxima claridad, El legislador debe empeñarse em um esfuerzo de depuración y decantación". *In: Mitología Jurídica de La Modernidad*. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira. 2003, p. 81.

<sup>352</sup>*In: NARVÁEZ HERNANDEZ, José Ramón: La crisis de la codificación y la historia del derecho. Anuario Mexicano de Historia Del Derecho*, ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, págs. 191-215.

<sup>353</sup>MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: "O direito natural da igreja católica romana havia perdido o poder de controlar o príncipe. O direito natural secular, apesar de ser a inspiração de muitas idéias que alimentaram intelectualmente a revolução, era ineficaz para controlar as atividades do estado. Não dispunha de organização e poder sancionador. A eterna controvérsia entre os jusnaturalistas e os juspositivistas (familiar a qualquer estudante de filosofia do direito) foi resolvida de forma decisiva em favor dos positivistas, ao menos para fins práticos". *In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 46

<sup>354</sup>HÖFFE, Otfried: "No Estado em sentido restrito, o Estado da idade Moderna européia, as restrições de liberdade impostas pelo poder, bem como o seu financiamento impostos, mostram-se muito mais fortes. Na verdade, o próprio Estado moderno, visto de acordo com a noção de diferentes épocas

sendo feita a defesa de que apenas o Ocidente tenha sido o exclusivo depositário fiel dos direitos humanos e que estes surgiram espontaneamente com o liberalismo. Desde há muito foi preparado o caminho para a consolidação dos direitos subjetivos no Estado Liberal. É possível retroceder historicamente para a Grécia<sup>355</sup>, especialmente com Aristóteles<sup>356</sup>, à ciência jurídica romana, inclusive no Medievo. Outrossim, não se pode deixar de notar que em outras partes do mundo, em diferentes épocas, também houve preocupação com os direitos subjetivos<sup>357</sup> e do homem<sup>358</sup>, em face de construções históricas diversas que desembocaram na necessidade de tais reconhecimentos, com o que, talvez, analogicamente às lutas contra o autoritarismo promovidas pelo liberalismo, passaram por dificuldades sociais e injustiças que levaram a tanto.

Em não sendo os direitos subjetivos e humanos originários exclusivamente do liberalismo, também não pode ser admitida a concepção perfunctória de que os

---

da história, vincula-se ao direito, submetendo-o até a princípios fundamentais de dignidade moral-jurídica, a saber, os direitos humanos". *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 107.

<sup>355</sup>VILLEY, Michel: "É um tema eminentemente grego o do direito. Os poetas, os trágicos, os filósofos são como que obcecados pela descoberta, no seio do cosmos, das cidades, ou da história humana, de uma ordem harmoniosa. Poderíamos seguir seu desenvolvimento sob termos diversos, numa multidão de autores". *In: O Direito e os direitos humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 33.

<sup>356</sup>VILLEY, Michel: "Os fundadores do estoicismo, que viveram mais tarde nos impérios helenistas e se afastaram dos negócios públicos, ocuparam-se sobretudo com moral. A mesma coisa é verdade de Epicuro, mesmo quando tentou esboçar sua própria teoria da gênese do direito. Admitindo a possibilidade de aplicá-los aos governos das cidades, Pitágoras se interessa pelos números, pelas matemáticas e pela música. Platão, representado pelo famoso quadro de Rafael, tem os olhos voltados para o céu, e, se se preocupa com justiça no Górgias, na República, nas Leis e em outros diálogos, era com uma justiça moral, ou com uma justiça universal, ou com Política, não com o ofício jurídico. No mesmo quadro de Rafael, Aristóteles olha para a terra. Dotado desse espírito universal que fez dele o modelo do Filósofo, de uma curiosidade enciclopédica, pouca coisa na vida terrestre escapou às suas observações, e sobretudo não os fenômenos da vida social cotidiana: o comércio, a partilha das riquezas no interior de cada cidade; as defesas dos advogados, cuja análise sua retórica oferece; o comportamento dos pleiteantes e dos juizes, de seus conselhos, as realidades judiciárias. Devemo-lhe ter descoberto o conceito do direito". *In: O Direito e os direitos humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins fontes, 2007, p. 34-35.

<sup>357</sup>Anderson Teixeira classifica historicamente a evolução do direito adquirido em período embrionário, pré-científico e científico, sendo que as duas primeiras classificações são anteriores ao liberalismo. *In: O Direito Adquirido e o Direito Intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba. Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul*. Vol. 29. nº 61, 2005, p. 136.

<sup>358</sup>HÖFFE, Otfried: "Não se pode afirmar unicamente que seja infundada a presunção ocidental segundo a qual os direitos humanos são invenção exclusiva do Velho Mundo. Equivocada seria também a posição diametralmente oposta, ou seja, a simples autocrítica que vê os direitos humanos como resultado de patologias encontradas supostamente, apenas no Ocidente. Sem sombra de dúvidas, com freqüência, declarações de direitos humanos, literalmente, "nasceram a partir de uma necessidade". Contudo, não se pode negar que a miséria e grandes injustiças, como escravidão, colonialismo, intolerância religiosa e outros tipos de opressão, também possam ser encontradas fora do Ocidente e de sua Idade Moderna". *In: A democracia no mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 69.

direitos subjetivos e humanos são originários especificamente da revelação judaico-cristã e do pensamento greco-romano. O espaço geográfico e temporal dos direitos subjetivos e humanos transcende uma única cultura, sendo exigível de todas as culturas, como retromencionado. O fundamento de validação da afirmação mencionada é verificável em muitas passagens. Em um épico mesopotâmico, na epopéia de Gilgamesh, há mais ou menos 2.000 a. C. já se alertava ao herói, o rei Uruk, para tratar com justiça seus servos, não praticando atos abusivos contra eles. Na Índia, um dos maiores épicos clássicos, Mahabharata, do século XVII a. C., prega que o soberano proteja seu povo com todos os meios possíveis. Em um grupo nativo norte-americano que vivia na região em torno dos Grandes Lagos, chamados de iroqueses ou haudenosaunee, na primeira metade do século XV, proclamou que todos os membros das tribos seriam livres enquanto indivíduos e que usufruiriam de igualdade de privilégios e direitos. No Alcorão e no Torá, entre outros tantos escritos religiosos antigos, há também diversas passagens reconhecendo a preocupação com o homem. No Código de Hamurabi (1694) havia o reconhecimento de propriedade do homem sobre sua “casa, campo e pomar”. Em Roma podem ser citados a “Lex Acilia Repetundarum”, as “Verrinas” de Cícero, o Código Teodosiano, o Corpus Júris Civile, entre outros. De outra banda, há na influência judaico-cristã e ocidental passagens que depõem contra os direitos humanos. Há a crença religiosa, originária do Antigo Testamento, de que haveria um único povo eleito, permitindo-se a escravidão daqueles que não pertenciam à comunidade. Há, ainda, várias passagens, a começar pela origem da costela do homem da mulher, permissivas do tratamento desigualitário da mulher, contradizendo o princípio universal dos direitos humanos<sup>359</sup>. Dessa forma, parece ser inegável que a preocupação com os direitos humanos é uma “herança de justiça coletiva de toda humanidade”<sup>360</sup>, bem como que parece estar sendo incrementada progressivamente com o passar dos anos pelos Estados, tanto que a pena de morte vem diminuindo gradativamente. De figura onipresente nos Estados, aplicável inclusive para delitos de potencial ofensivo menor, com execução em praça

---

<sup>359</sup> HÖFFE, Otfried: “... o conceito do direito subjetivo, imprescindível para os direitos humanos, remonta à idade Média, embora não ao seu pensamento genuinamente cristão, mas ao direito humanista do século XII. O conceito ali empregado apenas de passagem não é, porém, investido de uma dignidade hierárquica fundamental, que tanto justifica quanto limita a ordem jurídica e estatal. Juntamente com os elementos judaicos e cristãos ele faz parte tão-só da pré-história dos direitos humanos”. *In: O que é Justiça?* Tradução: Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, Coleção: Filosofia – 155, 2003.

<sup>360</sup> HÖFFE, Otfried. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 69.

pública, com torturas e humilhações, passou ter diminuído os crimes apenáveis, com métodos menos degradantes, tendo, por fim, sido abolido na maioria dos países atuais<sup>361</sup>.

A partir do momento em que o povo adquire a legitimidade política de criação das leis passa conseqüentemente a visar, ao menos em tese, precipuamente interesses da maioria. A lógica axiomática referida foi produtora de uma abertura inovadora em relação à proteção do homem, com a admissão inicial de direitos de proteção, mas que, com o passar do tempo, agregou vários outros interesses individuais e transindividuais fundamentais na persecução do fim democrático. O objetivo mencionado não tem um limite delineável, mas é certo que tem início, tem sua base, no reconhecimento e consolidação, precipuamente constitucional, dos direitos humanos e fundamentais<sup>362</sup>. Surge, então, uma inter-relação indissociável entre direitos subjetivos, humanos e fundamentais, apta a expandir-se e irradiar-se<sup>363</sup>.

---

<sup>361</sup>PINKER, Steven: “Como funciona em tempo real a restrição ao poder do governo? Podemos ter uma janela singularmente esclarecedora para observar o mecanismo do progresso humano se examinarmos o que sucede com o supremo exercício da violência pelo Estado; a execução deliberada de seus cidadãos. A pena de morte já foi onipresente entre os países e era aplicada a centenas de pequenos delitos em escabrosos espetáculos públicos de tortura e humilhação. A crucificação de Jesus junto com dois ladrões é um bom lembrete. Depois do Iluminismo, os países europeus pararam de executar pessoas, exceto pelos crimes mais hediondos: em meados do século XIX, a Grã-Bretanha havia reduzido o número de crimes capitais de 222 para quatro. E os países buscaram métodos de execução, como o enforcamento, que fossem tão humanos quanto uma prática horripilante como essa poderia pretender ser. Após a Segunda Guerra Mundial, quando a Declaração Universal de Direitos Humanos inaugurou uma segunda revolução humanitária, a pena capital foi totalmente abolida em um país após o outro, e na Europa continua a existir apenas em Belarus. A abolição da pena capital tornou-se global (figura 12.3), e hoje essa punição está no corredor da morte. Nas três últimas décadas, a cada ano é abolida em dois ou três países, e menos de um quinto das nações do mundo continuam a executar pessoas. (Embora noventa países conservem a pena capital em seu código de leis, a maioria não executou ninguém nesta última década.) o relator especial da ONU sobre execuções, Christof Heyns, observa que, se o ritmo atual da abolição prosseguir (ele não está profetizando que isso irá acontecer), a pena capital desaparecerá do planeta até 2026”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 254.

<sup>362</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Não se pode falar em democracia, contudo, sem falar em determinadas categorias, tais como os direitos humanos e fundamentais. Há um grau de “incompletude” na democracia no âmbito do Estado Democrático de Direito. O ponto de partida, contudo, não havendo um teto limite, deve ser o dos direitos e garantias fundamentais. O Estado é permeado por instâncias de mobilização e desmobilização política permanentes; tem uma estrutura volátil, informada por determinadas balizas que são seus marcos substanciais. Essas balizas são os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição da República. A força do Estado está no seu poder de intervir eficazmente no plano dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, na força que tem para promover e prover os direitos e garantias fundamentais”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 41.

<sup>363</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Esta expansão e/ou irradiação dos direitos fundamentais explica-se à medida que estes transcrevem direitos humanos. Quero dizer que aqueles processos não dependem tanto das conexões jurídico-formais, mais ou menos sofisticadas, como das potencialidades ínsitas na dignidade da pessoa enquanto natureza humana, que, em todo caso, sua formalização e

Há a admissão pelo Estado de um *telos* dos direitos fundamentais a ser desvendado no seio comunitário<sup>364</sup>, no sentido de não estarem limitados ao texto formal da lei ou Constituição, mas no do reconhecimento de integrarem o Direito e a Constituição vivos<sup>365</sup>, e, ainda, pela constitucionalização das instituições governamentais, com a atenção destas aos direitos subjetivos e liberdades fundamentais, criadora de uma aderência social, jurídica e política a tais objetivos<sup>366</sup>, de modo a assinalar o desejo de afastamento de qualquer óbice ao implemento dos mesmos e de promoção de condições favoráveis ao seu desenvolvimento pleno<sup>367</sup>. E quando se fala em implemento e promoção não é possível passar ao largo do reconhecimento da relevância do processo, da tutela judicial reconhecendo o direito subjetivo<sup>368</sup>, para

---

tecnificação devem sempre respeitar e proteger”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 216.

<sup>364</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O Estado deve ter em conta o *telos* dos direitos fundamentais, de modo que os limites por ele estabelecidos correspondam ao sentido de tais direitos no sistema total dos valores que os informa. A fixação imanente de cada direito fundamental deve ceder ante os limites que têm de estabelecer-se pelo Estado para a proteção prevalente dos valores integradores da comunidade”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 190-191.

<sup>365</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Já não ocorre com em Weimar, onde o legislador fixava o conteúdo dos direitos fundamentais (os direitos fundamentais dentro dos limites das leis gerais) com a consequência de que a garantia de tais direitos implicava uma sua atualização de acordo com o princípio básico da legalidade da Administração. Diferentemente, hoje os direitos fundamentais estabelecem o conteúdo da legislação. Em resumo, os direitos fundamentais já não se movem dentro das limitações legais, sendo constituídos por estas. Verifica-se justamente o contrário: são estas as que se movem conforme os direitos fundamentais”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 214.

<sup>366</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Ao largo deste estudo, defendeu-se, por um lado, a necessidade de um texto constitucional configurador das instituições e órgãos do Estado-Administração (*frame of government*), reconhecedor e garantizador dos direitos e liberdade fundamentais. Por outra parte, insistimos na importante função que cumpre o sentimento constitucional como elemento que expressa emocionalmente, sem descartar sua racionalidade adjacente, a adesão ao desenho constitucional e aos direitos humanos”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 173.

<sup>367</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “quando se confessa que a liberdade, a igualdade e o pluralismo ainda não alcançaram sua máxima capacidade de realização, quando se assinala que há obstáculos e que é preciso promover condições que favoreçam a plenitude daquelas, na verdade se está recolhendo o desejo arraigado da sociedade civil de transformar as estruturas políticas, conforme prevê a Constituição”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 170.

<sup>368</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “O direito subjetivo “mediato”, como costuma ser concebido pelos autores, não é mais que uma vantagem objetiva; é uma vantagem porque o ordenamento jurídico, por meio de sua função principal de hierarquizar os interesses em sociedade, favorece o interesse de uma pessoa em detrimento de outra, e é objetiva porque está prevista no próprio ordenamento jurídico. Esta vantagem objetiva, ou, como prefere Lois Estevéz, uma “proteção formal provisória” para que seja um “direito subjetivo”, adquirindo o verdadeiro status de proteção definitiva, no sentido estritamente técnico da palavra, necessita ser confirmada por uma sentença...”. *In: Perspectivas*

tanto e da contribuição da evolução narrada para a construção teórica dos direitos subjetivos como vantagem jurídica atribuída ao titular para o exercício de um poder, não confundindo com a ação material e a sua pretensão que podem lhe ser decorrentes<sup>369</sup>, sem descuidar para o fato de que o direito subjetivo pode dispensar a pretensão e admitir diretamente a ação de direito material<sup>370</sup>. E para o exercício desse direito subjetivo é imprescindível o processo e o poder jurisdicional, o qual se manifesta através da coercibilidade, que no final das contas, é em favor do próprio cidadão, na concreção de seu direito<sup>371, 372, 373</sup>. Portanto, em face do inegável

---

epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p. 133.

<sup>369</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Para ter mais clara a ideia de que o direito subjetivo é somente um estado jurídico, uma vantagem objetiva concedida pela ordem jurídica de que goza o titular do poder, não confundindo-a com a ideia de pretensão material nem de ação material, necessitamos responder à seguinte pergunta; pode existir direito subjetivo sem que haja para o titular do poder a possibilidade de exigir a realização do seu direito/ A esta pergunta devemos responder afirmativamente...”. *In*: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p. 129.

<sup>370</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Também se pode acrescentar que o direito subjetivo não implica necessariamente a ideia de que o exercício deste poder seja realizado diretamente por meio da pretensão, pois, em algumas hipóteses, o exercício deste poder pode ser realizado diretamente por meio da ação material, como ocorre, v.g., nos direitos potestativos.”. *In*: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p. 132.

<sup>371</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Em consequência, toda sentença é intrínseca e objetivamente coercitiva, porque, além de concretizar a existência do direito às partes, se impõe à vontade das mesmas, pois traz em si a alternativa de uma escolha, com a exclusão de outras escolhas possíveis, principalmente, por parte do obrigado; conseqüentemente, o querer volitivo do obrigado para a realização do direito subjetivo mediato é elemento secundário. Se realmente existe “direito subjetivo mediato” antes da sentença, sua realização não pode depender do querer volitivo do obrigado, pois, se isto fosse certo, somente existiria direito subjetivo mediato quando o obrigado voluntariamente concordasse, o que é um absurdo”. *In*: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p. 138/140.

<sup>372</sup>Afirmações que pressupõem a corrente dualista, em detrimento da monista. RIBEIRO, Darci Guimarães, ressalta: “A análise do moderno conceito de direito subjetivo levado a cabo principalmente pelos autores que mantêm uma postura dualista do ordenamento jurídico é insuficiente quando este conceito é aplicado pelos defensores da teoria monista e confrontado com a realidade cotidiana, pois, de acordo com a teoria monista, como é sabido, não existe direito subjetivo antes da sentença”. *In*: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p. 142.

<sup>373</sup>Sem desconhecer que, considerando a teoria monista, de regra, os direitos subjetivos são constituídos com a sentença, com exceção dos denominados direitos subjetivos imediatos. RIBEIRO, Darci Guimarães: “À diferença dos anteriores, os direitos subjetivos imediatos não necessitam ser exercidos frente a ninguém, conseqüentemente sua existência não afetará a esfera jurídica de nenhuma pessoa e, portanto, não há necessidade de uma sentença para submeter, atual ou potencialmente, o querer volitivo de um obrigado que não existe. Por esta razão é possível sustentar, dentro do ordenamento jurídico, a existência deste tipo de direito sem necessidade de uma sentença. Nos direitos subjetivos imediatos, como, por exemplo, o direito à vida, a liberdade ou à ação judicial, a simples vantagem objetiva concedida pelo ordenamento jurídico é suficiente para que o mesmo possa existir, na medida em que sua existência não comporta nenhuma “limitação” à esfera jurídica de outra pessoa. O simples exercício de direito subjetivo imediato é suficiente para que ele mesmo possa produzir efeitos independentes de uma sentença judicial”. *In*: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII, n. 121, Março de 2011, p.

incremento proporcionado aos direitos humanos pela revolução liberal de origem europeia, somado à maior proximidade e influência no contexto da presente sociedade ocidental, especialmente brasileira, onde se busca o delineamento possível da democracia no âmbito jurisdicional, o trabalho resta mais centrado no desenvolvimento ideológico e político do velho continente. E, em face da importância do implemento dos direitos e garantias fundamentais nas Constituições, postas em texto legislativo próprio, ou não (como no caso da Constituição da Grã-Bretanha)<sup>374</sup>, com especial destaque dessas consequências para o Brasil, passa a ser enfrentado a temática da Constitucionalização dos Estados. Não sendo demais já deixar consignado que a noção de constituição viva defendida pressupõe um amalgamento de constituição formal com a experimentação constitucional, constituidor de um Estado material constitucional e de direito alicerçado no homem e em suas construções jurídicas racionais, no ser e ter Constituição. O ser constituição pressupõe o círculo hermenêutico-filosófico, o ser racional e senciante. Partindo dessa premissa é lícito admitir a constituição de uma tradição constitucional e democrática protetiva de retrocessos sociais, de defesa dos direitos do homem. E, ainda que o perigo seja menor, menos frequentes e com maior facilidade de reparação em países que adotam um regime de fim democrático e o inverso nos países de objetivo autocrático, o perigo estará sempre presente, tornando incessante a luta<sup>375</sup>. Desse ponto, é possível estabelecer o paralelo com um dos pontos chave da tese que é o do combate ao solipsismo judicial geradora de uma concepção de regime autocrático judicial, que, como visto, é mais propenso a admitir retrocessos sociais e atentados contra os direitos dos homens tão duramente alcançados no decorrer de séculos.

---

144.

<sup>374</sup>SANTORO, Emilio: "O terceiro aspecto do rule of law não é, portanto, apresentado como um princípio, mas como uma "fórmula" que esclarece que as normas que, nos países da Europa continental, fazem parte da Constituição, na Grã-Bretanha, ao contrário, "não são a fonte, mas a consequência dos direitos individuais assim como são definidos e tutelados pelas Cortes". Essa "fórmula" não fixa os limites da legitimidade constitucional de normas e institutos: lembra simplesmente o fato de que a "Constituição inglesa" não é o fruto de uma atividade extraordinária destinada à sua produção, mas 'o resultado do direito ordinário". In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 225.

<sup>375</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "O sentimento constitucional de adesão aos valores e postulados do Estado material de Direito é um sólido alicerce racional-senciante próprio da natureza humana para sua defesa. Mas como, desgraçadamente, mesmo nos Estados com uma tradição democrática mais longa, sempre haverá perigos, faz-se necessário lutar constantemente pelos direitos do homem. É claro que tais perigos são menos graves, menos frequentes e mais suscetíveis de reparação nesse tipo de Estado do que nos regimes autocráticos". In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2004, p. 167.

### 2.2.3 – Processo de constitucionalização escrita dos Estados – Inauguração de novas possibilidades

Em face da posição de destaque da Constituição na proposta em apresentação é necessário traçar o seu alcance neste momento. Não é demais frisar que o destaque do modelo escrito de Constituição filia-se sobretudo ao modelo continental adotado no Brasil, de prever em um único documento legislativo escrito a Constituição, mas não deixa de reconhecer a relevância do outro prisma constitucional do *Common Law*, especialmente da Grã-Bretanha, inclusive com a admissão de uma Constituição não escrita em um único documento, mas que tem seu conteúdo registrado nas decisões judiciais<sup>376</sup>, de modo diverso do que acontece na tradição continental, sem desconhecer que doutrinadores que preferem esse modelo ao da Constituição escrita em documento legislativo por entender que a consagração legislativa acaba por enfraquecer a Constituição<sup>377</sup>.

Porém, cumpre lembrar, em sentido oposto, o plus humanístico agregado com a Constituição Alemã do segundo pós-guerra, que ao dar tratamento diferenciado constitucional e criar um tribunal autônomo constitucional, “guardião da constituição”, permitiu a consolidação dos direitos subjetivos, com a superação do formalismo do Estado de Direito para dar efetividade a princípios constitucionais permissores da democracia constitucional<sup>378</sup>. De igual forma, também há quem veja nos Estados

---

<sup>376</sup>SANTORO, Emilio: “A ideia, difusa na Europa continental, de que a Grã-Bretanha não tivesse uma constituição e, em particular, que não existissem direitos constitucionalmente garantidos é, portanto, absurda. Se se comparam as constituições continentais com as disposições jurídicas inglesas e, em primeiro lugar, com as de origem jurisprudencial, percebe-se que “a constituição inglesa”, com o seu núcleo fundamental de direitos de liberdade, existe, mas não é sancionada por um único documento. Ela não contém uma declaração dos direitos como é típico das constituições dos outros países. A tutela das liberdades pessoais encontra o próprio fundamento nas decisões jurisprudenciais: o direito constitucional não é outra coisa senão uma generalização dessas decisões”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 225.

<sup>377</sup>SANTORO, Emilio: “A previsão constitucional dos direitos não garante, de modo algum, os cidadãos contra a supressão ou suspensão destes; aliás a favorece, como demonstra o fato de que, nos países dotados de uma declaração dos direitos, a validade desta declaração é muitas vezes suspensa. O fato de que os direitos sejam previstos por um teto normativo especial, que sejam “alguma coisa de estranho e de independente do corpo ordinário do direito”, torna-os como alguma coisa que pode facilmente ser posta de lado sem subverter a normal prática jurídica. A previsão constitucional que, em teoria, teria o objetivo de fortalecer a garantia de alguns direitos considerados fundamentais, impedindo ao Parlamento de suprimi-los sem modificar de modo explícito a constituição segundo as proceduras especiais eventualmente previstas, acaba, portanto por enfraquecê-los”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228.

<sup>378</sup>GOZZI, Gustavo: “A democracia que se afirmou na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial elevou o Tribunal Constitucional Federal a “guardião da Constituição” e fez dele um órgão

Unidos, entre 1764 e 1776, a concepção da Constituição como um instrumento legislativo escrito de normas como um divisor de águas, apto a fazer prevalecer o seu conteúdo em face do Poder Legislativo ordinário<sup>379</sup>. Essas concepções, agregadas a outras tantas da tradição da *Civil Law*, são condição *sine qua non* de inculcar o jurídico e constitucional no cidadão, presente nessa tradição, na concepção adotada de constituição viva<sup>380</sup>, considerando fortemente também as amarras das construções jurídicas racionais das teorias de Direito.

De qualquer modo, tudo o que já foi dito permite perceber que o Iluminismo/Liberalismo, a proteção dos direitos individuais, da liberdade, com a cientificidade, em muitos casos, com a premissa da objetivação da lei, com a constituição do Estado de Direito, foi pressuposto para que, em um segundo momento, com o incremento de novos interesses democráticos, houvesse um redimensionamento da importância da Constituição. Nas primeiras posições positivistas a Constituição tinha um papel de menor importância prática em face da lei, muito em razão do perfil liberal dominante, que priorizava os interesses individuais.

---

constitucional dentro do processo de formação da vontade política. O desenvolvimento de um sistema de justiça constitucional elimina qualquer tensão potencial entre legalidade e legitimidade e assegura a identidade da Constituição. Mas é também a concepção da Constituição que mudou na democracia constitucional alemã em relação ao Estado de Direito; a Constituição não representa mais apenas o limite do poder estatal em relação à liberdade do cidadão; ao contrário, constitui também “a positivação jurídica dos valores fundamentais do ordenamento da vida da comunidade”. Trata-se de valores ou princípios de justiça que postulam uma “validade para todos os âmbitos do direito”; a realização desses representa a condição necessária, ou seja, a criação daquele conjunto de pressupostos sociais que tomam efetiva a liberdade de todo indivíduo. É sobretudo essa superação do formalismo do Estado de direito aquilo que o torna incompatível com a realidade da hodierna democracia constitucional”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 334-335.

<sup>379</sup>CASALINI, Brunella: “Nos Estados Unidos, entre 1764 e 1776, afirmou-se uma concepção da Constituição que representa um verdadeiro e próprio divisor de águas em relação ao pensamento constitucional pré-moderno. A Constituição não será mais entendida como um aglomerado de leis, costumes e tradições, mas será considerada um esquema fundamental de governo, reconduzível a um corpo sistemático e escrito de normas. A constituição assume um caráter normativo e não mais simplesmente descritivo. A própria pala *Constitutio* é, pela primeira vez, utilizada naqueles anos no seu significado hodierno, e o poder da Constituição é posto claramente acima do poder do legislador ordinário”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 264.

<sup>380</sup>SANTORO, Emilio: “A história mostra que os direitos de liberdade são mais seguros na Grã-Bretanha, onde “o direito constitucional é pouco mais do que uma generalização dos direitos garantidos pelas Cortes aos indivíduos”, onde não tem sentido falar de direitos “fundamentais” ou de direitos mais garantidos do que outros”. Em particular, os acontecimentos do século XIX mostram que, ao contrário, onde a liberdade individual é sancionada apenas pelos princípios constitucionais, se está certo de que a validade da carta constitucional que a garante possa ser suspensa ou revogada. O fato de que na Grã-Bretanha os direitos de liberdade tivessem sempre sido percebidos como parte do “direito ordinário” comporta, ao contrário, que ninguém considere que eles possam ser eliminados “sem uma verdadeira e própria revolução nas instituições e nos costumes da nação””. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 228.

No entanto, tal aspecto não foi negativo, pois foi precursor das garantias sociais, tanto que a Constituição do Brasil, como a de diversos países sul-americanos, acabaram por consagrar primeiramente os direitos da personalidade humana, para em seguida tratar dos direitos sociais. A própria noção de constitucionalismo no Processo está vinculada à nova roupagem, ao protagonismo experimentado pela Constituição, com a ultrapassagem do perfil liberal clássico, onde a centralização do homem foi de inegável importância, permitindo novas possibilidades, que hoje estão, no Brasil, mais próximas do objetivo democrático<sup>381</sup>.

Nesse primeiro período constitucional liberal clássico, onde a Constituição ainda estava muito distante do modelo democrático, a contribuição constitucional foi maior na densificação dos direitos individuais, diagnosticado, em Sarlet, com a denominação de “processos de constitucionalização dos direitos naturais do homem”<sup>382</sup>, que teve início a partir do final do século XVIII e que continua em trâmite em muitos lugares, em especial, nos países periféricos. Somente depois de um século, já no século XX, é que as constituições passaram a trabalhar com a possibilidade de inserção de encargos sociais ao Estado em favor do cidadão, dando origem ao novo papel constitucional defendido. Como dito no subcapítulo anterior, o Estado de Direito nasceu como direito de proteção contra os próprios governantes do Estado, assegurando a igualdade, na medida em que não compactuava com o arbítrio governamental. Era uma liberdade contra esses tipos de atos. Porém, com o desenvolvimento cultural e social passou a ser pensada em uma outra noção de liberdade diversa daquela projetada sob o manto burguês, vinculada a um conceito de justiça social, muito distante, portanto, do fosso social produzido pelo capitalismo desenfreado, com o que o Estado teve que abandonar a sua passividade característica do modelo liberal, para assumir uma postura comprometida com realizações sociais. Surgiu daí um momento de certa relevância do poder executivo, que excedeu, em algumas situações, para um paternalismo governamental, onde deve haver, portanto, o cuidado para o cumprimento da tarefa sem abrir mão do

---

<sup>381</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor: “Em este sentido podemos citar como ejemplo los ordenamientos constitucionales de Argentina, Brasil, Chile, Uruguay y desde luego, México, que siguen la terminología francesa de las “garantías individuales” o “constitucionales” com el significado de derechos de la persona humana consagrados em la Carta Fundamental”. *In: Constitución y proceso civil em Latinoamérica*. Mexico: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 25.

<sup>382</sup> *In: Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. Revista de Direito do Consumidor*, nº 30, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Ed. RT, Abril/Junho, 1999, p. 97.

primado pelo Direito<sup>383</sup>. Com o predicado social o Estado de Direito passa a ter um conteúdo material positivo, uma agenda de tarefas voltadas para o fomento e consecução da justiça social, elevando a outro nível a premissa da igualdade<sup>384</sup>.

No contexto histórico da inserção dos encargos sociais teve papel relevante a Carta Política Mexicana de 1917, que imputava ao Estado a responsabilidade pela educação pública e pela reforma agrária, com previsão de um sistema de previdência social e uma série de direitos trabalhistas. De igual forma, a Constituição Alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar, contribuiu para a inserção dos direitos prestacionais do Estado ao prever direitos sociais e servir de modelo para outras constituições, como a brasileira de 1934. No mesmo esforço, a Declaração das Nações Unidas de 1942, estabeleceu, em seu art. 55, o compromisso de todas as nações firmatárias promoverem as condições necessárias para uma vida minimamente digna para todos. Por fim, mas não menos importante, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização Mundial das Nações Unidas, firmada em 10 de dezembro de 1948, contemplou muitos direitos sociais. O art. XXII estabelece, exemplificativamente, que o Estado tem a responsabilidade de atender os direitos econômicos sociais e culturais indispensáveis à dignidade e desenvolvimento da personalidade de seus cidadãos. Em seguida estabelece direitos relativos à seguridade, trabalho, sindicalização, lazer, saúde, educação, cultura, etc.<sup>385</sup>, tudo de modo a contribuir para a implementação dos direitos sociais nas constituições dos

---

<sup>383</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “o Estado de Direito foi se enriquecendo de conteúdo. Nascido frente ao *Fürstenstaat* e o *polizeistaat*, resgatou os indivíduos da ameaça das *lettres de cachet* (ordens de prisão ou de exílio emitidas pelo monarca ou pelos secretários de Estado) e do capricho dos governantes. O Estado de Direito serviu de apoio para direitos subjetivos públicos, convertendo os súditos em cidadãos livres. Os movimentos sociais do século XIX revelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se formasse uma consciência da necessidade da justiça social. Mas o , que já não podia se justificar como liberal, precisou abandonar a sua neutralidade para afrontar a maré social, além de integrar a sociedade sem renunciar ao primado do Direito”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 90-91.

<sup>384</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O Estado de Direito deixa de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado Material de Direito, na medida em que adota uma dogmática e uma finalidade voltadas para o fomento da justiça social. Desse modo, pode-se dizer que, nas condições do capitalismo avançado, a classe dominante optou pelo Estado Social de Direito. No entanto, dados os resíduos exploradores que ele alberga, é necessário superá-lo mediante uma nova modalidade de um Estado que venha a harmonizar-se plenamente com a justiça social”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 91.

<sup>385</sup>Registro o que está disposto no texto, em seu artigo vinte e cinco: “Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control.” In: The Universal Declaration of Human Rights.

Estados modernos, inclusive o brasileiro.

Na nossa Constituição há um título próprio para os direitos sociais, em uma condição que nunca anteriormente fora vista. Em razão disso, o Estado assume obrigações prestacionais relevantes em prol da sociedade e do cidadão, porém, mais que isso, deve estar permanentemente atento para as transformações sociais e promoção e consecução de direitos que possam vir a surgir, agregando além do social o contorno democrático<sup>386</sup>. Há, assim, com o Estado Democrático de Direito um plus em relação ao Estado Social de Direito, não havendo como deixar de reconhecer que o Estado Providência é um pressuposto do Estado Democrático, havendo, inclusive, previsão constitucional expressa dos mesmos<sup>387</sup>. Em consequência, reconhecida a força cogente e dirigente constitucional, deve ser buscada a implementação de todos os direitos sociais prometidos pela Constituição<sup>388</sup>. Houve a constitucionalização de direitos sociais e coletivos, legitimando não só a proteção de direitos já constituídos, mas principalmente a busca desses direitos prometidos. Há, assim, qualificando o Democrático para além do Estado Social e Liberal, um inegável e importante caráter transformador a ser buscado através da Constituição<sup>389</sup>.

<sup>386</sup> CHAUÍ, Marilena: “A democracia é invenção porque, longe de ser mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstalação permanente do social e do político”. In LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Trad. De Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 7. CASTORIADIS: “Uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou, de uma vez para sempre, as leis justas. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão da justiça permanece constantemente aberta”. In: **Socialismo ou barbárie**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

<sup>387</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Nesse sentido, torna-se importante ressaltar que tanto a forma de Estado Social como a do Estado Democrático de Direito possuem assento no texto constitucional brasileiro de 1988. Na verdade, e como já se viu, os conceitos dessas duas formas de Estado de Direito são complementares. O Estado social significa planejamento e intervenção. Há uma “ideologia constitucional” que aponta para o cumprimento do desiderato constitucional: a construção das condições de possibilidade do cumprimento do estabelecido nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição. Tais dispositivos representam a espinha dorsal da estrutura do Estado Social-Constitucional brasileiro (sem olvidar outros dispositivos, como os que asseguram amplamente os direitos sociais, a participação dos trabalhadores nos lucros das empresas, a função social da propriedade, as políticas fundiárias, para citar apenas alguns)”. In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 85.

<sup>388</sup> STRECK, Lenio Luiz: “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É um plus normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. Desse modo, se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas, é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma confissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas”. In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 85.

<sup>389</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “No Estado Democrático de Direito, há uma transformação do

Na linha do direito vivo, pode ser assumido um desejável viver constitucional, que pode ser expressado em uma adesão social efetiva ao Direito e à Constituição, dos cidadãos às instituições, em todas as suas ações<sup>390</sup>, implicando inevitavelmente em um sentir constitucional<sup>391</sup>, sentir no sentido hermenêutico, do ser, de experimentação humana, sem contrapor conhecimento e sentimento<sup>392</sup>, que não despreza o círculo hermenêutico, as construções racionais e as históricas conquistas jurídicas, políticas e sociais, que vai, muito além, portanto, da regra escrita, não a menosprezando, muito pelo contrário, valorizando a conceitualização, a formalização, a sistematização do Direito e todos os demais postulados jurídicos racionais que dão operatividade ao jurista<sup>393</sup>. Todavia, a visão defendida de Constituição e Direito busca ir além do texto para englobar o contexto, as pessoas, o cidadão, detentor de cargo de poder ou não, a sociedade, a historicidade<sup>394</sup> e a tradição no sentido linguístico

---

*status quo*. Enquanto no Estado Liberal de Direito havia uma limitação da ação estatal, e no Estado Social de Direito havia as chamadas prestações positivas por parte do Estado, o Estado Democrático de direito caracteriza-se pelo seu caráter transformador, sendo a lei (Constituição) instrumento dessa transformação". In: **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 87.

<sup>390</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Dito de outra maneira: quando um ordenamento jurídico é capaz de suscitar ampla e intensa adesão efetiva quanto à sua normatização e, sobretudo, quanto às instituições mais enraizadas em suas bases sociais, então tal ordenamento é algo vivo. Não está ali, afastado, nutrindo-se solitariamente de suas próprias interconexões e interpretações formais. Penetra nas entranhas populares para converter-se em ordenamento sentido". In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 7.

<sup>391</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Ainda assim, a doutrina contemporânea praticamente não presta atenção ao sentimento constitucional, de modo que o fato de estar vigente um ordenamento constitucional e de este ser compreendido, explicado e aplicado mediante categorias conceituais da lógica jurídica parece bastar; o ordenamento constitucional pensa, logo existe (pensa e é pensado, refletido por seus intérpretes lógicos, e com isso basta). De outro modo, para quem suscita a conexão desse pensar constitucional inspirado em seqüências lógico-matemáticas com sua efetividade e, sobretudo, com a adesão dos cidadãos, da sociedade civil, a questão aparece assim: a Constituição é sentida, logo existe". In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.4.

<sup>392</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Apesar da posição tradicional sobre a contraposição entre sentimento e conhecimento, através da qual este último pode colocar em perigo o primeiro, cabe atribuir funções cognoscitivas ao sentimento. Pascal afirmou que *le coeur a ses raisons, que la raison ne connaît point*, enquanto Fichte lhe atribuiu a função de ser experiência da coisa em si (afeição): as coisas se representam como aparição, mas se sentem como coisa em si". In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 52.

<sup>393</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "A conceitualização, racionalização, formalização e sistematização do Direito são indispensáveis. Supõem um indubitável progresso jurídico-social. Sem dogmática jurídica, sem conceitos, categorias, figuras e postulados jurídicos, a Ciência do Direito não existiria. Mas não é este o lugar para um estendido discurso sobre o tema. De momento, importa dizer que a conceitualização não suprime – e seria contraproducente apostar por sua supressão – a necessidade e a operatividade do sentir jurídico". In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 4-5.

<sup>394</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Está claro que é inaceitável um reducionismo sentimental da Constituição.

hermenêutico filosófico, centrado no ser produtor de sentidos, a partir de suas pré-compreensões semeadas no passado. Ou seja, no ser mediando o passado e o futuro, sempre em uma perspectiva inesperada e inovadora<sup>395</sup>. Nesse mesmo diapasão de inserção é possível vincular o desejo de autossuficiência cidadão ao sentimento constitucional individual, tendo-o como latente, devendo ser incentivado, afastando uma indesejada passividade e desinteresse<sup>396</sup>. Desse modo, a Constituição deixa de ser vista como algo distante da realidade, que vige, é válida, mas sem eficácia fática, remontando à criticada dualidade de mundo do direito e mundo da vida, de fundamento filosófico platônico (mundo sensível e das ideias) e da teoria jurídica kelseniana (ser e dever-ser), vinculado sua teoria ao paradigma iluminista, ao papel limitador do judiciário de mero boca da lei, da teoria de Montesquieu<sup>397</sup>, sem prejuízo do reconhecimento de visões que distinguem, em Kelsen, a teoria do direito com a

---

Isso significaria retornar ao pensamento contra-revolucionário e à tese de uma Constituição natural não escrita, não articulada, nem codificada, que se identifica com o avanço da história nacional e com algumas das instituições que nela considera-se veneráveis. As condições ideológicas e socioeconômicas atuais o dificultam. E, não obstante, a Constituição inglesa perdura, de forma ainda mais admirável, entre razão e pathos, entre racionalidade e sentir constitucionais. Aqui, faz tempo que o sentimento constitucional se racionalizou. E as normações preexistentes, incorporadas no decorrer de um processo histórico que chega até nossos dias, são profundamente sentidas”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 4.

<sup>395</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A historicidade fundamental do eis-aí-ser implica que seu ser é uma mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre. Ora, isso significa dizer que nossa historicidade não é uma limitação, mas antes “condição de possibilidade” de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora “condições transcendentais” de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos a verdade a partir das experiências de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder; nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada”. *In: Revivolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 227-228.

<sup>396</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Enquanto o ordenamento jurídico está aí, sempre patente, a sensibilidade jurídico-constitucional está latente, podendo evidenciar-se. Radicado nos fundos abissais. Às vezes, durante períodos mais ou menos estendidos parece não se manifestar por desinteresse, rotina ou passividade.”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 64.

<sup>397</sup> SANTORO, Emílio: “Para Kelsen, coibir o poder do Leviatã estatal significa, em harmonia com uma ideologia ue se afirmou com o iluminismo, submetê-lo ao controle dos juizes. Mais precisamente, o papel limitador é confiado a um Poder Judiciário ainda uma vez pensado, à la Montesquieu, como “poder nulo”, a um corpo judicial ao qual é confiada a tarefa de ser “boca da constituição”. A reflexão de Dicey põe radicalmente em questão esse papel do juiz e desloca o problema para o âmbito da aplicação do direito, das técnicas interpretativas, da cultura jurídica e da formação dos juizes. Partindo da lição de Dicey, talvez seja possível delinear uma noção jusrealista de “Estado de Direito”, capaz de superar as aporias formalistas e a controversa efetividade garantista que a caracterizaram.”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 263.

“aplicação” do Direito, vendo uma abertura valorativa na última<sup>398</sup>. Porém, na vinculação à “teoria pura” haveria a prioridade para o operador jurídico do mundo jurídico, com uma despreocupação com a eficácia fática, com destaque para o texto legal, para a codificação, que são as primeiras opções para o método subsuntivo, como no positivismo primevo, e passa a ser presente na realidade, na vida das pessoas, sentida pelo povo, com conseqüente preponderância eficaz, integrada com o Direito<sup>399</sup>. Desse modo, está vinculado o imperativo da autossuficiência do cidadão como pressuposto democrático, onde está inserida a noção de Constituição viva, permitindo que o jurista e o não jurista experienciem a Constituição, o jurista vinculado prioritariamente ao aprofundamento teórico e técnico a respeito e o cidadão não jurista à *ratio e telos* do discurso constitucional<sup>400</sup>, evitando a dissociação de dogmática constitucional e vivência constitucional, na medida em que a primeira não é sustentável sem a segunda, mas a união de ambas é possibilitadora de uma desejável expansão da compreensão normativa<sup>401</sup>, construindo uma tradição

---

<sup>398</sup>BONGIOVANNI, Giorgio: “Além disso, é preciso notar que, se em Kelsen está presente a interpretação da norma constitucional como simples fixação dos limites dentro dos quais pode desenvolver-se a atividade do legislador, fica, contudo, evidenciada também a possibilidade de escolha da Corte por uma das possíveis opções interpretativas e, conseqüentemente, por determinados valores”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 413.

<sup>399</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Em definitivo, uma Constituição afastada da realidade é muito distinta da *living Constitution* e/ou da *lebenden Verfassung*. Está vigente, mas no fundo é ignorada pelo comum das pessoas. Uma Constituição vivida é assim considerada, em grande parte, porque é sentida pelo povo e aparece como símbolo político que tem razão de ser em virtude de sua função integradora”. *In*: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 7.

<sup>400</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Em resumo, o sentimento constitucional não repousa na adesão entusiasta, com maior ou menor intensidade, a estes ou aqueles artigos, partes ou capítulos da Constituição, mas na necessária adesão sentida, sólida garantia, a *ratio e telos* do discurso constitucional. A grande maioria dos cidadãos certamente não utiliza, não entende nem usa esses tecnicismos. Porém, compreende que a norma fundamental nos diferencia da e nos protege contra a autocracia, passada ou futura. *Ter e estar* em Constituição com a consciência sentida de sua importância é uma afeição íntima, que brota das entranhas sociais; é amostra firme do caminhar que aponta para uma democracia moderna e sintoma saudável para não se perder nesse caminho”. *In*: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 155.

<sup>401</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A afirmação do sentimento constitucional como tema da Teoria da Constituição não pretende aniquilar a indispensável faceta normativa da Constituição, mas apenas demonstrar que: a) em todo processo constituinte opera o sentimento constitucional com maior ou menor intensidade; b) estabelecida a normatividade constitucional, é lógico que esta se explique tecnicamente, apesar da explicação de sua efetividade requerer o sentimento constitucional; c) nos momentos críticos da vida constitucional, o sentimento constitucional aflora impetuosamente, pois, quando se diz que uma Constituição não suscita adesão, sente-se falta do sentimento constitucional, sendo este substituído por outro; d) a suspeita e cautela da dogmática convencional ante o sentimento constitucional ou seu rechaço se explica mas não se justifica, uma vez que uma normatividade e uma dogmática não são sustentáculos a si mesmas”. *In*: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida

constitucional permissora de avanços democráticos e preventiva de retrocessos oriundos de maiorias contingentes, permitindo assim adequações à Constituição formal, ao texto constitucional, inclusive, quando necessário, de forma revolucionária em momentos de crise aguda<sup>402</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, pode ser acrescido que o homem, o cidadão, é social e sofre influência inevitável no seu ser do contexto no qual está inserido, dentre elas é possível destacar a política e a economia que possuem, cada qual, um *ethos* singular que convivem com o Direito, mas que é autônomo a ele<sup>403</sup>. Então, quando a Constituição viva e democrática busca o atendimento de todos os interesses individuais e transindividuais relacionados à evolução política e jurídica estatal, acaba esbarrando em óbices econômicos e políticos. Dentre eles é comumente e atualmente destacada a ausência de recursos do Estado. Nesse choque, de qualquer modo, o Estado e seus agentes políticos, governantes ou juizes, devem pautar seus atos de acordo com a Constituição resultante das aspirações dos cidadãos, ao menos de acordo com a vontade da maioria, o que resultaria em um verdadeiro governo e judiciário democráticos<sup>404</sup>. Em consequência, é inegável o papel do julgador de buscar

---

Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 140.

<sup>402</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “o sentimento constitucional atua não somente nas reformas formais e indiretas, mas também nas mudanças revolucionárias. A alteração revolucionária da ordem constitucional revela, de forma violenta, a aparição de um latente e/ou novo sentimento constitucional. Mais ou menos impetuoso, rompe toda ou parte da normatividade anterior, instalando uma nova. Esta última brota, inicialmente, de uma atitude passional, de um *pathos* revolucionário”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 140.

<sup>403</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “os impulsos, tendências de índole emotiva, enquanto dimensões vitais do homem *uti singulus e uti socius*, são prévios ao Direito. Não são criados por este, uma vez que são imediatamente dados na vida humana, possuindo sua própria especificidade normativa. A vida econômica e política segue determinadas tendências (espirituais, artísticas, científicas, morais e religiosas), que não adotam, historicamente, a mesma configuração. Todas as transformações econômicas, sociais, políticas, artísticas, científicas e religiosas, sem prejuízo de seus correspondentes princípios e desenvolvimentos, possuem dadas vivências e tendências, de caráter fundamental e condicionante, cuja função é configurar seus respectivos âmbitos vitais. Estes não são propostos ao Direito como materiais simplesmente determináveis, já que contam com sua própria legalidade histórica e sociológica. Ao ordenar a convivência, o Direito poderá conceder-lhes mais ou menos espaço, limitá-las ou tentar dirigi-las, mas não pode criá-las nem alterar sua essência. Ao final, poderá pressionar sobre suas manifestações, de sorte que, na hipótese de esse estabelecer uma ordem objetiva, terá de considerar suas legalidades intrínsecas. Assim, o Direito Privado, na medida em que disciplina os processos econômicos, deverá respeitar o sistema econômico dominante e suas normas, o Direito Constitucional, as ideias e forças políticas correspondentes”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 148-149.

<sup>404</sup> GOULAR, Clóvis de Souto: “Aprimorar a sociedade, sob o aspecto da organização política, consiste em criar instituições, eleger formas de governo e adotar uma filosofia de vida capazes de conduzir o corpo social a um estilo de conduta vivencial em que a ação dos órgãos dirigentes encontre perfeita correspondência na vontade e nas aspirações da maioria dos cidadãos. Este é o grande ideal que só poderá ser alcançado nas sociedades políticas onde o próprio povo seja, a um só tempo, governado

a concretização do pacto constitucional democrático, como defendido na tese afastando possibilidades para o arbítrio. O que não significa, por outro lado, que não deva, ainda que, em caráter de excepcionalidade, reconhecendo e racionalizando a respeito das implicações econômicas e políticas, suprir as omissões dos outros poderes no atendimento dos interesses democráticos previstos na Magna Carta, com o que estará efetivamente cumprindo o seu papel. A crise do Judiciário está intimamente vinculada com sua ineficácia e ao assumir a postura mencionada estará se realinhando com a Constituição, permitindo a concretização dos direitos e garantias fundamentais, fortificando a si mesmo, a Constituição e o Direito, no espaço democrático marcado pela ausência dos demais poderes<sup>405</sup>.

Com efeito, a atuação judicial constitucional democrática é no sentido de atender subsidiariamente os interesses democráticos não atendidos pelos outros poderes. Não há substituição ao governo, muito pelo contrário, o objetivo é atender à conhecida máxima do governo democrático “em nome do povo” e “em prol do povo”, que Höffe elege a princípio de justiça<sup>406</sup>. Talvez muitos países desenvolvidos dispensem a atuação subsidiária do Poder Judiciário, por contar com uma maturidade política e cultura diferenciada, somada a maior quantidade de recursos, permissoras do pressuposto da autossuficiência do cidadão. Ou talvez, seguindo uma linha do que Pinker traz como mais pragmática, pela simples presença de recursos do Estado,

---

e governante, o que vale dizer, onde o povo se auto-governe. Está é a grande tese da democracia, há milênios idealizada e que teve sua versão primeira aplicada nos antigos Estados Gregos”. *In: Teoria do Direito e do Estado*. Leonel Severo Rocha – Organizador. Editora: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 26.

<sup>405</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Com a Constituição do Brasil de 1988 houve uma mudança fundamental no Estado brasileiro, que foi a “constitucionalização” de inúmeros direitos sociais e coletivos. Assim, de uma ordem em que o acesso ao Judiciário se restringia a pedir proteção para o que já se tinha, passa-se agora, a partir da Constituição, a uma “ordem promocional”, em que se pode recorrer ao Judiciário para obter o auxílio que ainda não se tem, mas que se deseja por força das promessas constitucionais. O Poder Judiciário do Brasil, no entanto, pensado na modernidade, cujas promessas ainda não foram efetivadas no país, juntamente com o Estado, está em crise, pois vem perdendo legitimidade como Poder. Essa perda de legitimidade do Judiciário decorre diretamente de sua ineficácia como instância de resolução de conflitos, principalmente daquelas demandas sociais, coletivas, que surgem com o Estado Social, e da incapacidade de seus juizes de compreender adequadamente o que significa o Estado Democrático de Direito e quais as implicações da Constituição no processo de aplicação do direito, que, no Estado Democrático de Direito, tende a ser uma conduta pautada em critérios adequados ao conteúdo material da Constituição, isto é, aos direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais, assim, estão ligados diretamente à noção de Constituição, Estado Democrático de Direito e democracia. Ao se fragilizar a Constituição, ao não se aplicá-la, fragilizam-se os demais”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

<sup>406</sup> HÖFFE, Otfried: “Por conseguinte, o sexto princípio de justiça, mais um princípio realizador de direito, consiste no imperativo universal de uma democracia fundamental: Todo poder deverá ser executado em nome do povo e em prol do povo.” *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 122.

fazendo suprir as principais necessidades de seus cidadãos, em que pese, a presença da mesma ignorância e apatia, basta uma democracia minimalista, cujo objetivo primário é afastar a anarquia e a tirania para que as coisas funcionem<sup>407</sup>. Contudo, no Brasil, há muitas carências e inércias governamentais que acabam sendo sanadas ou mitigadas pela intervenção do Poder Juiz, atendendo, o Estado-juiz, seu dever de agir em prol do povo<sup>408</sup>. No Brasil, não pode ser admitida a omissão do Poder Judiciário, em uma noção muito próxima da que Oliveira Junior pregava para o caso do cidadão apático. Para o doutrinador a apatia é inimiga da democracia<sup>409</sup>, quando o cidadão é detentor do cargo de magistrado, no seu agir como tal, mais potencialmente danosa poderá ser a sua apatia. Nessa linha, Ribeiro destaca a necessidade da verdadeira participação que se dá através da democracia direta, e não da representativa<sup>410</sup>.

Há, assim, através do processo de constitucionalização uma sólida base a garantir e criar novos direitos, condutora do ideal democrático constitucional. Porém, importa deixar marcado desde já, que não se está admitindo uma perspectiva

---

<sup>407</sup>PINKER, Steven: “O contraste entre a confusa realidade da democracia e o ideal ensinado nas aulas de educação moral e cívica leva a uma eterna desilusão. John Kenneth Galbraith aconselhou: se você estie atrás de um contrato lucrativo para um livro, proponha escrever A crise da democracia americana. Mueller analisou a história e concluiu que “desigualdade, discordância, apatia e ignorância parecem ser normais, e não anormais, em uma democracia; e, em um grau considerável, a beleza dessa forma está no fato de que ela funciona apesar dessas qualidades – ou, em alguns aspectos importantes, por causa delas”. Nessa concepção minimalista, a democracia não é uma forma de governo das mais complicadas ou exigentes. Seu principal pré-requisito é que um governo seja competente o bastante para proteger as pessoas da violência anárquica de modo que não caiam nas mãos do primeiro tirano que prometa fazer o trabalho, ou até que o recebam de braços abertos (o caos é mais letal do que a tirania). Essa é uma das razões por que a democracia tem dificuldade para se estabelecer em países paupérrimos com governo fraco – por exemplo, na África subsaariana e em países cujo governo foi decapitado, como o Afeganistão e o Iraque após as invasões lideradas pelos americanos. Os cientistas políticos Steven Levitsky e Lucan Way salientam: ‘O fracasso do Estado traz violência e instabilidade; quase nunca traz democratização’”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 250-251.

<sup>408</sup>HÖFFE, Otfried: “Caso o poder não possa ser exercido pelo próprio povo, faz-se mister executá-lo, no mínimo, “em nome do povo” e “em prol do povo” ...Um poder em regime tutelar só poderá ser legítimo nos casos em que os cidadãos não disponham de maioria para a realização da democracia executora de poder ou, em síntese, careçam de maioria democrática.” *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.122-123.

<sup>409</sup>OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades: “Não há maior inimigo da democracia que o cidadão apático, indiferente, ou, pelo contrário, pouco respeitador das regras, que infringe sem muitos escrúpulos quando está certo de passar despercebido.” *O novo em Direito e Política*. Editora: Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 116.

<sup>410</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “O discurso acerca da democracia participativa tem sido direcionada às minorias e à inclusão social em termos eminentemente sociológicos. Tanto é assim que, ao mencionarmos a expressão democracia participativa logo se torna presente conceitos como “orçamento participativo” e “fórum social”, ou seja, assume-se como ponto de partida que a inclusão do cidadão na gerência do múnus público deve ocorrer no campo estritamente administrativo das escolhas e nas escolhas propriamente ditas”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103.

meramente positivista clássica<sup>411</sup>, o que inclusive é objeto de maior debate alhures. Não há sustentação do papel constitucional procedimentalista do Estado Liberal, pois se já não havia quando do Estado Social, quanto mais não há quando é buscado o objetivo democrático, configurado por um plus normativos em relação ao anterior<sup>412</sup>. Há, desse modo, o reconhecimento da necessidade de realização dos valores substanciais indispensáveis para a sociedade através da Constituição, em face se seu caráter compromissário, dirigente e vinculativo<sup>413</sup>. Tanto que se pretende revelar que o processo de constitucionalização não pode ser tido como pronto e acabado, muito pelo contrário sempre esteve, desde seu início, sujeito a mutações adaptativas de forma a melhor constituir o Estado de conteúdo democrático<sup>414</sup>.

Não é possível esquecer que a Constituição como documento jurídico-político

---

<sup>411</sup> A partir do paradigma liberal da objetivação da lei, é que frutificaram as visões positivistas e as críticas ao positivismo. PINO, Giorgio: "Fra i diversi elementi di complessità che caratterizzano gli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei, l'attenzione è spesso concentrata sulle novità introdotte nel panorama delle fonti del diritto dalle moderne costituzioni rigide, novità tali da indurre i più a parlare di una nuova forma di Stato, lo Stato costituzionale; il diritto costituzionale (contemporaneo) viene assunto come banco di prova dalle nuove teorie antipositiviste per dimostrare l'incapacità teorica del vecchio positivismo giuridico a comprendere la struttura e l'essenza stessa degli ordinamenti giuridici contemporanei; di conseguenza, si sottolinea l'esigenza di un approccio nuovo ai problemi classici della teoria e della filosofia del diritto (ad esempio: il rapporto tra diritto e morale, la teoria dell'interpretazione, i compiti della scienza giuridica, la tutela dei diritti, La teoria della sovranità)". *In: Il Positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale*. Analisi e diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analitica. G. Giappichelli Editore, 1999, p. 203.

<sup>412</sup> STRECK, Lenio Luiz: "Um dos pontos fundamentais, para um melhor entendimento/enfrentamento de toda essa problemática, exige uma discussão acerca do papel do Direito (portanto, da Constituição) e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, além das necessárias críticas ao paradigma liberal, *torna-se importante o enfrentamento, ainda que de forma superficial, das posturas procedimentalistas*, que, ao repelirem o paradigma do Estado Social, deixam de lado a noção de Estado Democrático de Direito, que é *plus* normativo em relação ao paradigma promovedor do *Welfare State*." *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 3.

<sup>413</sup> STRECK, Lenio Luiz: "Desse modo, entendo que as perspectivas de realização do Estado Social, implícito no texto constitucional, não estão esgotadas, e, ao contrário do entendimento habermasiano, o papel da justiça constitucional não deve ficar reservado à compreensão procedimental da Constituição. Ou seja, enquanto o procedimentalismo habermasiano sustenta que o Tribunal Constitucional não deve ser o guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais, entendo que a realização dos valores substanciais, a pretexto da juridicização da política, não podem ser negados à sociedade. Por outro lado, ao contrário do paradigma procedimentalista, que entende que a Constituição não deve ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade, sustento que o constitucionalismo, exurgente do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissário, dirigente e vinculativo, constitui-a-ção do Estado!" *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 3-4.

<sup>414</sup> BONAVIDES: "A democratização progressiva do Estado constitucional do século XVIII, imposta pelas grandes mutações ocorridas na esfera econômica, como decorrência imediata do conflito entre o trabalho e o capital, foi a resposta que deu o pensamento democrático, empenhado em renovar-se para sobreviver. Essa sobrevivência, passando nas décadas mais próximas por suas piores provas, ainda não se acha de todo consolidada". *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 194.

está sujeita a uma série de vicissitudes que podem vir a solapar o seu conteúdo essencial, de forma especial, nos dias de hoje e no caso do Brasil, é necessário um cuidado recorrente com o capitalismo globalizado<sup>415</sup>. Em que pese haja posicionamentos no sentido da inevitabilidade do esvaziamento constitucional<sup>416</sup>, a linha do presente trabalho vai no sentido de se alcançar não só a preservação do conteúdo, bem como de buscar avanços, com vistas de um futuro promissor<sup>417 e 418</sup>.

A democracia perseguida e assegurada constitucionalmente deve ser apta, portanto, a limitar tanto o poder estatal como a atuação privada, buscando um equilíbrio em prol dos fins constitucionais e dos direitos humanos. Por isso, é necessário que a democracia esteja atenta contra maiorias deliberativas ocasionais, que possam até buscar o epíteto de democráticas, mas que acabam depondo contra o progresso constitucional humano e social<sup>419</sup>. Em que possam estar respaldados por essas maiorias ocasionais, não costumam, para alento da democracia, ter vida longa

---

<sup>415</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Deve-se ter claro que a Constituição, como documento jurídico-político, está submersa em um jogo de tensões e poderes. Assim, o que se tem vislumbrado na prática é o reforço de uma determinada postura tendente ao esvaziamento da substancialidade dos textos constitucionais, na medida em que o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece, perdendo-se o que Dalmo Dallari chama de padrão objetivo do justo, muito embora tenha-se que relativizar esta objetividade, tratando-a como um referencial ético-jurídico que busca garantir conteúdos mínimos de convívio social”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 67.

<sup>416</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A pergunta que se coloca é: como compatibilizar o assim denominado constitucionalismo do Estado Democrático de Direito com esse processo de desnacionalização, desinstitucionalização e desconstitucionalização? A problemática em tela pode ser analisada em face de duas perspectivas. A primeira delas, sustentada por autores como José Eduardo Faria, apresenta um quadro sombrio acerca do futuro do constitucionalismo, naquilo que se entende pelo seu papel dirigente e no que diz respeito ao conceito de força normativa da Constituição cunhado pela tradição do constitucionalismo do pós-guerra”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 67.

<sup>417</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Enquanto Carta prospectiva, a Constituição acena para o futuro e é, como não poderia deixar de ser, garantia formal ou pelo menos promessa da construção de um Estado social livre, robusto e independente”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 69.

<sup>418</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição). O Direito recupera, pois, sua especificidade. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 74.

<sup>419</sup>HÖFFE, Otfried: “[...] a democracia fundamental que limita a margem deliberativa de todo poder estatal, inclusive a de uma maioria democrática. Não concedidos pelo Estado, apenas por ele garantidos, os direitos humanos não admitem decisões majoritárias, somente uma assegurarão reflexiva e um consentimento”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 121.

retrocessos perpetrados casuisticamente por lampejos populistas e/ou simplistas para problemas sociais complexos, em face da exigência racional democrática oriunda do iluminismo, que os tornam indefensáveis e condena-os ao esquecimento, retomando, apesar desses percalços, mas sempre com muito empenho o progresso democrático<sup>420</sup>. De igual modo, ainda que também possa alcançar acolhimento em certos grupos, podendo inclusive chegar a uma condição episódica majoritária, não pode ganhar fôlego o ceticismo contemporâneo à racionalidade humana, em face da inegável falibilidade humana, de modo a restaurar a influência política religiosa, em sentido contrário à secularização, devendo para tanto ser trazido o aprendizado histórico a respeito<sup>421</sup>. Em sendo buscadas essas reprimendas, dando prevalência ao racional, ao homem, estar-se-á no caminho da concretização de uma democracia fundamental (legitimatória)<sup>422</sup>. Outrossim, é verificável, nos dias de hoje, interesses antidemocráticos fomentados especialmente pela capitalização globalizada que acaba se aproveitando da palidez de cidadania para implementar uma ditadura constitucional/constituente com o fito exclusivo de preservar os interesses da classe dominante minoritária. Ocorre uma verdadeira falsificação ideológica do texto

---

<sup>420</sup> PINKER, Steven: “Essas forças podem prevalecer no longo prazo, resistindo até ao ímpeto retrógrado do populismo. O impulso global rumo à abolição da pena de morte (capítulo 14), apesar de seu eterno atrativo popular, nos dá uma lição sobre os confusos caminhos do progresso. À medida que ideias indefensáveis ou inviáveis vão perdendo a força, são removidas do reservatório de opções concebíveis, inclusive entre quem gosta de achar que pensa o impensável, e os extremistas são arrastados pelo progresso mesmo a contragosto. É por isso que até no mais regressivo movimento político na história americana recente não houve clamores pela reinstauração das leis Jim Crow de segregação racial, pelo fim do sufrágio feminino ou pela volta da criminalização da homossexualidade”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 268.

<sup>421</sup> PINKER, Steven: “Lugar de destaque ocupa o ceticismo conservador em relação ao ideal do próprio progresso. Desde que Edmund Burke, o primeiro conservador moderno, sugeriu que os seres humanos eram demasiado imperfeitos para pensar em planos para melhorar sua condição e o melhor que tinham a fazer era agarrar-se às tradições e instituições que os impediavam de cair no abismo, uma corrente importante do pensamento conservador tem sido cética a respeito dos melhores planos do engenho humano. A franja reacionária do conservadorismo, recém-desenterrada pelos trumpistas e pela extrema direita europeia (capítulo 23), acredita que a civilização ocidental saiu do controle a partir de algum século dourado, tendo trocado a clareza moral da cristandade tradicional por um inferninho secular decadente que, se deixado em seu curso atual, logo irá implodir em terrorismo, crime e anomia. Bem, isso está errado. A vida antes do Iluminismo era obscurecida por inanição, pestes, superstições, mortalidade materna e infantil, cavaleiros e guerreiros saqueadores, execuções e torturas sádicas, escravidão, caças às bruxas e Cruzadas, conquistas sangrentas e guerras religiosas genocidas. Tudo isso já foi tarde. As curvas nas figuras 5.1 a 18. 4 mostram que, à medida que engenhosidade e solidariedade foram apicadas à condição humana, a vida se tornou mais longa, mais saudável, mais rica, mais segura, mais feliz, mais livre, mais inteligente, mais profunda e mais interessante. Os problemas continuam, mas problemas são inevitáveis”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018 p. 427/428.

<sup>422</sup> HÖFFE, Otfried. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.122.

constitucional<sup>423</sup> e, não raro, conseguem modificá-lo para suprimir garantias democráticas<sup>424</sup>, alcançando uma falsa impressão de constitucionalidade para atingir interesses espúrios. O combate à implementação de tais interesses ilegítimos, através de uma pseudo constitucionalização, parte inicialmente de uma auto-suficiência do cidadão, de uma cidadania emancipada, que resultará em uma verdadeira participação democrática<sup>425</sup>. Assim, é enxergado que a possibilidade de votação e escolha de representantes não necessariamente resulta em democracia. A democracia pressupõe isonomia e autossuficiência para escolhas majoritárias. Não só isso, mas também é necessário melhorar a instrumentalização dessas manifestações, de modo a permitir superar a crise diagnosticada na denominada crise da democracia representativa, tanto no Executivo quanto no Legislativo, onde é construído um cenário propício para legitimar interesses não democráticos, muitas vezes de minorias imiscuídas no poder governamental<sup>426</sup>. Além disso, para que a democracia se revele amplamente, há de ser respeitado o pressuposto o reconhecimento de direitos fundamentais anteriores que não podem ceder em face de maiorias ocasionais ou de interesses espúrios. Uma eleição que não atenda a esses pressupostos não é verdadeiramente democrática, embora possa até ser por maioria, podendo fazer surgir inclusive uma ditadura com aparência constitucional/constituente.

---

<sup>423</sup> BONAVIDES: “Às trevas da “ditadura constitucional” não hão de suceder as trevas da “ditadura constituinte”. Bem pior que a primeira, é esta, porquanto condensa na sua escuridade o *nec plus ultra* da falsificação ideológica e institucional da classe dominante”. *In: Teoria constitucional da democracia participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 382.

<sup>424</sup> BONAVIDES: “As elites que a aparelham conspiram contra o povo brasileiro, desconstitucionalizam a Constituição, fazem projetos de reforma cujo intento maior é aniquilar as garantias do art. 60 da Lei Fundamental, a fim de alterar o quórum inviolável de aprovação das emendas constitucionais”. *In: Teoria constitucional da democracia participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 382.

<sup>425</sup> BONAVIDES: “O voto na democracia participativa da cidadania emancipada traz à nossa vista, de conseguinte, a imagem imortal dos heróis de 1789 nesta madrugada do Terceiro Milênio”. *In: Teoria constitucional da democracia participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 382.

<sup>426</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães: “Daí se dizer que a participação propiciada ao cidadão através de programas como o orçamento participativo desvela-se na atuação individual ante o Poder Executivo. Dizendo de outro modo, tais mecanismos respondem ao problema da crise da democracia representativa, simplesmente pelo permitindo ao cidadão uma inclusão duvidosa em apenas um dos poderes constituídos – e ainda assim, duvidosa esta forma de participação e mais curiosa é a execução dos planos, que atuariam em cima de escolhas predeterminadas? Por outro lado, o discurso acerca da democracia participativa também é desenfocado quando mira o Legislativo. Infelizmente, a representação, como já constatado, e nos moldes em que ela existe, é pura ficção, engodo criado exclusivamente para legitimar as atitudes de um parlamento corrupto e servil do Executivo. Porém, dessa falsa representatividade nasce uma dissonância total entre as decisões do parlamento e a suposta vontade popular. A alardeada soberania popular dos representantes, que há muito está em crise, abre espaço a novos mecanismos legislativos, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Todos previstos constitucionalmente, mas de rarefeita eficácia, basta analisar nestes vinte anos de constituição quantas vezes nos valem os deles?” *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.103-104.

Em consequência, a consecução da igualdade, com respeito à liberdade, a transformação social e criação de direitos, não parte necessariamente da democracia representativa. Não se distancia muito a preocupação com a democracia representativa de pensadores do porte de Tocqueville, Mill e Bentham, pois entendem que ela permite que a população acabe não tendo condições de adquirir um autossuficiência política, o que permite que sejam manobrados para atender interesses de minorias, deixando as leis de atender o objetivo democrático, segundo Mill, amparado em Bentham, de proporcionar a “*maior felicidade do maior número*”<sup>427</sup>, diversamente do que aconteceria na democracia verdadeiramente participativa. Sob outro enfoque, uma classe minoritária dominante, que se utiliza dos recursos referidos, pode se utilizar da complexidade caracterizadora dos dias de hoje, para desconectar o cidadão de toda construção histórica, das lutas sociais que permitiram a aquisição de garantias expressas na Constituição, fazendo com que fique prejudicada a capacidade de construção de uma verdadeira autonomia da vontade<sup>428</sup>.

A autonomia da vontade, a autossuficiência, ou maioria democrática, expressões respectivamente de Lechner, Habermas e Höffe, tem aporte teórico desde Kant que já trabalha com a capacidade do povo para o governo, ou antes mesmo, não muito distante, Platão teorizava sobre a qualidade do filósofo e o governo, porém não se quer com a menção ao filósofo grego defender que a democracia pressuponha uma elite intelectual, política ou moral, muito antes pelo contrário, é defendida a tese de que o povo tem a capacidade de adquirir as condições necessárias para alcançar uma democracia real<sup>429</sup>. De qualquer modo, necessário é o pressuposto de um povo com poder de autodeterminação individual, de uma sociedade que permita e favoreça o desenvolvimento das faculdades intelectuais dos indivíduos, de modo a permitir que alcancem a capacidade de autogoverno e de influenciar positivamente no avanço da

---

<sup>427</sup>BOBBIO, Norberto. *In: Liberalismo e Democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 63.

<sup>428</sup>LECHNER, Norbert: “Aparentemente el discurso post moderno se libera de ilusiones iluministas; em realidad, sin embargo, pierde noción de La historia y, por encima de todo, pierde capacidad para elaborar um horizonte de sentido. Ahora bien no enfrentan los procesos de democratización precisamente La tarea de producir um nuevo “sentido de orden”? De ahí La importancia de La cultura política. Si no lográramos desarrollar um nuevo horizonte de sentidos, La institucionalidad democrática quedaria sin arraigo: uma cáscara vacía.” *In: La Democratización em el Contexto de uma Cultura Postmoderna. Cultura Política Y Democratización*. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987. p. 259.

<sup>429</sup>HÖFFE, Otfried: “E em virtude desta razão comum a todos os humanos, uma democracia não precisa de uma elite política ou moral, tendo o cidadão, muito mais, a possibilidade de angariar maioria democrática”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 122-123.

sociedade a que pertença<sup>430</sup>.

Em face disso, não é admissível que o subjetivismo do juiz possa ultrapassar os referidos pressupostos democráticos. Corolário disso, não há possibilidade de admissão de um elemento contrafactual (reversibilidade) em qualquer texto legislativo, sob pena, ao permitir o arbítrio, fazer desmoronar toda a construção democrática vinculada ao texto. A metafísica da irreversibilidade abre as portas para o solipsismo judicial. O cidadão ao virar juiz e adquirir o poder jurisdicional, em face da fratura do Direito provocada pela adoção de uma concepção positivista, pode cair na tentação do sentimento superior, exercendo solipsisticamente o seu encargo, e conseqüentemente de forma antidemocrática. Ilustração lúcida é retirada do personagem grego Creonte que passa de um conselheiro prudente, em Édipo rei, para um governante arbitrário, em Antígona,<sup>431</sup> ou, antes dele, os filhos de Édipo, Eteocles e Polinices, que seduzidos pelo poder acabaram por criar uma guerra civil que culminou com a morte de ambos<sup>432</sup>. Em outras palavras, ao juiz democrático não é lícito qualquer sentimento de superioridade advindo do poder, mas deve, de modo

---

<sup>430</sup> HÖFFE, Otfried: “Entretanto, a maioria democrática não é uma qualidade inata aos seres humanos. Inata é apenas a tendência natural para a maioria democrática, aquela faculdade de fala e razão que dota os indivíduos da capacidade de se autorregem e tomarem nas próprias mãos as rédeas de seu futuro.... No entanto, alguns déficits poderão dificultar um desenvolvimento desta tendência humana universal, a maioria democrática real, dentre os quais uma grande falta de sentido jurídico (ver cap. 7.2; conforme Kant, um povo só está “apto à própria legislação” se antes “for capaz de influenciar a simples idéia da autoridade da lei (como se possuísse, portanto, força física)”; À paz perpétua, Apêndice I; VII, 372).” *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 122-123.

<sup>431</sup> Inclusive seu filho Hemón faz uma advertência que caberia aos julgadores nos dias de hoje: “Mas não creias que só tuas decisões sejam acertadas e justas... Todos quantos pensam que só eles têm inteligência, e o dom da palavra, e um espírito superior, ah! Esses, quando de perto os examinamos, mostrar-se-ão inteiramente vazios!” *In: Antígone*. Sófocles (c. 496 AC-406 AC). Tradução: J. B. de Mello e Souza. Versão para e-book e-BooksBrasil.com. Fonte Digital. Digitalização do livro em papel. Clássicos Jackson, Vol. XXII. Diagramação adaptada aos formatos de eBook disponíveis. 2005-Sófocles. p. 46.

<sup>432</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Por qué el dinero muestra cómo son las personas? Porque multiplica sus capacidades de obrar y, en esa misma medida, muestra aquello que en otras ocasiones sería apenas perceptible. Sucede algo semejante a lo que hacemos cuando prolongamos los extremos de un ángulo: entonces lo que parecía pequeño se aprecia en toda su magnitud. Lo que Creonte no advierte es que con el poder pasa lo mismo que con el dinero. Así, mientras Creonte en la tragedia Edipo rey se nos muestra como un consejero prudente, atento al bien de su cuñado y de toda la ciudad, una vez que adquiere el poder se presenta con una apariencia totalmente distinta. No significa necesariamente que haya cambiado: simplemente que ahora se nos hacen manifiestas algunas fracturas que en un principio apenas se habían expresado. Lo mismo ocurre con los hijos de Edipo. Eteocles acepta dividir el poder con su hermano Polinices. Es posible que no haya tenido la menor intención de gobernar más allá del año que le correspondía, pero una vez que posee el poder las cosas cambian, y se aprecia un apego al mismo que su hermano no podía haber percibido, pues si lo hubiese hecho jamás habría aceptado ese acuerdo”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1ª edición, 2002, p. 9-10.

diverso, envidar esforços para alcançar as soluções adequadas e constitucionais que lhe são postas. Isso tudo, sem acolher uma paralisia positivista objetificante, na medida em que a constituição viva, o sentimento constitucional<sup>433</sup>, em uma perspectiva pós-positivista, mais especificamente, tendo os princípios constitucionais como fechamento e não abertura do Direito, permite a desejável aproximação de Direito e sociedade, sem ter que recorrer a elementos extrínsecos. De qualquer sorte, não pode ser desejável o implemento de expressões legislativas contrafatuais, como irreversibilidade para as tutelas de urgência, que em nada auxiliam ao jurídico, muito pelo contrário, são aberturas para a correção moral do Direito.

---

<sup>433</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “O sentimento constitucional é a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e a igualdade, bem como o pluralismo jurídico (art. 1.1). A ordem fundamental é suprema e se impõe a todos (art. 9.1). Por outro lado, o sentimento constitucional suscita um entusiasmo mais chamativo, público e representativo do que o simples sentimento jurídico ordinário. Paralelamente, o ressentimento constitucional é mais grave do que o ressentimento jurídico”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 70.

### 2.3 Amarras dos embates axiológicos/políticos - Pressupostos importantes para as expectativas democráticas

A partir da formação do Estado de Direito, com o advento do implemento iluminista, floresceram novas teorias políticas, sociais e filosóficas que proporcionaram alterações na concepção clássica de liberalismo e Estado de Direito. A Modernidade proporcionou inclusive embate acadêmico sobre a correção da continuidade da utilização da expressão Estado de Direito nas Constituições de viés social que se seguiram. O confronto teórico da academia girava em torno da controvérsia sobre a possibilidade de a expressão Estado de Direito ter a capacidade de abarcar as novidades decorrentes da ampliação da proteção dos interesses individuais subjetivos<sup>434</sup>. Em linhas gerais, como a concepção adotada na presente tese, acabou prevalecendo a concepção da expressão em sua visão mais elástica, tanto que, nos dias de hoje, sempre que é invocada a legitimidade no exercício do poder é impossível não partir da premissa da constituição do Estado de Direito.<sup>435</sup>

O Estado de Direito, originariamente, surgiu como o Estado antagonista ao Estado Autoritário. Pressupondo a separação de poderes, o Estado de Direito supunha evitar o exercício arbitrário do poder pelo governante, concedendo a legitimidade para o povo, situação consagrada nos dias de hoje, no Estado Democrático de Direito<sup>436</sup>. Sem descuidar que, para tanto, tiveram papel fundamental as concepções decorrentes do direito natural, para em um segundo momento avançar para a isonomia decorrente da legalidade formal e cogente a todos, em uma

---

<sup>434</sup> NOVAIS, Jorge Reis: “Em nome do novo projecto constitucional, alguns círculos de esquerda punham em causa a capacidade de sobrevivência e adaptação do velho Estado de Direito ou se tentavam a necessidade de um *tertium genus* constituído na confluência indolor e fria do princípio do Estado de Direito com o princípio de legalidade socialista”. *In: Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 10.

<sup>435</sup> NOVAIS, Jorge Reis: “Curiosamente, essa múltipla instrumentalização do conceito, longe de provas a respectiva degradação ou ineficácia, antes gera a crescente interiorização do que foi designado como seu sentido mítico, ou seja, a crença de que o reconhecimento como constitui condição decisiva da legitimidade de qualquer poder político”. *In: Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 21.

<sup>436</sup> REALE, Miguel: “Cabe, por conseguinte, indagar, preliminarmente, da razão pela qual se julgou necessário acrescentar o adjetivo “Democrático” ao termo “Estado de Direito”, consagrado pelas demais constituições. Pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

supremacia objetiva da lei, e não mais da subjetividade do monarca, com o rechaço da concepção de seu poder absoluto. Todo esse caldo cultural e racional propiciou o reconhecimento de direitos inatos ao indivíduo, que, mais tarde, em uma corrente expansiva tornou possível o movimento constitucional<sup>437</sup>. Desse desenvolvimento, não seria incorreto afirmar que nos dias atuais a expressão Estado de Direito, em face da expansão de seu conteúdo, não pode mais estar vinculada limitadamente ao seu conteúdo liberal. Não é mais adequado conceber, quando da utilização da expressão, restrita conotação à famosa máxima da economia do *“laissez-faire, laissez-passer, lê monde de lui-même*<sup>438”439</sup>. É de ser reafirmado que o Estado de Direito em sua concepção originária liberal cumpriu papel destacado no reconhecimento e fortalecimento efetivo de direitos aos homens, a partir da condição isonômica atribuída a todos cidadãos, inclusive os governantes, com o que o homem passa a ocupar condição central na sociedade. No entanto, em um segundo momento, abandona o paradigma liberal e passa a incorporar um cunho social. O Estado de Direito, assumindo a centralização social, política e jurídica do homem, passa a exigir que o Estado sirva ao cidadão, e não o inverso<sup>440</sup>, abrindo as portas para a admissão de um

---

<sup>437</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Durante os séculos XVI e XVII, produz-se uma contraposição entre os teóricos absolutistas, que consideravam a legislação livre atividade criadora do monarca, e os partidários da limitação do poder real, que julgavam a atividade legislativa como desenvolvimento do direito natural, adaptado às condições de tempo e lugar. O fenômeno da formalização do Direito tem início com a escola naturalista protestante, que vai de Grócio a Kant. Com ele, o Estado se inscreve na juridicidade. Concebe-se a lei como esquema geral, formal e obrigatório, que se apóia na força do aparato estatal. Também merece citar-se Johannes Althusius (1557-1638), porque ele se antecipou na defesa da idéia de Estado de Direito, como comprova seu propósito de eliminar a expressão *postestas legibus soluta* da definição de *majestas*. Seu influxo foi notável em autores posteriores. Locke e Montesquieu completarão o quadro do Estado Liberal de Direito, mediante a previsão de um elemento material, os direitos inatos do indivíduo (vida, propriedade, liberdade), e uma regra técnica que lhes serve de garantia, a separação dos poderes. É desnecessário sublinhar a importância que, ao longo do constitucionalismo, os direitos de liberdade e o princípio da separação dos poderes tiveram na configuração do Estado ocidental. Com tão longa tradição e nomes tão representativos, aos quais se pode acrescentar, sem esgotá-los, os de Constant, Humboldt, rotteck, Welcker e Spaventa, compreende-se bem a difusão daquela expressão. Esses nomes e antecedentes referendam a idéia de que a aparição do Estado de Direito está ligada a uma determinada fase histórica da evolução do Estado Absoluto, que se estende até o Estado Liberal. Alguns autores alemães denominam essa evolução, mais concretamente, de passagem do *Fürstensstaat* ao *Rechtsstaat*”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 4-5.

<sup>438</sup> Tradução: “Deixai fazer, deixai passar, o mundo caminha por si só”.

<sup>439</sup> LECLERCQ, Yves. **Teorias do Estado**. Lisboa: Edições 70, 1981, p. 39-45. WEFORT, Francisco C. (org). **Os Clássicos da Política**. Vol. 1. 13ª ed, São Paulo: Ática, 2000, p. 90-110.

<sup>440</sup> BOBBIO: “O reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, primeiro apenas doutrinário através dos *jus* naturalistas, depois também prático e político através das primeiras Declarações de direitos, representa a verdadeira revolução copernicana na história da evolução das relações entre governantes e governados: O Estado considerado não mais *ex parte principis* mas *ex parte populi*. O indivíduo vem antes do Estado. O indivíduo não é pelo Estado mas o Estado pelo indivíduo. As partes são anteriores ao todo e não o todo anterior às partes (como em Aristóteles e Hegel). O

Estado prestacional, com objetivo de implementação de uma justiça social, conteúdo incorporado ao Estado Democrático de Direito.<sup>441</sup>

Não há assim, necessariamente, uma contradição do cerne clássico político liberal com o social. Antes, o liberalismo é precursor dos avanços sociais. Inclusive, o conteúdo teórico basilar geralmente é gestado no modelo anterior, sendo assim, as ideias básicas sociais nasceram ainda na vigência do período liberal, da mesma forma que o Iluminismo teve sua semente plantada ainda na Idade Média, estando em pleno vigor os governos feudais e autoritários. De forma que não é possível deixar de admitir o entendimento de que o ideal social e democrático decorre, em muitos aspectos, de ideais liberais clássicos, agregando muitas concepções decorrentes do mesmo<sup>442</sup>.

Historicamente é sabido que o liberalismo clássico, não sem muitas lutas, compelido pela crescente força das massas excluídas das benesses do capitalismo, acabou sendo obrigado a ceder politicamente, no sentido de admitir que os governos pudessem ser eleitos por sufrágio<sup>443</sup>, o que, no final das contas, acabou promovendo a conciliação entre capital e trabalho. A sobrevivência de premissas econômico-liberais básicas de auferição de lucro, promoção de riquezas, decorrentes da liberdade individual, especialmente de comercialização, foi proporcionada pela observância de critérios mínimos de humanização. A mitigação dos efeitos do capitalismo excludente e do fosso social que lhe é inerente são premissas básicas para a manutenção da conciliação referida. Diferentemente do que advogam alguns políticos, a normatização e a regulação da economia são deveres do Estado, dentro de determinados limites,

---

pressuposto ético da representação dos indivíduos considerados singularmente não por grupos de interesse, é o reconhecimento da igualdade natural dos homens. Cada homem conta por si mesmo e não enquanto membro deste ou daquele grupo particular". *In: Liberalismo e democracia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p.117.

<sup>441</sup> REALE, Miguel: "Poder-se-á acrescentar que o adjetivo "Democrático" pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. "Estado Democrático de Direito", nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a "Estado de Direito e de Justiça Social". A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988, conforme diretrizes que prefiro ir esboçando ao longo das páginas do presente livro". *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

<sup>442</sup> BOBBIO, Norberto: "Já a democracia moderna não só não é incompatível com o liberalismo como pode dele ser considerada, sob muitos aspectos e ao menos até um certo ponto, um natural prosseguimento". *In: Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998, p. 37.

<sup>443</sup> BONAVIDES: "Mas o liberalismo da primeira fase, a serviço da burguesia industrial, não tinha olhos para enxergar com clareza os bons resultados decorrentes da transmissão por que passara, e por isso se considerou frustrado e derrotado naquele momento em que perdeu o domínio de sufrágio, isto é, o poder de fazer o governo e a lei contar com as maiorias no interesse exclusivo de manter a ordem política distanciada da esfera econômica". *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª Edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 189.

conforme mandamento constitucional<sup>444</sup>. Não é negada a importância histórica e atual do capitalismo, mas é defendida a necessidade de regulação e limites. Não é abraçada uma dicotomia de capitalismo com liberdade irrestrita ou de regulação estatal sem capitalismo. A livre circulação de riqueza deve estar atrelada a observância de normas atinentes a segurança, saúde, bem-estar, educação, trabalho, meio ambiente, entre outros, com o intuito de assegurar que os Estados possam atingir suas finalidades democráticas<sup>445</sup>. Na ultrapassagem do liberalismo clássico está o contraponto decorrente da necessidade de respeito aos valores coletivos e sociais, ou seja, passa ser valorada a liberdade não só no sentido individual como também no coletivo e a

---

<sup>444</sup>REALE, Miguel: “até agora não existe plena consciência constitucional quanto à diretriz liberal e antiestatizante consagrada pela Carta Magna de 1988, adversa a toda e qualquer forma de controle da economia. É claro que ninguém, com um mínimo de bom senso, acredita no equilíbrio automático dos egoísmos na livre economia de mercado, estando certa a Constituição, quando prevê medidas destinadas a suprimir, como dizem os economistas, as viscosidades da livre concorrência. Regular, porém, é uma coisa; e reger é outra. Aquele verbo significa fiscalizar e coordenar segundo regras, ou, como diz a Constituição, “na forma da lei”, enquanto que reger implica opção no sentido do comando do Estado, tido como onisciente por ser detentor da soberania, atuando, geralmente, graças a improvisadas resoluções e portarias do Poder Executivo. Como espero já ter demonstrado, a Carta de 1988 está bem longe do “dirigismo econômico” em geral, e “contratual”, em particular, implícito na ousada pretensão de “reger” a economia”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 48-49.

<sup>445</sup>PINKER, Steven: “A esquerda também perdeu o bonde em seu desprezo pelo mercado e em seu caso de amor pelo marxismo. O capitalismo industrial iniciou a Grande Saída da pobreza universal no século XIX e está resgatando o resto da humanidade numa Grande Convergência no XXI. Durante o mesmo período de tempo, o comunismo trouxe ao mundo: fomes, terror, expurgos, gulags, genocídios, Tchernóbil, guerras revolucionárias com milhões de vítimas e a pobreza no estilo da Coreia do Norte, antes de entrar em colapso em todos os outros lugares devido a suas contradições internas. No entanto, em uma pesquisa recente, 18% dos professores de ciências sociais se identificaram como marxistas, e as palavras capitalista e livre mercado continuam a grudar na garganta da maioria dos intelectuais. Em parte, isso ocorre porque seus cérebros corrigem esses termos para mercados desenfreados, desregulamentados, irrestritos ou ilimitados, perpetuando uma falsa dicotomia: um mercado livre pode coexistir com regulamentações de segurança, trabalho, meio ambiente, assim como um país livre pode coexistir com leis criminais. E um mercado livre pode coexistir com altos níveis de gastos em saúde, educação e bem-estar (capítulo 9) – com efeito, alguns dos países com a maior quantidade de gastos sociais também têm a maior quantidade de liberdade econômica. Para ser justo com a esquerda, a direita libertária abraçou a mesma dicotomia falsa e parece disposta demais a fazer o papel do espantalho da esquerda. Os libertários de direita (em sua versão Partido Republicano do século XXI) converteram a observação de que regulamentação demais pode ser prejudicial (por dar um poder excessivo aos burocratas, custando mais caro para a sociedade do que os benefícios oferecidos, ou protegendo os que estão no poder contra a concorrência, em vez de os consumidores contra danos) no dogma de que menos regulamentação é sempre melhor do que mais. Eles converteram a observação de que despesas sócias exageradas podem ser prejudiciais (ao criar incentivos perversos contra o trabalho e solapar as normas e instituições da sociedade civil) no dogma de que qualquer despesa social é excessiva. E traduziram a observação de que impostos podem ser altos demais numa retórica histórica de “liberdade”, segundo a qual o aumento da taxa de imposto marginal para rendas acima de 400 mil dólares de 35% para 39,6% significa entregar o país a tropas de assalto autoritárias. Com frequência, a recusa a buscar o melhor nível de governo é justificada por um apelo ao argumento de Friedrich Hayek em O caminho da servidão de que a regulamentação e o bem-estar criam uma ladeira escorregadia pela qual o país cairá na penúria e na tirania”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 428-429.

liberdade coletiva passa pela presença de autossuficiência econômica e política<sup>446</sup>. Inclusive o desafio da conservação da liberdade individual e concretização da liberdade coletiva é um dos objetivos primordiais do Estado democrático<sup>447</sup>. Isso tudo enfeixado a um impedimento de retrocesso social e jurídico, amparado na dignidade da pessoa humana, permissores do projeto democrático de autossuficiência cidadã<sup>448</sup>.

Difícilmente, nos dias de hoje, encontraria respaldo cultural, no mundo ocidental, a defesa das teorias mais radicais do liberalismo, que partiram do sentido clássico para alcançar a defesa do extremismo econômico, em face da disseminação do conteúdo coletivo e social agregado ao sentido democrático. O postulado da liberdade individual em sua maior extensão, sem qualquer contraponto a lhe restringir, afasta a possibilidade de democracia. Isso porque propicia uma desigualdade econômica, tanto entre as nações, quanto em relação aos cidadãos desses países, onde, portanto, até mesmo nas nações chamadas de primeiro mundo é geradora de riqueza extrema e pobreza elevada, com óbvio agravamento da situação nos países menos desenvolvidos, com o que devem ser combatidos<sup>449</sup>. A democracia, desse

---

<sup>446</sup> BONAVIDES: “Com a reconciliação entre o capital e o trabalho, por via democrática, todos lucram. Lucra o trabalhador, que vê suas reivindicações mais imediatas e prementes atendidas satisfatoriamente, numa fórmula de contenção de egoísmo e de avanço para formas moderadas do socialismo fundado sobre o consentimento. E lucram também os capitalistas, cuja sobrevivência fica alicerçada no ato de sua humanização, embora despojados daqueles privilégios de exploração impune, que constituíam a índole sombria do capitalismo, nos primeiros tempos em que se implantou”. *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 189.

<sup>447</sup> RUFFLA, Paolo Biscaretti: “Ed a tale proposito – pur senza voler anticipare gli ulteriori sviluppi della trattazione – può sin d’ora rilevarsi Che, se a la ricerca della libertà dos singoli, in armonia colla libertà della collettività (essenzialmente conseguita da quest’ultima per mezzo dell’autogoverno) risulta costituire il fine essenziale delle due concezioni democratiche dello Stato teste menzionate, purtuttavia, per la prima concezione, siffatta “libertà” é um valore già sussistente e che occorre solo perfezionare, mentre, per lo secondo, si tratta, invece, di um valore ancora da creare e Che farà resso effettivo solo mediante uma profunda rivoluzione sociale, idone a strappare l’uomo dalla schiavitù Del capitale, realizan in tal guiz l’indispensabile presupposto di un “assoluta eguaglianza fra tutti e componenti de popolo...” *In: Democracia*. Enciclopédia Del Diritto. Guffià editore, 1960, p. 111.

<sup>448</sup> REALE, Miguel: “Os dois outros elementos seguintes, diferenciadores de nosso Estado Democrático de Direito, referem-se à cidadania e à dignidade da pessoa humana, valores que devem ser interpretados conjugadamente, pois o respeito devido à pessoa humana em sentido universal (eu costumo dizer que a pessoa humana é o “valor fonte” de todos os valores)<sup>1</sup>, não exclui, mas antes implica a dimensão jurídico-política que cada membro da coletividade brasileira adquire só pelo fato de nascer no território nacional, assegurando-lhe um campo específico de direitos e deveres, sem prejuízo da igualdade perante a lei que, ao depois, o Art. 52 garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, no tocante à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

<sup>449</sup> PINKER, Steven: “A desigualdade crescente empobreceu mesmo a maioria dos cidadãos? Sem dúvida a desigualdade econômica aumentou na maioria dos países ocidentais desde seu ponto baixo, por volta de 1980, em especial nos Estados Unidos e em outros países de língua inglesa, e sobretudo no contraste entre os muitos ricos e todos os demais. A desigualdade econômica costuma

modo, impõe a limitação dos postulados liberais clássicos. Não se defende, com isso, uma oposição isonômica formal, que despreza a meritocracia, muito antes o contrário, o combate reside na riqueza exagerada sem causa, na exploração do próximo, na compra da influência política, que estão vinculados a reconhecidos problemas econômicos atuais<sup>450</sup>. Nessa medida, é inegável o crescimento econômico iniciado pelos postulados liberais, mas se defende um aumento de riqueza para todos, de forma proporcional, com critérios meritórios, sem descuidar, contudo, de um olhar atento para os menos afortunados <sup>451</sup>. Os princípios democráticos formam o

---

ser medida pelo coeficiente de Gini, um número que pode variar entre 0, quando cada pessoa tem o mesmo que todas as outras, e 1, quando uma pessoa tem tudo e as demais não têm nada. (Os valores de Gini costumam variar de 0,25 para as distribuições de renda mais igualitárias, como na Escandinávia depois de impostos e benefícios, a 0,7, para uma distribuição altamente desigual, como na África do Sul.). Nos Estados Unidos, o índice de Gini para a renda de mercado (renda bruta menos impostos e benefícios) aumentou de 0,44 em 1984 para 0,51 em 2012. A desigualdade também pode ser medida pela proporção da renda total que é recebida por determinada fração (quantil) da população. Nos Estados Unidos, a parcela de renda auferida pelo 1% mais rico passou de 8% em 1980 para 18% em 2015, enquanto a parcela auferida pela décima parte desse 1% mais rico passou de 2% para 8%. Sem dúvida nenhuma, alguns dos fenômenos que se encaixam na categoria da desigualdade (existem muitos) são graves e requerem providências, no mínimo para esfriar as propostas destrutivas que incitaram – por exemplo, abandonar a economia de mercado, o progresso tecnológico e o comércio exterior. Analisar a desigualdade é diabolicamente complicado (em uma população de 1 milhão, existem 999 999 modos de ser desigual), e esse tema ocupou muitos livros”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.* Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. p.128.

<sup>450</sup>PINKER, Steven: “Reconhecer que a vida das classes baixa e média nos países desenvolvidos melhorou em décadas recentes não é negar os enormes problemas das economias do século XXI. Embora a renda disponível tenha aumentado, o ritmo de crescimento é lento, e a resultante escassez de demanda dos consumidores pode estar tolhendo a economia como um todo. As dificuldades enfrentadas por um setor da população – o dos americanos brancos não urbanos de meia-idade e menos instruídos – são reais e trágicas, e se manifestam em maiores taxas de overdose (capítulo 12) e suicídio (capítulo 18). Avanços na robótica ameaça tornar obsoletos milhões de empregos adicionais. Os caminhoneiros, por exemplo, exercem a ocupação mais comum na maioria dos estados americanos, e os veículos autônomos podem mandar essas pessoas pelo mesmo caminho dos copistas, consertadores de rodas de carroças e telefonistas. A educação, grande impulsionadora da mobilidade econômica, não está acompanhando as demandas das economias modernas: o custo do ensino universitário subiu para as alturas (em contraste com o barateamento de quase todas as outras mercadorias) e em bairros pobres dos Estados Unidos o nível do ensino primário e secundário é condenavelmente inferior. Muitas partes do sistema tributário americano são regressivas, e o dinheiro compra influência política em demasia. Talvez mais pernicioso ainda seja que a impressão de que a economia moderna deixou a maioria das pessoas para trás encoraja políticas luditas e protecionistas que piorariam a situação para todos.” *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.* Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. 151.

<sup>451</sup>PINKER, Steven: “Em resumo, a desigualdade econômica não é um contraexemplo para o progresso humano, e não estamos vivendo uma distopia de rendas declinantes que reverteu os séculos de aumento da prosperidade. E também não precisamos, por causa disso, destruir os robôs, erguer a ponte levadiça, adotar o socialismo ou trazer de volta os anos 1950. Deixe-me resumir essa história complicada de um tema complicado. Desigualdade não é o mesmo que pobreza, tampouco é uma dimensão fundamental da prosperidade humana. Em comparações de bem-estar entre países, sua importância se dissipa diante da riqueza geral. Um aumento na desigualdade não é necessariamente ruim; à medida que saem da pobreza universal, as sociedades estão fadadas a tornar-se desiguais, e a onda de heterogeneidade pode repetir-se quando uma sociedade descobre novas fontes de riqueza. E também nem sempre uma diminuição das desigualdades é algo bom: os

contraponto criador de um controle recíproco. A confrontação dos objetivos axiológicos antitéticos resulta, formando um contrapeso, em limites pesados, em fortes amarras<sup>452</sup>, aptos a contribuir para o desenvolvimento político, jurídico e social em direção do sentido democrático. De modo geral, nos países centrais do Ocidente, o liberalismo clássico, em que as atividades de mercancia eram exercidas de forma completamente livre, comumente gerador da exploração do homem e desencadeador de um fosso desproporcional de riquezas e desigualdades sociais, passaram a sofrer restrições por parte do próprio Estado. No choque das forças antagônicas referidas, somada à criação de corporações, bem como de organização de bens, capital e trabalho, decretaram o fim do capitalismo liberal, dando lugar ao que Habermas denomina de “capitalismo de organizações” ou “capitalismo regulado pelo Estado”<sup>453</sup>. De qualquer modo, a partir de ideias centrais do Iluminismo e do capitalismo, em especial da concepção de Estado de Direito<sup>454</sup>, com o choque das matrizes sociais, é que foram erguidas as bases para a formulação dos ideais democráticos<sup>455</sup>. Sem

---

niveladores mais eficazes de disparidades econômicas são epidemias, grandes guerras, revoluções violentas e colapso estatal. Ainda assim, a tendência de longo prazo na história desde o Iluminismo é a de aumento na riqueza para todos. Além de gerar imensas quantidades de riqueza, as sociedades modernas dedicam uma proporção crescente dela a beneficiar os menos afortunados”.

**O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo.** Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018. 153.

<sup>452</sup> BOBBIO, Norberto: “Liberalismo e igualitarismo fundam suas raízes em concepções do homem e da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista a liberal; totalizante, harmônica e monista a igualitária. *In*: Op. cit. **Liberalismo e democracia**. p. 39.

<sup>453</sup> HABERMAS, Jürgen. “Las expresiones <capitalismo de organización> o <capitalismo regulado por el Estado> se refieren a dos clases de fenómenos; ambas remiten al estadio avanzado del proceso de acumulación: por un lado, al proceso de concentración de empresas (el nacimiento de las corporaciones ancionales y también multinacionales) y la organización de los mercados de bienes, de capitales y de trabajo; por otro lado, al hecho de que el Estado interviene en las crecientes fallas de funcionamiento del mercado. La difusión de estructuras oligopólicas de mercado significa, sin duda, el fin del capitalismo de competencia; pero por más que los empresarios amplíen su perspectiva temporal y extiendan los controles sobre el medio que los rodea, el mercado sigue siendo el mecanismo de regulación, puesto que las decisiones de invertir se toman aún según criterios de rentabilidad empresarial. De igual modo, el complemento y la parcial substitución del mecanismo del mercado por obra de las intervenciones del Estado significa el fin del capitalismo liberal”. *In*: **Problemas de legitimación en el Capitalismo tardío**. Colección Teorema. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999, p. 68.

<sup>454</sup> Em face das diversas facetas da expressão Estado de Direito, aqui se utiliza no sentido da afirmação da lei em contraposição ao arbítrio do Estado, permitindo a concepção de direitos aos cidadãos. COSTA, Pietro: “A tematização da soberania e da lei passa através do filtro de uma nova antropologia filosófica: colhido nos seus traços essenciais e perenes, o indivíduo é arrancado da lógica dos pertencimentos, da conexão com os corpos para ser representado como um sujeito unitário de necessidades e de direitos, definidos pelos parâmetros da liberdade e da igualdade”. *In*: **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Organizado por Pietro Costa e Danilo Zolo. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2006, p. 103.

<sup>455</sup> BOBBIO: “Ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de

descuidar que a racionalidade da aurora iluminista continua a guiar, na atualidade, muitas questões sensíveis para o presente e futuro da centralidade humanística<sup>456</sup>.

Não pode passar “in albis” a observação de que houve igualmente concepções teóricas que contribuíram para o desenvolvimento político e social da época atual. Dentre elas, pela proximidade e influência, deve ser destacado o socialismo marxista. Sua tese advoga a defesa de liberdades do cidadão, mais especificamente do trabalhador frente ao padrão opressor, revelando um enfrentamento diverso do liberalismo, para não dizer que surgiu como doutrina antitética<sup>457</sup>. Enquanto o liberalismo econômico extremado tende a ser protetivo da propriedade privada, com pouca ou nenhuma objeção à exploração econômica, compactuando, destarte, com a geração do enorme fosso de desigualdade social entre operários e patrões<sup>458</sup>, o socialismo referido se opõe frontalmente, defendendo a luta armada para combater tal forma de opressão. Porém, de qualquer modo, nenhuma delas foi impeditiva do nascimento das teorias democráticas, mas ao contrário, antecessoras e vinculativas, obviamente com temperamentos de várias ordens e influências, como quando se reconhece que movimentos de resistência não violentos, como os encabeçados por Gandhi e Marin Luther King, são mais eficazes do que os pregados por Marx<sup>459</sup>, tudo

---

liberdade. Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos”. *In: Liberalismo e democracia*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Brasiliense, 1998, p. 44.

<sup>456</sup>Tópico vinculados à vida, saúde sustento, riqueza, desigualdade, meio ambiente, paz, segurança, terrorismo, democracia, igualdade de direitos, conhecimento, qualidade de vida, felicidade, ameaças existenciais e futuro do progresso. *In: PINKER, Steven. O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 77-381.

<sup>457</sup>BOBBIO: “Para manter vivo o contraste e acentuá-lo, sobretudo a partir da segunda metade do século passado, a entrada em cena pública do movimento operário, que se vai inspirando cada vez mais as doutrinas socialistas, antitéticas às liberais, embora sem refutar o método democrático, que sobrevive numa expressiva parte do movimento, regra geral em sua ala reformista, como, por exemplo, no partido socialista inglês ou no partido social-democrático alemão.” *Op. cit. Liberalismo e democracia*. p. 79.

<sup>458</sup>BOBBIO: “O pomo da discórdia foi a liberdade econômica, que pressupõe a defesa ilimitada da propriedade privada”. *Op. cit. Liberalismo e democracia*. p. 80.

<sup>459</sup>PINKER, Steven: “As campanhas de resistência não violenta funcionam? Muitas pessoas acreditam que Gandhi e Martin Luther King apenas tiveram sorte: seus movimentos atingiram o coração de democracias esclarecidas em momentos oportunos, mas no resto do mundo as pessoas oprimidas precisam de violência para sair de debaixo da bota de um ditador. As cientistas políticas Erica Chenoweth e Maria Stephan reuniram um conjunto de dados de movimentos de resistência política em todo o mundo entre 1900 e 2006 e descobriram que três quartos dos movimentos de resistência não violentos obtiveram sucesso, em comparação com apenas um terço dos violentos. Gandhi e King estavam certos, mas, sem dados, você nunca saberia disso. Embora o desejo de se juntar a um grupo insurgente ou terrorista violento possa dever-se mais a desejos masculinos do que à teoria da guerra justa, a maioria dos combatentes provavelmente acredita que, se quiser produzir um mundo melhor, não tem outra escolha senão matar pessoas. O que aconteceria se todos soubessem que as estratégias violentas não são apenas imorais, mas ineficazes?”. *In: O Novo Iluminismo. Em*

de modo a permitir peneirar aquilo que é humanisticamente progressivo formando um conteúdo de teor mais democrático<sup>460</sup>. Sem, contudo, afastar a constituição de matrizes políticas diferenciadas, pendendo ora para um intervencionismo maior de governo, ora para um menor, ou seja, propiciando o surgimento das variantes políticas denominadas de liberais-democráticas ou sociais-democráticas<sup>461</sup>.

Em face da ênfase mais acentuada ao desenvolvimento liberal político, social e jurídico, a perspectiva socialista é analisada em paralelo com a liberal. Ambas as concepções têm respectivamente, como marcos históricos apontados<sup>462</sup>, a Revolução Francesa de 1789 e a Revolução Russa de 1919. De qualquer sorte, os movimentos trabalhistas/socialistas tiveram grande expressão histórica no partido socialista inglês, partido social-democrático alemão e socialista russo. De regra, tendo como cerne teórico as concepções marxistas<sup>463</sup>, o movimento operário/socialista via o grande mal social na burguesia, no capitalismo. Entendiam ser preciso buscar a liberdade dos homens contra a opressão imposta pelo poder econômico e político vigorante, permitindo uma real condição isonômica do proletariado com os detentores do poder. O Direito, para eles, nada mais era do que a manifestação de uma sociedade alienada, no plano das relações de poder e consciência, não tendo força suficiente para implementar a luta necessária<sup>464</sup>. Conflituosidade que, aliás, em que pese a

---

**defesa da razão, da ciência e do humanismo.** Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 473-474.

<sup>460</sup>A propósito, a captação desse conteúdo encontra-se presente no Manifesto Humanista, III, de 2003 (documento que representa oficialmente e publicamente posições do movimento humanista), mais especificamente no tópico seis que prega a resolução das diferenças de forma cooperativa e sem violência.

<sup>461</sup>BOBBIO: “Pode-se ser democrata e liberal, democrata e socialista, mas é muito difícil ser ao mesmo tempo liberal e socialista”. Op. cit. **Liberalismo e democracia.** p. 60.

<sup>462</sup>BONAVIDES: “A Revolução Francesa foi o Estado Liberal. A revolução Russa de 1917 é o Estado Social. Não unicamente pelos influxos que já exercitou no Ocidente, mas pelo que doravante há de produzir também em matéria de transformação institucional nos países do Leste, debaixo da perestroika de Gorbatchov: um Estado social a caminho do socialismo democrático. *In: Teoria constitucional da democracia participativa.* 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 379.

<sup>463</sup>BOBBIO: “O liberalismo, interpretado como a concepção segundo a qual a liberdade econômica é o fundamento de todas as demais liberdades e sem ela nenhum homem pode ser verdadeiramente livre, terminava por ser degradado, pelos escritores socialistas e não só por Marx (que apesar disso exerceu uma prevalente influência na formação dos partidos socialistas continentais, especialmente na Alemanha e na Itália, a pura e simples ideologia da classe burguesa, isto é, a ideologia da parte adversa que os socialistas deveriam combater até a completa extinção”. Op. cit. **Liberalismo e democracia.** p.80.

<sup>464</sup>WIEACKER, FRANZ: “Na verdade, Karl Marx, um notável observador da pandectística e um revelador impiedoso da função classista do direito na sociedade burguesa pós-feudal, não viu qualquer possibilidade de fundamentação do direito privado – no qual ele viu uma manifestação da sociedade alienada, no plano das relações de poder e no plano da consciência – que o libertasse das leis dialéticas da história, tendo sido seguido durante muito tempo neste ponto pelos seus discípulos alemães e russos”. *In: História do Direito Privado Moderno.* 3ª edição. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 521-522.

convergência ideológica inicial e essencial, acabou distanciando o socialismo, no sentido de preocupações coletivas, do comunismo marxista, adotado no regime soviético. Porém, com a queda do comunismo desse regime voltou-se às preocupações sociais primitivas permitindo o avanço da social-democracia<sup>465</sup>.

Antes disso, contudo, não se pode deixar de notar que, em especial o desenvolvimento dos ideais socialistas do proletariado, especialmente do Leste europeu, admitia um alto custo social, para alcançar uma igualdade e senso de coletividade incompatível com qualquer corrente liberal. Na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia, em janeiro de 1918, é possível ter uma visão dessa matriz quando prega a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, conceber liberdade ao proletariado, “a esmagar impiedosamente todos os exploradores”, “o repúdio completo da política barbada da civilização burguesa”, etc.<sup>466</sup>. Via de regra, a perspectiva ocidental não compactuava com senso de coletividade propugnado por Marx<sup>467</sup>, divergência residente na necessidade de extinção da classe dominante burguesa, capitalista, com a ascensão e dominação da classe operária, com apelo à força ou violência<sup>468</sup>. O marxismo acredita em uma prevalência do interesse social sobre o individual, que há grilhões impostos ao sujeito pelo ideal burguês, grilhões de cunho egoístico que devem ser rompidos pela supremacia do interesse coletivo e tal vida comunitária, em face do estado de coisas,

---

<sup>465</sup>REALE, Miguel: “Disse, alhures, talvez com algum exagero, que “o liberalismo se socializava e o socialismo se liberalizava”, mas é indiscutível que ambos se influenciaram reciprocamente, em virtude do advento de novas “conjunturas”, as quais, consoante conhecido ensinamento de Fernand Braudel, constituem os elementos com os quais se compõe a trama da história. Nesse processo de *convergência ideológica*, a mais beneficiada foi, aparentemente, a social-democracia, visto como, com a catástrofe do regime soviético, a maioria dos partidos comunistas voltou ao primitivo aprisco do “socialismo”, do qual se haviam desprendido, ao repudiarem as medidas reformistas dos social-democratas e preferirem atingir seus objetivos mediante *atos revolucionários*, não somente pretendidos, mas também financiados por Moscou, como é notório, depois das provas irrefutáveis apresentadas pelo jornalista William Waack sobre os imensos investimentos bolchevistas na suposta “revolução proletária mundial”, tendo sido contemplado gordamente, para tanto, também o líder nacional Luís Carlos Prestes”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21.

<sup>466</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. Ed. Saraiva: São Paulo, 1999, p. 47.

<sup>467</sup>BONAVIDES, Paulo: “E, como se não bastasse o trauma ocasionado pelo deslocamento da propriedade dos meios de produção, acarretando o colapso de toda a superestrutura social do capitalismo, de bases reconhecidamente privatistas, a sociedade que daí se levanta abraça uma concepção de liberdade que o sentimento antioletivista do ocidente frontalmente repele”. *In: Do Estado Social ao Liberal*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 180.

<sup>468</sup>BONAVIDES, Paulo. “O marxismo contém um apelo à força, e a revolução socialista é, essencialmente, a revolução de uma classe. A ditadura do proletariado conduz a um socialismo violento, autoritário, policial, à versão oriental do marxismo-leninismo-stalinismo, com que a Humanidade paga, à edificação do Estado socialista, pesadíssimo tributo de sangue e sacrifício”. *In: Do Estado Social ao Liberal*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 180.

só podia ser alcançada através da práxis revolucionária<sup>469</sup>, diametralmente oposta à crença democrática de controle do poder político<sup>470</sup>, especialmente nos dias de hoje, dos interesses partidários políticos pelo Direito<sup>471</sup>. Sem desconhecer que as revoluções podem ser tanto legítimas, como para a proclamação da República no Brasil, em 15 de novembro de 1889, quanto ilegítimas, como nas revoluções de Lênin, Mussolini e Hitler, de qualquer forma criando uma insegurança que foge, na atualidade brasileira, do sentido democrático<sup>472</sup>, quando as instituições democráticas em vigor

---

<sup>469</sup> ROUANET, Sergio Paulo: “O outro campo, o marxista, também condena o individualismo iluminista. É uma deformação burguesa, que inventa uma separação imaginária entre indivíduo e sociedade, sem perceber que essa ilusão é ela própria socialmente condicionada, e que julga possível romper no plano do pensamento grilhões reais que só podem ser quebrados pela ação coletiva. No fundo, via Hegel, os marxistas acabam coincidindo com os conservadores na oposição entre a moralidade subjetiva e a objetiva. Também Marx sonha com a bela harmonia de uma vida comunitária não-antagonística, com a diferença de que para os hegelianos e neo-aristotélicos a *Sittlichkeit* já está incorporada no mundo tal qual é, e para os marxistas ela ainda precisa ser criada pela práxis revolucionária”. In: **Ética Iluminista e Ética Discursiva**. Revista Tempo Brasileiro. Vol. 5, n. 21, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. Trimestral, 1989, p. 42-43.

<sup>470</sup> REALE, Miguel: “Pois bem, é exatamente tal ponto de vista que não se harmoniza com os pressupostos do Estado Democrático de Direito, como os primeiros teóricos da social-democracia o proclamaram desde Bernstein, só admitindo a conquista e o exercício do poder mediante legítimos e normais processos democráticos, coisa que, conforme resulta do tópico supratranscrito, não seria admitido pelo Partido dos Trabalhadores. A exclusão de atos de violência é, em suma, um dado básico e intocável do Estado de Direito, sem o que não haveria garantia de um ordenamento democrático estável, sempre sob a ameaça de se obter pela força o que se não logra alcançar pelo voto. Tais considerações não importam, todavia, em negar que no sistema democrático não possa haver a mais ampla opção ideológica, desde a extrema direita até a extrema esquerda, do mais estrito neoliberalismo ao mais ambicioso social-progressismo, desde que, porém, seja obedecido por todos o princípio da legalidade, o qual, em última análise, consiste em não pretender que a vontade individual ou coletiva seja superior à vontade objetivamente consubstanciada nos mandamentos da Constituição e das Leis”. In: **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

<sup>471</sup> REALE, Miguel: “Pois bem, se esses são os pressupostos éticos, políticos, jurídicos e econômico-sociais de nosso Estado Democrático de Direito, está fora de dúvida que qualquer agremiação que pretenda atuar como partido político, não pode deixar de assumir e cumprir o compromisso de realizar seu programa, baseado nesta ou naquela outra ideologia, com total respeito aos princípios supraenunciados, isto é, somente podendo conquistar os postos de governo através do processo democrático, com absoluta exclusão do emprego da força ou da violência, à margem, pois, da Constituição e das Leis. No fundo, é o princípio socrático da sujeição à lei, ainda que com o sacrifício do filósofo, condenado a beber cicuta sob a falsa e infamante acusação de estar corrompendo a juventude. Sócrates é o mártir da legalidade”. In: **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4-5.

<sup>472</sup> REALE, Miguel: O recurso à violência pode ocorrer tanto para a implantação de uma ditadura ou de um Estado totalitário — como é o caso dos golpes de estado de Lenin, Mussolini ou Hitler — como para instauração de um sistema jurídico-político tido como mais adequado ao País, como aconteceu a 15 de novembro de 1889, com a queda do Império para a proclamação da República, restabelecendo-se a ordem jurídica em menos de dois anos, com a Constituição promulgada a 24 de fevereiro de 1891. Se dou esses exemplos é para dizer que não pode haver um critério único para valorar os “golpes de força”, sendo diversos os parâmetros para se atribuir legitimidade a uns e negá-la a outros. Não há, na teoria jurídica, problema mais complexo e erigido de dificuldades do que esse da legitimidade da conquista e exercício do poder, variando os pontos de vista de conformidade com fatores subjetivos, ou em função das circunstâncias históricas que determinaram o recurso à força”. In: **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

não estão sofrendo ameaças, ataques ou limitações<sup>473</sup>. Como visto, em que pese a visão socialista introduzida tenha forte incompatibilidade com a liberal, especialmente em relação ao desenvolvimento da atividade produtiva e econômica, ambas foram de fundamental importância na defesa da liberdade e reconhecimento de direito dos homens. Há, portanto, objetivos comuns defendidos por ambas as correntes que contribuíram para o desenvolvimento político e social. O prestígio do marxismo e das visões liberais tiveram prevalência alternada, em determinadas épocas e períodos, mas parece que caminham para uma aliança<sup>474</sup> em prol dos interesses democráticos do terceiro milênio<sup>475</sup>. Isso porque em ambas é possível admitir a agregação de fins democráticos, razão pela qual hoje há correntes políticas que se intitulam sociais-democráticas e liberais-democráticas. Em ambas há uma tendência moderadora e reguladora do socialismo e liberalismo de modo a permitir o contorno democrático<sup>476</sup>,

---

<sup>473</sup>REALE, Miguel: “Pois bem, a causa da divergência, a que supra me refiro, dizia respeito tão-somente à possibilidade de um partido, na vigência do Estado Democrático de Direito, considerar legítimo o emprego da violência para implantar uma reforma social julgada imprescindível, mesmo não havendo ameaça alguma de atentado às instituições democráticas em vigor. Assim sendo, sustentei e continuo sustentando que a tese exposta por meu contendor é inadmissível, implicando subversão da ordem pública e comprometendo a legitimidade da agremiação que a patrocina. Equivale a “querer fazer democracia pelas próprias mãos”, reflexo do propósito de fazer justiça à revelia dos demais, segundo seu ponto de vista exclusivo”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6-7.

<sup>474</sup>REALE, Miguel: “Foi nesse clima, à medida que o marxismo ia se tornando “o ópio dos intelectuais”, como diagnosticou Raymond Aron, que a causa liberal parecia definitivamente superada. A renascença liberal começou a se delinear na década de 1960, devido aos insucessos e vacilações da social-democracia, podendo-se dizer que paradoxalmente a guerra fria, com seus tenebrosos vaticínios, foi uma das razões do desprestígio dos programas socialistas democráticos, para volver-se às fontes do liberalismo assim político como econômico, retomando-se o caminho aberto, séculos antes, de um lado, por John Locke e, do outro, por Adam Smith, consoante já brevemente recordado. É claro que, além de razões ideológicas, influíram nesse sentido as mudanças operadas na técnica de produção, tornando dispensável a sujeição física do trabalhador, como ocorrera na época do “capitalismo selvagem”. O mesmo aconteceria no Brasil, cujo liberalismo tem predominantemente um caráter reflexo, adquirindo, porém, como veremos, uma tonalidade própria ao dar mais realce aos valores sociais, com a preferência cada vez mais acentuada pelo social-liberalismo ou liberalismo social”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31-32.

<sup>475</sup>REALE, Miguel: “Sou de opinião, em suma, que, apesar de continuarem sempre a existir liberais, social-liberais e socialistas, com diferenças tanto de táticas quanto de idéias, o importante é constatar que já cortamos as amarras que nos prendiam às superadas teses do pseudo “socialismo científico”, bem como à crença incondicional na livre concorrência, para dar-se maior atenção às efetivas conjunturas e aspirações de nosso tempo, com a objetividade e a serenidade exigidas pelos desafios do terceiro milênio”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91.

<sup>476</sup>BONAVIDES, por exemplo, vai buscar em Rouseau o estofo teórico para defender a moderação “A doutrina democrática de Rouseau, conservando-se em nossos dias afastada do marxismo, toma, contudo, a direção compatível com um socialismo democrático moderado e reformista, visto que desfaz, sobretudo, o erro do liberalismo em sua rígida e impertinente concepção de liberdade, quando situava essa liberdade primariamente no indivíduo, na posição hostil que assume perante o grupo, posição quase sempre obstinada e intolerante, cujos danos à ordem social se acham sobejadamente caracterizados”. *In: Op. Cit. Do Estado Social ao Liberal*. p.180.

inclusive e especialmente no Brasil.<sup>477</sup>

Por derradeiro, no tópico, sobre a perspectiva jurídica, todos os elementos citados componentes da Modernidade propiciaram a formação e o enraizamento do positivismo jurídico, como forma segura de controle político. O legado jurídico do Império Romano, da fonte estatal, da produção formal da lei, dá lugar a um esvaziamento no Medievo que acaba por contribuir para a formação de um Direito de fonte diversa da governamental. Então, podem ser levantados, desde então, argumentos de correção das produções legislativas estatais. Plantada estava, assim, a semente do Estado de Direito e do positivismo que vieram a imperar por toda a Modernidade<sup>478</sup>. De forma mais ou menos intensa o positivismo trilhou o primado da lei, onde as concepções teóricas pautavam-se no paradigma objetivista da lei, tendo o instrumento técnico da interpretação como meio indispensável, mas, essencialmente, buscando a legalização de todo o Direito, o que corresponderia, essencialmente, pelo menos para as formas mais enérgicas e intransigentes, buscar reduzir o direito à lei<sup>479</sup>, pressupondo ser possível exclusivamente, a partir dela, de

---

<sup>477</sup> REALE, Miguel: “Se pensarmos na gigantesca dívida social brasileira, ainda mais nos convenceremos da necessidade de uma teoria política que componha em justo equilíbrio os valores da liberdade e da igualdade, como se dá com o liberalismo social. Embora não empregue o termo “social-liberalismo”, parece-me que corresponde a este a posição de Celso Lafer quando diz que a democracia contemporânea é uma composição complementar dos “direitos chamados de primeira geração, fruto da herança liberal”, que tiveram um papel decisivo na construção e na extensão da cidadania, com “os assim chamados direitos de segunda geração que provém da herança socialista”, e “contemplam uma participação, um crédito do indivíduo em relação ao todo, ou seja, ao bem-estar social, concebido como bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo”<sup>25A</sup>. O social-liberalismo é, em suma, o resultado da convergência entre a herança liberal e a socialista, e, por ser o resultado natural de um processo histórico, surge desprovido de preconceitos e antagonismos abstratos, obedecendo às exigências e conjunturas de cada povo rumo à democracia social.”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

<sup>478</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Na Idade Média cristã, as controvérsias sobre o constitutivo formal da lei entre voluntaristas e intelectualistas ajudam a perfilar as características racionais da lei ante os caprichos da vontade despótica, ainda que os elementos materiais da justiça, do bem comum e da fundamentação iusnaturalista da ordem jurídica lhe corrigissem qualquer possível abstração ou formalismo. Citou-se Marcílio de Pádua como precursor do Estado de Direito, ainda que tenha sido apenas pelo ar inovador que ele dá às suas teorias políticas, responsável pelo rompimento com as bases tradicionais. No Defensor Pacis, Marcílio escreve: “*Ubi non principant leges nos est politia*”. Trata-se de uma afirmação um pouco vaga para querer nela encontrar antecedentes do Estado de Direito. Ali só se registra o eco clássico – acolhido pela cultura medieval – do primado da lei frente ao despotismo. Por outro lado, o paduano anuncia o princípio da soberania popular, que potencialmente se opõe ao individualismo do Estado de Direito”. *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007. p. 4/5.

<sup>479</sup> GROSSI, Paolo: “Ao Estado, compacto, unitário, centralizado, correspondia um direito igualmente compacto, unitário, centralizado, por ter sido reduzido às manifestações da vontade soberana. Depois da Revolução, com o manto de proteção das mitologias sabiamente elaboradas, se assiste a um maciço processo de legalização de todo o direito”. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

seus mandatos abstratos, rígidos, interditais e inquestionáveis, alcançar um sistema puro<sup>480</sup>, autônomo em relação aos outros sistemas sociedades e valores sociais. Em que pese, na linha do que se defende na presente tese, tenha havido a ultrapassagem de tal paradigma, o mesmo foi fundamental para o reconhecimento da inadmissibilidade da arbitrariedade governamental, inclusive a judicial, tese que também é refutada para a democracia<sup>481</sup>. No paradigma jurídico adotado no estudo, com pretensão pós-positivista, igualmente não é admitida a arbitrariedade governamental e especialmente o solipsismo judicial, por incompatibilidade democrática, porém sustentada por fundamento diverso.<sup>482</sup> De outra banda, contudo, toda essa produção baseada no legalismo acabou por produzir um distanciamento entre o jurídico e o social, contribuindo para a crise do Direito. Naquelas posições doutrinárias em que o cientificismo e a interpretação eram tidos como suficientes para o Direito, com o que podia ser ignorada qualquer influência subjetiva ou objetivos sociais, morais, religiosos, ou de qualquer outra natureza, em face de uma autossuficiência da produção governamental do Direito ou naquelas em que a perspectiva do Direito continuava sendo eminentemente legalista, mas que se rendia a alcançar, através da interpretação, os interesses do Estado, mais realisticamente, em fazer valer aquilo que aprovesse ao grupo politicamente dominante capaz de produzir a lei para tanto não poderia existir uma associação com o Direito enraizado culturalmente e temporalmente em cada comunidade específica. Houve, assim, um natural e progressivo distanciamento ôntico. Distanciamento que, como visto, não ocorria naquele grande vazio deixado pelo Império Romano e que marcou o Medievo, o qual chamamos na tese de ordenamento jurídico medieval, adotando a tese de Grossi, em capítulo próprio. Isso significa que o Direito da Modernidade, o cientificismo, o positivismo, produziram uma diminuição gradativa da sensibilidade

---

<sup>480</sup> GROSSI, Paolo: "A lei, entendida na restrita acepção de norma emanada por um poder supremo, vê se afirmar seu indiscutido primado. Objeto de mitização e, portanto, de um acrítico culto, é colocada no vértice das fontes em uma ordem rigidamente hierarquizada, tão rigidamente hierarquizada ao ponto de tirar qualquer tipo de autonomia às manifestações inseridas nos graus inferiores da escala." **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

<sup>481</sup> GROSSI, Paolo: "El derecho se reduce así a ley: um sistema de reglas autoritárias, de mandatos pensados y queridos abstractos e inelásticos, incriticabel em su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia cualidad sino de la cualidad del sujeto legislador. Pronto, em El clima prerrevolucionario y revolucionario, La ley tendrá um refuerzo posterior, El democrático, gracias a La afirmada (aunque no demostrada) coincidencia entre voluntad legislativa e voluntad general." **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 34.

<sup>482</sup> O tópico terá enfrentamento próprio no capítulo 2.

jurídica pulsante, provocada pela diminuição do acesso e afastamento da vivência da comunidade e do cidadão ao jurídico<sup>483</sup>. Situação que deve ser resgatada, na medida do possível, obviamente não defendendo o retrocesso, não ignorando a importância da lei e de todos os marcos jurídicos constituídos historicamente que auxiliam na preservação e progresso dos direitos humanos e fundamentais, mas através do pressuposto hermenêutico-filosófico, resgatar a sensibilidade jurídico-constitucional.

Então a Constituição surge como o grande sustentáculo que amarra os embates axiológicos e políticos de modo a combater a paralisia objetificante do legalismo, ao mesmo tempo em que permite agregar um objetivo democrático ao Direito e ao Processo, sem descuidar da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. No intuito produtivo de um Direito e Constituição vivas a relação intersubjetiva permite, sem recorrer a qualquer correção extrínseca, a persecução dos fins democráticos. Desse modo, abandonando o paradigma objetificante, há a fuga do recurso da interpretação para agregar sentidos, pois é inevitável a fusão de horizontes no Direito e na Constituição. Portanto, é possível atender os pressupostos da Constituição viva postos por Verdú, fugindo do mero nominalismo. O doutrinador, após analisar diversos posicionamentos científicos, conclui existir precondições reais, vinculadas ao contexto e ao temporal atinentes a fatores das mais diversas naturezas, como sociais e econômicos, a serem observadas pela normatização constitucional, sob pena de fazer surgir um mero nominalismo jurídico, de onde parece não ser equivocado concluir que não é diferente em qualquer outra normatização, inclusive na processual, e que o referido nominalismo é apto a tornar-se abertura ao arbítrio<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Uma vez que a sensibilidade jurídico-constitucional está latente na comunidade, convém mencionar algo sobre seu dinamismo. Isso significa que interessa saber quando surge, como surge e por que surge. Não se deve estranhar que no íntimo da comunidade pulse certa sensibilidade jurídica, sobretudo em comunidades primitivas. Ocorre que o longo processo de racionalização jurídica, que data de tempos remotos e se intensifica em nossos dias, difulminou essa latente sensibilidade jurídica. Sem recorrer aos dados da Antropologia Cultural, podemos recordar as interessantes considerações que o mestre Hauriou fez, em 1896, em um livro bastante conhecido – que eu saiba, muito pouco lido na Espana. Segundo o mestre de Toulouse, pode definir-se a sociedade como um modo de existência harmônico, no qual os homens sentem que a individualidade e o grupo humano se conciliam”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 64.

<sup>484</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Em resumo, as posições anteriores, *mutatis mutandis*, assinalam que existem algumas precondições reais (sociais, econômicas, físico-naturais e, inclusive, psicológicas, alguns dados materiais que a normatividade constitucional não pode ignorar, sob pena de converter-se em um nominalismo jurídico”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 246-247.

### 2.3.1 Adoção de concepções sociais – Incremento de responsabilidades estatais

Nos países centrais, como Estados Unidos e Alemanha, houve um período posterior às grandes guerras mundiais em que houve uma reestruturação política e social decorrente da prosperidade econômica que lhe caracterizou. O crescimento econômico foi o gatilho para o desenvolvimento e implemento de projetos sociais, provocando a implementação de um novo paradigma social<sup>485</sup>. Em que pese, por volta dos anos setenta já tivesse sido superado o entusiasmo social, ainda assim é inegável a absorção de vários elementos filosóficos, sociais e políticos na atualidade<sup>486</sup>. No primado social o Estado de Direito é posto como instrumento para alcançar a igualdade combatendo o lado negro do liberalismo, a opressão e desigualdade promovidas pelo capitalismo desenfreado. O Estado social busca uma adequação do crescimento de importância dos valores sociais, das complexidades da Modernidade, com as exigências do capitalismo<sup>487</sup>. No Estado Social é possível observar, assim, o

---

<sup>485</sup> HABERMAS, Jürgen: “Pelo que tudo indica, há uma certa correspondência entre os escritos mais ou menos esotéricos de intelectuais como Foucault e Derrida, os de maior substância na área, e a atmosfera difusa da opinião pública. Essa atmosfera encontra uma repercussão cultural no movimento pós-estruturalista, sendo de difícil análise. Em países como a Alemanha Federal e os Estados Unidos, tal atmosfera talvez seja sintomática para o que se denominou o fim do período pós-guerra. Este período foi determinado economicamente por uma conjuntura de prosperidade e ideologicamente pela predominância de concepções tecnocráticas. O clima caracterizava-se pela confiança na viabilidade e no potencial evolutivo de processos sociais lineares, pela crença na ciência, pelo modernismo na arte, por correntes analíticas na filosofia, pelo “*international style*” na arquitetura. Em suma, predominavam o racionalismo, a sobriedade, a abstração e autoconfiança. No início dos anos 70, já por razões econômicas, esse clima tinha sido superado. A esquerda decepcionou-se, adicionalmente, com o fracasso da revolta estudantil, com as experiências que apontavam para os limites do reformismo administrativo e para os efeitos disfuncionais dos programas da socialdemocracia”. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. *In: Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº 21, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 1989, p.15.

<sup>486</sup> HABERMAS, Jürgen: “É claro que essas pinceladas não substituem uma verdadeira análise; elas servem apenas para circunscrever o contexto que explica essa mudança de Marx para Nietzsche: a polêmica contra os “mestres pensadores”, a valorização da narrativa em lugar da teoria, a desconfiança contra o universalismo, a revolução da periferia contra o centro, etc., etc. Certos impulsos de esquerda bem como velhos ressentimentos anti-metafísicos contra os traços autoritários do idealismo platônico são, sem dúvida, absorvidos nesses estereótipos da pós-modernidade. Por isso não nos surpreende que a filosofia antiplatônica de Heidegger e Wittgenstein encontrem novamente grande ressonância. A tomada de partido em favor do não-integrado, do desviante, do periférico, do excluído, em favor do particular, do único, do concreto, do múltiplo, do contextual, e assim por diante, pode estar refletindo o movimento habitual de um pêndulo intelectual ou um movimento da dialética do movimento intelectual.” *Revista Tempo Brasileiro*. Vol. 5, nº 21, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 1989, p.15-16.

<sup>487</sup> PELAYO, Manuel Garcia: “O Estado social significa historicamente o intento de adaptação (pelo qual entendemos neste caso o Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial com seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los”. *In: Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2ª ed., Madrid: Alianza Universidad, 1995, p. 18.

crescimento da preocupação dos governantes com a busca a promoção da saúde, educação, previdência, trabalho, entre outros valores decorrentes da ética isonômica<sup>488</sup>. Porém, quando o Estado age na diminuição ou aniquilação da atividade econômica, promovendo o seu inchamento para abarcar atividades que deveriam ser, ao menos precipuamente, da iniciativa privada, estará caracterizado o socialismo, razão pela qual não é admissível confundir o atributo social conferido ao Estado tratado no presente capítulo, com o socialismo enquanto movimento político gerador dos Estados Socialistas referidos no capítulo anterior<sup>489</sup>.

A matriz liberal propiciou um elevadíssimo desenvolvimento do processo de industrialização e urbanização, gerando novos problemas a serem enfrentados pelo Estado, especialmente atinentes à saúde e previdência social. Enquanto o Estado possuía recursos provenientes do próprio desenvolvimento econômico podia atender a demanda de bem-estar, acabando por prestar auxílio também à economia, contribuindo para o seu desenvolvimento<sup>490</sup>. A implementação do Welfare State permitiu que o Estado passasse a agregar novas funções, dando origem ao Estado interventor, ao Estado social<sup>491</sup>. Ocorre que após um primeiro momento relutante, de

---

<sup>488</sup>BONAVIDES: “Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui omissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suam, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam em grande parte, à área iniciativa individual, esse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social”. *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p.186.

<sup>489</sup> BONAVIDES: “Quando a presença do Estado, porém, se faz ainda mais imediata e ele se põe a concorrer com a iniciativa privada, nacionalizando e dirigindo indústrias, nesse momento, sim, ingressamos na senda da socialização parcial. E, à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí, então, ocorrerá grave perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que será a passagem do Estado social ao Estado socialista”. *In: Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 186.

<sup>490</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A - o processo de crescimento do Estado não beneficiou unicamente as classes trabalhadoras com o asseguramento de determinados direitos. A atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial – pense-se, aqui, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas, estradas, financiamentos, etc.” *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 55.

<sup>491</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A construção de um Estado como *Welfare State* está ligada a um processo histórico que conta já de muitos anos. Pode-se dizer que o mesmo acompanha o desenvolvimento do projeto liberal transformado em Estado do Bem-Estar Social no transcurso das primeiras décadas do século XX. A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada

parco incremento de funções sociais, o Estado passa, gradativamente, a assumir cada vez mais responsabilidades sociais. Disso, que inicialmente era concebido como atividades de auxílio descompromissado, passou a ser reconhecido como direito do cidadão, portanto exigíveis, integrando a gama de direitos políticos da cidadania<sup>492</sup>.

Os direitos políticos conferidos pelo Estado Social aos cidadãos estavam inicialmente vinculados ao compromisso estatal de atendimento das necessidades básicas para a vida digna dos cidadãos, abarcando as garantias básicas de renda, alimentação, saúde, moradia e educação<sup>493</sup>, que em momento seguinte passa a ser mais exigente passando a vincular outros interesses relacionados ao desenvolvimento técnico, cultural, político, trabalhista, tais como a promoção de atividades culturais, artísticas, musicais e literais, de modo a garantir a cada cidadão o atendimento de seus interesses relacionados a uma vida confortável e segura <sup>494</sup>. Em momento

---

*questão social*. São os direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia, etc., que vão impulsionar a passagem do chamado Estado Mínimo – onde lhe cabia tão só assegurar o não-impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado Intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 55.

<sup>492</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Deve-se salientar, por outro lado, que um aspecto assume grande importância, qual seja, o de que desaparece o caráter assistencial, caritativo da prestação de serviços, e estes passam a ser vistos como direitos próprios da cidadania”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 56.

<sup>493</sup> STRECK, Lenio Luiz: “O conteúdo próprio desta forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas. Assim é que não se pode falar em “o” Estado do Bem-Estar, dado que sua apresentação, p.ex., americana – do Norte, é claro – se diferencia daquela do État-Providence francês. Todavia, é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade, a intervenção do Estado e a promoção de serviços. Ou seja, o *Welfare State* seria aquele Estado no qual o cidadão, independente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade mas como direito político”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56.

<sup>494</sup> HÖFFE, Otfried: “No decorrer do processo de industrialização e urbanização surge um complexo de dificuldades, representado pela questão social, à qual o Estado responde com novas competências, como veremos a seguir. Primeiramente, enquanto Estado social elementar, concentra-se em um gerenciamento de crises. Também aqui, o Estado não prescinde de meios de poder ou de instrumentos de trabalho, mas os expande, ao desenvolver os rudimentos – já, em parte, antes existentes – de um serviço de saúde pública, de uma assistência e previdência social pública, bem como de seguros sociais previstos por lei. De início ainda hesitante, mais tarde, o Estado viria a se comprometer de maneira cada vez mais abrangente com duas tarefas-guias de cunho positivo: com a paz não apenas jurídica, mas também social, e com uma existência digna para os indivíduos, que deverá, em nome da liberdade e da co-gestão política, beneficiar a todos. Neste Estado social de liberdade e democracia funcional, surge uma co-responsabilidade perante a igualdade de oportunidades, que ensejará o surgimento de novas responsabilidades à política educacional, científica e cultural anteriormente realizada. Ainda não se dando por satisfeito, um Estado social abrangente se deixa levar pela idéia de um “previdência social” bastante ampla (Forsthoff, 1938 e 1971), realizando também política econômica e de trabalho, desenvolvimento urbano e regional, bem como fomento à técnica. Como aludido anteriormente (caps. 4.2 e 5.2), uma parte deste aumento de tarefas é um imperativo de justiça compensatória, e uma outra parte se deve, contudo,

posterior, o Estado além do dever de reconhecimento e proteção dos direitos individuais, negativa, passa a ter responsabilidade promocional, positiva, com o objetivo de promover o desenvolvimento individual e coletivo, nos mais variados setores da sociedade, passa a ter a responsabilidade para com os interesses transindividuais, coletivos, da fauna, da flora e do meio-ambiente, com o que passa a adquirir o desejável perfil democrático<sup>495</sup>.

---

à “utopia do Estado social” de garantir a cada indivíduo uma vida cada vez mais segura e mais confortável”. *In: A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 180.

<sup>495</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Há uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo. Todavia, algumas situações históricas produziram um novo conceito. O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do Welfare State. Resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*. Produz-se, aqui, um pressuposto teleológico cujo sentido deve ser incorporado aos mecanismos próprios ao Estado do Bem-Estar, construídos desde há muito.” *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 56-57.

### 2.3.2 Perspectivas hodiernas – descortinamento de escudos do capitalismo excludente na persecução de fins democráticos

Todos os temas trabalhados até o momento objetivam demonstrar as condições de possibilidade do amplo e complexo contexto social atual. No tocante especialmente ao Estado são advogadas teses diversas. São inúmeros tópicos críticos que ao serem analisados provocam conclusões que vão desde as mais radicais de extinção ou substituição do Estado de Direito atual, como já foi sugerido por Marx e Carl Schmitt, como outras mais amenas que pregam apenas a metamorfose, mais próximas das visões de Luhmann e Höffe<sup>496</sup>. Na presente tese, não se pode permitir as teorias mais radicais, na medida em que o foco na atividade jurisdicional não pode dispensar a presença do Estado. No entanto, é defendida uma inevitável transformação, com a pretensão de que seja no sentido do aperfeiçoamento constante do Estado e das suas instituições. O porvir, implica, assim, em uma complementação democrática do Estado atual, inclusive e especialmente jurisdicionalmente.<sup>497</sup>

Houve uma grande alteração na vida das pessoas durante o transcurso de tempo referido, a economia de subsistência deu lugar ao capitalismo, que parece ser a lógica pela qual se conduz a sociedade atual<sup>498</sup>. No entanto, diferentemente do que

---

<sup>496</sup> HÖFFE, Otfried: “Os diagnósticos mais dramáticos se aproximam da tese atribuída a Marx em torno da morte do Estado (cf. Manifesto do Partido Comunista) e da tese de Carl Schmitt (1973, 376), segundo a qual a era do Estado está chegando ao fim... Mais plausíveis que um “fim” são transformações estruturais consideráveis: “metamorfoses do Estado” (Luhmann, 1995, 101 ss.)”. *In: A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

<sup>497</sup> HÖFFE, Otfried: “Por seu turno, carece de correção empírica e imposição normativa (cf. cap. 6), a tese substancial, consoante a qual o Estado unitário, em virtude de uma progressiva destituição de seus poderes, acabará sendo totalmente abolido. Não obstante, mesmo esta circunstância mais simples, uma destituição do estado unitário, representa um desafio para a Filosofia Política. Cumpre, portanto, refletir sobre uma nova forma do ato político, a qual não venha, obviamente, substituir, e sim complementar o Estado unitário”. *In: A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

<sup>498</sup> HABERMAS, Jürgen: “En la tradición aristotélica el concepto viejo-europeo de la política como una esfera que comprende Estado y sociedad se mantuvo en pie sin soluciones de continuidad hasta bien entrado el siglo XIX. La economía de ‘toda la casa’, una economía de subsistencia basada en una producción de tipo agrario y artesano y completada por mercados locales, constituye, según ese concepto, el fundamento de un orden político global. La estratificación social y la participación diferencial en (o la exclusión de) el poder político van juntas – la estructura de la dominación política integra a la sociedad en su conjunto -. Manifiestamente esta conceptualización no se acomoda ya a las sociedades modernas en las que el tráfico de mercancías de la economía capitalista, organizado en forma de derecho privado, se desliga del régimen de dominación política. A través de los medios que son el valor de cambio y el poder, se diferencian dos sistemas de acción que se complementan funcionalmente – lo social se separa de lo político y la sociedad económica despolitizada se separa del Estado burocratizado. Esta evolución no tenía más remedio que poner en cuestión el formato de la doctrina clásica de la política. De ahí que a fines del siglo XVIII ésta se descomponga en una teoría de la sociedad, fundada en términos de economía política, por un lado, y en una teoría del

a cultura de massa, de regra, costuma propagandear, de forma mais ou menos velada, o capitalismo exacerbado e excludente não é o único caminho para a sociedade atual com pretensão democrática. Obviamente, adotando a tese do reconhecimento da Modernidade e de adversidades contemporâneas, sem prejuízo, do reconhecimento de uma modernidade tardia no Brasil e nos demais países periféricos, no sentido de não ter havido, diferentemente do que ocorreu nos países centrais, a passagem pelo chamado “*welfare state*”<sup>499</sup>, parece ser necessário defender um aperfeiçoamento global, uma universalização de conhecimentos<sup>500</sup>, que venha a incluir nosso país e todos os demais que não tenham alcançado o progresso comum a outros países desenvolvidos, sem descartar as peculiaridades valorativas locais e históricas, mas preservando uma autonomia, uma convergência relativa de ideologias impeditivas de uma pasteurização que pode flertar com experiências totalitárias<sup>501</sup>, portanto, não é

---

Estado inspirada por el derecho natural moderno, por outro”. In: **El Discurso Filosófico de la Modernidad**. Madrid: Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Taurus Ediciones, 1993, p. 53.

<sup>499</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “A discussão acerca do suposto fim da modernidade ainda não chegou a um consenso. É possível dizer que a modernidade terminou, sendo cabível, portanto, a utilização do termo “pós-modernidade” ou “trans-modernidade”. Também se pode considerar a modernidade como um projeto que se desloca, inacabado ou que, talvez, ainda nem tenha sido formulado. Até mesmo é possível falar-se em uma modernidade tardia de “ambigüidade análogas”. No caso do Brasil, a modernidade ainda não começou, pois tem sido considerado um país de “modernidade tardia”, em que o *welfare state* não passou de um simulacro. Dito de outro modo, o país vive uma espécie de “pré-modernidade”, situação da maioria dos brasileiros explorados e excluídos socialmente. A experiência do Estado do Bem-estar Social, pois, ficou longe de ser concluída no Terceiro Mundo, em que se contam grande parte dos países da Ásia, África, Américas Central e do Sul, onde há uma nítida contradição entre o quadro social real e os textos das leis e da Constituição.” In: **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 25-26.

<sup>500</sup>REALE, Miguel: “Não há quem não reconheça os benefícios advindos da universalização dos conhecimentos, e, mais especificamente, da *mundialização* dos meios e processos técnicos capazes de assegurar melhores condições de vida a todos os povos da Terra. Os proveitos resultantes da *globalização* (palavra hoje insubstituível, embora fosse preferível o emprego de *mundialização*, que exclui, de *per se*, a idéia de uma esfericidade global de convicções e comportamentos) são incontestáveis, pois nada seria mais prejudicial do que o insulamento do saber, fazendo surgir egoísticas “reservas de bens” à disposição exclusiva de determinadas nações privilegiadas. É, sem dúvida, a igualdade universal no “teor da vida”, e não apenas em direitos abstratos, uma das mais legítimas aspirações da humanidade”. In: **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73-74.

<sup>501</sup>REALE, Miguel: “Não vejo, em suma, a sociedade universal como o resultado da pulverização dos valores regionais, nacionais e até mesmo locais, mas sim como uma correlação diversificada de valores intocáveis tanto do todo como de suas partes, cuja autonomia será também razão de ser da riqueza material e espiritual desenvolvida como um bem comum. Onde se pode concluir que, se, de um lado, é inegável a convergência das ideologias no plano das idéias, e até mesmo no concernente aos meios e processos de manifestação da vontade popular, subsistirão sempre idéias mestras assinalando diferentes diretrizes, preservando-se o valor da liberdade de opção por parte dos indivíduos, e, do outro, o pluralismo das idéias e das formas de expressá-las através de distintas organizações. Somente nessa linha de entendimento poderá haver progressiva consonância e harmonia entre a sociedade civil e o Estado, de cuja correlação depende o processo sempre em aberto da sempre almejada e distante democracia integral. É melhor que a convergência das ideologias tenha um caráter relativo, pois a sua plena homogeneização, além de significar um

desejável uma pulverização das diferenças mas sim uma união permissiva da luta conjunta, dialética, contra forças entrópicas, numa visão cosmopolita, humanística, racional e progressista<sup>502</sup>. Nesse direcionamento, aliás, há notícia de uma semelhança com o pensamento estóico<sup>503</sup>, que teve grande influência nos juristas romanos, do período clássico<sup>504</sup>, com destaque para Cícero, de quem pode ser intuído um progressivo e racional sentimento de justiça, da família, passando pelos parentes e amigos, para alcançar os concidadãos, em seguida, os aliados políticos e, finalmente, todos os homens<sup>505</sup>. Além da questão da progressiva concepção do Estado de Direito para agregar elementos sociais e democráticos, pressupondo a diferença subjetiva, mas permissora da identificação de ser ele partícipe de um objetivo comum de toda

---

indesejável e absurdo “fim da história”, poderia servir de pretexto para odiosas experiências totalitárias”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

<sup>502</sup>PINKER, Steven: “À medida que a espiral do recorrente aperfeiçoamento ganha impulso, arrancamos vitórias contra as forças que nos desencorajam, sobretudo contra as partes mais obscuras de nossa própria natureza. Penetramos nos mistérios do cosmo, inclusive da vida e da mente. Vivemos mais tempo, sofremos menos, aprendemos mais, ficamos mais inteligentes e desfrutamos mais de pequenos prazeres e experiências enriquecedoras. Um número menor de nós é morto, assaltado, escravizado, oprimido ou explorado pelos demais. A partir de alguns oásis, os territórios com paz e prosperidade estão crescendo e podem, algum dia, abranger o globo. Ainda há muitos sofrimentos e perigos tremendos. Mas as ideias sobre como reduzi-los foram expressas, e um número infinito de outras ainda está por ser concebido. Nunca teremos um mundo perfeito, e seria perigoso procurar um. Mas não há limites para as melhorias que podemos alcançar se continuarmos a aplicar o conhecimento para aprimorar o desenvolvimento humano”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 527-528.

<sup>503</sup>BODENHEIMER, Edgar: “Como força universal encontrada em todo o cosmo, a razão era considerada pelos estóicos a base da lei e da justiça. À razão divina, diziam eles, se encontra em todos os seres humanos, em qualquer parte, independentemente da sua raça ou nacionalidade. Existe uma lei comum da natureza, baseada na razão, que é válida universalmente em todo o cosmo. Seus postulados obrigam a todos os homens em qualquer parte do mundo. Os filósofos estóicos ensinavam que não devia haver diferentes cidades-estados, cada qual distinta das demais pelo seu próprio sistema peculiar de justiça. Desenvolveram eles uma filosofia cosmopolita, baseada no princípio da igualdade de todos os homens e na universalidade da lei natural. Seu ideal mais alto era um estado-mundo, em que todos os homens vivessem juntos harmoniosamente sob o comando da razão divina”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 27-28.

<sup>504</sup>BODENHEIMER, Edgar: “Muitos dos famosos juristas romanos do período clássico do direito romano (que vai do primeiro século antes de Cristo ao meado do terceiro século da era cristã) sofreram igualmente a influência da filosofia estóica”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 29.

<sup>505</sup>BODENHEIMER, Edgar: “Atribuindo “força natural” à lei, CÍCERO deixou claro que a mente e a razão do homem inteligente eram o padrão pelo qual se deviam medir a justiça e a injustiça. Característica do homem racional era a sua disposição de espírito para dar a cada um o que lhe pertence, atitude essa que, para CÍCERO, era equivalente à justiça. Possivelmente limitada primeiro à família, aos parentes e amigos, observou, essa atitude, com o avanço da civilização, tende a estender-se aos concidadãos, depois aos aliados políticos, envolvendo afinal toda a espécie humana”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 28.

humanidade<sup>506</sup>, há ainda quem defenda outra transformação do Estado de Direito para alterar a concepção de soberania nacional ainda presente, quando é constatada uma supranacionalidade de direitos, com o reconhecimento dos mesmos pelos representantes estatais, a formação de blocos de países, com interesses comuns, com cortes e jurisprudências internacionais, tendo por trás o mesmo pré-citado direitos subjetivos, humanos e fundamentais, permissores inclusive de uma afirmação e ampliação jurisprudenciais. Daí que parece reforçada a importância da jurisdição, do Poder Jurisdicional, tanto em nível estatal interno quanto externo, além de um fortalecimento da dialética e comunicação na busca de consensos<sup>507 e 508</sup>, o que pressupõe a autossuficiência dos Estados e de seus cidadãos, permitindo o estabelecimento de relações intersubjetivas e estatais equilibradas<sup>509</sup>, sempre tendo

---

<sup>506</sup>REALE, Miguel: “Tais considerações já valem, por certo, como uma antecipação da tese segundo a qual o fato de poder e dever cada homem se realizar de conformidade com o seu ser pessoal, na condicionalidade de sua natureza e do meio histórico a que pertence, não exclui, mas antes exige o reconhecimento de ser ele partícipe de uma tarefa ou empenho comum a toda a espécie humana, ou, por outras palavras, de que os seus atos transcendem o círculo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal. Donde resulta a emergência de uma multiplicidade de ideologias, em função das quais cada um de nós situa e legitima as suas inclinações e esperanças.”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. Saraiva. São Paulo, 2010, p. 101.

<sup>507</sup>LAQUIÈZE, Ala/*In*: “Todavia, pode-se perguntar, aqui, em conclusão, se a concepção de um Estado de Direito, entendido como incompatível com a democracia e com a soberania nacional, não está hoje superada, a partir do momento em que se constata uma crescente supranacionalidade dos direitos, reconhecida pelos próprios juizes franceses, que não hesitam em se inspirar em jurisprudências internacionais e europeias para forjar novos direitos fundamentais. Os debates atuais sobre o princípio de precaução ou sobre o princípio de segurança jurídica são uma significativa ilustração desse fenômeno. O Estado de Direito que está se afirmando é um Estado que dá, antes de tudo, uma importância fundamental aos juizes, em ais precisamente ao diálogo, e inclusive à controvérsia entre as jurisdições nacionais e europeias. E dá importância aos direitos fundamentais que tendem a se tornar independentes em relação à Constituição e à soberania, como se fossem duas faces de uma mesma moeda. Nessa perspectiva, a concepção de um Estado de Direito à la francesa tende a desaparecer pouco a pouco. Seria certamente muito difícil, hoje, opor *l'État de droit* ao *Rechtsstaat*, como faziam os juristas da Terceira República, em uma época, é verdade, marcada pela exaltação patriótica”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 378.

<sup>508</sup>REALE, Miguel: “Ora, é disso que se esquecem os partidários da “economia global”, como é o caso do economista Lester Thurow, autor do livro *The Future of Capitalism*, onde anuncia que “vai acabar o mundo dominado pela economia unipolar, como foi no século 19 com a Inglaterra, e é hoje com os EUA”, não se sabendo, porém, como se desenhará no próximo milênio a esperada economia mundial multipolar. Não creio, todavia, que a economia nacional esteja desaparecendo só pelo fato de uma mercadoria poder ser produzida num extremo do mundo e comercializada em outro. O problema que permanece aberto é o de saber se a todos será dado co-participar igualmente das regras que presidem as relações internacionais, sem as abandonar ao livre jogo das alterações tecnológicas à disposição apenas de alguns. Não creio, em suma, que o ideal da paz universal, que teve em Kant o seu máximo propugnador, possa ser realizado mediante processos de globalização que não levem em conta as conjunturas sociais e históricas de cada um dos parceiros nacionais, convocados para decidir em pseudo-igualdade de condições”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

<sup>509</sup>REALE, Miguel: “Como se vê, vencido o fascínio das ideologias abstratas, ser-nos-á possível abrir

como ponto de partida os direitos humanos, porém refutando qualquer imposição arbitrária<sup>510</sup> e lembrando que o multiculturalismo inerente ao discurso não pode admitir a pressuposição de superioridade, em que pese a tendência de internacionalização do modelo político ocidental<sup>511</sup>, devendo ser conservada a humildade para admitir as inevitáveis trocas culturais, políticas e jurídicas, declinando de uma postura de encerramento, de fechamento de portas dos países ocidentais, especialmente daqueles com economia mais favorecida, contrária a uma nova ordem jurídica que parece ser inexorável e favorável a incremento das desigualdades, com consequentes novos fundamentalismos, guerras e violência<sup>512</sup>. Essa abertura e diálogo, permissora de uma reconfiguração do Estado de Direito e do *rule of law*<sup>513</sup>,

---

realisticamente as portas do novo milênio, graças a novos paradigmas sobre os conceitos de soberania e de liberdade, entendida a primeira como poder de preservar e desenvolver os interesses próprios de cada País, cooperando eqüitativamente com os demais em razão do bem comum das Nações; e a segunda como condição primordial assegurada a todos os homens para participarem, na medida individual e social possíveis, dos benefícios propiciados pelo desenvolvimento cultural”.  
*In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias.* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 81.

<sup>510</sup>LORETONI, ANNA: “Mas, como vimos é possível encontrar na experiência político-jurídica da primeira modernidade uma outra concepção dos direitos, alternativa àquela jusracionalista, que pode ser referida ao “sentimento” da afirmação da própria dignidade e de resistência ao domínio arbitrário. Apresento a hipótese de que esta concepção alternativa ofereça uma contribuição significativa à reflexão contemporânea sobre os direitos fundamentais”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 534.

<sup>511</sup>BACCELLI, Luca: “Na passagem do milênio, enfim, não é possível abstrair da perspectiva internacional e multicultural. O Estado de Direito é uma criação da experiência social, da práxis política e da doutrina jurídica de uma restrita elite de países ocidentais. Hoje, contudo, o princípio do *rule of law* é proposto também como critério norteador nas relações internacionais. Além disso, na era da globalização econômica e da ocidentalização cultural põe-se o problema da “exportabilidade” do modelo político-jurídico do Estado de Direito para além da cultura e das sociedades que o produziram. Por outro lado, as migrações submetem os singulares ordenamentos jurídicos inspirados no princípio do Estado de Direito a problemas inéditos e pões o desafio do multiculturalismo”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 512.

<sup>512</sup>FERRAJOLI, Luigi: “O paradoxo é que esta crise da projetualidade política ocorreu em uma era de transição de alcance epocal, na qual é evidente que, no espaço de poucas décadas, os processos de integração em curso conduzirão de qualquer modo a uma nova ordem planetária. Dependerá da política e do direito a qualidade dessa nova ordem: se o Ocidente se fechar em ma fortaleza assediada, se aumentarem as desigualdades e a miséria e se desenvolverem novos fundamentalismos, novas guerras e violências, ou se prevalecerá, na comunidade internacional, a vontade de dar alguma atuação àquele projeto racional de uma ordem constitucional da qual dependem a paz e a própria segurança das nossas democracias”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 464.

<sup>513</sup>BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario: “As instituições político-jurídicas devem, portanto, ser projetadas de modo tal que possam refletir as virtudes e as necessidades desse estado de coisas. A noção republicana de “governo misto” é uma maneira, em parte metafórica, mas conceitualmente significativa, de dar expressão a uma idéia flexível de governo na nova Europa e, portanto, de prefiguração de uma nova modalidade européia de Estado de Direito e de aplicação do *rule of law*”. *In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito. História, teoria, crítica.* São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 645.

não descarta um agir judicial amparado constitucionalmente, permitindo uma releitura da Constituição liberal para lhe agregar um caráter expansivo, para além dos limites estatais, quiçá através de uma Constituição extraestatal, descartando o embrutecimento na concretização de projetos racionais e tornando factível a Constituição Mundial cuja intenção está registrada na Carta das Nações Unidas<sup>514</sup>, ampliando e melhorando o modelo implementado pelo constitucionalismo da União Europeia<sup>515</sup>. Todavia, enquanto o projeto não se consolida na integralidade, o panorama constitucional da atualidade, a Carta europeia, os tratados internacionais, a jurisprudência das cortes internacionais e as constituições estatais, permitem continuar a busca pelo modo mais apto a reafirmar o teor humanístico constitucional fundamental, criando um espaço jurídico de controle político e econômico<sup>516</sup>, em âmbito nacional e internacional, ininterruptamente em contínuo avanço. Defensável, assim, uma troca entre os Estados de Direito, amparada pelo constitucionalismo, em prol dos direitos humanos e de toda evolução de direitos fundamentais, que lhes são inerentes, é permissora da incorporação intrínseca ao Estado de Direito Constitucional de incrementos externos contingentes, consolidando novos direitos fundamentais, em uma via de mão dupla de modo sempre progressivo, contrário ao viés entrópico atado a um limite constitucional e a uma incontrolável força econômica e política

---

<sup>514</sup>FERRAJOLI, Luigi: "O constitucionalismo internacional representa a perspectiva a longo prazo certamente mais difícil e improvável. O fim dos blocos contrapostos, que podia anunciar a refundação de uma ordem planetária fundada sobre o primado das nações Unidas e sobre a garantia dos direitos humanos sancionados pelas várias cartas internacionais, produziu, ao contrário, o declínio das Nações Unidas, a conversão da Otan em braço armado dos países ricos do ocidente contra os países sempre mais pobres do resto do mundo e a reabilitação da guerra como instrumento de resolução dos conflitos internacionais e de defesa das nossas fortalezas democráticas contra a pressão de massas crescentes de excluídos às suas fronteiras. O único passo à frente na direção de um Estado de Direito internacional foi o Tratado de Roma, de 17 de julho de 1998, sobre a instituição, remetida por outro lado à ratificação ainda longínqua por parte de pelo menos sessenta Estados, de uma Corte penal internacional competente para julgar os crimes contra a humanidade. Resta o fato de que em um futuro de guerras, de violências e de crescimento exponencial da pobreza, da fome e da criminalidade, que deixaria as nossas democracias não só destituídas de legitimação, mas também ameaçadas, não existe outra saída a não ser o projeto jurídico de um constitucionalismo mundial já delineado pelas Carta das Nações Unidas e uma política das grandes potências disposta a levá-lo a sério". *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 455-456.

<sup>515</sup>Conforme FERRAJOLI, Luigi. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 455-456.

<sup>516</sup>FERRAJOLI, Luigi: "É, em resumo, possível, como alternativa às atuais tendências à formação de um direito comunitário de tipo jurisprudencial confusamente entrelaçado com os ordenamentos estatais, o desenvolvimento de um Estado legislativo de Direito europeu. E a este objetivo pode seguramente contribuir a própria Carta europeia recentemente aprovada, a qual desenha, através dos direitos por ela garantidos, um espaço público que vai para além das limitadas matérias previstas pelos Tratados". *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 459-460.

supranacional<sup>517</sup>.

De qualquer forma, parece inegável, tanto aqui quanto na maior parte do globo terrestre, independentemente do grau de desenvolvimento político do Estado, a força opressora do desejo de acumulação de riquezas, de onde torna-se imperioso o descortinamento das estratégias utilizadas, nas mais variadas esferas, para a manutenção do *status quo* capitalista e das crises sociais provocadas pela mesma. Crises que se deslocam para as Instituições jurídicas que, além da ausência de alinhamento com os interesses da sociedade atual, que foi denominada de pós-moderna no trabalho, ainda tem que passar por um ajustamento de acordo com as exigências liberais nacionais e internacionais, em detrimento dos interesses verdadeiramente democráticos, sobretudo nos chamados países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil<sup>518</sup>. Nas relações internacionais o problema referido que se procura enfrentar passa pela utilização de novos mecanismos, talvez associativos como defendido por vários autores, que possam introduzir um modelo com maior força dialética e negocial em prol da mitigação das desigualdades, na

---

<sup>517</sup>FERRAJOLI, Luigi: “O segundo desafio ao Estado de Direito é dirigido à sua dimensão constitucional pela crise do princípio de estrita legalidade produzida pelas perdas de soberania dos Estados, pelo deslocamento das fontes para fora das suas fronteiras e pelo decorrente enfraquecimento do papel garantista das constituições nacionais. Esse desafio impõe um repensamento do constitucionalismo e do garantismo, isto é, dos lugares das formas e do grau de rigidez com que as constituições podem condicionar a legislação, vinculando-a à garantia dos direitos fundamentais e dos princípios de igualdade e de justiça nelas estabelecidos. Esses lugares, como vimos, não são mais apenas estatais, mas, enfim, supra-estatais, e estão hoje ocupados, em nível europeu e mundial, por organismos que decidem de fato sem responsabilidade política e com incertos vínculos constitucionais. Disso resultam enfraquecidas, como vimos, as duas dimensões da democracia constitucional; a dimensão formal da democracia política, pelo caráter não representativo de organismos dotados de crescentes poderes decisórios, e dimensão substancial do Estado constitucional de direito, pela não sujeição à lei e pela ausência de controles seguros de constitucionalidade sobre as suas decisões”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 454.

<sup>518</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Inseridas nesse contexto, as instituições fundamentais do Estado brasileiro continuam sendo as mesmas de há dois séculos. Nesse sentido, instituições como o Poder Judiciário vão perdendo sua legitimidade, pois estão se tornando cada vez mais inócuas diante das transformações que se operaram na técnica, na ciência e na economia mundial. Essas transformações acabaram por construir um mundo cujas bases materiais se voltam tanto contra os valores da modernidade, representada por suas instituições, como contra a realização dos direitos fundamentais, que ficam cada vez mais distantes da cotidianeidade do homem comum. Nessa senda, fontes de regulação, identificadas anteriormente com o próprio Estado, alienaram-se da vida prática e passaram a ser pautadas não mais pela produção de legalidade por meio de instituições visíveis, mas pela “mão invisível do mercado”, subordinadas ao capital financeiro volatilizado, pautando um “novo colonialismo” que legisla “de fora”, exigindo, por meio de sucessivas imposições econômicas, o ajustamento do direito interno às necessidades do capital financeiro transnacional, sob pena de asfixia política econômica do “país alvo”. O liberalismo, assim, tem conduzido a população dos países pobres à miserabilidade, minimizando a ação estatal e bloqueando a solidariedade humana pela lógica do mercado”. *In*: **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26.

medida em que os organismos internacionais, onde pode ser trazido como exemplo o do sistema europeu, que poderiam engendrar politicamente alguma mudança, acabam sendo dominados por uma elite nacional e internacional favorecida pela manutenção do *status quo*<sup>519</sup>. Desde já, é antecipado que a luta, ao ser comprada, só poderá ter seu objetivo alcançado a duras penas, em uma luta pelo Direito, pelo Estado de Direito e pela democracia<sup>520</sup>, para que os interesses e as expectativas socialmente compartilhados possam ser satisfeitos de forma mais facilitada, não recaindo em retrocesso, exigindo o uso da força para a consecução, na medida em que o perigo está sempre à espreita<sup>521</sup>. Isso significa que as reivindicações sociais, individuais ou grupais, associativas, sem prejuízo da dialética, da autonomia cidadã, em nível internacional<sup>522</sup> ou nacional, não podem dispensar o Estado de Direito. O espaço jurídico e constitucional é o único caminho para as lutas e conquistas sociais,

---

<sup>519</sup>BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario: “Naturalmente, os compromissos sobre os quais se baseia o atual sistema de governo europeu são com freqüência fundados sobre a mera contratação, em vez da negociação, refletindo assim um *modus vivendi* voltado para confirmar, mais do que superar, desigualdades de poder e de bem-estar. Esses compromissos são, além de tudo, negociados pelas elites nacionais e internacionais que têm um forte interesse em manter o *status quo*. Um programa genuinamente republicano para a Europa deveria buscar quais são os modos que favorecem um fortalecimento da influência popular e um mais elevado envolvimento no processo político. A isso visam as propostas de democracia associativa recentemente apresentadas por vários autores, como Paul Hirst, Philippe Schmitter, Joshua Cohen e Charles Sabel”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 643.

<sup>520</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “No entanto, os fatores políticos e as forças que a existência do Estado implica (poder das oligarquias tradicionais, interesses econômicos e financeiros, castas militares, burocracia estabelecida, interesses eclesiásticos etc.) atuam isolada ou conjuntamente, recebendo até mesmo apoio exterior de forças homólogas para sair da legalidade e impor suas decisões, logo referendadas com sua própria ordem jurídica. O que interessa aqui é apontar o momento de sua ruptura com o Direito estabelecido, as tendências que tais forças têm de escapar aos seus influxos e de impor o seu próprio Direito, o que nos conduz ao tema da tensão entre as forças não-jurídicas e jurídicas. Isso se verifica sem que precisemos entrar aqui em averiguações acerca de qual dessas ordens jurídicas, a superada ou a que a substitui, é a mais justa. Dito de outro modo, no seio do Estado de Direito, encontram-se forças potenciais que podem transformá-lo, subvertê-lo e ou destruí-lo”. *In*: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007. p. 148.

<sup>521</sup>ZOLO, Danilo: “Os direitos são (preciosíssimas) próteses sociais que permitem reivindicar com maior possibilidade de sucesso, e sem recorrer novamente ao uso da força, a satisfação de interesses e de expectativas socialmente compartilhadas permitem reivindicar com maior possibilidade de sucesso; e sem recorrer novamente ao uso da força, a satisfação de interesses e de expectativas socialmente compartilhadas. Mesmo a limitação do poder arbitrário e a proteção institucional dos direitos subjetivos – os dois serviços específicos do Estado de Direito – são o resultado histórico de “lutas pela defesa de novas liberdades contra antigos poderes”: são a outra face do conflito social, estão e caem com ele”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 93-94.

<sup>522</sup>BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario: “Em outras palavras, uma estrutura política mais flexível e com maiores formas de autonomia não deve necessariamente ser considerada um obstáculo que freie o processo de integração europeia. Pelo contrário, mesmo de formas mais diferenciadas, a atenção para questões de legitimidade substancial pode favorecer uma integração mais profunda.”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. Martins Fontes: São Paulo. 2006, p. 645.

sendo realizadas, dessa forma, pelo Direito e para o Direito, na medida em que se incorporam a ele, sob pena de autorizar o quadro entrópico temido e referido anteriormente<sup>523</sup>.

Na matriz do socialismo anteriormente trabalhada, inclusive, já transparecia a necessidade de combate à exploração exagerada do trabalhador<sup>524</sup>. Ainda no período da Modernidade já era possível constatar o caráter predatório capitalista. Sem dúvida, uma das maiores constatações decorreu na seara trabalhista. Em um determinado período os empregados eram submetidos a níveis salariais baixíssimos, com condições de trabalho degradantes, dentre outros tantos atos atentatórios à dignidade da pessoa humana, originando os primeiros conflitos trabalhistas. Daí, já é possível enxergar a necessidade de contraponto social que, no caso, ocorreu com a busca da equiparação de forças dos trabalhadores com os patrões e defesa de condições dignas através, precipuamente, da criação de sindicatos e formação de greves. O contraponto referido foi apto a, muitas vezes, amenizar o ímpeto capitalista, na medida em que os empresários paralisados deixavam de auferir lucros e, em caso extremos, acabavam sendo responsáveis por mortes e ferimentos, com grande desgaste de suas imagens. De qualquer sorte, já se revelava os objetivos desarmônicos entre os interesses econômicos e social.

Na seara ideológica, o capitalismo alcançou seu objetivo tirânico ao atingir a alma das massas apáticas e submissas, conseguindo, através da promessa de prosperidade econômica, plantar no coração de cada um dos homens o desejo de felicidade e sucesso correspondente ao acúmulo de riqueza. É possível comparar a situação com o que ocorria no governo feudal e autoritário, em que a fé conquistava a alma do homem, induzindo-o a aceitar o *stablishment*, a estagamentação social. Fenômeno idêntico parece ocorrer nas sociedades capitalistas modernas em que o

---

<sup>523</sup>LORETONI, Anna, após criticar a possibilidade jusnaturalista conclui: “Ao contrário, na concepção republicana, o exercício ativo dos direitos tem o escopo de obrigar os poderes do Estado a agir no âmbito da estrutura constitucional. Ocorre assim uma dialética entre o ativismo dos indivíduos e dos grupos e as transformações do quadro constitucional. O *rule of law* é a condição para que a atividade de reivindicação se realize, e é a atividade de reivindicação que torna efetivo o *rule of law*. Por outro lado, que a reivindicação ocorra “sob o governo da lei”, dentro de um perímetro juridicamente determinado, embora em evolução, é uma das condições para que o conflito social não degenere e não se torne entrópico e destrutivo. Nesse sentido, o Estado de Direito poderia ser entendido não apenas como um “Estado dos Direitos, mas, de forma mais específica, como o quadro constitucional e a precondição jurídica da ‘luta pelos direitos’”. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 536.

<sup>524</sup> Ver a respeito o tópico 1.3 que trata das Amarras dos Embates Axiológicos/Políticos – Pressupostos importantes nas expectativas democráticas.

sucesso de alguns é posto como o objeto de desejo de todos, dando ensejo, inclusive a padronização e estereotipações sociais, nos seus mais variados aspectos e permitindo a manutenção do capitalismo desenfreado e excludente<sup>525</sup>. Há, portanto, um paralelo analógico tirânico a ser enfrentado, que perpassa pelo aprofundamento crítico do cidadão, escapando de um sério problema do nosso processo civilizatório consistente na massificação e superficialidade, de modo a permitir que o desejo de felicidade não tem como única ponte o capitalismo desenfreado, que terá como consequência a mitigação ou no mínimo a não acentuação dos efeitos nefastos da exclusão social, da disseminação da pobreza, da miséria e todos os seus efeitos, inclusive da degradação ambiental. O bom combate, portanto, parte da aquisição da consciência crítica e autossuficiência do cidadão condicionante da verdadeira democracia.<sup>526</sup>

No aspecto filosófico, a viragem linguística permitiu a desmistificação objetificante da linguagem, da extração de significações do texto, tendo há como condição de possibilidade compreensiva<sup>527</sup>. Em que pese, isso torne possível o reconhecimento de que a linguagem se constitua em acesso ao mundo<sup>528</sup> e de que a palavra e conteúdo são distintos e indissolúveis, pois dependentes dos acessos

---

<sup>525</sup> HORKHEILNER E ADORNO: “[...] assim como a moral dos senhores era levada mais a sério pelos dominados do que pelos próprios senhores, assim também as massas enganadas de hoje são mais submissas ao mito do sucesso do que os próprios afortunados.... continua.... “Todos podem ser como na sociedade onipotente, todos podem se tornar felizes, conquanto se entreguem sem reservas, e renunciem sua pretensão à felicidade. A sociedade reconhece sua própria força na debilidade deles e lhes cede uma parte. A passividade do indivíduo o qualifica como elemento seguro. Assim o trágico é liquidado. Antigamente, a substância do trágico estava na oposição do indivíduo à sociedade. Ele exaltava "o valor e a liberdade de ânimo diante de um inimigo potente, de uma adversidade superior, de um terrível problema". Hoje, o trágico se dissolveu no nada da falsa identidade de sociedade e sujeito, cujo horror se vislumbra ainda na aparência fraudulenta do trágico”. *In: A Indústria Cultural. O Iluminismo como mistificação de massas*. Lima, Luiz Costa (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 201.

<sup>526</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Volumes I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>527</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Na mesma situação se encontram os conceitos formais que toda linguagem pressupõe como sua condição de possibilidade: “Não é possível exprimir por uma proposição que algo cai sob um conceito formal como um objeto dele. Isso se mostra, porém, no signo desse próprio objeto. (O nome mostra que designa um objeto, os signos numéricos que designam um número etc.). Qualquer objeto que cai sob um conceito formal pressupõe esse conceito e, assim, indiretamente, fala, diz, anuncia esse conceito. Conceitos formais, portanto, não afiguram, mas pertencem à forma lógica, ou seja, às condições de possibilidade de qualquer afiguração”. *In: Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 111.

<sup>528</sup> Tema será desenvolvido com maior profundidade no capítulo terceiro, porém, é possível ver mais em: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1994; HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; e GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 3ª ed., vol. 1, Petrópolis: Vozes, 1999.

diferenciados do ser, com o que as palavras empregadas para exprimir as sensações são dependentes de sentidos diversos experienciados pelo ser<sup>529</sup>, contrapondo a conclusão do primeiro Wittgenstein que acreditava que a linguagem seria permissora da extração de uma verdade comum ser alcançada em um isomorfismo, que pressupõe, por meio da linguagem, uma identidade de estrutura interna e externa<sup>530</sup>, sem, contudo, deixar ser levado pela filosofia da subjetividade por atrelá-la ao processo de interação social<sup>531</sup>. Essa teoria constituiu a abertura para um novo paradigma. A cultura capitalista consegue impor e utilizar a linguagem de modo a permitir a manutenção dos valores que lhe são importantes, incutindo na grande massa o consumismo e a superficialidade. Nessa blindagem do capitalismo há a utilização de uma forma de propaganda com privação da qualidade dos signos. A utilização da comunicação rasa e rasteira, caracterizadora de tal espécie de propaganda, é mantenedora da perpetuação do estado de coisas, na medida em que cria uma baixa tolerância a qualquer espécie de trabalho em busca do aprofundamento e conseqüente possibilidade de crítica. Como na mitologia grega, grande parte da população acaba seduzida pelo canto das sereias capitalistas<sup>532</sup>,

---

<sup>529</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “No entanto, isso constitui um problema no processo de comunicação, já que o outro não pode ter acesso que eu tenho, nem eu posso saber que impressões ele tem e, conseqüentemente, não sei se as palavras por ele empregadas para exprimir suas sensações têm o mesmo sentido das que eu emprego. Em última análise, o conhecimento e sua comunicação lingüística são realidades inteiramente privadas, essencialmente individuais e só secundariamente comunicativas, interpessoais. Isso é uma decorrência necessária da concepção tradicional de conhecimento e linguagem e constitui o fundamento daquilo que Apel, como veremos, denomina o solipsismo epistemológico do pensamento ocidental”. *In: Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 124.

<sup>530</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “para Wittgenstein, essa correspondência só é perfeita quando há uma identidade de estrutura interna e externa, ou seja, o isomorfismo só se realiza quando há identidade categorial e de estrutura externa. Neste caso, e somente neste caso pode-se falar de uma figuração verdadeira. Verdadeira é entendida aqui como isomorfismo, isto é, como identidade de estrutura interna e externa, havendo uma comparação entre proposição e o real”. *In: Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 104.

<sup>531</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A segunda fase da filosofia de Wittgenstein manifesta-se, assim, como um veemente ataque a uma concepção individualista do conhecimento e da linguagem, mas também irrompe contra todo dualismo epistemológico e antropológico. Como pano de fundo de suas críticas aparece uma visão de homem e de conhecimento humano dualista, sobretudo como elaborada no Ocidente moderno a partir da filosofia da consciência de Descartes, que, numa perspectiva muito diferente, pode ser citado ao lado de Heidegger, como um dos grandes críticos da “filosofia da subjetividade”. Muito mais claramente, porém, do que Heidegger, ele vai tender a uma superação do dualismo corpo-espírito na concepção do indivíduo, e do dualismo indivíduo-sociedade na concepção da pessoa humana. Ele vai situar o homem e seu conhecimento no processo de interação social, o que vai levar, posteriormente, não só à consideração da relação entre conhecimento e ação, linguagem e práxis humana, como também à consideração explícita do papel da comunidade humana na constituição do conhecimento, e da linguagem humana (melhor dito: do conhecimento lingüisticamente mediado do homem)”. *In: O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 125-126.

<sup>532</sup> Paralelo de uma das conhecidas aventuras de Ulisses (em grego: Odisseu), narrada na Odisséia,

deixando, quando muito, de buscar e, na em grande parte dos casos, passando até mesmo a repelir qualquer tarefa fora dos limites dados/impostos pela superficialidade e volatilidade pregada pela cultura capitalista. São criadas, convenientemente, inclusive, justificativas que vão da desimportância à impenetrabilidade<sup>533</sup> das grandes questões sociais e políticas. Com isso, passando ao largo da admissão da complexidade e profundidade da linguagem, há uma circularidade viciosa que depõe contra o desejado fim democrático.

Na banda política, o capitalismo dá mostra de sua força política quando consegue, através do poder econômico, financiar e eleger representantes políticos que estarão a mando de seus interesses, formulando leis (Legislativo) e realizando atos em decorrência das mesmas (Executivo) com nítido caráter antidemocrático e opressivo, permitindo a proteção de seus interesses, que acabam por ficar a cargo do Estado<sup>534</sup>. Não raro há a utilização argumentos e de instrumentos para mascarar a referida lógica, tentando colocar vestes democráticas em leis e atos que, na realidade, não cabem naquelas vestimentas, porém a superficialidade geralmente impõe uma cegueira a respeito. Contribui para tanto a própria forma como é realizada a democracia representativa, o modo como o procedimento eleitoral depõe contra a racionalidade indispensável para a boa escolha, a começar por serem trazidas questões que não afetam diretamente os eleitores, fazendo com que não busquem informações maiores a respeito para justificar a tomada de posição. A par disso, são

---

um dos poemas homéricos.

<sup>533</sup> HORKHEILNER E ADORNO: "Quanto mais a linguagem se resolve em comunicação, quanto mais as palavras se tornam, de portadoras substanciais de significado, em puros signos privados de qualidade, quanto mais pura e transparente é a transmissão do objeto intencionado, e tanto mais se tornam opacos e impenetráveis. A desmistificação da linguagem, como elemento de todo processo iluminista, inverte-se em magia. Reciprocamente distintos e indissolúveis, palavra e conteúdo eram unidos entre si. Conceitos como melancolia, história e, inclusive, "a vida" eram conhecidos nos termos que os representavam e custodiavam. A sua forma os constituía e, ao mesmo tempo, os reproduzia. A nítida separação que declara casual o teor da palavra e arbitraria a coordenação com o objeto, liquida a confusão supersticiosa entre palavra e coisa. Aquilo que em uma sucessão estabelecida de letras transcende a correlação ao evento é banido como obscuro e como metafísica verbal. Com isso, porém, a palavra que deve tão-só designar (bezeichnen) e não significar (bedeuten) nada torna-se de tal modo fixada à coisa que se enrijece em fórmula. Isso toca simultaneamente à língua e ao objeto. Em vez de conduzir o objeto à experiência, a palavra purgada o expõe como caso de um momento abstrato, e todo o resto, excluído da expressão (que não mais existe) por uma exigência de clareza desapiedada, perece mesmo na realidade." *In: A Indústria Cultural. O Iluminismo como mistificação de massas*. Lima, Luiz Csota (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 211.

<sup>534</sup> MENGER, Antonio. "Habiéndose originado las bases fundamentales de nuestro actual ordenamiento jurídico, de la costumbre, síguese necesariamente que La elaboración Del sistema del Derecho no se efectuó em interés de las grandes masas, sino em beneficio de alguna casta privilegiada". *In: El Derecho Civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p.79-80.

englobados vários tópicos de maior ou menor importância nas plataformas eleitorais e postos como um todo a ser escolhido, onde, portanto, grande parte dos itens padece da superficialidade referida. As disputas eleitorais ganham contornos de competição esportiva com os meios de comunicação e redes sociais, não raro, valorizando muito mais aspectos superficiais. E, ainda que haja um fundamento racional para a escolha, não há nenhuma garantia de que o eleito cumprirá suas promessas de campanha eleitoral, tudo contribuindo para que o voto aconteça com pouca ou nenhuma preocupação com os fundamentos racionais e democráticos<sup>535</sup>. Há, portanto, também um sistema político que serve de escudo ao estado de crise relatada, com o que há de ser buscado reconhecimento do problema e o início de um repensar o modo de fazer política, da questão representativa e eleitoral, de modo impedir a lógica mencionada<sup>536</sup> que vem a ter um nítido favorecimento do capitalismo em detrimento dos interesses sociais.

O julgador deve, portanto, no exercício de sua função, estar atento para todas essas questões no objetivo de uma jurisdição democrática<sup>537</sup>. Muito especialmente, na linha da tese defendida, inadmitir inconsistências metafísicas na fundamentação

---

<sup>535</sup>PINKER, Steven: “Há uma exceção gritante, é claro; a política eleitoral e questões correlatas. Aqui, as regras do jogo são concebidas de forma diabólica para trazer à tona o que há de mais irracional nas pessoas. Os eleitores manifestam-se sobre questões que não os afetam pessoalmente e nunca precisam se informar ou justificar suas posições. Itens práticos de pauta política, como comércio e energia, são enfeitados com assuntos candentes como a eutanásia e o ensino da evolução. Cada feixe é amarrado a uma coalizão com eleitores preocupados com questões geográficas, raciais e étnicas. Os meios de comunicação cobrem eleições como corridas de cavalo e analisam questões pondo oportunistas ideológicos uns contra os outros em disputas aos gritos. Todas essas características afugentam as pessoas da análise fundamentada e as aproximam da autoexpressão apaixonada. Algumas são produtos da concepção errônea de que os benefícios da democracia vêm das eleições, quando dependem mais de ter um governo que seja limitado em seus poderes, sensível aos seus cidadãos e atento aos resultados de suas políticas (capítulo 14). Por consequência, as reformas destinadas a tornar a governança mais “democrática”, como os plebiscitos e as primárias diretas, podem, em vez disso, tornar a governança mais movida pela identidade e mais irracional. Os enigmas são inerentes à democracia e são debatidos desde a época de Platão. Eles não têm solução instantâneas, mas identificar os piores problemas atuais e estabelecer o objetivo de mitigá-lo é o devido começo”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 447.

<sup>536</sup> Um dos caminhos está na prevalência da democracia verdadeiramente participativa, em detrimento da meramente representativa, que é a regra do sistema político atual. Democracia representativa que tem um excelente exemplo através do processo, onde as partes podem pessoalmente, com representantes tecnicamente capazes, buscar a tutela de seus interesses. A propósito: RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>537</sup> A jurisdição democrática mencionada pressupõe a condição de possibilidade hermenêutico-filosófica, a permitir os fins democráticos constitucionais, sem qualquer predação política do direito, alcançando distinções entre texto e norma, ou seja, entre *lex* e *ius*. Aprofundamento maior, a propósito no capítulo: 2.3.1 A proposta pós-positivista – Resposta constitucional e democrática do Direito.

de suas decisões, ainda que a origem seja da letra da lei. Atenção também indispensável para o que é proveniente da doutrina e da jurisprudência a respeito, pois a admissão da inconsistência fundamental não pode ter caminho diverso da produção de novas inconsistências, promovendo a abertura para a arbitrariedade. O Estado juiz ao cumprir seu papel deve, então, enxergar armadilha anti-fenomenológica para não passar ao largo da correta e adequada resposta jurisdicional dentro do Direito. O Estado juiz, ao assim agir, estará cumprindo o papel de resgatar o fundamento democrático qualitativo do Direito<sup>538</sup>, impedindo que se estabeleça uma falsa aparência democrática, quando, no fundo, haveria uma arbitrariedade antidemocrática, que em face dos interesses capitalistas comumente poderiam desembocar em retrocesso jurídico.

---

<sup>538</sup> Combatendo o que de há muito foi diagnosticado como interesse vitorioso no sistema jurídico por MENER, Antonio, para quem o Direito “[...] e substancia, el resultado de una lucha de intereses, com êxito favorable, entre poderosos y débiles, La regulación del derecho de tal modo originada tenía que ser muy perjudicial para La clases bajas de la sociedad”. In: **El Derecho Civil y los pobres**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 80.

## 2.4 Processo e jurisdição – Imbricações das exigências sociais e democráticas

Os tópicos anteriores são suficientes para deixar transparecer que é abandonada a concepção positivista do Direito, de ciência pura, para admitir o diálogo com o poder<sup>539</sup>. Essa imbricação social entre política e Direito é extensível ao processo civil, de forma especial<sup>540</sup>. A crise do processo civil, que desemboca, na tese, na produção legislativa de uma exigência não factível, tem, nesse contexto, não é independente de uma crise social e política do Estado brasileiro, multifatorial, que redundará na fragilização do Direito e da Constituição<sup>541</sup>. O poder político proporciona um processo com maior ou menor inclinação para a interação social, isto é, o alcance do Poder Judiciário pode vir a ser mais ou menos aprofundado de conformidade com o interesse político dominante. Na atualidade, no contexto social brasileiro, seria leviano afirmar que o melhor seria a admissão do ideal liberal clássico e, como corolário lógico, ter um processo e jurisdição minimizados<sup>542</sup>. Tampouco seria

---

<sup>539</sup> GROSSI, Paolo, próximo da concepção adotada na tese refere que: “É obvio que, na nossa intitulação, “ordenamento” possui uma conotação diferente, muito específica, que permite colocá-lo em uma relação de intensa dialética com “poder”. Mesmo se é somente o caso de mencioná-la – e só como esclarecimento para os ouvintes não iniciados no tema -, a conotação é aquela atribuída por Santi Romano na celebradíssima obra de 1917/18, que permaneceu posteriormente na cultura jurídica como um modo absolutamente peculiar de analisar e conceber o direito: um direito que nasce de baixo sob a égide de uma clara espontaneidade, uma dimensão ôntica da sociedade porque é radicado nesta e ativa na consciência coletiva, uma dimensão objetiva já que é primeiro auto-organização, e, depois, norma”. *In: O Direito entre poder e ordenamento*. Apresentação e tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 95.

<sup>540</sup> GROSSI, Paolo, expressa lição muito aproximada: “E o direito/ordenamento se torna o espelho da sociedade em todas as suas articulações, visto que não se refere a uma central de poderes, mas à sociedade na sua globalidade e também nas suas diferentes facetas. Facetas que, tomando forma consumada através do magma socioeconômico-político, se tornam ordenamentos jurídicos, respeitados na sua indiscutível autonomia.” *In: O Direito entre poder e ordenamento*. Apresentação e tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 98.

<sup>541</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Isso tudo se reflete numa crise do Estado e numa crise jurídica. Essa crise jurídica é uma crise da cultura jurídica, que está imersa numa crise de autoridade, de valores éticos, políticos e culturais. Nesse sentido, a crise do Judiciário, que integra, por consequência, a crise jurídica, não é independente de uma crise do Estado, que se apresenta nas suas mais diversas formas, notadamente em seu aspecto institucional. Em decorrência da globalização e da quebra da idéia de unidade, orientada pela idéia de Constituição, a “crise institucional” tem-se caracterizado por uma “fragilização” da Constituição como elemento constitutivo do Estado”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

<sup>542</sup> Não é demais trazer, a propósito, a discussão a respeito das posturas procedimentalistas e substancialistas. A visão procedimentalista, como em Habermas, Luhmann, Ely e Garapon, (Posições expostas nas obras: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre factividade e validade**. Volumes I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997; LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do Direito**. Vol. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; ELY, John Hart.

suficiente o contrário, no sentido de admitir como melhor o intervencionismo estatal, caracterizador da primeira fase do Estado de Direito Social e, portanto, buscar a maximização do processo e da atuação judicial, o que poderia, inclusive, levar para o antidemocrático governo de juízes (*judge-made law*), para o ativismo judicial, onde a vontade do julgador está impregnada nas suas decisões. Ainda que o Estado Social não tenha passado de um simulacro no Brasil, como de resto, nos demais países em desenvolvimento, não é possível defender a atuação judicial criticada, mesmo a pretexto de resgatar a dívida social<sup>543</sup>.

A feição democrática a ser acoplada ao processo e à jurisdição exige um temperamento, que na realidade qualificaria um “plus”, da atuação jurisdicional de cunho intervencionista e de outro que prima pela concretização do princípio do *laissez faire*. No Estado de Direito da República Federativa do Brasil, criado a partir de uma Constituição com promessas democráticas, não é possível reduzir a atuação judicial a apenas dois modelos opostos, um decorrente de uma política intervencionista e outra liberal. Na larga faixa intermediária é que há de ser alcançada a adequação da jurisdição democrática brasileira, onde é destacada a judicialização da política<sup>544</sup>. Aliás, conforme Garapon, as falhas do Estado deslocam para o Direito, para o Judiciário, a tarefa de compensação do *deficit* democrático<sup>545</sup>, entendimento que se ajusta perfeitamente para a atualidade brasileira. Esse deslocamento é natural na medida em que é buscado o implemento das condições necessárias para as construções sociais, pautadas na verdadeira condição de isonomia dos cidadãos. Está sendo vivenciado, dessa maneira, um plus da atuação jurisdicional em comparação com o modelo judicial e processual de origem liberal-iluminista, é o que já foi

---

**Democracia y Desconfianza: Una Teoría del Control Constitucional.** Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Universidad de Los Andes, 1997; GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O Guardião das Promessas.** 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999) teria melhor enquadramento nos países desenvolvidos, em que haveria uma condição mais favorável para os cidadãos alcançarem a desejável auto-suficiência democrática, mas no Brasil e nos países em desenvolvimento, é advogada a proposta substancialista, onde o Judiciário poderia auxiliar na afirmação dos direitos constitucionais democráticos, em prol de uma agenda igualitária (VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.)

<sup>543</sup>De acordo com a classificação de STRECK, Lenio Luiz; Tassinari, Clarissa; Lepper, Adriano Obach. *In: O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas.* Volume 5, Número Especial, 2015, p. 52-62.

<sup>544</sup>Adotada a distinção entre ativismo judicial e judicialização da política de STRECK, Lenio Luiz; Tassinari, Clarissa; Lepper, Adriano Obach. *In: O problema do ativismo judicial: Uma análise do caso MS3326. Revista Brasileira de Políticas Públicas.* Volume 5, Número Especial, 2015, p. 52-62.

<sup>545</sup>GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 48.

denominado de fenômeno brasileiro da “judicialização”<sup>546</sup>, mas que, gradativamente, quiçá, de acordo com o desenvolvimento social e o envolvimento dos demais poderes do Estado, com a constituição de um Estado mais eficiente na implementação dos Direitos e a formação de cidadãos verdadeiramente autossuficientes, poderia haver uma mitigação das exigências atuais do Direito, da Jurisdição e do Processo, até porque a via judicial pode levar ao falso entendimento de que não há a necessidade de um sempre presente esforço político para a manutenção e novas conquistas sociais, bem como porque o melhor espaço para discussão de políticas públicas é o que concede maior abertura para a participação popular, e não aquele do processo onde há a limitação da participação para o polo passivo e ativo do processo, pois a discussão coletiva exige um espaço público adequado<sup>547</sup>. Então a judicialização da política só pode ser admitida, mesmo em nosso contexto deficitário, com extremo cuidado para que não ocorra excessos que, de igual forma, são antidemocráticos, especialmente o temido solipsismo judicial<sup>548</sup>.

No Estado de Direito da República Federativa do Brasil, criado a partir de uma Constituição com promessas democráticas, a atuação judicial deve ser voltada para a tutela de direitos, sem inclinar para o intervencionismo antidemocrático. Ocorre que os limites da atuação judicial democrática pregada não pode ter todas as suas características descritas de antemão, pois é necessário levar em conta o caso concreto, atentando para a peculiar natureza fática e jurídica do litígio, de modo a permitir a identificação da necessidade de preponderância de uma forma de atuação ou de outra. Por exemplo, no direito de família, desde há muito está consolidado o

---

<sup>546</sup>TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 32-33.

<sup>547</sup>CASALINI, Brunella: “O Poder Judiciário pode ser um sustentáculo importante do processo político, mas as Cortes não deveriam substituir-se à discussão coletiva dentro do espaço público. É no confronto político que se realiza não apenas o acordo sobre os fins coletivos, mas também a escolha dos meios com os quais perseguir os objetivos concordados; e essa escolha não é menos relevante e menos carregada de tensões. O papel de garante dos direitos individuais e dos direitos das minorias que a Corte Suprema assumiu na segunda metade do século XX contribuiu para direcionar os grupos políticos no sentido da solução judicial dos conflitos políticos. As razões que impulsionaram e continuam a impulsionar nessa direção podem ser facilmente explicadas, considerando o fato de que a ação por via judicial reduz o número dos atores envolvidos no processo decisório e em geral mais rápida na solução das questões controversas em relação ao procedimento legislativo. Instâncias de natureza política, passíveis de discussão pública, acabam assim por ser apresentadas em termos de pretensões reivindicatórias por via exclusivamente judicial, com um notável efeito distorcido. Os cidadãos são encorajados a pensar que o reconhecimento dos direitos possa prescindir de qualquer tipo de ação e de decisão política”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 306-307.

<sup>548</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

entendimento da fixação e alteração dos alimentos provisórios de ofício. Enquanto que, quando se trata de Direito disponível, é perfeitamente admissível a presunção de veracidade decorrente da revelia, sendo descabido o agir de ofício para produzir provas, objetivando o esclarecimento dos pontos controvertidos. Há, assim, geralmente na maioria dos Estados, como no Brasil, um Poder Judiciário com poder intervencionista mínimo em algumas esferas e maximizado em outras. Outros problemas tipicamente brasileiros dizem respeito à falta de recursos públicos, incompetência administrativa e corrupção que acabam por impelir ao Judiciário o papel de gestor público, instigando os limites da jurisdição democrática. Nesse somatório de confluências políticas, culturais e jurídicas peculiares do Estado brasileiro, é que se busca qualificar a atuação judicial verdadeiramente democrática. É possível classificar no Estado de Direito brasileiro o nosso processo e jurisdição, em Damaska, como moderado. Em alguns momentos históricos predominou o liberal com moderação social e, em outros, o social com moderação liberal e, nos dias atuais, seria muito difícil dizer, de modo geral, qual seria a predominância<sup>549</sup>, a não ser especificando a um contexto específico, como anteriormente realizado, onde foi proposto um viés social-democrático da atuação judicial. Ou seja, atuação judicial defendida necessita juristas conhecedores do direito, corajosos, imparciais e determinados, conscientes de que serão alvo de críticas de amplo aspecto, não raras vezes infundadas, pois a atuação desejada implica em enfrentamento da inércia de

---

<sup>549</sup> DAMASKA, Mirjan: "Podría pensarse que existe una visión doble de una administración de justicia intervencionista y otra de laissez faire suficientemente polarizada como para cubrir los sistemas existentes, sin incluir los puntos finales de este continuum y por lo tanto evitando asumir doctrinas políticas extremas. En suma, para descubrir los supuestos de estas dos visiones podría pensarse que bastaría con analizar los procedimientos en los cuales los Estados moderados buscan implementar programas, y aquellos procedimientos en que esos Estados proporcionan un foro para la resolución de problemas sociales. Este enfoque se puede reformular en forma algo distinta: incluso si los impulsos gestores y de laissez faire llevan a ideas diferentes acerca del diseño del proceso legal, estas ideas son indiferente al ámbito cambiante del gobierno. En la medida en que las inclinaciones gestoras de un Estado crecen, hay formas del proceso de laissez faire que permanecen inalteradas; sólo disminuye el alcance de sus aplicaciones. De modo opuesto, cuando la agenda del Estado se reduce, hay formas del proceso intervencionista que quedan inalteradas, y sólo se estrecha el dominio de su aplicabilidad. Sin embargo en un análisis más minucioso, este argumento es poco recomendable. Las esferas en que los Estados moderados eligen asumir responsabilidades gestoras y las esferas en que optan por no implicarse, no están herméticamente selladas; más bien se penetran e influyen recíprocamente. La concepción dominante del papel del Estado – la idea de un gobierno limitado, por ejemplo, afecta más o menos abiertamente al proceso judicial incluso en aquellas esferas en que el Estado se separa de su ideal. Por lo tanto es más posible encontrar híbridos y contaminaciones antes que formas puras. Sólo en el arsenal ideológico de las teorías políticas extremas se encuentra un apoyo y justificación adecuados para las visiones polarizadas de las administraciones de justicia de tipo laissez faire y dirigistas". *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 125-126.

outros poderes, somado à corrupção endêmica da política, especialmente da nacional, enfrentamento do poder econômico e político, buscando o abrandamento das desigualdades econômicas e sociais impostas pela globalização econômica, agregando os conteúdos jurídicos acumulados das perspectivas liberais, sociais e democráticas<sup>550</sup>. De qualquer modo, mesmo nessa visão ou na outra mais liberal, que pode mostrar-se mais adequada em outro contexto, por exemplo, onde há um grau de autonomia maior do cidadão, em face da autonomia do Direito, não é possível negar que a atuação jurisdicional democrática, através do processo, estará invariavelmente condicionada à aplicação adequada e correta do Direito ao caso concreto<sup>551</sup>.

Em linhas gerais, o estudo das correntes liberais e sociais trouxe simbolismos importantes na construção da democracia. Por proximidade da temática proposta cumpre lembrar destacadamente a afirmação de direitos, de cidadania, afastando o despotismo dos governantes, com a matriz liberal e com a matriz social e Revolução Russa foi possível enxergar e buscar instrumentos contra os abusos de um individualismo exacerbado promovedor de um capitalismo desenfreado que corroía por inteiro uma das noções basilares da própria Revolução Francesa, marco do liberalismo, que era a igualdade<sup>552</sup>. Por óbvio, também não se quer a igualdade

---

<sup>550</sup> PORTINARO, Pier Paolo: “À luz desses desenvolvimentos, a polêmica contra o poder de especialistas judiciários corre o risco de ser dirigida contra um alvo falso. Está claro, no caso, por que os juízes estão sob a mira de ofensivas convergentes: eles surgem não só como os guardiães de uma justiça comutativa que visa abrandar os desequilíbrios da globalização e de uma justiça distributiva voltada para corrigir os exageros de uma sociedade plasmada pela competição e pelo conflito dos interesses privados, mas também como guardiães de uma justiça retributiva, nas interpretações malévolas, portanto de uma oligarquia de vingativos. Em particular, eles surgem, de um lado, como garantes daquele compromisso liberal-socialdemocrático que esteve na base do Estado de Direito contemporâneo – e dos direitos civis, políticos e sociais –, de outro, como os defensores de um controle de legalidade (e de moralidade pública) que colide com as tendências, que muitos julgam fisiológicas, à corrupção inerente às dinâmicas de mercados globalizados, operantes em condições culturais, sociais e políticas fortemente heterogêneas. No entanto, também a sociedade civil mundial que penosa e conflitadamente vai se formando, tem necessidade, mais ainda do que as sociedades civis nacionais para as quais Hegel olhava na sua clássica síntese, da administração da justiça e de uma classe de juristas competentes, determinados e imparciais”. *In*: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 487-488.

<sup>551</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004; STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do Direito: o óbvio a ser desvelado. *Revista: Direito, Santa Cruz do Sul*, n.9/10, pág. 51-67, Janeiro/Dezembro 1998; STRECK, Lenio Luiz. Interpretação a Constituição: Sísifo e a tarefa do hermeneuta. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Vol. 1. n. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

<sup>552</sup> BONAVIDES: “Não fora a Revolução socialista do século XX e o mundo estaria, ainda, atado à cruel “liberdade” individualista do capitalismo selvagem do século XIX, da mesma forma que, sem a Revolução Francesa, continuaria o gênero humano vivendo debaixo do cetro daqueles reis e

imposta pelo capitalismo, muito bem apanhada por Horkheimer e Adorno<sup>553</sup>, decorrente da pasteurização da produção e facilitação de acesso ao consumo, permitindo uma sensação de igualdade, e, de outra banda, impondo um fosso de diferença de acesso a elementos da maior importância para a cidadania, como educação, saúde, moradia, etc. A resposta adequada constitucionalmente está na observância de uma constituição viva<sup>554</sup>, onde há o empenho de incorporação social dos direitos e garantias previstos na Constituição Jurídica, admitindo a classificação de Hesse, que a distingue da Constituição Real<sup>555</sup>, de qualquer modo, implicando não só no reconhecimento da previsão de direitos e garantias constitucionais, mas principalmente no desejo de concretização, buscando constantemente o aprimoramento do verdadeiro sentido democrático<sup>556</sup>.

O papel de destaque da Constituição no alcance do sentido democrático na atuação jurisdicional não pode, contudo, ter qualquer vinculação com a visão objetificante da lei de influência do início do Iluminismo. Não é demais reforçar que não há a defesa de uma legalidade formal, uma supervalorização da lei como Direito, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, mas uma legalidade distinta, uma legalidade material, que parte da articulação das leis, das codificações e da constituição, mas principalmente da premissa hermenêutico-filosófica. Conveniente lembrar que a sociedade trabalha e sempre trabalhou com complexidades de variados pontos de vista, porém uma que sempre esteve presente e que se avoluma proporcionalmente ao número de indivíduos pertencentes às grandes sociedades e à corrente tendência cosmopolita, portanto, com uma imensidão de pessoas buscando satisfazer seus interesses e afetando aos interesses de outros, com maior vigor não pode ser confundida a norma com o texto legal, o direito material com o formal, e a

---

rainhas, diante de cujo despotismo o povo se prostrava, coisificando e genuflexo, sem direitos, sem liberdade, sem participação". *In: Teoria constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 381.

<sup>553</sup>HORKHEIMER E ADORNO: "A exclamação do provinciano que pela primeira vez se dirigia ao velho Metropoltheater de Berlin, "é incrível o que oferecem por tão pouco", já há algum tempo foi retomada pela indústria cultural e elevada à condição de substância da própria produção. Não só esta é sempre acompanhada do triunfo em virtude mesmo de ser possível, como a todos faz iguais, em grande escala, por efeito desse mesmo triunfo. O show significa mostrar a todos o que se tem e o que se pode. É ainda a velha feira, mas incuravelmente afetada de cultura". *In: A Indústria Cultural. O Iluminismo como mistificação de massas*. Lima, Luiz Costa (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 204.

<sup>554</sup>PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas na Democracia Participativa**. 4ª ed. Lúmen Juris, 2016.

<sup>555</sup>HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 9-21.

<sup>556</sup> Ver nota 164. Temática a ser aprofundada no capítulo seguinte.

subsunção como método de aplicação do Direito. O direito vivo implica no seu reconhecimento como experiência em andamento, vinculada ao sujeito(s) e à(s) construção(ões) jurídicas, muito longe, destarte, da estagnação formalista e simplista da legalidade formal<sup>557</sup>, constituidor do mundo jurídico<sup>558</sup>. A própria afirmação do respeito a uma Constituição viva pressupõe a compreensão de um Direito pós-moderno, de matriz hermenêutica-filosófica, portanto, como dito, muito distante da crença burguesa, consolidada a partir da revolução francesa, de que somente o legislador é o sujeito produtor do Direito por ser produtor da lei. A perspectiva adotada permite a contraposição, ao argumento irrefutável pela perspectiva legalista, de que o Direito está sujeito às contingências governamentais e legislativas. A contraposição consiste em admissão de uma “tradição” do Direito a inadmitir retrocessos jurídicos, em consonância com a manutenção das garantias advindas de todas construções políticas e sociais<sup>559</sup>. Não muito distante do que Pinker enxerga para o contexto social

---

<sup>557</sup>PINKER, Steven: “Não deveria surpreender que as realidades do progresso humano confundam os principais *ismos*. As ideologias têm mais de dois séculos de idade e baseiam-se em visões muito genéricas, como a de que os seres humanos são tragicamente imperfeitos ou infinitamente maleáveis e que a sociedade é um todo orgânico ou uma coleção de indivíduos. Uma sociedade real compreende centenas de milhões de seres sociais, cada um com um cérebro com trilhões de sinapses, que buscam seu bem-estar ao mesmo tempo que afetam o bem-estar dos demais em redes complexas com muitíssimas externalidades positivas e negativas, muitas delas sem precedentes históricos. Isso põe em xeque qualquer narrativa simplista sobre o que acontecerá sob determinado conjunto de regras. Uma abordagem mais racional da política é tratar as sociedades como experiências em andamento e aprender de mente aberta as melhores práticas, qualquer que seja a a parte do espectro de onde provenham. O quadro empírico atual sugere que as pessoas florescem mais nas democracias liberais com uma mistura de normas cívicas, direitos garantidos, liberdade de mercado, gastos sociais e regulamentação criteriosa”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 429.

<sup>558</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Com base nestes argumentos, tenho sustentado que o “mundo jurídico” é algo distinto do “mundo do direito” por diversas razões. Em primeiro lugar, porque, no “mundo jurídico”, a norma que regula a conduta das pessoas é *abstrata e indeterminada*, enquanto que, no “mundo do direito”, ela é *concreta e determinada*. Em segundo lugar, porque para a efetividade das normas no “mundo jurídico” existem sanções que podem ser *represivas* ou *preventivas*, ao passo que a efetividade no “mundo do direito” depende da coação, que pode ser *atual* ou *potencial*. Em terceiro lugar, porque, no “mundo jurídico”, a vontade das partes para realizar o direito é secundária. E, em quarto lugar, porque no “mundo jurídico” a escolha para atuar segundo a lei é da parte que adequa sua conduta à norma, enquanto que, no “mundo do direito”, a escolha para atuar segundo a lei é do *juiz*, que, por meio da sentença, obriga a parte a adequar sua conduta não à lei, mas sim à sentença”. *In: Perspectivas epistemológicas do Direito subjetivo. Revista da AJURIS*. Ano XXXVIII, nº 121, Março de 2011, p. 142.

<sup>559</sup>GROSSI, Paolo: “Y debe desaparecer la idea de que el derecho se hace mediante leyes e que solo El legislador es sujeto iuproductivo capaz de transforma todo em derecho casi como um rey Midas de nuestro tiempo. ¡Pobres de nosotros!, ¡cuántas veces los productos normativos de los legisladores modernos están lejos de ser derecho! La hipertrofia y La hipervaloración da La ley pesan sobre La sociedad y cultura europeo-continental y sobre las otras zonas Del mndo por ellas condicionas. Em uma óptica sejejante se há hablado de <descodificación> y además de <delegalización>. La exigência es uma y sólo uma: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable que La era burguesa Le há otorgado.” *Mitología jurídica de la Modernidad*. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez

de forma ampla, de que as sociedades atuais são capazes de aprender com o as experiências anteriores, filtrando os equívocos mais graves, impedindo que eles venham a se repetir<sup>560</sup>, surgindo daí o ponto de partida para avanços humanísticos e democráticos. Por conseguinte, a tese não abdica da dimensão formal do Direito. Muito diferente disso, ela presta relevante auxílio para o desenvolvimento do Direito encarnado, vivo, perseguido, que deve ter aptidão para atender as demandas da sociedade contemporânea, fluída e complexa.<sup>561</sup>

---

Neira, 2003, p. 64.

<sup>560</sup>PINKER, Steven: “Não que Cachinhos Dourados esteja certa o tempo todo e que a verdade sempre resida na justa medida entre extremos. É que a sociedade está funcionando de forma razoável e decente – se as ruas não são um rio de sangue, se a obesidade é um problema maior do que a desnutrição, se as pessoas que estão insatisfeitas imploram para entrar em vez de correr para as saídas -, então é provável que suas instituições atuais constituam um bom ponto de partida (essa sim uma lição que podemos tirar do conservadorismo burkeano). A razão nos diz que a deliberação política seria mais frutífera se tratasse a governança mais como experimentação científica e menos como uma competição de esportes radicais”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 430.

<sup>561</sup>GROSSI, Paolo: “El derecho – y menos aún el derecho moderno – no puede abdicar de su dimensión formal, abasteciendo de categorías La incandescente fluidez de los hechos sociales y económicos, pero con la conciencia siempre viva de que esas categorías dan forma y figura a um saber encarnado, a uma história viva.” **Mitología Jurídica de La Modernidad**. Título original: *Mitologie giuridiche della modernità*. Madri: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003, p. 63.

### 2.4.1 Possibilidades políticas extremadas - limites para a atuação judicial

Todo o contexto histórico, social e político trabalhado até o momento aponta para dois polos de possibilidades estatais extremadas na atualidade. A primeira, de vertente liberal, prima por um Estado garantidor da liberdade individual, da livre iniciativa. Não há espaço para intervenções sociais de iniciativa estatal, não é exigida qualquer transformação social proporcionável pelo Estado, pois o governo deve restar limitado à segurança externa e interna, deixando todas as demais relações sociais desenvolverem-se de forma independente. O homem em particular e a sociedade como um todo deve ter a liberdade de escolher, por conta própria, sem qualquer ingerência governamental, os interesses que lhe são caros. De outra banda, há a defesa de um Estado intervencionista, mas, mais que isso, um Estado com governo paternalista e arbitrário, apto a conduzir a sociedade em todos os seus aspectos, onde é dado aos governantes impor suas visões particulares e políticas à sociedade. É a visão do Estado autoritário. Porém, na tese está sendo defendida uma outra possibilidade, onde é respeitado o desenvolvimento econômico, as atividades e interesses individuais, mas não é negada a busca da transformação social a partir de instituições do Estado em prol do interesse democrático e, de forma contrária, devem ser impedidas as transformações sociais espontâneas que fujam da concepção estatal do bem comum.<sup>562</sup>

No âmbito do processo e jurisdição, as mesmas tendências são verificáveis. Com isso, como lecionava Cappelletti, baseado nas lições de Franz Klein, há três possibilidades de sistemas processuais. O primeiro na linha do respeito à autoridade dominante, inspirado no processo tardio romano e justiniano, o segundo baseado na ideia de isonomia formal, visto no processo continental alemão, austríaco, italiano

---

<sup>562</sup> DAMASKA, Mirjan: "La dicotomía se reconduce a dos interpretaciones de la relación entre Estado y sociedad. De acuerdo con una posición, la tarea del Estado es apoyar la práctica social existente. Es impropio que el Estado conduzca a la sociedad de acuerdo con sus visiones de lo que sería una forma de vida deseable: la sociedad debería ser inmune a la dirección consciente desde el Estado. La otra posición autoriza al Estado a tener e imponer visiones particulares sobre cómo debería ser la sociedad y conducirla en las direcciones deseables. De acuerdo con la variante progresista de esta posición, las instituciones sociales existentes se pueden transformar de acuerdo con los objetivos del Estado; según la variante conservadora, los cambios sociales espontáneos pueden y deberían ser resistidos si se apartan de la concepción estatal del bienestar. Entre las doctrinas políticas intervencionistas, aquellas de interés especial otorgan al Estado un programa que permite su penetración en todas las esferas de la vida social; entre las ideologías del gobierno limitado, las de interés especial limitan su función a mantener el equilibrio social". In: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.126-127.

e francês do século XIX e XX, e o terceiro com forte tendência coletiva, de acordo com a fórmula Klein<sup>563</sup>. Em sendo assim, no primeiro, quando o governante assume uma atitude permissiva do arbítrio, o mesmo acontece na esfera processual, onde não pode ser esperada qualquer atitude diferente do juiz, que não seja subserviente e igualmente arbitrária. Atuação judicial que é renovada na atualidade com o papel judicial solipsista, onde o juiz pode tudo de acordo com sua consciência<sup>564</sup>. Na segunda, há uma perspectiva minimalista na atuação Estatal, tendo a própria pacificação interna como função subsidiária<sup>565</sup>, no sentido de que a solução dos conflitos deve ser buscada diretamente pelas partes. Somente no caso da impossibilidade de alcance de solução direta é que a parte pode pedir a intervenção do Estado-juiz, porém, conservando a prevalência do interesse individual em relação ao processo e seus atos, ensejadora de uma atitude extremamente passiva do juiz. Na terceira, há o início da proposta de processo para o caso brasileiro, com a introdução da defesa do interesse coletivo no processo e que, na tese, objetiva adquirir o desejável conteúdo democrático. A democracia genuína parte da premissa da autossuficiência individual e conseqüente autogestão social, respeitando a proporcionalidade de condições gerais dos contendores, de forma a preservar a verdadeira autonomia. Então, no Brasil, onde são notórias as carências sociais de grande parte da população, que acabam por prejudicar o desenvolvimento do objetivo desejável, há de se permitir uma atuação judicial que preserve a isonomia material concretizadora dos objetivos constitucionais democráticos. Não se está, com isso, defendendo um protagonismo judiciário, no sentido de ser ele o único porta-voz e instituidor da democracia, mas sim, há a defesa de conjugação da

---

<sup>563</sup> CAPPELLETTI, Mauro, aduz haver: "...na história do direito processual civil, três tipos de sistemas: um primeiro tipo – o ordenamento processual autoritário, dominado pela exclusiva consideração do "ponto de vista" da autoridade dominante, que pode ser contemplada, por exemplo, no processo tardio romano e justiniano; um segundo tipo – inspirado em uma ideologia individualista, que se pode ver no processo tardio comum (processo "comum" alemão, austríaco, etc, até as codificações do século passado) e também no processo francês e italiano até a época em que o autor escrevia; e, finalmente, um terceiro tipo, que é o que o próprio Klein elaborou e que foi adotado exatamente pelo legislador austríaco em 1895. Este último tipo está inspirado, de acordo com a fórmula de Klein, no "ponto de vista coletivo". In: **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001, p. 58.

<sup>564</sup> Papel judicial criticado em diversas oportunidades por Streck, em suas várias obras citadas ao longo da tese.

<sup>565</sup> DAMASKA, Mirjan: "También es cierto que el Estado aparece superficialmente como guardián de un interés que le es propio. En realidad, sin embargo, sus funciones son secundarias: el Estado sólo actúa para proteger aquellos intereses que idealmente serían exigidos por individuos o grupos de ciudadanos". In: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.129.

relevância dos aparelhos institucionais democráticos, no caso o Poder Judiciário, com o mais importante que é o objetivo de formação de cidadãos verdadeiros (autossuficientes) e atuantes<sup>566</sup>.

Peculiar cuidado deve ser tido, no caso brasileiro, com a adoção da concepção processual e jurisdicional do Estado mínimo e sua grande capacidade de adaptação aos mais variados interesses políticos. Exatamente por ter pouca atuação social é que permite tamanha capacidade de adaptação. O governo mínimo tem condições de se abster de qualquer tomada de posição política, permanecendo neutra e servindo a qualquer interesse<sup>567</sup>. Em que pese comumente o Estado mínimo seja associado à proteção do capital, com a livre circulação de riquezas, e opressão social a elas vinculada, na verdade, pode estar vinculado tanto a um viés capitalista, egoístico, anti-democrático, quanto a um ideal anti-capitalista, como a do socialismo marxista que tinha como pressuposto um governo mínimo, sem igual pretensão democrática<sup>568</sup>,

---

<sup>566</sup> REALE, Miguel: “Cumpre, por fim, salientar que haveria grave erro em pensar que o destino da democracia esteja apenas nas mãos do Estado. Essa seria uma perigosa concepção estatizante do processo democrático, o qual seria garantido tão-somente graças a decisões do Congresso Nacional, através das Comissões Parlamentares de Inquérito, de medidas como a decretação de impeachment do Presidente da República, como se deu no triste episódio de Fernando Collor, ou, então, em virtude de decisões do Poder Judiciário, que tem o mais longo alcance, tanto na suspensão do direito de cidadania, nos casos previstos em lei, até atingir o controle máximo que é representado pelas declarações de inconstitucionalidade das leis pelo Supremo Tribunal Federal, sem se esquecer o novo e alto papel constitucionalmente conferido ao Ministério Público na preservação da ordem jurídica, mediante a instauração de inquéritos e ações civis públicas. Ninguém poderá contestar o valor dessas instâncias fiscalizadoras da higidez do processo democrático. Todavia, mais relevante do que todo o aparelho institucional é o comportamento dos próprios cidadãos, quer por seus atos, quer por sua vigilância constante e corajosa em prol dos valores democráticos. Cabe, com efeito, a cada um de nós cumprir espontaneamente as leis, bem como denunciar as tentativas de substituição da vontade da lei pelo arbítrio dos líderes partidários ou dos órgãos governamentais”. *In: O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12.

<sup>567</sup> DAMASKA, Mirjan: “Ahora podemos considerar una implicación importante de la negativa del Estado reactivo a abrazar cualquier teoría independiente de lo que es bueno para la sociedad. En virtud de su propia abstención, el Estado puede abarcar e incluir asociaciones e individuos con objetivos muy disímiles. Cuando se produce un conflicto de grupo o individual, el Estado puede tomar una posición neutra: entre las tormentas y luchas de la sociedad, puede profesar una objetividad tranquila: tranquilas in undis. Sus ciudadanos no están vinculados por un deseo mutuo de conseguir un objetivo común, más bien están conectados con el Estado en su calidad de foro neutral para resolver disputas. Todas las demás actividades del Estado están subordinadas a resolver disputas y son una extensión de ello. Lejos de ser la ram del Estado menos peligrosa, lo judicial es – con alguna exageración- la única ram del Estado”. *In: Las caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 131-132.

<sup>568</sup> DAMASKA, Mirjan: “Este aspecto del Estado reactivo requiere de una breve digresión. Como las variantes más importantes de la doctrina que consideramos ahora nacen en el contexto de sociedades organizadas en torno a los mercados capitalistas, se ha argumentado vigorosamente que, antes que promover una diversidad de grupos orgánicos o asociaciones libres, las ideologías de la no implicación gubernamental apoyan una sociedad de individuos competitivos o “posesivos”. Pero no hay una conexión necesaria entre la postura reactiva, el capitalismo y el individualismo. La idea del Estado minimalista constituye parte de una importante tradición socialista. Su variedad ancosindicalista ve una sociedad compuesta de asociaciones mutuales en el contexto de una forma

como inclusive pode adquirir uma função democrática desde que o sentido democrático esteja consolidado. No Brasil, em face da ausência de uma democracia madura, parece ser perigosa essa possibilidade, com o que a construção jurídica aponta, como dito, na perspectiva democrática, para um temperamento.

Por outro lado, o alerta do cuidado serve também para a sugestão da possibilidade da atuação judicial na concretização de direitos sociais em face da inércia dos outros poderes, pois a atividade estatal nessa perspectiva não pode descambar para o autoritarismo<sup>569</sup> e/ou solipsismo, conforme já revelado pela passagem do combate liberal, pois perderia qualquer sentido democrático. No Brasil, as carências referidas apontam para uma maior necessidade de agregação do conteúdo transformador da sociedade pelo Estado e, particularmente, pelo Poder Judiciário. Há, portanto, ao Estado-juiz a atribuição de ultrapassagem do sentido egoístico liberal para alcançar a satisfação do interesse comum, social e coletivo.

No conteúdo democrático, inclusive no âmbito do processo e da jurisdição, é necessário colocar em relevo a observância do princípio isonômico. A partir da autossuficiência dos cidadãos é possível alcançar a verdadeira vontade da maioria, a qualidade da pluralidade que corre na veia do Estado Democrático, permissivo do alcance de uma vontade consciente a ser respeitada pelo outro. Isso tudo sem se desvincular da evolução de direitos originária das mais remotas eras da humanidade, passando recentemente pelos direitos oriundos das ideologias autoritárias, liberais e

---

de goerno "abstencionista". Esta visión, aunque empañada por el socialismo estatal, sigue teniendo influencia en las ideologías políticas contemporáneas, incluso en países donde los progenitores del anarcosindicalismo son criticados y ridiculizados. Por ejemplo, inmersa en una línea del pensamiento marxista, la doctrina yugoslava de autogestión pide un gobierno minimalista, pero de hecho ha producido una reducción dramática en el rol del estado. También vale la pena señalar que los Estados reactivos han existido por la fuerza de las circunstancias (antes de la aparición de las ideologías políticas) en marcos en los cuales las asociaciones independientes desempeñaban un papel de absoluta importancia". In: **Las caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 130-131.

<sup>569</sup> BARBOSA MOREIRA: "Há, porém, um setor da doutrina ao qual desagrada profundamente a idéia mesma da concessão de muitos poderes ao órgão judicial. Enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo. Para os que assim pensam, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes: nenhum juiz, afirma-se, pode saber mais do que os titulares dos interesses em conflito o que convém fazer (ou não fazer) para resolvê-lo. O incremento dos poderes do órgão judicial, assevera-se, é típico de legislações autoritária, emanadas de governos antidemocráticos e indiferentes às garantias dos jurisdicionados. De acordo com esse pensamento um modelo "garantístico" de processo repele juízes que não se contenham no estrito âmbito da passividade e, por exemplo, se aventurem a buscar, por sua iniciativa, dados capazes de propiciar-lhes conhecimento mais completo dos fatos relevante para a decisão". O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI, nº 34, Mar-Abril, 2005, p. 5-6.

sociais, para alcançar a democrática, ou seja, a democracia cumpre sua significação garantidora de direitos, de alcance que transcende os limites locais e temporais, para permiti-la sempre progressista e, inclusive, eventualmente contramajoritária, na defesa de direitos e garantias individuais e sociais que estão na base da preservação dos fins democráticos<sup>570</sup>.

Em consequência, na vivência da implementação democrática, na essência do desejo de isonomia e imparcialidade, cuja concretização há de ser buscada de forma racional<sup>571</sup>, haverá sempre um incessante diálogo do qual surgirão as respostas para os problemas discutidos, mas nunca como resposta final imutável, e sim como possibilidade de reabertura do diálogo, reanálise e revisão das soluções<sup>572</sup>, tudo isso de modo a acompanhar o incessante desenvolvimento social, histórico e cultural da humanidade<sup>573</sup>. No processo desde há muito, por aqueles que conseguiam enxergar a ausência de autonomia e pureza absoluta do Direito, já havia a preocupação com

---

<sup>570</sup> HÖFFE, Otfried: “A democracia ganha, aqui, um significado de garantidora de direito; também a sua fundamentação tem validade intercultural. Ela resulta do ceticismo ante a alternativa de se confiar no caráter das pessoas, por exemplo, naquela superioridade moral e intelectual, a que alude a frase de Platão sobre filósofos e reis (A República, 473c-d).” *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 127.

<sup>571</sup> PINKER, Steven: “A máxima de Espinosa pertence a uma família de princípios que buscou um fundamento secular para a moral na imparcialidade – na percepção de que não há nada de mágico em relação aos pronomes eu e mim que pudesse justificar o privilégio de meus interesses sobre o seu ou de qualquer outra pessoa. Se me oponho a ser estuprado, mutilado, morto de inanição ou assassinado, não posso estuprar, mutilar, matar de fome ou assassinar. A imparcialidade subjaz a muitas tentativas de construir a moral sobre fundamentos racionais: o ponto de vista da eternidade de Espinosa; o contrato social de Hobbes, o imperativo categórico de Kant, o véu de ignorância de Rawls,; a visão de Nagel de lugar nenhum; a flagrante verdade de Locke e Jefferson de que todas as pessoas são criaturas iguais e, claro, a Regra de Ouro e suas variantes de metais preciosos, redescobertas em centenas de tradições morais. (A Regra de Prata é “Não faça aos outros o que você não quer que façam a você”; a Regra de Platina: “Faça aos outros o que eles fariam que que você fizesse a eles”. Essas regras são projetadas para prever masoquistas, terroristas, suicidas, diferenças de gosto e outros pontos de discórdia para a Regra de Ouro)”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 481-482.

<sup>572</sup> LECHNER, Norbert: “Ante todo, tales presupuestos no permiten reconocer en La democracia La producción de una pluralidad de actores. Al enfocar La política como La obra unilateral de un actor se ignora La libertad Del outro y, por lo tanto, La compleja construcción de las relaciones entre ellos. Los procedimientos democráticos presuponen, por El contrario, que lo posible ES determinado colectivamente. Por consiguiente, un estilo democrático incluye una permanente negociación en que los actores están dispuestos a alterar SUS propuestas y decisiones e incluso su identidad. Vale decir, La política no puede ser reducida a La acción externa de los actores, sino que abarca su propia y continua recomposición”. *In: Presentación*. Cultura Política Y Democratización. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987, p. 12.

<sup>573</sup> GARDIOL, Ariel Alvarez: “No obstante, desde El Renacimiento hasta nuestros mismos días, desde La perspectiva de lo humano, esa época evidencia um desarrollo perenne e ininterrumpido, hacia cosas superiores, apoyado em el notable crecimiento de los saberes científicos y em el colosal aparato de las nuevas tecnologías como instrumentos em los que se sostiene El universo.” *In: Derecho y Realidade*. Notas de Teoria Sociológica. Rosário: Editorial Júris, 2005, p. 22.

o sentido democrático constitucional do processo<sup>574,575</sup>. O teor da isonomia material como pressuposto democrático é capaz de produzir no processo uma mitigação do tecnicismo isonômico formal e egoístico de ideologia liberal, pregada na tese. E não se trata de uma defesa meramente teórica e distante de ser alcançada, pois já existem ordenamentos onde são verificáveis as referidas premissas, como, por exemplo, o do sistema austríaco e dos aproximados a ele, que diferentemente do sistema americano, de reconhecida tendência liberal, sem prejuízo da conservação de linhas centrais do processo científico, operou a superação da primazia individualística liberal para permitir uma efetiva igualdade das partes<sup>576</sup>.

Ao ser defendido o sentido democrático da jurisdição, a ultrapassagem do perfil liberal, não está sendo negada a importância histórica do mesmo, há, na realidade, a ideia de conservação das garantias e dos direitos individuais do viés liberal e o acréscimo do sentido de coletividade da matriz social. Todos esses interesses estão imbricados na formação do processo, ao mesmo tempo em que podem surgir em confrontação dentro do mesmo, tornando lícito concluir que o julgador deve perseguir a resposta adequada ao Direito através do processo, mas a forma pela qual essa resposta pode ser alcançada não está dissociada dos fatores políticos sociais. A

---

<sup>574</sup> ASCARELLI: “La fede della democrazia è quella della eguale dignità degli uomini ed è fede appunto perché non è naturalistica considerazione o meza generalizzazione di caratteri naturalisticamente constatabili, ma verità che vien posta a priori, perché possa trovarsi una conciliazione tra il fatto della legge e il suo valore e l'uomo possa considerarsi in società.” *In: Processo e democrazia. Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1958, p. 851.

<sup>575</sup> COUTURE, EDUARDO J.: “De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y em especial de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituídos por la ley. El régimen del proceso lo debe determinar la ley. Ella concede o niega poderes y facultades dentro de las bases establecidas em la Constitución. El espíritu de ésta se traslada a aquélla, que debe inspirarse em las valoraciones establecidas por el constituyente. Para quienes negamos que dentro de nuestro sistema constitucional existan fallos generalmente obligatorios, ni aún em régimen de casación esta fidelidad de la ley a la Constitución representa la base de toda una construcción que está reclamando desenvolvimiento”. *In: Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Ayres: Ediar So Anón Editores, 1948, p. 21.

<sup>576</sup> CAPPELLETTI, Mauro: “O processo inglês e, sobretudo, o norte-americano conservam, em resumo, um aspecto mais *individualista* – e isto também no *trial*, obviamente, basta pensar que a *examinatio* é exatamente conduzida de modo preferencial pelos advogados em uma espécie de jogo dialético – que o dos países da Europa Continental ou, pelo menos, de algum destes países, e faço alusão sobretudo ao sistema austríaco e àqueles que estão mais próximos a ele. No sistema austríaco, nascido com a *Zivilprozessordnung* de 1895, tratou-se de atenuar aquele aspecto individualístico (sem abolir, contudo, como já se disse, o princípio dispositivo e os outros princípios que dele derivam). Falou-se, a este respeito, mais do que em uma “publicidade”, de uma “democratização” ou diretamente de uma “socialização” do processo civil, no sentido de que se tratou de tornar efetiva a igualdade das partes, atenuando as consequências que poderiam derivar do fato de que a parte seu *counsel* sejam menos hábeis, menos ágeis, menos astutos que a parte adversária e seu defensor”. *In: O Processo Civil no Direito Comparado*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2001, p.55.

discussão e debate, partindo da autossuficiência do cidadão, busca alcançar um processo mais adequado à democracia brasileira, sem negar a relevância global mercantilista, mas adequando-a aos demais interesses democráticos brasileiros na formação do processo e atuação judicial<sup>577</sup>.

De todo o supramencionado deve ter ficado patente que há a defesa de uma necessária preocupação social na atividade do Estado-juiz muito diversa do totalitarismo. Nem se defende um Estado de intervenção extremada e nem de liberalismo total. Há um meio termo em que a intervenção do Estado-juiz tenha positividade social, no sentido de buscar a concretização constitucional democrática. É importante trabalhar dentro de uma faixa intermediária entre a intervenção estatal e a liberdade individual de forma a buscar os limites razoáveis adequados<sup>578</sup>. Muitas vezes é necessário temperar o sentido egoístico de vitória no processo a qualquer custo, de forma a permitir a decisão adequada e justa ao Direito e para tanto é necessário, como acontece em outros países, reforçar os poderes do julgador<sup>579</sup>. O reforço passa pela aquisição da legitimidade democrática e confiança na atuação judicial, que não estará presente quando, ao admitir inconsistências fenomenológicas, passa a agir arbitrariamente ou de acordo com interesses não democráticos escondidos por detrás de tais inconsistências.

---

<sup>577</sup> HOFFE, Otfried: "Através do presente estudo não se contesta o fato de que, também em escala global, mercado e evolução tenham um direito de ser. Todavia, nega-se-lhes uma exclusividade de direito. A globalização não deve ser paga com uma regressão política, com o desmantelamento da democracia". *In: A democracia no mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

<sup>578</sup> DAMASKA, Mirjan: "Pero no quiero decir que la expansión de la agenda de un Estado lleve inexorablemente a regímenes gestores opresivos: puede haber posiciones intermedias estables. Buscando un equilibrio adecuado entre los impulsos activistas y reactivos, es equívoco invocar la bestia negra de un gobierno extremadamente indiferente mientras se cierran los ojos al carácter preciso de un Estado extremadamente interventor. En un período histórico en que se hace cada vez más importante la búsqueda de posiciones intermedias aceptables entre la dirección estatal y la autodefinition individual, hay que esforzarse por delimitar adecuadamente los polos del debate." *In: Las caras de la Justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 128.

<sup>579</sup> BARBOSA MOREIRA: "Ao longo dos últimos anos, reformas processuais em vários países têm tratado de reforçar os poderes do juiz na direção do feito e na atividade de instrução. A idéia subjacente a essas reformas, ocioso ressaltar, é a de que o processo deve chegar a um resultado justo, de preferência com dispêndio mínimo de tempo e energias. Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe de ordinário retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. Esse alguém não pode ser outro senão o órgão juricial; por conseguinte, é mister provê-lo dos meios indispensáveis para que ele possa desincumbir-se cabalmente de sua função". *In: O neoprivatismo no Processo Civil. Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*. Ano VI, nº 34, Mar-Abril, 2005, p. 5.

A premissa da responsabilidade democrática básica<sup>580</sup> e do crescimento das funções públicas<sup>581</sup> a serem observadas para o reforço da legitimidade democrática judicial são diametralmente contrárias ao autoritarismo judicial. A índole democrática da atividade estatal passa pela aquisição de “qualidades positivas”, citando como exemplo a capacidade do Estado de responder “rápida e intensamente a necessidade de interesses” dos cidadãos, com o que deixam de ser vistos como súditos e sim como destinatários de serviços de qualidade<sup>582</sup>. No intuito democrático se persegue, portanto, um Estado forte no desempenho de suas atividades essenciais, o que lhe permitiria a prestação qualificada e eficiente.<sup>583</sup> Porém, o advento de expressões legais de conteúdo naturalmente impossíveis depõe contra tais objetivos.

---

<sup>580</sup> HOFFE, Otfried: “A alternativa seria uma responsabilidade democrática básica, através da qual se pudessem evitar duas unilateralidades, noeadamente: um estadismo global que se propusesse a resolver todos os problemas por meio da forma estatal, ou seja, através de intervenções impostas coercitivamente “de cima para baixo”, e um economismo que os quisesse resolver “de baixo para cima”, através da competitividade”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

<sup>581</sup> HOFFE, Otfried: “[...] tem lugar um visível aumento das tarefas públicas e, na medida em que isto acontece por motivos ligados à liberdade funcional e à democracia funcional, produz-se mais um aumento de legitimação. Este se vincula a um aumento de poder, através do qual, em geral, realizam-se as tarefas públicas que, por seu turno, também passaram por um crescimento”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 188.

<sup>582</sup> HOFFE, Otfried. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 187.

<sup>583</sup> HOFFE, Otfried: O resultado não é um Estado fraco, mas um Estado concentrado no essencial”. *In: A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.190.

## 2.4.2 Revelação da abertura antidemocrática – do autoritarismo do monarca ao solipsismo judicial

Proximamente do encerramento do primeiro capítulo, de modo a espancar qualquer dúvida, é trazido o esclarecimento de que não há negativa da autonomia do Direito. O político e o jurídico pertencem a esferas sociais distintas, mas possuem imbricações recíprocas<sup>584</sup>, razão pela qual há tão grande apreço à continuidade das temáticas.

No Medievo, com a Igreja Católica, pela sua forma de ver o Direito e o processo já surgia a abertura para o arbítrio das decisões. A visão de um direito divino e outro do homem permitem enxergar o primeiro com fundante do segundo, onde a metafísica, já se mostra a porta de entrada para o arbítrio judicial. Inclusive era reconhecido que a mesma norma admitia “interpretações” diversas diante das peculiaridades históricas e concretas. Inclusive havia a previsão de uma moderação e até não “aplicação” da norma como dever do julgador<sup>585</sup>. Havia a crença no detentor do poder como juiz supremo, guardião do justo, tendo na justiça sua principal virtude, com o que seria capaz de encontrar a equidade nos casos concretos. Desse modo, o seu subjetivismo prevaleceria sobre qualquer texto legislativo, seguindo os ensinamentos de Santo Isidoro e São Tomás de Aquino<sup>586</sup>. Sucede que, esse

---

<sup>584</sup> GROSSI, Paolo: “Al contrario di quanto abbiamo rilevato per il mondo moderno, il diritto si presuppone logicamente e storicamente ai soggetti politici. Prima c’era il diritto: primato ontologico e primato storico. Grazie a questo primato il diritto si origina (e continua di poi a vivere) con una sua autonomia forte dal politico, restando abbastanza intatto dall’abbraccio particolarizzante del potere. È ovvio che, per la sua carnalità, cioè per servire a uomini e misurarsi su uomini in carne ed ossa, non sarà certamente mai screitto sulle nuvole e non galleggerà rarefatto al di sopra del paesaggio storico, ma sarà sempre una grande pluralità di forze – economiche, sociali, culturali, spirituali – a promuoverlo sorreggerlo connotarlo. Ed è pertanto l’opposto del diritto moderno: non è voce del potere, né in esso si identifica e si particolarizza.” *In*: GROSSI, Paolo. *Un Diritto Senza Stato* (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale). **Quaderni Fiorentini**. Per la storia del pensiero giuridico moderno, 25. Milano: Giuffrè Editore, 1996, p. 278.

<sup>585</sup> GROSSI, Paolo: “As discordâncias, que podem parecer excessivas, delineiam-se no momento da aplicação da norma e significam simplesmente que a mesma norma pode ser suscetível de diferentes aplicações às vezes será empregada com todo o rigor (*rigor*), às vezes com moderação (*moderatio/temperatio*), às vezes nem sequer será aplicada (*relaxatio*). No entanto, essas discordâncias devem ser consideradas oportunas e necessárias, pois apoiam-se num olhar atento, concreto, específico às várias necessidades dos tempos e às diversas utilidades (espirituais, é óbvio) das pessoas. Para manter seu caráter instrumental, a norma deve poder variar conforme as variações sobre as quais se organiza. Da mesma forma, o superior tem um dever – mais do que um poder – de diversificar a aplicação ou de chegar ao remédio máximo de não aplicá-la”. *In*: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 152.

<sup>586</sup> GROSSI, Paolo: “A tradição antiga, que identificava no príncipe o juiz supremo dos seus súditos e na justiça a sua principal função, bem como sua principal virtude, fora, como sabemos, integralmente reunidos no início do século VII por santo isidoro, que considerou bem adequada para todo o ideário protomedieval e que, por ser um mestre respeitado, a transmitira à ciência política posterior: “Reges

subjetivismo velado, passa a ser expressamente admitido, passando de guardião da justiça, para criador do Direito, com o apego do príncipe à visão instrumental do Direito na consolidação e unificação do poder, situação que ocorre por volta do limiar do século XIV, em diversos Estados do continente europeu<sup>587</sup>. Para tanto o Direito formal passou a ter papel fundamental. Com o respaldo da Igreja, com destaque para a segunda escolástica, o regime monárquico utilizou da lei para consolidar o seu poder. O dedo divino na indicação monárquica é o sustentáculo para tanto. Quando a Segunda Escolástica defende que o primeiro legislador é Deus, acima inclusive da lei natural, coloca-se como o Hermes mensageiro dos Deuses, mas no caso do único Deus, que no final das contas implica em que a lei vem da Igreja, dos teólogos<sup>588</sup>. Isso

---

a regendo vocati (...) non autem regit, qui non corrigit (...). Unde et aput veteres tale erat proverbium: “Rex erit, si recte facias; se non facias, non eris. Regiae virtutes praecipuas duas: iustitia et pietas”. É uma concepção que encontramos intacta, em meados do século XII, no primeiro grande tratado de filosofia política do momento sapiencial escrito pelo prelado ingl-ês João se Salisbury, em que o príncipe é retratado como “imago aequitatis”, e na reflexão conclusiva de santo Tomás, o definidor das certezas medievais, na qual, com base num preciso ensinamento aristotélico, se insiste no príncipe como “custos iusti”, guardião do que é justo. Trata-se, sem dúvida, de um patrimônio comum dos juristas”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 160-161.

<sup>587</sup>GROSSI, Paolo: “Na França, foi minuciosamente evidenciada “la timidité”, até mesmo “la relative aphasie” dos monarcas capetíngios para intervir no território do direito privado, e constatou-se que, ainda “au XIII siècle, em France, l’empire de la coutume est universel”, o rei continua a ser o grande justiceiro do Reino, e será preciso esperar por Filipe IV, o Belo, para uma mudança substancial, mas com ele estamos no limiar do século XIV, século de transição, de sobressaltos, de presságios. Em Portugal, a lei geral do príncipe é fonte totalmente esporádica, com algumas manifestações na primeira metade do século XIII, intensifica-se somente com Afonso III na segunda metade do século. Na Espanha, enquanto na Catalunha, em Aragão, Valência e Navarra o “localismo jurídico” domina até a metade do século XIII, com um florescimento de *iura própria* de caráter genuinamente consuetudinário, começa a sobressair em Castela, na segunda metade do século XIII, e provavelmente por obra de Afonso X, o Sábio, a festejadíssima, mas bastante singular, consolidação jurídica conhecida pelo nome de *Las Siete Partidas*, a singularidade está no fato de que o seu conteúdo “es derecho comum (...) y no derecho de Castilla”, é até mesmo “ius canonicum y ius civile traducido, derecho comum vertido e adaptado, ou seja, obra de doutores e com conteúdo tipicamente doutrinário, teórico, a ponto de ser rechaçada pela práxis castelhana, que não poderia nela reconhecer-se e que conseguiu retardar sua entrada em vigor por quase um século. Uma última consideração para a península italiana e para a sólida estrutura monárquica que é o *Regnum Siciliae*, onde, na primeira metade do século XIII, um príncipe singular promulga uma coletânea normativa, o *Liber constitutionum Regni*, talvez mais conhecido como *Liber Augustalis*. Poderíamos dizer com razão; um príncipe singular para uma obra singular. O príncipe é Frederico II, o Imperador, que, no caso – como legislador – é rei da Sicília, um personagem forte cuja ação política, totalmente voltada a criar um organismo político autossuficiente, projeta-se mais adiante daqueles decênio iniciais do século XIII em que se situa e é permeada de antecipações e de presságios. O que nos interessa sublinhar aqui é a visão instrumental – e a tentativa de instrumentalização – do direito àquela que – anacronicamente – não hesitaríamos em chamar de razão do Estado”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 164/166.

<sup>588</sup>VILLEY, Michel, comentando sobre a segunda escolástica refere: “No tratado *De legibus ac Deo legislatore*, Suarez escreve: Falarei do jus atribuindo-lhe seu sentido próprio, que faz dele o sinônimo da lex (*De jure in... própria significatione generaliter loquimur sicque cum lege convertitur, De legibus, I,2*). E a lei, regra de conduta (esses jesuítas são confessores e diretores espirituais – excelentes também na casuística), ao termo de discussões embaralhadas é para Suarez o mandamento de um legislador. O primeiro legislador é Deus (*De Deo legislatore*); a suprema lei, a lei divina, da qual a lei natural “inserida em nossos corações” é uma dependência, e as leis humanas,

teve enorme contribuição na forma absolutista de Estado, onde imperava, em conjunto e decorrências recíprocas, a hierarquização social quase que impenetrável, os privilégios dos Monarcas e daqueles que lhes eram próximos, com as mesmas concepções contemporaneamente inaceitáveis<sup>589</sup>, herdadas do vazio deixado pelo Império Romano. O fundamento teórico dessa forma de exercício do poder é encontrado em Machiavelli, na defesa da razão do Estado, favorecendo a liberdade de ação política do governante, permitindo a emancipação nacional, com condições de justificar uma autonomia frente à Igreja e o fortalecimento em face do feudalismo e de outros países, onde a *raison d'état* correspondia a uma teoria que justificava as ações soberanas contra todos, mas principalmente contra seus próprios súditos, podendo lhes impor qualquer vontade, sem qualquer obstáculo<sup>590</sup>. O Estado autoritário tem como característica um governo baseado na centralização e unificação do Poder. Não se admite autonomia no exercício das funções administrativas, legislativas e judicantes. Todos eles, inclusive o judiciário é subserviente ao governante. Se o poder não é exercido diretamente pelo governante autoritário, será, de qualquer modo, dele a resolução final, tem ele a última palavra, em qualquer esfera de atuação do Estado<sup>591</sup>. Não são raros os exemplos históricos, como ocorreu na

---

prolongamentos. O que autoriza os teólogos a arrogar-se um poder de alta vigilância sobre a ciência do direito (cf. O Prefácio orgulhosos do *De legibus*). Nada mais contrário às intenções de Tomás de Aquino que essa forma de clericalismo". In: **O Direito e os direitos humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 131-132.

<sup>589</sup> BONAVIDES, Paulo, refere que com a revolução francesa: "Levou-se a cabo a remoção de ruínas que eram reminiscência do mundo feudal, erguido sobre a tradição, o preconceito, a irracionalidade e o privilégio". In: **Teoria constitucional da Democracia Participativa**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 377.

<sup>590</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Para compreender a doutrina da *raison d'état* no seu significado histórico, cumpre ter em mente que a emancipação do indivíduo efetuada na Europa no período pós-medieval, veio de mãos dadas com o aparecimento dos estados nacionais, soberanos e independentes, que por seu turno buscavam a sua emancipação do império universal medieval ainda existente em grande parte da Europa. Essa emancipação nacional azia parte da luta contra o feudalismo e as exigências "ultramontanas" da Igreja. Os novos estados nacionais eram na sua maioria governados por monarcas absolutos, que reclamavam liberdade de ação política, a fim de estabelecer e fortalecer o poderio e o prestígio de seus países. Uma arma contra as exigências do Sagrado Império, de proporções universais, e também contra as possíveis intervenções de outros estados, foi-lhes oferecida na doutrina da soberania nacional que recebeu a sua primeira formulação às mãos do político-filosófico francês JEAN BODIN (1530-1597). Arma contra os seus próprios súditos eles a tiveram na doutrina da *raison d'état*, que procurava subordinar o cidadão individual às conveniências do estado". In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 47.

<sup>591</sup> VON CAENEGEM, Raoul Charles, entende que nessa perspectiva acontecia de se ter no "próprio Rei o Juiz Supremo: uma única pessoa combinava as duas funções e dirimia todos os possíveis conflitos de interesses". In: **"Oráculos da Lei" ou "Bouche de La Loi". Considerações históricas sobre o papel dos Juizes**. Seminário Internacional. O Perfil do Juiz na Tradição Ocidental. 23 e 24 de novembro de 2007. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Edições Alameda. S. A. Setembro, 2009, p. 6.

Europa Moderna quando Frederico o Grande da Prússia impôs repressões ao exercício da atividade dos juízes, utilizando o seu *Machtspruch*<sup>592</sup> pessoal contra o *Rechtspruch*<sup>593</sup> dos juízes, ou quando, na França, no período de 1879-83, com a “*révolution judiciaire*” (revolução do judiciário), e estabelecimento da Terceira República, houve o afastamento de juízes que apoiaram o lado oposto político, ou quando Adolf Hitler, em 1934, proclamou a si próprio como “*des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr*”<sup>594</sup>, na ocasião em que discursou no parlamento para justificar as mortes na “noite das facas longas”.

Para finalizar, mais recentemente, no Paquistão, em 9 de março de 2007, o presidente Pervez Musharraf suspendeu o chefe da Justiça Iftikhar Mohammed Chaudhry e em seguida o exonerou em 20 de julho de 2007 para conduzi-lo no cargo de membro do Supremo Tribunal do Paquistão. O Direito, diante de tais premissas, depende sempre da vontade do “príncipe”. Não havia limitações internas ou externas à criação do Direito por ele, só adquire legitimidade jurídica aquilo que for por ele determinado<sup>595</sup>. De modo que, a centralização e unificação do Poder é o principal traço característico do autoritarismo, com o que, há o pressuposto de um Estado forte. Porém, o Estado forte, no autoritarismo, era confundido com governante forte, na medida em que havia a pessoalização do Estado na pessoa do governante, situação que só veio a ser contornada com a concretização das teorias libertárias iluministas, com o constitucionalismo do Estado de Direito, singularmente com dicotomização da personalidade jurídica do Estado e do governante, em um movimento de institucionalização política<sup>596</sup>. Ocorre que a democracia também exige um Estado

---

<sup>592</sup> Decreto.

<sup>593</sup> Decisão.

<sup>594</sup> O juiz supremo do povo alemão.

<sup>595</sup> MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio: “A autoridade do direito estatal dependia da vontade do príncipe. O direito originário de outras fontes, tais como o *jus commune* ou o direito consuetudinário, era aplicado porque assim havia determinado o príncipe. Os príncipes sempre legislaram e o processo de construção de um direito nacional – geralmente na língua nacional – ocorreu com base nos pressupostos que prenunciaram o positivismo legal europeu. O ato legislativo não estava sujeito a nenhuma autoridade, temporal ou espiritual, superior ao estado, nem muito menos estava sujeito a qualquer limitação interna a ele (como o direito local ou consuetudinário)”. **In: A tradição da Civil Law: Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina.** Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009, p. 47.

<sup>596</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Com o estabelecimento da personalidade jurídica do Estado, o constitucionalismo liberal se consolida. Isso corre à medida que a subjetividade jurídica do monarca, das oligarquias e dos privilegiados cede lugar à pessoa jurídica do Estado, do qual os monarcas, seus ministros e o chefe de Estado eleito podem ser órgãos. O Direito luta para se impor mediante o processo de institucionalização política. A institucionalização do poder é ato decisivo de criação do Estado, uma vez que a dissociação do poder em idéia mediante a qual os governantes e governados integram o fundamento da organização política vigente. Por isso mesmo é um ato jurídico. Pode-se dizer, ainda, que antes de este ato ser percebido pelos homens, o Estado não

forte, especialmente nos países periféricos como o Brasil, conseqüentemente também há a exigência de um Judiciário igualmente forte. Nessa exigência, todavia, para não incorrer no retrocesso do autoritarismo, deve ocorrer de forma institucional, com respeito ao Direito, e não acreditando em um protagonismo subjetivo, seja ele consistente em um retorno ao autoritarismo governamental executivo, ou através de soluções jurídicas apoiadas em um solipsismo judicial.

A par do protagonismo experimentado historicamente das funções executivas, legislativas e judiciárias, não poderia deixar de ser lembrado, mormente nos dias de hoje, o papel da mídia. Esse contrapoder, quarto poder, ou qual seja o qualificativo que lhe seja dado, apresenta-se cada vez mais empoderamento na sociedade atual<sup>597</sup> e usando disso, bem como do objetivo de uma metafísica verdade acaba atropelando a democracia sob o pretexto da publicidade, da liberdade de imprensa, que como todos os valores devem ser limitados juridicamente para adquirir o desejado contomo democrático. E nessa linha de combate ao arbítrio, de forma análoga ao combatido solipsismo judicial, não seria possível deixar de atacar a mesma na mídia e no seu procedimento de autolegitimação, tendo como grande soberano a opinião pública, que na realidade acaba sendo manipulada por ela própria<sup>598</sup>. Todas essas características

---

havia surgido apenas como manejo empírico da função governamental”. *In: A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007. p. 147.

<sup>597</sup> GARAPON, Antoine: “Os media são mais do que um contrapoder e mais do que um poder. O seu tom é o da autoridade entendida como o poder de mostrar a realidade. Disputam com a justiça a capacidade de encarnar o lugar da visibilidade da democracia. Os media e a justiça estão de tal forma em concorrência que evoluem num mesmo sentido. Aliás, eles têm pontos em comum: o modo de utilização (a partir de um facto), os métodos (dramatização e moralização), a estrutura que acolhe outros discursos e, finalmente, a sua irresponsabilidade. Ambos têm a faculdade de impedir sem ter a de agir. A imprensa – como aliás a justiça – contribui para o enfraquecimento dos outros dois poderes e pode, acelerando a destruição do político, ser a origem do populismo. Mas algo os separa radicalmente: enquanto a imprensa sustenta o fantasma de uma democracia directa, a justiça apresenta o debate democrático. Uma acelera a derrocada simbólica, a outra previne-a”. *In: O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 95-96.

<sup>598</sup> GARAPON, Antoine: “Os media constituem uma autoridade que só se autoriza a si mesma. Beneficiando do acesso directo ao soberano que eles próprios consagraram – a opinião pública – não hesitam a ele recorrer em caso de dificuldade. Qualquer jornal satírico poderá sempre desacreditar a justiça após uma decisão desfavorável e consegui-lo-á por vezes. A imprensa autolegitima-se porque não reconhece outra sanção senão a dos seus leitores, ou seja, praticamente nenhuma. Ou mais exactamente, a única sanção que ela recebe é a do mercado. Mas a sanção do mercado e a sanção da lei apenas têm o nome em comum: uma é deliberada, a outra é espontânea, portanto, de ordem natural. Os discursos comercial, político e mediático têm, além disso, em comum o facto de se basearem na sedução. É preciso agradar, vender ou fazer-se eleger a qualquer custo. Estamos nos antípodas do discurso da lei, que é da ordem da frustração. O desafio dos media está decididamente ligado a uma dinâmica da própria democracia, a saber, a da auto-referência e da sedução”. *In: O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 97.

da mídia podem ser entrelaçadas com o solipsismo judicial de modo a permitir a realização de desejos pessoais políticos originariamente impensáveis na sistemática judicial brasileira, como aconteceu com o “fenômeno” do ex-juiz Sérgio Moro, quando a mídia já projeta a sua futura candidatura para a presidência<sup>599</sup>. Replicando o que a doutrina identificava e vaticinava para outros países, onde a alquimia entre justiça e mídia faz com que o juiz solipsista utilize o processo apenas como encenação para fazer valer uma suposta justiça supralegal, desfigurando o Direito para atender, na realidade, uma noção particular do julgador de justiça, que coincide com os interesses de um grupo social dominante. Então, esse entrelaçamento jurídico, midiático e político, apoiado em objetivos metafísicos, acaba sendo fonte de um falso processo democrático por desrespeito ao jurídico<sup>600</sup>.

Nessas teses de fluxo e dominação entre os poderes, na leitura da tese, foi visto que o Estado de Direito, com fundamento na lei universal e isonômica, combateu ao arbítrio do príncipe, fazendo surgir amarras jurídicas ao exercício do poder<sup>601</sup>. Todavia, não é permitido crer, como ocorreu no positivismo legalista pós-revolucionário, que a objetividade, a neutralidade, da lei poderia ser autossuficiente e exclusiva para construir o direito, justificada no refletir da vontade do povo, da maioria. Portanto, poderia ser descartada qualquer análise do conteúdo do texto legislativo, pois seria suficiente a lhe garantir validade a legitimação procedimental e a origem legislativa competente<sup>602</sup>. Não há dúvida de que o procedimento é importante para dar

<sup>599</sup>Revista “Isto é”. Edição nº 2585 de 11/07/2019.

<sup>600</sup>GARAPON, Antoine: “Estes pequenos juizes que abalaram o *establishment* político nestes últimos anos nunca poderiam exercer um tal poder se não fossem estimados pelos media. Estes juizes, que devem a sua celebridade não a eles próprios mas sim às personalidades que são julgadas, são tentados a abusar desse poder. Vimos alguns deles – a menor parte é certo – servirem-se de certos casos como um trampolim político. Esta alquimia duvidosa entre justiça e media mostra um desregramento profundo da democracia. Os media – sobretudo a televisão – atrofiam o fundamento da instituição judicial agitando o ordenamento ritual do processo, a sua encenação pelo processo. Eles pretendem oferecer uma representação mais fiel da realidade do que os factos processuais. Trata-se por isso duma concorrência pela encenação da democracia. Os media despertam uma ilusão de democracia directa, isto é, o sonho de aceso a uma verdade isenta de qualquer mediação processual. Este sonho é tão velho quanto a democracia, pelo menos desde que esta ultrapassou as fronteiras de Atenas. Democracia directa e justiça redentora sustentam-se mutuamente; elas têm algo de simétrico. A primeira contorna a regra para procurar directamente a caução da opinião pública, a segunda emancipa-se da regra em nome da verdade transcendental” *In: O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 77.

<sup>601</sup>Nesse sentido as obras utilizadas na tese de: VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007; bem como os diversos artigos da obra organizada por Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Martins Fontes: São Paulo, 2006; entre outros.

<sup>602</sup>Nesse sentido as obras utilizadas na tese de: VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007; bem como os diversos

transparência dos interesses em jogo, para levantar argumentos e contra-argumentos a respeito<sup>603</sup>, mas há que se tomar cuidado com as maiorias eventuais e com a tirania da maioria apta a suprimir direitos humanos, direitos constitucionais, fundamentalmente vinculados a minorias, o que não pode ser admitido na perspectiva expansiva e progressiva de direitos adotada na tese. A decorrência da crença na exata correspondência do texto legal com a vontade do povo elevava o Poder Legislativo a uma posição superior frente aos demais poderes, onde ao referido poder era confiado um protagonismo, um solipsismo, na medida que não encontrava limites na crença criticada de criador do Direito<sup>604</sup>. Sustentação que igualmente não encontra guarida na tese por ignorar a distinção entre regra legal e norma, onde, na segunda, desponta o papel fundamental do jurista. Interessante tese existe nos dias de hoje a partir da premissa trazida, reconhecendo o juiz como o verdadeiro legislador, em face do seu papel produtor da norma, o que levado ao extremo, desmerecendo a relevante função do texto legal, conduziria ao solipsismo judicial<sup>605</sup>.

A tese não comunga com qualquer teoria que defenda o autoritarismo e o

---

artigos da obra organizada por Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. Martins Fontes: São Paulo. 2006; entre outros.

<sup>603</sup> GARAPON, Antoine: “A transparência tornou-se uma das grandes reivindicações das nossas democracias. Ela confunde-se, diz Jean-Denis Bredin, <com a limpidez, com a própria pureza. Ela assemelha-se ao sol e à luz. Ela não pode tolerar domínios proibidos, a mentira, o segredo, a discricção, todos os artifícios que possam dissimular a verdade (...). A imagem deve levantar todos os véus, descobrir todas as máscaras, pois ela é a própria expressão da verdade>. Todos os meios são permitidos, desde que sejam em nome da transparência. Essa vontade de <tudo dizer> e de <tudo mostrar> resulta, na realidade, de uma concepção de transparência mal interpretada. A transparência, numa democracia, não é dos homens mas a dos processos. Ela não consiste em saber tudo, mas em saber apenas o que foi legitimamente estabelecido”. *In: O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 87-88.

<sup>604</sup> MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio: “[...] apenas as normas aprovadas pelo Poder Legislativo poderiam ser consideradas como lei. Na teoria, os legisladores poderiam aprovar qualquer coisa... O legislativo poderia delegar alguns de seus poderes ao executivo, e poderia também dar a agências administrativas o poder de editar regulamentos com força de lei, mas esta “legislação delegada” era, teoricamente, efetiva apenas nos limites estabelecidos pelo ato de delegação. O Poder Legislativo era supremo”. *In: A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 49.

<sup>605</sup> NEVES, Marcelo: “Esse processo seletivo levou à compreensão, que já se tornou um lugar comum, de que “a própria norma jurídica só é produzida no decurso da solução do caso”, inclusive afirmando-se que o juiz é “o único legislador” e, correspondentemente, caracterizando-se as atividades legislativa e constituinte como atividades de emissão de texto legal e estabelecimento de texto constitucional. Embora fascinantes essas formulações, parece-me que elas podem levar a equívocos. Se afirmamos que a produção da norma só ocorre no processo concretizador, persistirá a questão se os juízes e órgãos competentes para a concretização normativa não estariam subordinados a normas antes de cada solução de caso. Pode-se cair em um realismo decisionista, se esses modelos não forem tratados com os devidos cuidados e, eu diria, com certas restrições”. *In: Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 8.

solipsismo em razão de suas facetas inegavelmente antidemocráticas e totalitárias<sup>606</sup>. Em que pese o solipsismo possa ter um apelo sedutor, por se constituir em uma faceta de um heroísmo romântico<sup>607</sup>, estruturado filosoficamente em Nietzsche, mais especificamente na ânsia de poder e glorificação da violência, em oposição à alteridade e empatia, não guarda congruência com o perseguido fim humanístico, racional, coletivo e democrático defendido, tanto que o pensamento do filósofo é imputado como responsável pelo militarismo e foi aproveitado por tiranos como Hitler e Mussolini para justificar seus desmandos e atos atentatórios contra a humanidade<sup>608</sup>. Por isso é importante ressaltar que na tese defendida não se está buscando um juiz filósofo, um juiz com qualidades superiores aos dos demais, nem é defendida qualquer forma de protagonismo solipsista de qualquer juiz. A confiança maior nos atributos pessoais do que nas instituições e no Direito já foi há muito

---

<sup>606</sup>HABERMAS, Jürgen: “Rosenkranz defendía todavía la monarquía porque sólo ella podría asegurar la neutralidad de un gobierno que quedara por encima de los partidos, poner freno al antagonismo de intereses, y garantizar la unidad de lo particular con lo universal. Desde su punto de vista, el gobierno ha de constituir una última instancia, también en el sentido de que sólo él ‘puede leer del libro de la opinión pública aquello que realmente es menester’. De aquí parte una línea de pensamiento político que a través de Carl Schmitt conduce a aquellos constitucionalistas que mirando retrospectivamente la ingobernabilidad de la República de Weimar creyeron un deber justificar el Estado totalitario. En esta línea de tradición el concepto de Estado sustancial pudo transformarse en el de un Estado lisa y llanamente autoritario porque mientras tanto había quedado destruida de raíz la clasificación jerárquica en espíritu subjetivo, objetivo y absoluto, que que una y otra vez habían hecho uso los hegelianos de derechas.” *In: El Discurso Filosófico de la Modernidad*. Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993, p. 93.

<sup>607</sup>PINKER, Steven: “Embora o heroísmo romântico de Nietzsche glorifique o Übermensch singular em vez de qualquer coletividade, basta um pequeno passo para interpretar sua “única espécie de homem mais forte” como uma tribo, uma raça ou uma nação. Com essa substituição, as ideias nietzschianas foram retomadas pelo nazismo, pelo fascismo e por outras formas de nacionalismo romântico, e protagonizaram um drama político que continua até o presente”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 521.

<sup>608</sup>PINKER, Steven: “O mais óbvio é que Nietzsche ajudou a inspirar o militarismo romântico que levou à primeira Guerra Mundial e ao fascismo que levou à Segunda. Embora o próprio Nietzsche não fosse nacionalista alemão nem antissemita, não é coincidência que essas citações saltem da página como nazismo por excelência: Nietzsche tomou-se postumamente o filósofo da corte nazista. (Em seu primeiro ano de chanceler, Hitler fez uma peregrinação ao Arquivo Nietzsche, dirigido por Elisabeth Förster-Nietzsche, a irmã e executora literária do filósofo, que estimulou de forma incansável essa conexão.) A conexão com o fascismo italiano é ainda mais direta: Benito Mussolini escreve em 1921 que “o momento em que o relativismo se ligou com Nietzsche e com sua Vontade de Poder foi quando o fascismo italiano se tornou, como ainda é, a criação mais magnífica de um indivíduo e uma Vontade de Poder nacional”. As conexões com o bolchevismo e o stalinismo – do super-homem ao novo homem soviético – são menos conhecidas, mas foram documentadas de forma abrangente pela historiadora Bernice Glatzer Rosenthal. As conexões entre as ideias de Nietzsche e os grandes movimentos de extermínio do século XX são bastante óbvias: uma glorificação da violência e do poder, uma ânsia de demolir as instituições da democracia liberal, um desprezo pela maioria da humanidade e uma indiferença inclemente para com a vida humana”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 519.

ultrapassada pelo liberalismo.

Um juiz solipsista estaria, dentro do perfil historicamente e teoricamente ultrapassado da “heroização do Estado”, expressão de Höffe, um Estado apto a produzir justiça de forma absoluta, que acaba por desembocar na ditadura do juiz<sup>609</sup>. Essa ditadura do juiz passa por uma desnecessidade do cumprimento de leis e do próprio Direito, e, como questiona Garapon, poderia manter seu sentido democrático? A intervenção irresponsável do juiz na política e na economia, em nome talvez de uma notoriedade pessoal<sup>610</sup>, parece distante do objetivo constitucional e democrático. Isso é o ativismo judicial não tem contornos democráticos pois atenta contra a segurança jurídica, tanto impedindo os avanços coerentes do Direito quanto os impedindo quando lhe convém, portanto<sup>611</sup>, diametralmente oposto à democracia posta na tese, apoiada no pressuposto da maioria, mas com Habermas, defendendo que o povo venha a alcançar uma maturidade, uma auto-suficiência, representativa da possibilidade de uma real democracia<sup>612</sup> e não confiando em um juiz que seria na palavras de Garapon, o “anjo da democracia” a guiar o povo/rebanho rumo a uma

<sup>609</sup> HOFFE, Otfried: “Por fim, Estados regidos por pessoas, em vez de leis, sofreriam a ameaça da ditadura, razão pela qual as pessoas preferem confiar em leis e instituições justas. À semelhança de instituições em geral, instituições justas também conduzem à exoneração de moral pessoal, propiciando que se possam assegurar a existência e a garantia do governo, como afirmava Madison, ‘até mesmo na ausência de virtude política’”. In: **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 222.

<sup>610</sup> GARAPON, Antoine: “Desvio aristocrático e tentação populista têm em comum o facto de libertar o juiz da autoridade do soberano. Tanto mais que o juiz usufrui, necessariamente, de uma total irresponsabilidade política. Mantém-se alheio às imposições económicas ou da política internacional. Uma política que não é sancionada através da contestação periódica do seu poder poderá ser considerada democrática? Não é necessário atribuir aos juizes, forçosamente, intenções maquiavélicas. Existe, neles, uma tentação muito mais generalizada do que o próprio espírito partidário: consiste em inovar, mudar a jurisprudência, ser o líder de determinada liberdade ou de determinado direito. Será preciso ver nisto alguma inveja em relação ao poder? Suspeitar de alguma paixão partidária? Não será, antes, o desejo humano de marcar a sua época, de deixar um cunho pessoal? O risco seria, então, de conduzir a jurisprudência para uma aposta ousada que ignora a realidade social e que despreza as imposições económicas”. In: **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 73-74.

<sup>611</sup> GARAPON, Antoine: “Que a magistratura tome a forma de uma corporação reaccionária ou de juizes incontrolláveis, o carácter <intocável> do juiz não deixa de ser preocupante. O juiz faz a democracia correr um risco de activismo, criando um direito pretoriano, ou, pleo contrário, um risco de imobilismo, impedindo certas reformas pretendidas pela maioria. Em ambos os casos, prejudica a virtude principal de qualquer sistema de direito, que é a segurança jurídica. Uma jurisdição não tem os meios necessários para legislar, o uiz não dispõe dos instrumentos para tal e encontra-se na incapacidade de <edificar uma verdadeira dinâmica política sobre as ruínas da anterior, que tanto condenou>. Os casos que lhe são dados a conhecer são, necessariamente, descontínuos e sem qualquer coerência entre si”. In: **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 74.

<sup>612</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre factividade e validade. Volumes I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Temática enfrentada também em tópico específico.

democracia (a)jurídica e apolítica<sup>613</sup>.

A figura do juiz hodierno, do Poder Judiciário em um Estado democrático, está muito distante do ideal vigente no período do Estado absolutista, muito distante da teoria originária da divisão de poderes de Montesquieu, no “Espírito das Leis”, ou mesmo, da teoria de Alexander Hamilton, que séculos mais tarde (XVIII), considerou o Judiciário como um poder de menor importância. Na sociedade e nas relações de poder é nítido o aumento da importância do Poder Judiciário que não encontra mais barreiras para apreciar qualquer questão, inclusive afeta aos outros poderes, com o que, inevitavelmente o Poder Executivo e o Poder Legislativo acabam tendo uma limitação política em face do Poder Judiciário<sup>614</sup>. Contudo, o juiz não pode ignorar o Direito em suas decisões, muito pelo contrário. Ocorre que o emprego de expressões legais fisicamente inviáveis, como é a irreversibilidade exigida para as tutelas de urgência, em face de sua impossibilidade de concreção fática, acaba por permitir uma abertura solipsística. A abertura inconstitucional e antidemocrática permitida pela atuação legislativa criticada, portanto, depõe contra a concentração e qualificação do Estado e de suas funções.

Não se pode compactuar com tais fatos, a linha da tese defendida é no sentido de uma “revolução antiabsolutista”<sup>615</sup>, não se admitindo a legitimação do poder sem limitação como característica marcante do autoritarismo que procurou se evidenciar acima. Não se defende um governo dos juízes. Não se está conferindo ou reconhecendo qualquer poder político solipsista, mas apenas há a defesa de uma atuação conforme o Direito de reconhecimento e supressão, com aplicação do Direito, em face de uma inconsistência legislativa, em atendimento a um interesse constitucional democrático. No entanto, nos países periféricos, latino-americanos, como o Brasil, é necessário seguir uma já reconhecida tendência recente de, dentro do limite do Direito e do Processo, ter um juiz com maiores faculdades processuais,

---

<sup>613</sup>GARAPON, Antoine: “O juiz toma-se o novo anjo da democracia, que reclama um estatuto privilegiado do qual já expulsou os homens políticos. Sente-se investido de uma missão redentora em relação à democracia, coloca-se numa posição de destaque, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção em relação ao político. A justiça concluiria, assim, o processo de despolitização da democracia...”. In: **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 74-75.

<sup>614</sup>HÖFFE, Otfried: “Entrementes, as relações de poder sofreram um deslocamento fundamental e duradouro em benefício do Poder Judiciário... E o poder do Judiciário aumenta onde o poder do Executivo e do Legislativo diminui”. In: **O que é Justiça?** Tradução: Peter Naumann. Coleção: Filosofia – 155. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 69-70.

<sup>615</sup>HÖFFE, Otfried: In: **A democracia no mundo de hoje**. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.181.

orientadora das partes, sem desembocar para a parcialidade ou arbítrio por estar, na realidade, observando a desejada isonomia material democrática, com a direção do processo em busca da sua efetividade, o que inclui saneamento de defeitos e supressão de deficiências, com o desejado equilíbrio de forças em situações de hipossuficiência, de modo a permitir a efetiva tutela e concretização dos direitos dos jurisdicionados<sup>616</sup>. A propósito, o atual Código de Processo Civil trouxe mecanismos de flexibilização procedimental, o que não significa, de maneira alguma, permissão para o assenhramento do processo pelo juiz, mas possibilita o abandono do paradigma racionalista, com a admissão de uma nova compreensão assentada na condição de possibilidade hermenêutica filosófica. Ou seja, é de ser admitido um processo não metodológico, como condição de possibilidade para a efetivação de direitos, não limitado à ordinariedade ovidiana, especialmente quanto ao tema das tutelas de urgência, com o que há a defesa de um juiz proativo, que pode antecipar o problema da legislação obstaculante e permitir a efetiva concretização dos interesses jurídicos, com a desejada preventividade, porém sempre dentro dos limites constitucionais e democráticos<sup>617</sup>.

---

<sup>616</sup>FIX-ZAMUDIO, Héctor: “A reserva de abordar com mayor detalle esta matéria cuando se haga referencia a los derechos de las partes relativos a la defensa em juicio, em este momento resulta conveniente señalar la tendencia de los ordenamentos procesales latino-americanos más recientes para conferir mayores facultades al juzgador, de manera que pueda orientar a los justiciables em el ejercicio de sus derechos, y además, corregir y subsanar los errores y deficiencias de las partes que puedan afectar su defensa, particularmente em cuanto a aquella que puede considerarse más débil em un proceso determinado, ya que el principio de igualdad por compensación, señalado por el mismo Eduardo J. Couture como uma de las características de proceso laboral, y que posteriormente se há extendido a todas las ramas del llamado “derecho procesal social” – laboral, agrário y de la seguridad social –, há trascendido también al proceso civil, em el cual también existen justiciables que carecen de adecuados instrumentos de defensa, no obstante las instituciones de auxilio legal, de las que hablaremos más adelante”. *In: Constitución y proceso civil em Latinoamérica*. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 49-50.

<sup>617</sup>STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle: “Em tempos de mudança na legislação processual civil brasileira é indispensável que se abandone o paradigma racionalista que forjou as construções processuais modernas e se passe a compreender o Direito processual a partir de uma matriz hermenêutico-filosófica. Somente assim será possível expungir do Direito processual alguns mitos como a verdade real, o livre convencimento judicial e, ao que interessa no presente ensaio, a ordinariedade. Com efeito, é tempo de abandonar a ordinariedade e deixar de pensar o processo como um método. Processo não é método, mas, sim, condição de possibilidade para que efetivação de direitos a partir de um perfil democrático-constitucional, em que as partes são conferidos direitos fundamentais capazes de salvaguardá-las de arbitrariedades. Com isso, busca-se superar uma ideia meramente quantitativa de jurisdição para que se dê e florescer do caso concreto e que, com isso, o caminho procedimental insito ao processo seja construído no caso e de acordo com o caso concreto. Dito de outro modo, não há um método prévio e imutável para se chegar á solução da causa. Por isso, é importante que se supere a noção instrumental de processo e de linguagem, ambas ancoradas no mesmo paradigma filosófico já superado”. *In: O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, nº 2, Mai-Ago/2017, p. 8.

### **CAP 3 – PÓS-POSITIVISMO E HERMENÊUTICA-FILOSÓFICA NO COMBATE DA CRISE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: STANDARDS DE RACIONALIDADE NA DESCONSTRUÇÃO DE ÓBICES POSITIVISTAS DO DIREITO PROCESSUAL**

O positivismo jurídico ignora a viragem linguística, contribuindo para a manutenção e agravamento da crise do Direito e do Processo Civil Brasileiro. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, por estar em nível anterior ao apofântico, é guardião do conhecimento e como tal emite vetores racional aptos a reconectar o jurídico aos fins sociais. Nisso há uma nova dimensão do Direito inaugurada, uma perspectiva pós-positivista, apta a desvelar óbices de natureza metafísica presentes no Direito, que devem ser desconstruídos a fim de que os institutos jurídicos sejam aperfeiçoados e trilhem o objetivo constitucional e democrático.

#### **3.1 O nível anterior da hermenêutica filosófica como pressuposto para o fornecimento de standards de racionalidade no Direito e no processo**

A hermenêutica filosófica está em nível diverso do Direito, com campos de estudo e atuação distintos. Enquanto a primeira tematiza o campo do ser, pressuposto de todo conhecimento e de toda ciência, o segundo trata do ente, pressupondo a linguagem, mas utilizando o método para o aprofundamento de questões específicas, em uma práxis determinada<sup>618</sup>. Porém, isso não torna a hermenêutica irrelevante para o Direito, muito pelo contrário, pois quando a hermenêutica é admitida como fusão de horizonte e condição de possibilidade compreensiva do ser (ser-aí), pressuposto

---

<sup>618</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Daqui se infere a diferença fundamental entre *ciência e filosofia*. Nossas sentenças falam do que está aí presente, trazem objetos à palavra e exprimem o ente intramundano em sentenças empiricamente verificáveis. Essa é a instância própria à ciência. O ser não é dito por meio de sentenças empiricamente verificáveis, mas se diz nas sentenças enquanto *horizonte* que torna essas sentenças possíveis. Na forma de linguagem, revelam-se os entes à luz do ser que ocorre como fenômeno na linguagem. Nesse caso, a filosofia não entra em concorrência com os métodos científicos, pois sua tarefa é tematizar o espaço hermenêutico, ou seja, levantar e elaborar a questão do sentido do ser, pressuposto sempre em toda ciência. A filosofia, assim, não pode ser nunca um sistema de sentenças no mesmo nível das teorias científicas. A ciência é pesquisa de entes: à filosofia cabe a explicitação do universo do sentido, não a partir de uma construção semântica, que é uma instância derivada, mas do ser-no-mundo, do ser engajado numa práxis determinada”. In: **Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 216.

anterior de toda e qualquer ciência, adquire, a hermenêutica filosófica, um papel de “guardiã”, na busca de um Direito mais filosófico, em detrimento do falso modelo jurídico da ilustração, que depositava na razão a fé na construção de um Direito baseado em princípios fixos e imutáveis, imune ao tempo e à história<sup>619</sup>, simétrico às ciências da natureza ou exatas, construído desde o século XVII, inicialmente com Descartes, ao colocar em dúvida todas as “verdades” pré-existentes, buscando formular novas bases para a aquisição do conhecimento científico, através do método<sup>620</sup>, guiado pela compreensão da relação sujeito-objeto, tendo a hermenêutica incorporada, desse modo, como instrumento pra alcançar significados.

Seu papel de “guardiã” não lhe coloca em posição de superioridade ou inferioridade, nem lhe possibilita a dispensa do Direito ou de qualquer outra ciência humana, pois não trabalha e não produz os resultados envolvendo os objetos de estudos das ciências. O papel da hermenêutica filosófica é cooperativo, trazendo o

---

<sup>619</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Dentre as promessas da modernidade que restaram frustradas está a de que o homem, pela razão, conseguiria sua autonomia, sendo o construtor de sua história e de sua felicidade. O século XX, assim, aumentou o déficit da promessa moderna se considerada sob o ângulo ingênuo da utopia fundada na crença do progresso da razão e da ciência. Na modernidade, a fé no progresso foi acompanhada pela fé na razão, que seria o instrumento apropriado para o conhecimento certo da realidade. Valendo-se da razão, o homem poderia aperfeiçoar-se como “artífice de seu próprio destino”. Poderia conquistar sua autonomia. No âmbito jurídico da modernidade, pois, o progresso consistiu em deixar de lado os costumes e leis do acontecer histórico das diversas sociedades, para elaborar um direito que tinha base em critérios estritamente racionais: o direito produzidos pelo espírito da ilustração deveria atender unicamente às leis próprias da razão, pela qual se poderiam alcançar princípios fixos e imutáveis, cuja validade não estivesse sujeita às contingências espaço-temporais próprias do acontecer histórico”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42-43.

<sup>620</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Com a modernidade, surgiu a ciência moderna. Essa ciência dita “moderna” tem seu desenvolvimento cunhado pelo desenvolvimento da ciência da natureza do século XVII. Nessa época, pretendeu-se dar às ciências do espírito o mesmo tratamento das ciências da natureza. A modernidade, nesse aspecto, é inaugurada com Descartes e sua filosofia do sujeito. O modelo do processo de “subjetivação” fez a “crítica política da tradição” por meio do método, que possui três momentos significativos: num primeiro momento, põe em dúvida todas as opiniões já feitas, todos os preconceitos herdados, de tal forma que se faça radicalmente tabula rasa da tradição. Nesse sentido, Descartes rompe com a Antiguidade. A partir dessa ruptura, o segundo momento do processo consiste em procurar um novo ponto de apoio para reconstruir o edifício do conhecimento científico e filosófico de que o processo dubitativo minou as bases. Na medida em que é a subjetividade que conduz esta investigação, não pode ser senão por meio das suas próprias certezas e graças à construção delas que ela poderá ou não ter sucesso: resumindo, apenas o *cogito* pode encontrar em si os recursos necessários para sair da dúvida que ele próprio decidiu ao generalizá-la. Assim, é numa terceira etapa, sobre a própria subjetividade, e mais precisamente sobre a certeza absoluta que o sujeito tem de se apreender a si próprio pela sua reflexão, que é construído o conjunto articulado de “sistema”. A prática da “tábula rasa” relativamente aos preconceitos herdados, a apreensão do sujeito por si mesmo como primeiro princípio absolutamente certo, e o percurso resolutamente “construtivista” filosoficamente, inauguram a modernidade. Esses são os três gestos constitutivos do “método” de Descartes, que é o único capaz de permitir ao homem “ficar seguro de utilizar em tudo a sua razão.” *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48/49.

mundo vivido para dentro do Direito<sup>621</sup>. A hermenêutica-filosófica, diversamente das filosofias anteriores, inadmitte qualquer blindagem a ela, do Direito ou de qualquer outro desenvolvimento epistemológico científico, podendo ser afirmada a necessidade de uma nova produção de conhecimento através de uma epistemologia hermenêutica<sup>622</sup>. É apropriada uma função mediadora através da qual a hermenêutica filosófica não só é possível, como imprescindível para o aperfeiçoamento das ciências<sup>623</sup>, ao combater a crise que paira sobre o Direito e demais ciências guiadas pela filosofia da ilustração.

Os paradigmas filosóficos anteriores ao giro linguístico-ontológico, caracterizados pela metafísica da compreensão objetivadora (relação sujeito-objeto), entraram em crise no início do século XX, especialmente com Heidegger (filosofia hermenêutica)<sup>624</sup> e, posteriormente, Gadamer (hermenêutica filosófica)<sup>625</sup>. No

---

<sup>621</sup>HABERMAS, Jürgen: “Retrospectivamente percebe-se que a filosofia desempenhou um papel de “guardião do lugar”. No futuro, ela continuará exercendo esse papel, se minha suposição se confirmar de que as ciências humanas precisam tornar-se cada vez mais filosóficas, em vez de adotar falsos modelos baseados na ciência natural. Esse papel cooperativo da filosofia no contexto do sistema científico a protege, por outro lado, das aspirações fundamentalistas na linha de Kant ou de aspirações totalitárias, defendidas, no final, por Hegel. A filosofia não pode mais entrar em cena como “figura chave” (Schlüsselattitüden)” segundo expressiu Arnold Gehlen, como se ela conhecesse as soluções para os enigmas do mundo. Mas esse fato não a dispensa de seu papel de intérprete com relação ao mundo vivido (Lebenswelt). Ela continua a manter uma relação íntima com o senso comum, está especialmente próxima daquilo que intuitivamente sabemos de antemão, subvertendo, ao mesmo tempo, o chamado “bom senso”. Estou convencido de que os filósofos deveriam assumir na opinião pública o papel de intelectuais. Neste caso, porém, os filósofos precisam partilhar com outros especialistas, a tarefa da reflexão do esclarecimento (Aufklärung) de nossa cultura sobre si mesma”. In: Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. In: **Revista Tempo Brasileiro**. Vol. 5, nº 21. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 1989, p.18.

<sup>622</sup>STEIN, Ernildo: Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Epistemologia: 50 Anos de Verdade e Método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>623</sup>Stein, Ernildo: “É por tal razão que não há filósofos exclusivos, como não são possíveis Filosofias construídas ad hoc. O que traz como consequência que, no encontro da Filosofia com o Direito, não existem zonas de rigidez que teriam de permanecer intocadas”. In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III. p. 126.

<sup>624</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O Ocidente entende linguagem a partir do dualismo originário que caracteriza a metafísica ocidental: a linguagem é vista, em última análise, como expressão, isto é, trata-se da efetivação de uma essência ideal (razão, sentido), que ocorre na medida em que a razão humana se utiliza de uma matéria (no caso de um som) e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação. Linguagem, nessa perspectiva, é exteriorização da razão, do sentido. Algo sensível se faz manifestação, exteriorização, objetivação do inteligível. Ora, o que faz, portanto, o som produzido pelo homem linguagem é que ele é expressão do pensamento, da razão, da consciência. É a espiritualização do som que o torna linguagem humana, essencialmente distinta da linguagem animal. A linguagem é, então, a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza”. In: **Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea**. Edições Loyola. São Paulo, 1996, p. 202-203.

<sup>625</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Fundamentalmente, a hermenêutica filosófica – derivada da filosofia hermenêutica – vem para romper com a relação sujeito-objeto e representa, assim, uma verdadeira revolução copernicana. Em outras palavras, coloca em xeque os modos procedimentais de acesso ao conhecimento. E isso tem consequências sérias”. In: **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-

entanto, ainda eram raros os casos dos juristas, que como Carnelutti, chegaram a expressar preocupação com o pensar não jurídico e o estabelecimento da relação da epistemologia hermenêutica com a jurídica científica<sup>626</sup>. A regra era a do fiel cumprimento das premissas filosóficas iluministas objetificantes com a divisão do pensar científico do pensar filosófico, permitindo, desse modo, a edificação de ciências dissociadas da Filosofia. Havia uma cisão completa entre Filosofia e ciência, sem qualquer abertura para comunicação ou mediação entre elas. A teoria do conhecimento guiada pela relação sujeito-objeto, respaldava a entificação do ser, ignorando a diferença ontológica, por baseada em uma diferença entre subjetividade e objetividade transcendental. Isso permitiu a separação de Filosofia e ciências, em face da relação com objetos distintos, impossibilitando qualquer filtragem filosófica no Direito<sup>627</sup>. Até porque não era reconhecida a condição de possibilidade hermenêutica filosófica, era confundido conhecimento e a epistemologia desenvolvida nas ciências. Hermenêutica era apenas um instrumento do técnico jurídico, do operador do direito<sup>628</sup>. Então, era de se esperar também que dentro de cada uma das ciências

---

Junho, 2009, p. 67.

<sup>626</sup> CARNELUTTI, Francesco: “¿Donde he escrito que los hombres hicieron derecho antes (¿cuánto tiempo antes?) de saber qué era el derecho, y que navegaron antes (¿cuánto tiempo antes?) de conocer el principio de la navegación? Pensaba en ello hace poco, al terminar de leer el hermoso opúsculo de MAGNI (¿?), que comienza a ser un benemérito en materia de metodología. Su mérito, es, ante todo, por lo menos en cuanto a mí, el de hacerme medir, una vez más, mi propia ignorancia; y no es poco. El mejor fruto de la lectura está en la convicción de que no sólo hemos pensado durante siglos y siglos, sino que continuamos pensando, sin saber qué es pensar. Hace años ya que esta conciencia, que es el saber de no saber si quiera esto, y hasta esto menos que ninguna otra cosa, se va formando en mí; pero acaso ha madurado esta tarde. Otra intuición, sin embargo, que tendría necesidad de desenvolverse, atañe a las relaciones del derecho con el pensamiento. También ella me ha relampagueado por primera vez en virtud de las palabras: ¿el *iudicium* no es, a la vez, la célula del derecho y la célula del pensamiento? ¿Pensar no quiere decir, en definitiva, más que juzgar? Pero también hacer derecho se resuelve en juzgar; ¿y entonces?” *In: Cuestiones Sobre El Proceso Penal*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1950, p. 479.

<sup>627</sup> STEIN, Ernildo: “Como a metafísica se constituía, na sua relação com os objetos, como, um conhecimento objetivador, isto é, se guiava pelo esquema sujeito-objeto, não foi capaz de pensar o âmbito que ela mesma constituía, sem afirmá-lo como resultado da presença de um sujeito. Assim ela, pelo fato de pensar o seu campo específico a partir da entificação do ser, introduziu a distinção, entre filosofia e ciência, a partir de uma relação de objeto. Dessa maneira, a metafísica estabelecia um compromisso de caráter especulativo entre natureza e consciência, reduzindo a distinção que deveria ser produzida, pela diferença ontológica, a uma diferença entre subjetividade e objetividade transcendental. Era assim que a metafísica comprometia a presença de qualquer elemento organizador com o projeto de uma fundamentação da experiência”. *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora Unijuí, 2002, p. 100.

<sup>628</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Com efeito, em um universo que calca o conhecimento em um fundamento último e onde a epistemologia é confundida com o próprio conhecimento (problemática presente nas diversas teorias do discurso e nas perspectivas analíticas em geral), não é difícil constatar que a hermenêutica jurídica dominante no imaginário dos operadores do Direito no Brasil (perceptível a partir do ensino jurídico, da doutrina e das práticas dos tribunais) continua sendo entendida como um (mero) saber operacional.” *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de*

fosse legítima a edificação de uma filosofia própria<sup>629</sup>, pois haveriam questões fundamentais originadas em campos completamente dissociados, amparadas em teorias racionais de verdades dissímeis, que deveriam ser aprofundadas dentro do seu próprio campo de estudo<sup>630,631</sup>, com o que o pensar filosófico externo criaria um problema ao se imiscuir em campo diverso<sup>632</sup>.

Pela filosofia criticada, iniciada em Descartes, era permitido ter a hermenêutica como arte ou método para desvendamento de dilemas ou para alcançar objetivos científicos, a busca da verdade, o ideal de certeza, da concepção moderna<sup>633</sup>, com o estabelecimento neutral de regramento procedimental hermenêutico, fazendo prevalecer ora a objetividade do texto em análise, ora a subjetividade do intérprete analisante, ou tentando conjugar ambos, compondo, em todos os casos, o esquema sujeito-objeto superado pela hermenêutica-filosófica<sup>634</sup>. A revolução no Direito proporcionado pela hermenêutica filosófica promove o deslocamento, o evisceramento da hermenêutica do Direito para a Filosofia, com o que deixa de ser

---

**Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.** Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>629</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma.** Ijuí: Unijuí, 2004, parte III. p. 137.

<sup>630</sup> Segundo, STEIN, Ernildo, há em cada um dos filósofos um discurso peculiar fundado na apropriação de “uma teoria do que é racional e uma teoria da verdade específica”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma.* Ijuí: Unijuí, 2004, parte III. p. 125.

<sup>631</sup> STEIN, Ernildo destaca a importância da linguagem para a concepção filosófica, pois, para ele “o paradigma de um filósofo possui, em primeiro lugar, características específicas no que se refere à linguagem”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma.* Ijuí: Unijuí, 2004, parte III. p. 124.

<sup>632</sup> STEIN, Ernildo: “O pensar filosófico não deve ser pensado como trazendo um problema quando o situamos diante do conhecimento empírico. Esse foi o erro da metafísica. O pensar filosófico é a solução para o conhecimento empírico, porque, ao introduzir a diferença, ele abre o espaço onde os *sense data*, os dados sensíveis, vêm ao nosso encontro”. *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e Conhecimento Empírico.* Ijuí: Unijuí, 2002, p. 112.

<sup>633</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Ou seja, a partir de Descartes, a “verdade” só pode ser alcançada se utilizado um método adequado para tal. Descartes acredita firmemente que, por intermédio do método, haverá a segurança de que o homem está utilizando de sua razão do modo mais perfeito possível. O método, na idéia cartesiana, pois, vem a ser uma “via de confirmação” e, nesse sentido, apesar de todas as possíveis variedades de métodos, apesar de toda a variedade apresentada nas diversas ciências, é um “conceito unitário” que, segundo a concepção moderna, é o que satisfaz o ideal de certeza”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 50-51.

<sup>634</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A crise que atravessa a hermenêutica jurídica possui uma relação direta com a discussão acerca da crise do conhecimento e do problema da fundamentação, própria do início do século XX. Veja-se que as várias tentativas de estabelecer regras ou cânones para o processo interpretativo a partir do predomínio da objetividade ou da subjetividade ou, até mesmo, de conjugar a subjetividade do intérprete com a objetividade do texto, não resistiram às teses da viragem linguístico-ontológica (Heidegger-Gadamer), superadoras do esquema sujeito-objeto, compreendidas a partir do caráter ontológico prévio do conceito de sujeito e da desobjetificação provocada pelo círculo hermenêutico e pela diferença ontológica”. *In: Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG.* Belo Horizonte, nº 52, p. 133, jan/jun., 2008, p. 128-129.

uma técnica metodológica de subsunção, arte silogística e/ou instrumento para atingimento de qualquer fim<sup>635</sup>.

O advento da viragem linguística-ontológica, em Wittgenstein, considerando a linguagem como acesso ao mundo, expressão sensível do pensamento, perdendo sua natureza objetificante, adquirindo condição da compreensão, portanto irremediavelmente vinculada à mesma<sup>636</sup>, avançando para o não reconhecimento do mundo em si, por ser ele dependente da linguagem<sup>637</sup>, propiciadora da filosofia-hermenêutica, em Heidegger, e da hermenêutica-filosófica, em Gadamer, causa uma ruptura epistemológica filosófica, quebrando paradigmas anteriores, provocando uma verdadeira revolução copernicana, transformadora da estrutura do pensamento filosófico, na medida em que essencialmente passa a ser considerada como modo de ser no mundo. Nessa linha, é permitida a vigilância das ciências pela hermenêutica-filosófica, por ter como objetivo “os problemas da solução”, como condição de possibilidade, apta a fornecer vetores racionais ao aprimoramento das ciências, na busca da “solução dos problemas”<sup>638</sup>, promovendo a desnecessidade de reiteração dos ultrapassados arquétipos anteriores<sup>639</sup>, ainda que o positivismo insista em resistir,

---

<sup>635</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Por tais razões, assume absoluta relevância o rompimento paradigmático proporcionado pela hermenêutica filosófica, exatamente pela circunstância de que a hermenêutica jurídica deixa de ser uma “questão de método” e passa a ser filosofia. Conseqüentemente, na medida em que a filosofia não é lógica, a hermenêutica jurídica não pode ser apenas uma ferramenta para a organização do pensamento”. *In: Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, p. 133, jan/jun., 2008, p. 141.

<sup>636</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Tudo que dissemos até agora sobre o pensamento tem sua limitação básica em virtude da abstração pedagógica que efetuamos, isto é, da separação entre pensamento e linguagem, no sentido de deixarmos de considerar a expressão sensível do pensamento – que é a linguagem. Seria errado concluir da abstração pedagógica realizada que o pensamento se constitui de entidades intelectuais independentes da linguagem”. *In: Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.107.

<sup>637</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Além disso, Wittgenstein desce às pressuposições epistemológicas desta posição: que o conhecimento humano é algo não lingüístico, uma tese que, à primeira vista, parece ser, de modo geral, comum à tradição, até mesmo à filosofia da consciência da modernidade. É exatamente essa pressuposição da teoria lingüística do *Tractatus* que agora é posta em questão: não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre por meio da linguagem”. *In: Reviravolta Lingüístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 127.

<sup>638</sup> Segundo Ernildo Stein, a ciência se preocupa com a “solução do problema” enquanto a filosofia encara “os problemas da solução”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III. p. 135-136.

<sup>639</sup> STEIN, Ernildo: “Ao superarmos o esquema sujeito-objeto, estamos introduzindo um novo paradigma. Mas isso não deve ser compreendido como se estivéssemos inaugurando uma nova teoria do conhecimento. De nada adiantaria irmos com novas teorias, pelas quais apenas traríamos uma nova apresentação de objetos, ou melhor, da relação sujeito-objeto. Com isso, estaríamos abrindo a galeria interminável de paradigmas epistemológicos que concorrem entre si e onde cada um pretende ter dado a melhor resposta para a fundamentação do conhecimento. Esses paradigmas

ora apostando na objetividade do texto legal, ora apostando na atribuição de sentidos do intérprete (juiz), reproduzindo incansavelmente o debate “formalismo-realismo”<sup>640</sup>.

A base epistêmica narrada é de reconhecimento da condição de antecedência necessária da hermenêutica-filosófica em relação ao conhecimento empírico, condição de possibilidade para as experiências<sup>641</sup>, em consequência, ao Direito e às demais ciências. Contudo, não afeta a autonomia de cada uma. Há, portanto, níveis diversos dos objetos da filosofia e das ciências. Há um duplo nível da fenomenologia, um anterior, estrutural, que é filosófico e um segundo apofântico, ornamental, de estruturas lógicas procedimentais e/ou argumentativas.<sup>642</sup> A condição de anterioridade, de *a priori*, com capacidade transcendental e preocupação ordenatória da base científica, ou seja, da origem e modo como são alcançadas as respostas científicas, é fundante no problema da solução, permissor da elaboração de um elemento cognitivo, epistêmico, a ser inserido nas ciências e no Direito, para cumprir papel de correção do discurso científico.<sup>643</sup>

Não há, com o fornecimento de standards de racionalidade, a superação/eliminação do Direito ou de outras ciências pela hermenêutica filosófica, na medida em que se movem em planos inconfundíveis<sup>644</sup>. Não podem ser

---

epistemológicos nascem e morrem conforme cresce ou diminui o exército de seus defensores”. *In: Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 104.

<sup>640</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Na verdade, é possível perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira). Trata-se, pois, de um problema paradigmático. Alguns autores colocam na consciência do sujeito-juiz o locus da atribuição de sentido (solipsista). Nesse contexto, “filosofia da consciência” e “discricionariedade judicial” são faces da mesma moeda. Há ainda juristas filiados às antigas teses formalistas, propalando que a interpretação deve buscar a vontade da lei, desconsiderando de quem a fez -sic\_ e que a lei terminada independe de seu passado, importando apenas o que está contido em seus preceitos. De todo modo, mesmo hoje, em plena era do tão festejado linguistic turn, de um modo ou de outro, continua-se a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. *In: Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, jan/jun., 2008, p. 129.

<sup>641</sup> STEIN, Ernildo: “Todo o conhecimento empírico é conhecimento pela experiência. Mas também a filosofia é conhecimento pela experiência, ainda que num sentido muito particular: a filosofia é experiência das possibilidades de experiência. Essa experiência pode ser denominada, tomando do idealismo alemão a expressão, de experiência especulativa. Com ela designamos um âmbito do conhecimento, dentro da experiência, que não pode ser reduzido a um conhecimento de objeto”. *In: Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 100.

<sup>642</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, jan/jun., 2008, p. 132.

<sup>643</sup> STEIN, Ernildo: “Esse transcendental como princípio organizador, poderá exercer uma função no conhecimento científico. Em outras palavras, esse elemento organizador pode ser considerado como um vetor da racionalidade científica, isto é, como um princípio com o qual se pode examinar aquilo que é implicitamente carregado pelo discurso científico”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 127.

<sup>644</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Mas, atenção: a hermenêutica não afasta a epistemologia. Entretanto, o que não é possível fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico. Em

sobrepostos, invertidos ou confundidos os objetos filosóficos e científicos. As linhas limítrofes estão bem demarcadas. Isso significa que do mesmo modo que a Filosofia não pode objetivar solucionar os problemas científicos, as ciências não têm condições de incorporar a hermenêutica, cindindo-a tantas vezes quantos forem os ramos de conhecimento científico<sup>645</sup>. Diferente é contribuir com standards de racionalidade, que se constituem em função da hermenêutica filosófica, de impor respostas universalizantes em relação ao objeto da solução do problema científico ou jurídico<sup>646</sup>. Desde há muito os filósofos reconheceram a impossibilidade de abarcar todas as formas de saber<sup>647</sup>. As ciências e o Direito estão sujeitos, dessa forma, a intervenções disciplinadoras oriundas do plano originário, (re)estabelecendo a conexão com o mundo prático.

O Direito na perspectiva criticada é instituidor de um modelo autossuficiente de regras garantidoras da segurança e da previsibilidade do Direito<sup>648</sup>. Pensamento que foi marcante no século XIX, nesse modelo de regras pregado pelo positivismo, a Filosofia é um elemento componente e submetido ao sistema jurídico, onde a interpretação é o instrumento para descobrimento da metafísica vontade da lei<sup>649</sup>.

---

muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende essa circunstância, porque é capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. Ou seja, quando explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E, insista-se: filosofia não é lógica. Esse “proceder epistemológico” é antecipado; não se confunde com o próprio conhecimento. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço de uma teoria do conhecimento”. *In: Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte, nº 52, jan/jun., 2008, p. 156-167.*

<sup>645</sup> A propósito, Ernildo Stein, refere a importância de “tornar a ciência consciente de que ela não tem condições de saber por si mesma qual é a forma de saber que nela se concretiza”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 135.*

<sup>646</sup> Stein, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma.** Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 139.

<sup>647</sup> A propósito cabe mencionar que o filósofo moderno, segundo Ernildo Stein, “mesmo que conheça metodicamente, não pode saber mais do que a Ciência sabe”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 130.*

<sup>648</sup> ENGELMANN, Wilson: “Como decorrência do desenvolvimento deste arquétipo, os mencionados autores lançam mão de dois modelos: o primeiro é o modelo subsuntivo, como uma forma peculiar de aplicação das regras, onde a sua previsão se confronta com os contornos do fato, e, havendo coincidência deve ser respeitada a solução/conclusão prevista naquelas. Este modelo garante a segurança e a previsibilidade do seu conceito de Direito”. *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 82-83.

<sup>649</sup> LARENZ, Karl: “Frente a esto, la ciencia del Derecho del siglo XIX seguía atribuyéndose aún, por regla general, la capacidad de hacer perceptible la razón más o menos escondida em la ley, de liberar a las normas legales individuales de su aislamiento empírico, y de desmaterializarlas, por así decir, mediante la reconducción a un principio superior o a un concepto general, espiritualizando, de esta manera, lo ‘positivo’”. *In: Metodologia de la Ciencia del Derecho.* Tradução de Enrique

Contudo, na tese há uma inversão nessa lógica da ilustração, do positivismo, na medida em que não é mais o Direito ou qualquer outra ciência que é a base para a criação de uma filosofia própria, mas, ao contrário, a condição estrutural antecedente da hermenêutica-filosófica permite o fornecimento de *standards* de racionalidade nas ciências, no Direito. Por conseguinte, com a hermenêutica-filosófica, é obstada a Filosofia setorial, bem como a imunidade filosófica, na medida em que seus vetores de racionalidade podem ser introduzidos em qualquer área do conhecimento humano, em qualquer produção científica. Isso significa que não há, como na organização das ciências modernas, diversas filosofias, incomunicáveis entre si, por pertencerem a ciências distintas e muito menos filosofias mais específicas cingidas a um ramo, uma parte, um campo, das ciências. A Filosofia é antecedente único de todas as ciências, de todos os ramos, de toda e qualquer produção humana. Eis o motivo fundamental para não ser admissível uma filosofia exclusiva do Direito<sup>650</sup>.

O cientificismo<sup>651</sup> positivista, de modo geral, desligado do mundo da vida por preocupação exclusiva com o mundo do Direito estava ensimesmado na sua produção analítica. A crença na metafísica do conhecimento objetificante (relação sujeito-objeto) está no nascedouro da dualidade do mundo do Direito e mundo da vida, sendo permissora também da separação de Filosofia e Direito. Nas cisões pregadas pelo positivismo há a negação da experiência/diferença ontológica, no reconhecimento da experiência ôntica, onde é legítimo ter uma experiência científica como produto de um

---

Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 46-47.

<sup>650</sup> STEIN, Ernildo: “É por tal razão que não há filósofos exclusivos, como não são possíveis Filosofias construídas ad hoc. O que traz como consequência que, no encontro da Filosofia com o Direito, não existem zonas de rigidez que teriam de permanecer intocadas”. In: **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 137.

<sup>651</sup> Nesse primeiro momento em que utilizo a expressão, cabe esclarecer que a mesma não é equivalente a dá ciência na medida em que é baseada em uma crença metafísica enquanto que a ciência deve permitir a validação de uma proposição pelo mundo. A propósito, PINKER, Steven: “Quando comunidades grandes e conectadas ganham forma, podem conceber modos de organizar seus assuntos que favoreçam o benefício mútuo de seus membros. Embora todos queiram estar certos, assim que as pessoas começam a expor suas ideias incompatíveis torna-se claro que não é possível todos estarem certos a respeito de tudo. Além disso, o desejo de estar certo colide com um segundo, o de conhecer a verdade, que é supremo na mente de quem observa uma discussão sem interesse pessoal na vitória de nenhum dos lados. Assim, comunidades podem elaborar regras que permitam o surgimento de crenças verdadeiras a partir das turbulências da discussão, por exemplo: você tem de expor razões para suas crenças, tem permissão para apontar falhas nas crenças dos outros, mas não pode calar à força as pessoas que discordam de você. Adicione a regra de que deve ser permitido que o mundo lhe mostre se as suas crenças são verdadeiras ou falsas, e podemos chamar essas regras de ciência. Com as regras certas, uma comunidade de pensadores não totalmente racionais pode cultivar pensamentos racionais”. In: **O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 48.

novo gênero de experiência desvinculado da ôntica-ontológica<sup>652</sup>. Ocorre que não pode ser ignorado que toda a experiência, inclusive a científica/jurídica, não permite arbítrio para permitir ou não o ser-no-mundo<sup>653</sup>. A visão caolha da dualidade, do conhecimento exclusivamente científico, redundava em incompletude de compreensão<sup>654</sup>. Ao ignorar tudo isso, o Positivismo tinha suas razões argumentativas amparadas em outros discursos dissociados do mundo prático, permissoras de uma farta e complexa linha lógica racional pertencente a um conjunto de outras linhas componentes do mundo jurídico tendentes ao infinito. A presença de uma filosofia própria, uma filosofia do Direito, em nada contribuía para a solução do referido problema. Estando a Filosofia inserida no Direito, comungava do mesmo sustentáculo objetificante do estudo, inapto, portanto, para emitir pontos racionais corretivos, diferentemente da hermenêutica filosófica (externa) fomentadora de critérios de validação da produção jurídica. Ou seja, a superposição de Filosofia e Direito no Positivismo justificava a compenetração do Direito em si mesmo, provendo aporias, infundáveis discussões, suposições jurídicas e hipóteses teóricas distanciadas do mundo prático<sup>655</sup>.

---

<sup>652</sup> STEIN, Ernildo: “Não precisamos, portanto, correr atrás de uma espécie de descobrimento de uma nova esfera da experiência, para então nos dirigirmos à experiência dos objetos, pois, no nosso modo de existir, realiza-se sempre essa dupla compreensão: a compreensão de nós mesmos e do ser, e a compreensão dos objetos da empiria. Há, portanto, uma experiência transcendental originária que surge do nosso modo de ser-no-mundo e que permite situar a relação do sujeito em face de um objeto que constitui todo o espaço do conhecimento empírico”. *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 102.

<sup>653</sup> STEIN, Ernildo: “Todos os objetos do conhecimento empírico, como eventos, coisas, leis, experimentos, decisões e escolhas, já sempre estão mergulhados numa dimensão de compreensão que não é de caráter reflexivo, mas que simplesmente, resulta do nosso próprio modo de ser no mundo”. *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 104.

<sup>654</sup> STEIN, Ernildo: “Refletimos sobre o elemento essencial do pensar filosófico, apoiando-nos na afirmação de Goethe: “A experiência é apenas a metade da experiência”. Independente do que o poeta quis significar com essa afirmação, ela nos dá a estrutura que permite pensar a relação entre pensar filosófico e conhecimento empírico. Num primeiro momento, poderíamos imaginar que o fato de se afirmar que a experiência é apenas metade da experiência mostra que nosso conhecimento é sempre fragmentário, à medida que ele se liga a determinados objetos e, assim, sofre um limite insuperável, motivado pelo próprio modo de conhecermos sempre por objetivação. Mas podemos pensar essa afirmação de Goethe, acrescentando a ela uma parte não expressa, isto é, a presença da subjetividade que, mesmo fazendo parte da experiência, não constitui propriamente objeto explícito da experiência. Nós podemos pensar também a frase de Goethe como tendo de ser completada mediante a afirmação de uma outra parte, que é condição de possibilidade da experiência, por exemplo, a transcendência. Essa transcendência, no entanto, pode ter vários sentidos. Ela pode significar que a experiência se situa num todo maior, que a experiência é feita por um sujeito capaz de transcender o imediato ou que há um mundo para além da experiência para onde deveríamos tender ou que, ainda que determinante da experiência, não pode ser conhecido”. *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 102-103.

<sup>655</sup> Nesse sentido, Ernildo Stein refere que a “superposição dos dois aspectos torna o debate jurídico

Não é ignorado que a construção jurídica positivista tinha seus próprios guardiões. As teorias da argumentação jurídica exigiam um respeito à coerência racional construída, com o que podia lhe ser atribuído o papel de guardiões da racionalidade compreensiva jurídica. Todavia, por operarem internamente no Direito, não conseguiam alcançar a mesma vigilância dos vetores de racionalidade advindos do nível diverso anterior hermenêutico filosófico<sup>656</sup>. Imprescindível, então, a presença dos vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos em seu papel limitativo/corretivo do Direito. São eles que produzem o chamado à realidade do discurso jurídico, reunificando os mundos de acordo com o primado hermenêutico filosófica<sup>657</sup>, impedindo o criticado esforço analítico estéril.

Perceptível, então, a inexistência de crítica niilista da produção científica, mas de reconhecimento de fronteiras, a permitir que o jurista tome consciência de seu verdadeiro papel, oportunizando a ele reconhecer que o Direito não pode existir simplesmente recolhido em si mesmo, por se constituir em fator que lhe é colapsante, mas cuja emenda é possível a partir da viragem linguística, do *Dasein*, tendo no ser a própria manifestação do ente, em razão da linguagem como mediação permissora do descobrimento do mundo, de onde é possível a construção organizativa apofântica<sup>658</sup>. É pregada uma união entre a analítica e a hermenêutica, com papel colaborativo recíproco em seus objetivos distintos, de modo que o Direito possa estar em

---

inacabável no exame de casos e cada vez mais retórico na definição do campo das razões”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 135-136.

<sup>656</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Na verdade, tais teorias se colocam como guardiões de uma pretensa racionalidade instrumental, com o que se torna razoável afirmar que uma teoria da argumentação jurídica pode ser válida somente naquilo que ela pode servir de auxílio na justificação/explicação do nível da racionalidade compreensiva (estruturante do sentido, o “como” hermenêutico) que desde sempre já operou no processo interpretativo”. *In: Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, p. 133, jan/jun., 2008, p. 142.

<sup>657</sup> STEIN, Ernildo: “Em algum momento é preciso parar de esgrimir argumentos entre si e voltar-se cada um para o *standard* de racionalidade que está por trás do discurso lógico-argumentativo”. *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III, p. 139.

<sup>658</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Toda linguagem humana é perpassada por uma dimensão de profundidade anterior à instância proposicional, fonte mesma de toda fala. Nesse sentido, pode-se dizer que nossa linguagem é sempre marcada por uma tensão estrutural, pois nela acontece a diferença ontológica: em nível proposicional falamos dos entes, mas enquanto falamos dos entes, apontamos para o ser que é a condição de possibilidade do nosso falar sobre os entes. Por isso, a dimensão radical da linguagem é o dizer do ser. A linguagem, contudo, não produz o ser nem o domina, seu papel é mediar sua manifestação. O ser-homem é, assim, inseparável da linguagem, pois, na medida em que vela pela revelação do ser, ele abre um espaço para emergência de uma vida marcada pelo sentido. Assim, fica aberto para a verdade de tudo: falar é desvelar o mundo, tornar possível a emergência do sentido essencial e constitutivo de tudo. É só a partir da linguagem que o homem tem propriamente o mundo, onde todas as coisas podem encontrar seu lugar”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 222.

verdadeiro aperfeiçoamento, e não apenas criando teorias para responder dilemas que levam a outros, sem conexão com a realidade, como sói acontecer na racionalidade vazia da analítica hermética.<sup>659</sup>

O discurso iluminista/positivista ainda é forte no Direito brasileiro, dominando grande parte das faculdades, com o que os juristas, geralmente inconscientemente, acabam assumindo toda essa ideologia. Aqueles que assim são formados, de regra, não lhes tem aberta a oportunidade de alcançar um pensamento crítico, situação que acaba favorecendo a manutenção do *status quo* positivista. Os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos permitem a visão crítica perseguida na tese. A partir do referido despertar, caberá ao jurista, então, a difícil tarefa de se desprender das teorias vazias buscando aferir a legitimidade do discurso jurídico. O jurista, em seu trabalho crítico, deverá permitir que o texto jurídico realmente lhe diga algo, sem antecipação de sentido pré-estabelecido por outrem (doutrina/jurisprudência positivista) e, então, deverá examinar o discurso jurídico construído de modo a tornar perceptível a sua fonte, o paradigma no qual está inserido, e se está adequado, especialmente, em relação às proposições hermenêutica filosóficas<sup>660</sup>.

O papel colaborativo sugerido e a crítica ao positivismo pressupõem a transcendência da hermenêutica filosófica, que por sua vez exige daquele que irá cumprir o referido papel um conhecimento vai além do hermenêutico para adentrar no analítico. A crítica importa em capacidade de leitura de ambos os discursos, com o que é criada a possibilidade de mediação do filosófico e do científico<sup>661</sup>. Portanto, o objetivo da utilização do vetor hermenêutico-filosófico no Processo Civil, a mediação entre ambos, exige o desenvolvimento e aprofundamento da temática enfrentada em ambos os níveis. A proposta do caminhar juntos implica em reciprocidade de contribuição, ou seja, tanto a formulação do vetor de racionalidade pode ser

---

<sup>659</sup> KAUFMANN, Arthur: "No se trata de acusar a la teoria analítica del derecho (esto sería altamente irrazonable); solo se exige que esta se haga consciente de su carácter unilateral y adquiera de ahí la comprensión de que debe comunicarse com otras tendencias especialmente la hermenêutica. La hermenêutica requiere la analítica, pues sin esta, sería ciega. Pero de otra parte, necesita también la analítica de la hermenêutica, pues sin esta, aquella sería vacía. Yo abogo por um pluralismo em ciência y filosofia". *In: Filosofia del derecho en la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A., 1998, p. 17.

<sup>660</sup> GADAMER, Hans-Georg: "[...] faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validez". *In: Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1., p. 403.

<sup>661</sup> STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III., p. 127.

rechaçado, aperfeiçoado, modificado ou legitimado em face do conhecimento científico, quanto o conhecimento científico pode ser objetado, alterado, melhorado ou validado em face da hermenêutica filosófica, bem como pode ocorrer a interação recíproca em ambas<sup>662</sup>. Contudo, as construções jurídicas e filosóficas são temporalmente distintas. As primeiras são transitórias, tem um esgotamento mais célere, enquanto que as segundas são propensas à perenidade. Em assim sendo é mais comum a objeção, modificação e a legitimação jurídica em face da hermenêutica-filosófica do que o contrário, como também é mais frequente a utilização do mesmo critério de racionalidade hermenêutico-filosófico em uma ou mais produções jurídicas. Tudo isso sem prejuízo de ocorrências de extinção, alteração e criação do discurso jurídico ou filosófico com base em elementos próprios, bem como de uma influência inversa, com menor frequência, do jurídico no filosófico. Tarefas que não dispensam uma racionalização contextual dos discursos em análise, pressupondo a mediação (conhecimento dos planos envolvidos), pois não há como simplesmente realizar a transposição da fala para originar, criticar ou salvar modelos teóricos. Do filtro dos elementos em exame poderá ser obtida uma nova reflexão útil ao lugar da discussão<sup>663</sup>.

Conhecida, mas não aceita, é a visão que tem o Direito e a Filosofia como campos autônomos incomunicáveis. A autonomia é bem-vinda na tese, porém a incomunicabilidade não. A troca é permitida e contribui para o aperfeiçoamento. Tanto que o aprisionamento ao paradigma filosófico anterior produziu um Direito ora metafisicamente objetivista, ora subjetivista<sup>664</sup>, sem, contudo, deixar de lembrar sempre que estão em planos distintos, que a hermenêutica filosófica é condição de possibilidade. É permitida, assim, a Filosofia no Direito, e não mais a Filosofia do

---

<sup>662</sup> STEIN, Ernildo: "... temos que nos perguntar se aquele filósofo teria apresentado o seu standard de racionalidade do modo como formulou com sua posição, se tivesse tido contato mais íntimo com o conhecimento científico. Depois, essa pergunta deve ser complementada pela sua inversão: os conhecimentos científicos que se desenvolveram em determinado campo discursivo teriam sido mais amplos e não tão fragmentários caso os cientistas tivessem algum conhecimento dos principais aspectos desenvolvidos num paradigma filosófico determinado?" *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III., p. 127-128.

<sup>663</sup> STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III., p.138.

<sup>664</sup> STRECK, Lenio Luiz: "A pergunta que se faz aos críticos da "utilização" de Heidegger (1993) e Gadamer (1990) no Direito – que vêm principalmente do campo filosófico – é: por que o Direito estaria "blindado" às influências dessa revolução paradigmática? Aliás, talvez por assim se pensar é que o Direito continua, até hoje, refém, de um lado, do objetivismo (metafísica clássica) e, de outro, do solipsismo próprio da filosofia da consciência (metafísica moderna)". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

Direito, ou a hermenêutica anterior ao Direito, e não como instrumento<sup>665</sup>. Não é a Filosofia ramo, não é a interpretação instrumento, o compreender Direito é hermenêutico-filosófico, há vetores de racionalidade do plano antecedente que, como objetivado na tese, aperfeiçoam o jurídico, ou nas palavras de Streck, são capazes de fazer “sangrar conceitos plenipotenciários do Direito”<sup>666</sup>. Assim sendo, de modo geral é permitido abandonar a concepção tradicional de um Direito e uma Constituição unidimensionais, pautadas nas construções jurídicas de causalidade rigorosamente técnica, que se esgotam em textos legais e/ou institutos jurídicos, para admitir um sentimento constitucional, um Direito e Constituição vividos e sentidos<sup>667</sup>, e de forma específica é possível afastar a indesejada abertura solipsística presente na reversibilidade prevista no texto legal do Código de Processo Civil.

Na tese desenvolvida há enunciados filosóficos retificadores de elementos do Processo Civil. Na esteira do que se disse, é admitida a capacidade transcendental/especulativa do vetor racional hermenêutico-filosófico, ainda que os níveis de discurso e as linguagens sejam diversas. A mediação necessária engloba o

---

<sup>665</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Penso, assim, que os críticos (refiro-me especialmente àqueles advindos da Filosofia e da Sociologia) que olham de soslaio o crescimento do uso da ontologia fundamental no Direito deveriam observar melhor esse fenômeno e, quem sabe, implementar pesquisas nessa área, assim como os juristas fazem cada vez mais pesquisas na área da Filosofia (não para transformar a Filosofia em um discurso otimizador do Direito, mas como condição de possibilidade; por isso destaco a expressão que cunhei “Filosofia no Direito” e não “do Direito”). Na expressão “Filosofia no Direito”, o “no” quer dizer o espaço da introdução do “mundo” no Direito. O “no” é “ser em”. É condição de possibilidade. Como se sabe, é no conceito de mundo que está a superação dos dualismos metafísicos”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>666</sup> STRECK, Lenio Luiz: “É por ele que entra o “modo-de-ser-no-mundo”. É por ele que os “conceitos plenipotenciários” do Direito sangram. Em outras palavras: penso que o Direito é um fenômeno bem mais complexo do que se pensa...! Ele não é uma mera racionalidade instrumental, como sempre quiseram as posturas positivistas e seus sucedâneos. Isso implica reconhecer que fazer Filosofia no Direito não é apenas pensar em levar para esse campo a analítica da linguagem ou que os grandes problemas deste estejam na mera interpretação dos textos jurídicos. Isso seria subestimar tanto essa ciência quanto a capacidade reflexiva dos juristas preocupados com um Direito que, fundamentalmente, possui um sentido prático-normativo”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>667</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Devemos nos prevenir contra uma arrogância emocional que sofre, acima de tudo, de uma visão unidimensional, como a visão excessivamente racionalizada, não menos unilateral. Parece imprudente – e é inexato – centrar em uma única e grande causa a explicação satisfatória de todas as manifestações jurídicas. Assim, nem a norma nem a instituição esgotam, por si sós, a juridicidade (Romano), ao mesmo tempo em que a decisão soberana schmittiana desdenha as facetas estimativas etc. Na mesma ordem de coisas, o sentimento constitucional não pode nem tenta – sob pena de incorrer em um inconsistente irracionalismo jurídico – resolver os complexos problemas constitucionais. Só explica – em parte – e manifesta a adesão a um ordenamento fundamental”. *In: O Sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 7-8.

reconhecimento de que a hermenêutica-filosófica é antecedente necessário do Direito e do Processo e de que há linguagens distintas e próprias de cada uma. A linguagem científica não é a mesma da linguagem filosófica, e nenhuma delas é coincidente também com a linguagem natural, muito pelo contrário: a formação da linguagem filosófica e jurídica está amparada em premissas de racionalidade que levam a distinções da linguagem natural, geradora de uma impenetrabilidade do discurso para o neófito. Corolário disso, o reconhecimento do desenvolvimento racional da formulação enunciativa é indispensável para o estabelecimento do sentido da distinção de linguagem elaborada pelo filósofo e pelo jurista, sendo autorizativo da concretização da tarefa empreendida de mediação dos campos de conhecimento humano autônomos. Não é possível, assim, de imediato, transportar o enunciado filosófico, sob pena de resultados equivocados e/ou incompreensíveis, que em nada contribuiriam para o aperfeiçoamento do Direito e do Processo, motivo pelo qual é buscado um desenvolvimento gradativo e contextual dos discursos exigidos para a tese, agregando conhecimento dos mundos distintos, de modo a ultrapassar a impenetrabilidade inicial e explicitar a crítica<sup>668</sup>.

Por outro lado, a mediação referida não implica em dependência. Não é defendida a ausência de autonomia do Direito em face da hermenêutica filosófica. O Direito não pertence à hermenêutica filosófica, da mesma forma que a hermenêutica não pertence ao Direito. Nenhuma das duas pode evocar o objetivo de desvendamento de todos os saberes humanos. Inafastável para o intérprete, desde sempre a hermenêutica, a experiência ontológica, que já se constitui quando da experiência científica. Incindíveis são a experiência ontológica e científica, tendo, como dito, a primeira como condição de possibilidade da segunda, reveladora dos seus planos distintos<sup>669</sup>. Assim sendo, em cada uma há o estabelecimento de critérios

---

<sup>668</sup> STEIN, Ernildo: "Livros como A fenomenologia do espírito, A doutrina da ciência, Ser e tempo, o visível e o invisível, processo e realidade, operam como totalidades justamente por causa do caráter especulativo ou transcendental de seus enunciados. Se os fôssemos submeter a critérios de semântica de uma linguagem natural, essas obras seriam absolutamente impenetráveis. Quando entramos no universo de enunciados de obras filosóficas levamos conosco aquilo que é parte de seu mundo e que será explicitado na medida em que os compreendemos". *In: Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III., p.149.

<sup>669</sup> STEIN, Ernildo: "O pensar filosófico não concorre com o conhecimento dos objetos na ciência. O que efetivamente se dá, quando pomos em movimento nosso olhar para aquilo que antes chamamos de experiência especulativa, o que descobrimos é que, desde sempre, realizamos uma experiência ontológica que envolve, num processo compreensivo, qualquer experiência ôntica. Podemos, dessa maneira, afirmar que a diferença ontológica já se constitui, desde que pensamos no âmbito em que pensamos as pessoas, os eventos, a natureza e nós mesmos, do ponto de vista da experiência científica. Não é necessário que primeiro separemos as duas experiências, pois elas se dão

intrínsecos de comprovação e refutação de seus enunciados<sup>670</sup>, porém com a capacidade de diálogo exposta, com o que há o reforço do discurso jurídico, em face da libertação dos paradigmas filosóficos ultrapassados<sup>671</sup>.

---

enquanto nos compreendemos em nosso ser, basicamente de modo pré-compreensivo, isto é, como experiência especulativa. Nesse âmbito, que é o campo das condições de possibilidade da experiência, temos o conhecimento dos objetos das ciências empíricas". *In: Pensar é pensar a Diferença. Filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Unijuí, 2002, p. 102.

<sup>670</sup> Op. Cit. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**, p. 139.

<sup>671</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, nº 52, p. 133, jan/jun, 2008.

### 3.2 Direito natural e positivismo – a ostensiva ultrapassagem do objetivismo legalista

É extremamente dificultoso traçar um paralelo entre o Positivismo Jurídico e o Direito Natural, exatamente porque a origem do positivismo pode remontar à antiguidade grega<sup>672</sup>, desde Archelau e Aristippo<sup>673</sup>, umbilicalmente vinculado à moral, como em Platão<sup>674</sup>, que curiosamente sempre defendeu o governo dos filósofos, crendo conseqüentemente na subjetividade para a condução política ideal de uma sociedade, mostrando hostilidade em relação à lei no seu diálogo *O Estadista*, mas que parece ter cedido um pouco ao ditame legal, em sua última obra, *As Leis*<sup>675</sup>. É

---

<sup>672</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel reconhece a origem grega: “El derecho natural es hijo del espíritu griego, que le dio para siempre sus rastros esenciales. La forma del derecho natural en el cual pensamos ante todo, es decir el derecho natural idealista, es el producto de las ideas platónicas y de la teoría aristotélica de la entelequia. En el pensamiento helénico toma el derecho su universalidad, que perdura hasta nuestras reflexiones actuales”. In: **Manual de filosofia del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 38.

<sup>673</sup> SOUSA, J. P. Galvão. **O positivismo jurídico e o Direito Natural**. Imprimatur Mons. Ernesto de Paula. Vig. Geral. São Paulo. 1940, p. 33.

<sup>674</sup> VILLEY, Michel: “A virtude de justiça (é virtude o tipo de atividade habitual que inclina para o bem, ao qual é “natural que tendam nossas condutas) é sempre uma atividade a serviço da ordem; pois a ordem parece constituir para os gregos um valor supremo, que coincide com o belo, com a harmonia. Costumam chamar de “justo”, num primeiro sentido, o homem que tende a ficar em concordância com a ordem cósmica universal; o homem justo ocupa, no seio do mundo, o lugar próprio que lhe cabe e, no teatro da vida, desempenha bem seu papel. Na República de Platão, o escravo justo é quem se limita a fazer bem seu trabalho de escravo e não se imiscui no governo; justo, o guerreiro corajoso e forte que cumpre sua função de militar; ou o governante que governa etc. Que a ordem em tudo seja realizável, tal se revela a finalidade da justiça “geral”, “total”, acabada (teleia); noutros termos, é possível identificá-la à observação da lei moral inteira. Daí seu outro nome, “justiça legal”. É citado em Platão o verso de um poeta grego que diz que a justiça assim entendida ‘é a soma de todas as virtudes’”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 38-39.

<sup>675</sup> BODENHEIMER, Edgar: “As razões da atitude hostil de PLATÃO em relação à lei vêm expostas no seu diálogo *O Estadista*. “A lei”, sustenta êle nesse diálogo, “não pode nunca envolver uma injunção de ordem geral que na realidade traduza o que seja mais conveniente para cada um particular; ela não pode determinar com absoluta exatidão o que seja bom e direito para cada membro da comunidade, a um só tempo, seja qual fôr. As diferenças da personalidade humana, a variedade das atividades aque se entregam as pessoas e a inexorável instabilidade de todos os negócios humanos tornam impossível, seja como fôr, ditar regras gerais que se mostrem boas para tôdas as questões em todos os tempos. Princípios de direito segundo êle, são abstrações e simplificações levadas a extremo; mas princípios assim tão simples não podem jamais ser aplicados a um estado de coisas que é o inverso da própria simplicidade. Daí, conclui: “melhor que tudo não é a plena autoridade das leis, mas a autoridade absoluta de um homem que conheça a arte de reinar e tenha sabedoria”. No último decênio de sua vida, entretanto – talvez sob o impacto dos efeitos negativos de uma tentativa de estabelecimento da comunidade ideal platônica na cidade de Siracusa, na Sicília – PLATÃO opôs ao quadro do Estado governado pelo livre e desembaraçado domínio da inteligência individual um outro tipo de Estado, em que a discricção dos governantes era limitada pela lei. Embora continuasse apresentando o “Estado sem lei” como sendo o superior e mais perfeito tipo de govêrno, êle admitia que a sua eficácia, na prática, requeria homens da mais alta sabedoria e infalibilidade de julgamento. Como tais homens só muito raramente podem ser encontrados, propunha então, como a melhor alternativa para o govêrno dos homens, o “Estado legal”. O esboço

igualmente imprescindível citar Aristóteles, que foi discípulo de Platão, que porém temperou seus ensinamentos às imperfeições do homem e realidade social<sup>676</sup>. Aristóteles com sua agudeza empirista enxergou a falibilidade e natureza humana como impeditivas da concretização da tese platônica do governo dos filósofos, defendendo que o agir do homem, inclusive do governante, deve ser pautado pelo direito e pela justiça<sup>677</sup>. Não poderia, assim, deixar de advogar uma ordem jurídica, no sentido de um direito posto a ser seguido, onde a justiça é guiada pela isonomia<sup>678</sup>, vinculadas a métodos como o da dialética, de origem socrática, na solução dos casos para alcançar geometricamente o meio certo<sup>679</sup>, sem desprezar que na falibilidade da

---

dêsse Estado é traçado com pormenores na última obra de PLATÃO, *As Leis*. Já não se permite às autoridades a liberdade de distribuir Justiça sem códigos e mandamentos legais escritos; incumbê-lhes tornarem-se servas da lei, obrigadas a pautarem as suas ordens pelas normas gerais ditadas para regualr a conduta dos cidadãos, sem qualquer consideração às pessoas”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 22-23.

<sup>676</sup> BODENHEIMER, Edgar: “ARISTÓTELES (384-322 A.C.) recebeu sua educação filosófica na Academia de PLATÃO, em Atenas, e sofreu acentuada influência das idéias de seu mestre. Não obstante, afasta-se delas sob muitos aspectos, na sua filosofia, e tempera o idealismo e o racionalismo de PLATÃO, dando, mais que o seu mestre, preponderância às condições atuais da realidade social e às imperfeições do homem e das suas instituições”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 23-24.

<sup>677</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O realismo de ARISTÓTELES permitiu-lhe ver que um Estado organizado nos moldes da república ideal de PLATÃO soçobriria necessariamente nos escolhos da natureza humana tal como se revela no comum das pessoas. Como o próprio PLATÃO chegou a ver, após as amargas experiências da aventura siciliana, “nenhum ser humano... é capaz de exercer um contrôlo irresponsável sôbre tôdas as ações humanas, sem se encher de orgulho e injustiça”. Evitando a maneira platônica de fazer esboços de um Estado “perfeito”, ou “quase-perfeito”, ARISTÓTELES concebeu uma forma de Estado baseado no direito como sendo o único modo prático de conseguir uma “existência satisfatória”, para êle o principal objetivo da organização política. Por isso exclamou: ‘Quando perfeito, o homem é o melhor de todos os animais, porém afastado do direito e da justiça é o pior de todos’”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 24.

<sup>678</sup> VILLEY, Michel: “A segunda espécie de justiça analisada por Aristóteles tem como finalidade que ninguém tome “mais” ou receba “menos” que sua parte dos “bens exteriores” partilhados num grupo. Ora, esse objetivo não pode ser atingido sem que de início seja *mensurada*, determinada a proporção entre os bens ou obrigações de uns e de outros. Posso dizer, tratando do objeto da justiça *particular*, que com ele lidamos com algo *finito*, que cumpre nomear “Direito”. Eis-nos lançados no terreno da *arte jurídica*. Para essa mensuração, indispensável aos particulares, de suas respectivas partes, escreve Aristóteles, eles se dirigem ao juiz: *Dikastés*”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

<sup>679</sup> VILLEY, Michel: “Nada mais natural, então, que a arte jurídica use um método dialético, que procede por confronto de exemplos e de opiniões contraditórias, porque cada opinião reflete algum aspecto da realidade. Impõe-se em todo processo primeiro ouvir os pleitos dos dois adversários e então confrontar as teses opostas dos juriconsultos, uma das quais quer que seja atribuído demais e a outra não o bastante. Para Aristóteles, que incrementa sua demonstração de figuras geométricas a fim de atingir o meio certo, cumpre ao jurista acrescentar aqui e cortar ali. Partindo dos extremos, procurar o meio. Será a partir e através dos desvios em sentidos diversos uns dos outros que se encontrará a via reta”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 51.

lei, na particularidade, deve ser utilizada a equidade como meio de evitar a injustiça<sup>680</sup>. O que permite concluir pela abertura do Direito, inclusive admitindo o “Direito natural”, na sua “Política”<sup>681</sup>, com o metafísico de justiça, de “justiça total”, do justo por natureza<sup>682,683</sup>, revelando a possibilidade de colisão entre o Direito natural e o Direito convencional, mas sem expressar quais os critérios para dirimir o conflito entre direito formal e natural<sup>684</sup>. Não afastando conclusões no sentido da prevalência da justiça em face da lei, como pode ter acontecido com São Tomás de Aquino, não passando ao largo a reconhecida influência expressiva imprimida no religioso, que por sua vez é tido como o maior de todos os escolásticos, estendendo sua influência por todo o período medieval, impactando inclusive na Modernidade<sup>685</sup>, e que pode ser ilustrado

<sup>680</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Mas ARISTÓTELES não ignorava que, na aplicação de um sistema de leis, podem surgir situações em que a universalidade e a rigidez das normas legais redundem em gravame num caso individual. Propõe ele então que se evitem tais gravames por meio da equidade (epieikeia). Consoante a sua definição, a equidade é “uma retificação da lei quando deficiente em virtude da sua generalidade”. A lei leva em consideração a maioria dos casos, a situação média e típica, porém não pode descer a particularidades; ela é com frequência incapaz de fazer justiça num caso único. Em surgindo esse caso, o juiz deve afastar-se da letra da lei e decidir o caso como o próprio legislador teria presumivelmente disposto se houvesse previsto a possibilidade da sua ocorrência”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 25.

<sup>681</sup> VILLEY, Michel: “Eis o que pode guiar nossa escolha através da obra de Aristóteles. Decerto ele falou do direito em lugares diversos; na Retórica, que comporta o estudo dos discursos do gênero judiciário. Sua Política é uma espécie de tratado de direito, se conferimos a essa palavra seu sentido mais lato; nela encontraremos exemplos, muito esclarecedores, de aplicação do método do “direito natural”. Nas obras de *Metafísica*, ou mesmo na *Física*, cumpriria buscar os princípios. Contentar-nos-emos com o livro V das *Éticas nicomaquias*, texto que representou durante muito tempo um papel primordial na educação dos juristas. Ali Aristóteles trata da justiça. Prosseguindo a análise das finalidades e das obras da justiça (*dikaíosyne*), ele se vê levado a elucidar o conceito de direito (*tò díkaion*). *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35-36.

<sup>682</sup> VILLEY, Michel: “A “justiça total” de Aristóteles pode ser aproximada da “justiça” bíblica. “Não se encontram dois justos em Sodoma”. Deus faz Noé escapar do dilúvio porque Noé foi considerado “justo” - o servidor sofredor de Isaías é declarado “justo”. Entretanto, a moral judaico-cristã é de um teor muito diferente, menos centrada na ordem do que no amor”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

<sup>683</sup> SOUSA, J. P. Galvão. *O Positivismo Jurídico e o Direito Natural*. Imprimatur Mons. Ernesto de Paula. Vig. Geral. São Paulo. 1940. p. 11.

<sup>684</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A questão pertinente às conseqüências jurídicas da colisão entre uma norma de direito natural e outra de direito positivo não foi solucionada por ARISTÓTELES. Ele admite claramente a possibilidade de existir uma lei “injusta”, dando como exemplo aquela pela qual uma maioria determinasse a divisão entre os seus componentes dos bens de uma minoria. E mostra também que outros atos de opressão, quer praticados pelo povo, quer pelo tirano ou pelos ricos, são “vis e injustos”. ARISTÓTELES ensinou ainda que, como já se disse, leis corretamente constituídas (e não leis só por si) é que devem representar o máximo de soberania. Mas ele não nos diz se as leis imperfeitas devem, sejam quais forem as circunstâncias, ser aplicadas pelo judiciário e respeitadas pelo povo”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 26/27.

<sup>685</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A teologia e a filosofia do catolicismo medieval atingiram a sua culminância no monumental sistema tomista. SÃO TOMÁS DE AQUINO (1226-1274) foi o maior de todos os filósofos escolásticos da idade Média, e seus ensinamentos podem ainda ser considerados uma

a respeito dessa influência de Direito e justiça de Aristóteles, a admissão, como pressuposto de sua concepção de Direito, do terceiro interessado a distribuir a justiça<sup>686</sup>, permitindo antever a crença maior no subjetivismo do juiz do que na objetividade da lei.

No mesmo sentido, reforçando o subjetivismo jurídico, encontra-se no árbitro/juiz o ponto nevrálgico para a solução das divergências, na linha de certos sofistas que defendiam a lei natural do forte oprimir o fraco, oposta ao ensinamento anterior de Hesíodo<sup>687</sup>. Os sofistas Antifo e Cálicles são contrários ao desenvolvimento do princípio ordenador e postulam o Direito natural agregado ao Direito do forte<sup>688</sup>, antes mesmo de Aristóteles, ressaltando desde então presente, em

---

autorizada expressão das convicções teológicas, filosóficas e éticas do catolicismo romano. Seu sistema representou uma engenhosa síntese dos dogmas cristãos das Escrituras e da filosofia aristotélica. A influência de ARISTÓTELES revela-se particularmente nas concepções de AQUINO em matéria de direito e justiça, mas é por ele adaptada às doutrinas do Evangelho e integrada num imponente sistema filosófico". In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 37/38.

<sup>686</sup>VILLEY, Michel: "Qual é, de fato, o ofício do juiz? Ele tem diante de si dois pleiteantes que disputam um pedaço de terra, uma parte de herança, a guarda de uma criança em caso de divórcio, o montante preciso de um crédito, de uma obrigação, uma honra, um encargo público. Em vez de esvaziar pela violência sua divergência, recorrem á justiça, ou seja, ao juiz. E o juiz os dispensará depois de ter, em sua sentença, determinado a parte de cada um. Em seu Comentário do texto de Aristóteles, Tomás de Aquino observará que a justiça particular é mormente a virtude do juiz e dos juristas seus auxiliares, entre os quais, quando as leis têm o objetivo de guiar o trabalho do juiz, cumprirá incluir os legisladores. Dos particulares só é requerido, para serem "justos", "executar" as determinações do direito, cujos autores são os juristas". In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42/43.

<sup>687</sup>BODENHEIMER, Edgar: "As concepções jurídicas do período arcaico dos gregos chegaram até nós através das obras épicas de Homero e da poesia de Hesíodo. Naquele tempo se considerava a lei emanada dos deuses, sendo transmitida à humanidade por uma revelação da vontade divina. Hesíodo observou que os animais selvagens, os peixes e as aves se entredoravam porque desconhecem a lei; mas ZEUS, o senhor dos deuses olímpicos, concedeu a lei à humanidade como a sua maior dádiva. HESÍODO contrastava assim o *nomos* (princípio ordenador) da natureza irracional com o do mundo racional (ou, pelo menos, potencialmente racional) dos seres humanos. Estranho a esse pensamento foi o cepticismo de certos sofistas de uma época posterior, que procuravam extrair um direito de os fortes oprimirem os fracos do fato de na natureza os peixes grandes devorarem os pequenos. Para HESÍODO a lei era um mandamento de paz, fundado na justiça, compelindo os homens a absterem-se de violência e a submeterem as suas divergências a um árbitro". In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 17-18.

<sup>688</sup>BODENHEIMER, Edgar: "Nítida distinção entre a natureza (*physis*) e a lei (*nomos*) foi estabelecida pelo sofista ANTIFO. As determinações do *physis* são necessárias e inafastáveis, ensinava êle, porém as do *nomos* derivam do arbítrio humano e não passam de disposições artificiais e fortuitas, modificáveis com o tempo, as pessoas e as circunstâncias. Segundo êle, ninguém pode violar as leis da natureza com impunidade; mas quem viola a lei do Estado não sofre qualquer castigo ou desonra, se não fôr descoberta a transgressão. Implícita neste argumento está a presunção de que as convenções humanas na realidade nada mais são que grilhões da "lei" natural. Partindo de semelhantes premissas, o sofista CÁLICLES proclamou o "direito do forte" como um postulado básico de direito "natural", em contraposição ao direito "convencional". Na vida animal como na humana, argumenta êsse filósofo, a natureza repousa na inata superioridade do forte sôbre o fraco; por outro lado, as determinações legais humanas são ditadas pelos fracos e pelo maior número, porque os fracos são sempre a maioria. As leis procuram tornar os homens iguais, ao passo que

qualquer cenário de legalismo produzido ou teorizado, o subjetivismo judicial<sup>689</sup>, às quais foram contrapostas as teses organizativas gregas de Sócrates e Platão e do Direito natural<sup>690</sup>. Não muito diferentemente em Roma a própria expressão designativa de Direito (*Jus*) está vinculada à autoridade, e não à equidade<sup>691</sup>, retomando a temática da força, do poder, com a lei e a justiça. Nisso tudo é inescapável o tema do subjetivismo sempre presente no positivismo, em movimentos, ora mais favoráveis e ora contrários, perpassando toda a Modernidade<sup>692</sup> alcançando a Contemporaneidade. Contudo, não deixa de ser criticado na tese, em face da predação do Direito pela moral, prejudicando a tão cara autonomia do Direito. Não menos relevante foi a contribuição da escola estóica na concepção do Direito natural vinculado ao princípio da igualdade, influenciadora do Império Romano<sup>693</sup>, conclusão

---

pela sua natureza eles são fundamentalmente desiguais. Portanto, o homem forte age apenas de acordo com o *physis*, se desdenha as convenções do grupo e se desvencilha das restrições artificiais da lei". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 19/20.

<sup>689</sup>VILLEY, Michel: "O direito (*tò díkaion*) será, portanto, "o objeto da justiça" - escreve Santo Tomás, excelente intérprete do texto de Aristóteles -, a finalidade perseguida; é, dizíamos nós, a ordem, a harmonia, à qual tende a atividade do homem 'justo'". *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

<sup>690</sup>GONZAGA, Tomás Antônio: "É sim bem certo que a natureza ensina que ao douto se sujeite o indouto, e que o fraco se valha do amparo do forte, para haverem de livrarem-se das infracções das leis e das violências dos maus. O praticarem assim os homens dotados de razão e uma cousa tão natural que até a mesma Natureza a ensina aos próprios animais. Sim, nós vemos que à vista do lobo se vale o fraco cachorrinho do amparo do senhor, mas daqui não se segue que o douto e valente tenham jus para poderem dominar aos outros, mas só sim um direito imperfeito para deverem ser preferidos aos outros na eleição do govêrno. Os verdadeiros princípios pois porque alguém pode exigir a obediência do mais são a dependência em razão da essência, qual é a que tem do seu criador o ente criado, e entre iguais o pacto e a voluntária sujeição daqueles de quem a obediência se pretende". *In: Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos*. Rio de Janeiro: Edição crítica de M. Rodrigues Lapa, 1957, p. 134.

<sup>691</sup>CRUET, Juan: "Como se chamava o direito em Roma? Jus, que significa não equidade, mas autoridade. A ideia de força era tão pouco estranha á ideia de direito que o velho processo romano era a imagem fictícia d'um combate, e a conquista parecia o fundamento mais legítimo e mais seguro da propriedade. Das suas rudes origens, ficou sempre ao <direito> segundo a concepção romana, o caracter unilateral e absoluto d'um poder exercendo-se sobre as pessoas como sobre as coisas, sem limites, nem contrapeso: o abuso do direito não era ilícito, como tende a tornar-se nas sociedades modernas, era o direito mesmo na sua mais alta expressão(...)". *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 200.

<sup>692</sup>REALE, Miguel: "O Direito Natural tem sido uma constante histórica, no sentido de que, apesar de todas as profundas objeções que lhe foram e são feitas, permanece sempre como um problema inarredável dos domínios da cognição jurídica. Mesmo nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista tomado este termo na sua acepção ampla, sem reduzi-lo ao racionalismo abstrato pré-kantiano), não se poderá afirmar que, mesmo então, a idéia de Direito Natural tenha deixado de ser um problema para se converter apenas em uma indagação ilusória, devida à persistência inadmissível de um equívoco". *In: Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 1.

<sup>693</sup>BODENHEIMER, Edgar: "Um elemento importante na concepção do direito natural foi o princípio da igualdade. Os filósofos estóicos estavam convencidos de que os homens são essencialmente iguais,

de influência resultante do vínculo de importantes líderes políticos e jurídicos com as concepções estoicas, tornando possível a percepção do incremento de fatores isonômicos na sociedade romana, bem como em face da observação de sua tendência cosmopolita<sup>694</sup>. No direito romano, aliás, em que pese tido como berço do legalismo, defendido como tal pelo menos em um período de tempo<sup>695</sup>, também é

---

e que as discriminações entre êles, por conta do sexo, classe, raça ou nacionalidade, eram injustas e contrárias à lei da natureza: Essa idéia estoica da igualdade humana ganhou algum terreno na filosofia política e na jurisprudência do Império Romano. Como se compreende, a influência da filosofia estoica foi apenas um elemento entre outros que geraram a tendência para uma igualdade social ainda um pouco maior, notável no período posterior a AUGUSTO. Mas tendo-se em vista que alguns dos grandes imperadores daquele período, ANTONINO PIO E MARCO AURÉLIO entre êles e certos juristas, como PAPINIANO E PAULO, estavam sob o domínio das idéias estoicas, não se deve subestimar a casual correlação entre essa filosofia e o desenvolvimento das idéias humanitárias e de igualdade do Império Romano. Várias tentativas foram feitas para adaptar o direito positivo aos postulados de um direito natural estoico, embora o alcance de tais tentativas se limitasse a determinadas medidas específicas e não afetasse o corpo do direito romano no seu todo ou as suas principais instituições. Porém as da escravidão e da família, particularmente, sofreram a influência da divulgação da nova doutrina". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 31.

<sup>694</sup> BODENHEIMER, Edgar: "De modo algum se negará que em tudo isso foi preponderante a influência das concepções estoicas do direito natural. Toda evolução histórica é determinada por um grande número de fatores concorrentes e interdependentes, e quase sempre é muito difícil medir exatamente a influência de um determinado fator. Tudo o que se pode dizer é que muitos dos líderes da vida política e jurídica em Roma, no fim da república e no período imperial, estavam sob a influência da filosofia estoica, sendo assim muito provável que essa filosofia humanitária tenha desempenhado algum papel nas reformas sociais e legislativas que se efetuaram nesse período da história romana. Entre as razões sociológicas que talvez expliquem por que a filosofia estoica encontrou tão fértil solo em Roma deve incluir-se a tendência para um império universal, bastante acentuada na última fase da antiguidade, e de que resultou a criação do Imperium Romanum. O conceito estoico de um estado-universal, com uma cidadania e um direito comum a todos, fundado na razão natural, adquiriu um sentido bem real e nada utópico, naquelas circunstâncias históricas. Estendidos os direitos de cidadania à maioria dos súditos das províncias romanas, no ano 22 da nossa era, a idéia de uma comunidade da humanidade civilizada (civitas maxima), em contraposição ao paroquialismo das pequenas cidades-estados dos primeiros períodos, esteve bem próxima da realidade. Não admira, pois, que, sendo assim, as concepções filosóficas dos estoicos, reforçadas com o advento e a propagação das idéias cristãs, tenham produzido um impacto significativo na evolução política e jurídica do Império Romano". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 34.

<sup>695</sup> CRUET, Juan: "Houve, porém, em Roma, uma época em que o Estado se esforçou por exgotar definitivamente todas as fontes espontaneas do direito, a fim de assegurar no futuro a permanência de uma legislação considerada como perfeita e que já não podia ser modificada senão pela vontade livre e arbitrária do próprio legislador. As cláusulas de anno para anno elaboradas pelo pretor, foram condensadas em um texto único e perpetuo; limitou-se a influência moral e científica dos jurisconsultos, submetendo a prática judicial à autoridade absoluta de interpretes especialmente admitidos, ao respeito formal dos comentários só oficialmente reconhecidos. Numa palavra, a vontade soberana do Imperador deveria ser única fonte do direito". *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 38.

indissociável o vínculo de direito e de justiça<sup>696</sup>, como em Ulpiano e Celso<sup>697</sup>, vinculado ao subjetivismo, à vontade do julgador, ao direito jurisprudencial<sup>698</sup>, ainda que tenha havido uma conformação posterior mais própria com a função exclusivamente declarativa do juiz, mais aproximada com a concepção legalista<sup>699</sup>. Merece menção o entendimento de Gaio que na classificação de *jus gentium* e *jus civile* equiparava o primeiro ao direito natural<sup>700</sup>. Igualmente importante é a menção à atividade do pretor

<sup>696</sup>VILLEY, Michel: “Afinal de contas, a linguagem romana distinguirá o direito (*jus*) e o justo (*o id quod justum est*). O latim dispõe de dois termos, quando o grego só tinha um (*tò dikaion*). O justo é a finalidade perseguida; o direito, o que se conseguiu descobrir e formular positivamente dele. Para Aristóteles, já era a vocação de *Dikaion* ser determinado com maior ou menor imperfeição (supra, pp. 51-2). Cumpriria concluir disso que em Roma o direito tenha assumido forma de *leis*? Que os jurisconsultos romanos já estivessem conquistados pelo *positivismo jurídico*? Não gostaria de subestimar o papel das leis em Roma. Encontra-se em Tito Lívio a sentença que diz que a lei das XII Tábuas seria tida a “fonte de todo o direito romano público e privado”. De fato, a lei determina a organização judiciária e o processo: de modo que, sem ela, independente dela, não poderia existir *jus civile*. Em contrapartida, não se poderia sustentar que as sentenças sejam deduzidas das leis, que os fundadores da ciência jurídica romana tenham fechado o direito num sistema legislativo. As leis e o direito constituem esferas distintas (ainda que possam interferir). No *Digesto*, depois dos dois títulos referentes aos princípios do *jus*, vem um terceiro, separado, relativo às leis. Nele começa-se reproduzindo algumas definições do *nómos*, extraídas dos gregos, relativas à lei que rege a ordem e a moral da cidade. O direito possui uma função própria e órgãos autônomos. É, a título principal, um produto *jurisprudencial*”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 63-64.

<sup>697</sup>VILLEY, Michel: “Assim como Aristóteles, o jurisconsulto romano tem acesso ao direito pela justiça. O direito constitui um elemento (o objeto ou a causa final) dessa espécie de atividade habitual que a justiça é. Começo da obra: 1) D,I,I,I (tirado das Institutas de Ulpiano): “A quem vai trabalhar o direito é necessário conhecer de onde deriva esta palavra: “justiça” (est autem a justitia appellatum). Com efeito, segundo a elegante frase do jurista Celso, o direito é a arte do bom e do equitativo (busca de uma proporção justa) – *jus est ars boni et aequi*. Têm razão aqueles que nos chamam de sacerdotes da justiça: pois cultivamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e da boa proporção, operando o discernimento do justo e do injusto. Nós, juristas, cultivamos a filosofia verdadeira, não seu simulacro verbal”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 60.

<sup>698</sup>CRUET, Juan: “Aqui devemos notar o singular paradoxo em virtude do qual, até mesmo nos países onde se admite da maneira mais absoluta a separação do Poder Legislativo e do poder judicial, e a íntima subordinação d’este àquella, é o ensino do direito romano que serve para aguçar o espírito jurídico dos futuros magistrados, com risco de lhes ensinar, pelo exemplo do pretor, que respeitar profundamente a lei nem sempre quer dizer aplicá-la rigorosamente; pois o pretor, pela audácia e o êxito das suas inovações, ficou sendo o *typo do magistrado legislador*, e todo o direito elaborado pela jurisprudência vê-se ainda atribuir, em memória da sua obra, o nome de direito pretoriano”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 39.

<sup>699</sup>VILLEY, Michel: “D, I, I, 10 (extraído de outra obra didática de Ulpiano). “A justiça é uma vontade constante e duradoura” (essa parte do texto traz ainda uma coloração estoica) “de atribuir a cada qual o seu direito”. *Jus suum cuique tribuere*. As três últimas palavras dessa definição são familiares aos moralistas e retóricos da Antiguidade. E decerto muitos a aplicavam à justiça geral, essa virtude social que tendia a que cada qual fosse posto em seu lugar certo e mantivesse seu papel próprio no todo. Mas, para os juristas, trata-se de atribuir a cada qual o seu *jus*: assim como o verificaremos, uma porção de bens ou ônus exteriores. Mais tarde, os romanistas modernos falsificarão esse adágio, trocando *tribuere* pela palavra *reddere*; devolver ao próximo o que lhe é devido, como se se soubesse de antemão a consistência da dívida. Não! O ofício do juiz é apenas atribuir, logo, determinar os respectivos *jura* de cada cidadão”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61-62.

<sup>700</sup>BODENHEIMER, Edgar: “O *jus civile* a que se refere GAIO é a lei aplicável unicamente aos cidadãos

que é tida como combativa do Direito estagnado dos textos<sup>701</sup>, ou seja, em prol da justiça. Em suma, essas construções jurídicas vieram a corroborar o senso comum greco-romano de vincular o jurídico à noção de justiça, criando o entrelaçamento originário de Direito posto, vinculado ao poder estatal, e a justiça<sup>702</sup>. Nos mais remotos fundamentos da doutrina cristã que imperou na Idade Média igualmente é possível encontrar referências que podem conduzir ao reconhecimento de um direito natural, como em Paulo, que parece admitir um senso moral comum a todos os homens que lhes permite trilhar o caminho do bem, independentemente de uma lei formal<sup>703</sup>. Assim, é acrescido um caráter divino católico ao Direito natural, como no pensamento de Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha, que vinculavam o Direito natural a algo precedente ao Direito formal, o qual era submisso à lei eterna divina, cujo corolário seria o viver em harmonia, em uma comunidade divina, onde está presente o Direito

---

romanos. O *jus gentium*, por outro lado, era um conjunto de regras aplicáveis nas questões que envolviam pessoas sem a cidadania romana. Eram sobretudo usos, normas e princípios que apresentavam os ingredientes comuns aos sistemas legislativos dos povos com os quais Roma entrou em contato. Tôda vez que observavam que uma determinada regra ou uso eram praticadas por um grande número de outras nações, os romanos incorporavam-nos ao *jus gentium*. Como um conjunto de princípios universais ou quase-universais, GAIO equiparava o *jus gentium* ao *jus naturale*". In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 30.

<sup>701</sup> CRUET, Juan: "O progresso jurídico, em Roma, recebeu o seu impulso mais vigoroso de um elemento original da organização judiciária: o pretor. Em rivalidade com o direito propriamente legal, o pretor criou o direito pretoriano: assim, com uma simples phrase, se definiu em toda a extensão dos seus resultados, a obra d'esse magistrado". In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 32.

<sup>702</sup> VILLEY, Michel: "Tanto na Grécia como para os romanos, a idéia do direito é solidária da de *justiça*. A própria linguagem o prova. O *Corpus Juris Civilis* enfatizará esse vínculo: *jus*, derivado de *justitia* (*jus a justitia appellatum*), será notado já nas primeiras linhas do Digesto. Pelo menos as duas palavras são aparentadas. Alguns romanistas da época moderna propuseram do termo uma segunda etimologia; quiseram ligar a palavra *jus* a *jussum*, de *jubeo*, eu ordeno, a fim de identificar o direito ao sistema das leis estatais, ao mando do poder. Mas ela não é muito defensável, porque *jubere*, em latim clássico, não evocava um mando. Em grego, é a mesma palavra, *dikaion*, que traduzimos ora por justo e ora por direito. Nossas linguagens européias não puderam separar-se, nesse ponto, das línguas antigas: o ministério dito da "Justiça" se ocupa do direito. *Recht* fiou ligado, morfológicamente, a *Gerechtigkeit*". In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 35.

<sup>703</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Os mais remotos fundamentos da filosofia do direito cristão foram assentados vários séculos antes do começo da Idade Média. Numa Epístola de PAULO aos romanos já se encontra uma referência ao "direito natural", em que êle fala de uma "lei escrita nos corações dos homens", admitindo a possibilidade de os gentios, que desconhecem as leis das sagradas escrituras, procederem "por natureza de conformidade com a lei". Esta passagem pode ser interpretada como o reconhecimento de um senso moral inato no homem, o qual, convenientemente aperfeiçoado, o conduz ao bem, mesmo inexistindo para êle uma lei escrita". In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 35.

natural originário e equitativo do homem<sup>704,705</sup>. Nesse panorama, fundamental foi a contribuição de São Tomás de Aquino para a racionalidade jurídica empregada na Modernidade, especialmente com sua classificação de leis, em eterna, natural, divina e humana. Nessa concepção, em que pese admita com em seus antecessores a precedência do mandamento divino<sup>706</sup>, consegue estabelecer que a lei natural é alcançável pela razão humana<sup>707</sup>, com o que a lei humana deve obediência a ela, ao postulado da razão<sup>708</sup>. Por isso, considerando os limites da tese, ao ser verificado o Positivismo Jurídico originado para caracterizar um modelo científico, guiado pela racionalidade da ilustração no Direito, é possível dizer que o Direito Natural

---

<sup>704</sup> BODENHEIMER, Edgar: “essa lei terrena, na opinião de AGOSTINHO deve procurar satisfazer as exigências da lei eterna. Se ela contiver disposições manifestamente contrárias à lei de Deus, suas disposições não terão nenhuma força compulsória, e não deverão ser cumpridas. “Privados de justiça, que são os reinos, senão grandes pilhagens?”. Ainda que as leis terrenas tentem cumprir os postulados da *lex aeterna* e fazer justiça nas relações humanas, elas jamais atingirão a perfeição da lei eterna. Numa época qualquer, em um futuro remoto, esperava AGOSTINHO, a civitas terrena, a comunidade mundana, será substituída pela civitas dei, a comunidade divina. Nesta, vista como uma coletividade de todos os crentes e fiéis, a eterna lei de Deus reinaria para sempre, e a natureza original do homem, contaminada pela falta de Adão, seria restabelecida em toda a sua glória”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p 36/37.

<sup>705</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Evidentemente a definição, quando se refere à “posse comum de todas as coisas” e a liberdade universal, contempla em parte o suposto “direito natural absoluto” dos primeiros tempos da humanidade, visto que, à época em que escreveu ISIDORO DE SEVILHA, nem o comunismo, nem a igual liberdade de todos os seres humanos eram conhecidos, fôsse no país dele próprio, fôsse em outros”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 37.

<sup>706</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Para TOMÁS DE AQUINO eram quatro as diferentes espécies de leis: a eterna, a natural, a divina e a humana. A lei eterna (*lex aeterna*) é o “plano de govêno no Sumo Govêno”. É a razão e a sabedoria divina dirigindo todos os movimentos e ações no universo. Tudo quanto é sujeito à divina providência é governado e medido pela lei eterna. Na sua integridade, só Deus a conhece. Nenhum ser humano é capaz de saber como ela é, a não ser, talvez, ‘os bem-aventurados que vêem Deus na Sua essência’”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 38.

<sup>707</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Porém, embora nenhum mortal comum possa conhecer a lei eterna na sua inteira verdade, pode êle ter dela uma noção parcial, mediante a faculdade da razão, de que foi dotado por Deus. Essa participação da criatura racional na lei cósmica é chamada direito natural (*lex naturalis*) por SÃO TOMÁS. O direito natural é assim apenas um reflexo incompleto e imperfeito dos ditames da razão divina, porém êle habilita o homem a conhecer ao menos alguns dos princípios da *lex aeterna*”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 38.

<sup>708</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O direito natural, como um corpo de princípios gerais e abstratos, é complementado na filosofia tomista por diretrizes mais particulares, emanadas de Deus, sobre a maneira de conduzirem os homens as suas vidas. Essa função é exercida pela lei divina (*lex divina*), a Lei revelada através das Sagradas Escrituras e registrada no Velho e no Nôvo Testamento. A última espécie de lei é a humana (*lex humana*). AQUINO define-a como sendo “um ordenamento da razão para o bem comum, ditado e promulgado por quem tenha a incumbência de cuidar da comunidade”. Destarte AQUINO, qual ARISTÓTELES, incorpora o conceito de razão na sua definição da lei. Para que o mandamento governamental tenha qualidade de lei, êle precisa harmonizar-se com algum postulado da razão. Uma lei injusta ou desarrazoada, como a que repugne ao direito natural, não é lei, mas sim uma deturpação da lei”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 39.

escolástico de São Tomás de Aquino é imediatamente anterior. Em face da objetividade da lei, de modo a não prejudicar o justo, o jusnaturalismo tomístico autorizava o não atendimento de leis injustas, que contrariassem a razão e a Deus. Sem descuidar de uma preocupação quanto à amplitude desse direito de resistência por ter como importante exercê-lo sem contrariar a paz e a ordem pública, causando mal à coletividade<sup>709</sup>. Então, quando se está trabalhando a crítica à estagnação do Direito e as possibilidades de combate a isso, com a admissão de correção extrínseca do direito, é inevitável trabalhar com o Direito Natural partindo da concepção tomasiana, sem descuidar das influências gregas e romanas que lhe foram tão caras<sup>710</sup>.

Não se duvida que todo o contexto medieval tenha tido participação importante na tese do Direito Natural desenvolvida por Santo Tomás de Aquino, príncipe da Escolástica. Pode ser lembrado que no Medievo não havia a separação de poderes e o justo era a principal virtude do príncipe, que era o juiz supremo. A propósito, o próprio conceito de *iurisdictio*, afetado pela ausência da construção teórica que lhe foi posterior, difere muito do conceito moderno de jurisdição, ao agregar em um único sujeito toda a noção de poder e superioridade diante dos súditos, da época,<sup>711</sup> porém

---

<sup>709</sup>BODENHEIMER, Edgar: “Em outras palavras, a propriedade do exercício de um direito de resistência deve ser contrabalançada com a inconveniência da perturbação da paz e da ordem públicas, perturbação que pode causar grande mal à coletividade. Porém SÃO TOMÁS acreditava que o direito de resistência se transforma num legítimo direito de desobediência no caso de leis, promulgadas por tiranos, que induzem à idolatria ou prescrevem o que é contrário à lei divina”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e Metodologia Jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 40.

<sup>710</sup>BODENHEIMER, Edgar: “A concepção tomista de justiça, distinta da teoria do direito, revela nítida influência de CÍCERO E ARISTÓTELES. A justiça é definida como “um hábito pelo qual o homem por vontade constante e perpétua, dá a cada um o que lhe pertence”. Ela se divide em duas partes: a justiça *distributiva*, que “lhe confere coisas diversas a pessoas diversas, na proporção da sua dignidade pessoal” e justiça *comutativa* (corretiva) que diz respeito ao proceder dos indivíduos uns para com os outros, e aos ajustamentos a serem feitos no caso da prática de atos impróprios ou ilegais”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 40.

<sup>711</sup>GROSSI, Paolo: “O atributo (e a função) essencial e característico desse *princeps-iudex* não é uma criação inconcebível do direito, mas o que o ideário medieval exprime com o conceito de *iurisdictio*, termo latino (e não será o único) que, por sua especificidade destinada a ser irremediavelmente desvirtuada pelo termo correspondente “jurisdição”, vamos deixar na língua original, não por mania de cultismo, mas por ser intraduzível. *Iurisdictio*, em sentido estrito, é a função de julgar própria do juiz ordinário, mas também – e sobretudo – algo maior e mais complexo: é o poder daquele – pessoa física ou jurídica – que ocupa uma posição de autonomia diante dos outros investidos de poder e de superioridade diante dos súditos; e não é este ou aquele poder (numa visão espasmodicamente fragmentária que é própria de nós, modernos, mas não foi a dos medievais), mas sim uma síntese de poderes que não se teme ver condensada num único sujeito. Com esta advertência fundamental: que nessa síntese de poderes a função emergente e característica é a de julgar: alguém é príncipe por ser juiz, juiz supremo”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 161-162.

na crença de que não se tratava de uma tarefa de criar o Direito, que continuava a ter uma essência ôntica<sup>712</sup>. De todo modo, do ponto de partida mencionado cabe dizer que São Tomás de Aquino, observando com muito zelo as premissas aristotélicas<sup>713</sup> no desenvolvimento de seu pensamento, faz alusão a dogmas de fé e verdades evidentes, elevando a outro nível a temática da razão prática<sup>714</sup>. Portanto, o pensamento de São Tomás de Aquino difere da visão de Santo Agostinho e de outros patrísticos, que fundamentava sua criação de lei divina, natural e social na fé e na revelação divina, com fundo platônico, enquanto que a doutrina tomista buscou compatibilizar o pensamento aristotélico aos dogmas cristãos para admitir que o homem poderia conhecer a verdade guiado pela razão, e não somente pela fé<sup>715</sup>. A

---

<sup>712</sup> GROSSI, Paolo: “Pois bem, se há um conceito logicamente estranho à *iurisdictio* é a criação do direito: “dizer” o direito significa pressupô-lo já criado e formado; significa explicitá-lo, torná-lo manifesto, aplicá-lo, não significa criá-lo. Não devemos nos deixar enganar pelas afirmações majestáticas de um imperador que luta para manter seu domínio no mundo (referimo-nos a Frederico Barbaruiva), nem pelas reverências de algum *doctor iuris* ao Imperador como *conditor legum, pater legum, lex animata*, motivadas às vezes por servilismo, às vezes pelo obséquio às proposições absolutistas contidas no Corpus iuris, mais frequentemente pela percepção de uma exigência de validade para o próprio discursos. A identificação do príncipe com um *conditor legum* e a conexão necessária entre atividade legislativa e poder político são fatos que surgem apenas na crise da civilização jurídica medieval, e são testemunhos evidentes dessa crise, sinais claros do novo que abre caminho no corpo que morre. Enquanto o corpo da sociedade medieval estiver bem vivo e firme nas suas convicções e idealidades, pode-se tranquilamente afirmar que a relativa indiferença do detentor do poder político pela produção do direito continua”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 162-163.

<sup>713</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “El análisis tomista del texto aristotélico sobre el derecho natural nos muestra muy bien la tensión ante la que se halla Tomás en muchas partes de su Comentario: de una parte, se ve forzado a seguir a Aristóteles del modo más cercano posible, ya que otra cosa sería impensable en la universidad medieval. De otra parte se ve confrontado con la necesidad de corregir y desarrollar las ideas aristotélicas, haciéndolas compatibles con su propia filosofía y su fe. Esta tensión es especialmente ilustrativa para el estudioso, porque le permite ver con gran exactitud los momentos en los que el comentarista no puede limitarse a una paráfrasis y debe introducir elementos extraños a la literalidad del texto comentado. El pasaje del Comentario acerca del derecho natural nos muestra que Santo Tomás puede ser llamado discípulo de Aristóteles sólo si en esta categoría incluimos algo más que un repetidor, pues las añadiduras, precisiones y correcciones que hace a su maestro son muy significativas. Si en esos cambios Tomás logra ser más aristotélico que Aristóteles mismo o si por el contrario introduce algunas precisiones y matices que no sólo no estaban en la mente de Aristóteles sino que contrarían el espíritu de su Ética, es cuestión sobre la que los estudiosos todavía tienen mucho que decir”. In: **Filosofía y retórica del iusnaturalismo**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 111.

<sup>714</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Con todo, si alguna enseñanza podemos sacar de los textos de Tomás de Aquino que hemos traído a colación, es que a la cuestión de la ley natural no se accede sólo por la vía de plantear la existencia de un orden cósmico del cual el hombre formaría parte, sino que tiene que ver con el funcionamiento mismo de la razón práctica, con condiciones de posibilidad del obrar humano que muchas veces permanecen a un nivel inconsciente. Es decir, junto con la vía metafísica, a la que aludíamos al comienzo, Tomás plantea otra vía, práctica, de acceso a la ley natural, que es la que aquí se ha expuesto”. In: **Filosofía y retórica del iusnaturalismo**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 80-81.

<sup>715</sup> WOLKMER, Antonio Carlos: “Santo Tomás de Aquino, dominicano nascido na Itália, foi não só o nome mais expressivo da Escolástica, como, sobretudo, um dos mais importantes pensadores do Ocidente Medieval. Após estudar com seu mestre Alberto Magno e tornar-se professor de teologia

doutrina do jusnaturalismo encontrou variantes, podendo ser destacado o modelo racional implementado pelos ventos iluministas, classificado como jusracionalismo, que buscava o reconhecimento matemático e geométrico como pressuposto de validade das leis<sup>716</sup>, especialmente, portanto, daquelas (im)postas pelo Estado. O amparo de suas postulações está na observação das leis naturais, de onde surge o objetivo de encontrar as leis naturais na sociedade, partindo de uma mudança de paradigma medieval da visão do homem como obra divina para tê-lo como ser natural<sup>717</sup>. Ou seja, o Direito Natural sempre teve defensores e opositores em todo o seu desenvolvimento<sup>718</sup>, sendo que pode ser traçada uma continuidade que remonta

---

em Paris, Santo Tomás procurou realizar a grande síntese entre a cultura pagã antiga (a “razão” aristotélica) e os ensinamentos e os dogmas da Igreja Católica (a teologia cristã da “revelação” e da “fé”). Assim, “diante das idéias pré-cristãs de Aristóteles sobre Deus, o universo e o homem, Tomás de Aquino insistia que um bom pagão poderia mostrar que as opiniões do filósofo não conflitavam com as da Escritura. Achava também que ele e sua geração tinham muito o que aprender com Aristóteles”. Enquanto Santo Agostinho se embasa em Platão e São Paulo, proclamando a “fé” como instrumental de compreensão teológica, Santo Tomás recupera Aristóteles através das versões árabes e judaicas, apregoando a qualidade e o uso humano da “razão”. Distanciando-se da visão pessimista agostiniana sobre a natureza humana, pois mesmo que o homem tenha caído no pecado é capaz de discernir o bem e o mal, e guiado pela razão (inspirada na luz divina) habilita-se a conhecer a verdade e praticar a virtude”. *In: O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Revista Crítica Jurídica. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 22-23.*

<sup>716</sup> WIEACKER, FRANZ: “De facto, a redução a relações que podem ser expressas em números constitui a condição de formulação de leis válidas em geral, uma vez que só a medida permite a comparação de acontecimentos que se repetem inalteradamente (o que não é possível, segundo a célebre observação de Leibniz, nos acontecimentos históricos e biológicos). A experimentação sobre esta natureza visa a averiguação de leis naturais de tipo particular, a partir das quais se possa reduzir leis mais gerais e, finalmente, axiomas. É através deste progredir em direcção a formulações cada vez mais gerais que se formam os sistemas fechados desta época – a imagem fiscalista da natureza de Newton (*Philosophia naturalis principia mathematica*, 1687), a *Ethica more geometrico demonstrata* de Espinosa e, com uma importância não menor, os sistemas jusracionalistas”. *In: História do Direito Privado moderno. 2ª ed. Lisboa: Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 285-287.*

<sup>717</sup> WIEACKER, FRANZ: “No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais. A pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas. E, tal como a conexão lófica das leis naturais produz o sistema do mundo físico, que atinge o seu auge no *Principia mathematica* de Newton, também as leis naturais do mundo social produzem um sistema fechado da sociedade, um <direito natural>. Eis aqui a origem remota deste novo reflexo do direito natural da antiguidade ocidental a que chamamos jusracionalismo.” *In: História do Direito Privado Moderno. 3ª ed. Lisboa: Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 288.*

<sup>718</sup> SOUSA, J. P. Galvão. **O positivismo jurídico e o Direito Natural**. Imprimatur Mons. Ernesto de Paula. Vig. Geral. São Paulo. 1940.

à filosofia helenística<sup>719</sup>, porém os seus contornos sempre estiveram vinculados com as características da sociedade e do homem a ela pertencente<sup>720</sup>. Naquilo que toca de forma mais próxima à tese cabe dizer que fundamentalmente proporcionou bases filosóficas e jurídicas para combater a estagnação do positivismo objetificante/legalista, porém admitindo o efeito colateral do subjetivismo/decisionismo de forma ostensiva<sup>721</sup>. Por consequência, não é demais dizer ao admitir o subjetivismo, que este acaba ferindo o preceito constitucional democrático defendido na tese.

A racionalidade do Direito Natural proposta por Tomás de Aquino sempre teve presente a premissa de dois mundos, permissora da correção do mundo do Direito por um mundo externo. Na colidência entre o justo legal e o justo natural deveria imperar o segundo. Com efeito, ao estudar a distinção proposta originalmente pelos sofistas de mundo da natureza e mundo da cultura<sup>722</sup>, aglutinando as lições de

---

<sup>719</sup> WIEACKER, FRANZ: “O jusracionalismo europeu constituiu, na verdade, uma revolução cultural, mal traçada passo a passo por uma tradição coesa que, através das teorias sociais da Idade Média, remonta à filosofia greco-helenístico-romana. A unidade desta tradição é garantida não apenas pela continuidade histórica, mas também pela unidade de problemas; já a execução deste projecto se processou por formas muitíssimo diversas”. *In: História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed. Lisboa: Tradução de A. M. Botelho Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 290.

<sup>720</sup> WIEACKER, FRANZ: “O jusracionalismo não constitui senão um curto capítulo histórico das muito mais vastas manifestações do jusnaturalismo. O próprio direito natural é, por um lado, uma questão permanente do homem teórico acerca do seu lugar na sociedade e, como tal, uma filosofia social; mas por outro lado, é uma tradição cultural que se mantém desde os inícios da filosofia helenística até à actualidade”. *In: História do Direito Privado Moderno*. 3ª ed. Lisboa: Tradução de A. M. Botelho Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 280.

<sup>721</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Cuando el racionalismo y la Ilustración promovieron la idea de que la solución al caso se obtiene por la vía silogística, estaban tratando de dar la única respuesta posible, dentro de sus esquemas, para evitar la arbitrariedad y el subjetivismo en la decisión judicial (si la razón sólo opera silogísticamente, es evidente que habrá que introducir en ese esquema al acto judicial, si no se quiere que quede fuera de los límites de lo racional). Lo que hoy, en cambio, discutimos es que la racionalidad que conoció la Ilustración sea la única forma posible de racionalidad, e incluso que sea la más adecuada para entender el derecho. Que buena parte de la modernidad discurra como si no existiera una racionalidad específica para actuar en el campo del deber ser no significa que esa racionalidad propia de lo práctico pueda seguir seno ignorada. La idea de razón práctica no sólo permite superar una serie de problemas, como los que trata de ilustrar hume en su famosa “ley”, sino que aparece especialmente fecunda para abrir nuevos caminos en encrucijadas como la de racionalismo/emotivismo, para entender también que la primacía de la ley no significa necesariamente la esclavitud del juez, y que el otorgar a éste un papel más activo en la comprensión de la individualidad del caso que tiene enfrente, no conlleva quedar a merced de sus caprichos personales. Al mismo tiempo, la afirmación del carácter práctico de la ciencia jurídica y la tarea judicial puede tener un resultado inesperado, cual es que la interpretación de la norma deje de ser ele elemento decisivo de la vida jurídica. Esto podría parecer una invitación a regresar a los tiempos en los que la solución del caso y no la interpretación de ley era lo importante. Sea como fuere, parecería ser un regreso muy actual”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 163-164.

<sup>722</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Con los sofistas se comienza a delinear la distinción entre el mundo de la naturaleza y el mundo de la cultura, mundos que entre los filósofos antiguos se hallaban confundidos. De esta oposición resulta que el mundo de la cultura es el resultado de una “convención”, opuesta al mundo de la naturaleza, de donde la mayor parte de lo que es justo

Aristóteles, abriu as portas para as primeiras concepções iluministas de direito natural, ao classificar o justo natural e o justo político como elementos distintos<sup>723</sup> permitiu a aproximação do justo natural ao Direito Natural e o justo político ao direito convencional/legalista. Em sua teoria do Direito Natural, há a separação do Direito convencional/legal do Natural, sendo o primeiro mutável e o segundo imutável<sup>724</sup>, porém em todo caso acredita na objetividade da lei, permitindo a distinção entre o justo legal e o natural<sup>725</sup>. A lei convencional, contudo, deve estar de acordo com a lei natural para afastar qualquer resultado injusto na aplicação da lei, devendo através do “método interpretativo” alcançar a adaptação da lei geral ao caso particular (subsunção) de forma a evitar a iniquidade<sup>726</sup>. Então os métodos interpretativos servem para explicar o sentido das leis, ainda que se permita a correção pelo direito natural<sup>727</sup>.

---

conforme a las leyes del Estado, es injusto y está en conflicto con las leyes de la naturaleza”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 43.

<sup>723</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “El segundo intento iusnaturalista que conviene destacar es el de Aristóteles. Probablemente es el más importante de todos, aunque apenas aluda al derecho natural. Su iusnaturalismo está comprendido dentro de una teoría ética de la felicidad y las virtudes; más específicamente, incluye la idea de lo justo natural en la de lo justo político. La obra del Estagirita muestra muy bien cómo lo natural no es simplemente lo original o lo empírico, sino que tiene que ver con el estado de desarrollo que pueden alcanzar los individuos. Estos aspectos de su teoría ética tienen su correlato metafísico tanto en la teoría del acto y la potencia como en la relación existente entre naturaleza y teleología”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 127-128.

<sup>724</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Así, junto con la distinción entre la naturaleza y las cosas que se siguen de ella, aparece también otra distinción, entre lo que se da en la mayoría de los casos (ut in pluribus) y lo que se da en unos pocos (ut in paucioribus, ut in minori parte). En el caso de lo justo natural hay un nivel en el cual el cambio está excluido absolutamente y otro en el cual el cambio está excluido absolutamente y otro en que se produce ut in paucioribus.”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 104.

<sup>725</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Distinto es el caso de lo justo legal, en donde el cambio se halla a la orden del día y los principios no tienen la universalidad de aquellas afirmaciones que se fundan en la naturaleza”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 105.

<sup>726</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “La variabilidad que experimenta la justicia legal atendiendo a las diversas circunstancias hace que sus normas no tengan un valor absoluto. En efecto, ellas atienden a los casos ordinarios y disponen de modo general. Por esto, cabe que en algunos casos particulares la aplicación literal de la norma legal traiga consigo un resultado injusto. En este caso, habrá que aplicar no la letra sino el espíritu, el sentido buscado por el autor de la norma. La capacidad de adaptar o ajustar las exigencias de la ley general a las particularidades del caso concreto se llama, como bien se sabe, equidad.”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 106-107.

<sup>727</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “A interpretação das leis não é outra cousa mais do que uma explicação do sentido delas. Esta se divide em interpretação autêntica, usual e doutrinal. Chamamos interpretação autêntica à que se faz pelo mesmo legislador, a qual por consequência recebe força da lei. Chamamos usual à que provém do costume com que a lei comumente se pratica; virtual à inteligência que lhe dão os sábios, a qual de nenhuma forma tem vigor de lei. A segunda divisão é que pode ser extensiva, restrictiva e declaratória. Extensiva, quando o espírito da lei se estende a mais do que as palavras soam. Restrictiva, quando as palavras dizem mais do que o espírito da lei e a sua razão. Declaratória, quando a razão diz tanto quanto dizem as palavras e só versa a

É possível afirmar que da herança medieval, fundamentalmente da contribuição da Igreja Católica para a Modernidade, em que pese o contraponto das teses nominalistas relativistas, a racionalidade tomística, presente ainda hoje na posição oficial da Igreja Católica e o Direito Natural concebido a partir dessa premissa foram as maiores influências iluministas e positivistas<sup>728</sup>. Cumpre notar que o Direito Natural clássico moderno, produto da revolução protestante, vigente dos séculos XVII e XVIII na Europa, com ênfase no século XVII, bebeu da fonte tomística-aristotélica<sup>729</sup>. No entanto, possuiu diferenças importantes. Como não poderia deixar de ser, estas diferenças partem do movimento generalizante de secularização iluminista tendente ao próprio legalismo estatal, onde o fundamento da lei deixou de ser metafísico, passando a exigir uma justificação laica<sup>730</sup>. O fundamento da legitimidade legal passou a ser fundamentado pela razão humana, levando em consideração fundamentalmente a análise da vida social<sup>731</sup>, sem prejuízo de pensamentos ainda

---

interpretação sobre a propriedade e inteligência delas”. *In: Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos*. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p. 145.

<sup>728</sup> BODENHEIMER, Edgar, comentando sobre o pensamento de um dos últimos escolásticos católicos (Francisco Suárez): “Mostrou êle que a promulgação da lei e o seu cumprimento compulsório por meio de sanções requer evidentemente o exercício da vontade por parte das autoridades governamentais. No entanto, não basta a vontade do príncipe para fazer a lei, a menos que seja “uma vontade justa e reta”. De modo geral, é lícito dizer-se que êsse tom racionalista da filosofia do direito católico romano se harmoniza com a posição oficial da Igreja Católica até os nossos próprios dias.”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 44.

<sup>729</sup> BODENHEIMER, Edgar: “No campo do direito, os primeiros séculos da idade moderna forma dominados por uma nova forma de filosofia do direito natural, que designaremos como o período clássico do direito natural. Essa filosofia clássica do direito natural que, em manifestações várias e não raro discrepantes, cominou a Europa nos séculos XVII e XVIII, foi um subproduto jurídico das forças que transformaram a Europa em conseqüência da revolução protestante. Não se dirá, contudo, como já se disse algumas vêzes, que o direito natural clássico represente um total rompimento com a teoria do direito medieval e escolástico. São muitos os laços e as influências que relacionam o pensamento aristotélico e escolástico com as doutrinas dos filósofos do direito natural clássico notadamente os do século XVII”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 45/46.

<sup>730</sup> CRUET, Juan: “Todos os direitos primitivos eram direitos religiosos: eram a religião mesma nas suas applicações sociaes as mais essenciaes e as mais immediatas. Assim, pela sua origem magica ou sobrehumana, o direito escapava aos embates da crítica popular. Mas, nas sociedades civilizadas, o direito é puramente laico, e a religião cessando, a seu pesar, de ser jurídica, quasi tem cessado de ser social”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, 212.

<sup>731</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Por outro lado, o nôvo direito natural, apesar da notável diversidade de vistas manifestada pelos seus representantes, possuía certas características distintas, que torna necessário isolá-lo do direito natural medieval e escolástico. Primeiro, êle completou e aprofundou a separação entre o direito e a teologia, para a qual a distinção tomista entre uma lei divinamente revelada a um direito natural discernível pela razão humana já havia preparado o terreno. Depois, ao passo que os filósofos medievais escolásticos propendiam mito a restringir o âmbito do direito natural a uns poucos princípios e postulados elementares, os juristas do direito natural do período clássico tendiam a favorecer a elaboração de sistemas de regras concretas e minuciosas, que se acreditava diretamente deduzidas da razão humana. Os juristas pensadores da nova era estavam

não secularizantes na Modernidade<sup>732</sup>. De qualquer modo, seguindo a tendência geral, o fundamento último deixou de ser Deus, a lei eterna ou a lei divina tomasiana, do homem em busca constante pela perfeição, para encontrar o fundamento no homem comum, em suas características, com seus defeitos e qualidades, possuidor de uma razão não descobridora da lei eterna, mas apta a uma investigação laica. Postulado que, dando ênfase ao lado empírico, inclusive, está na nascente das modernas ciências psicológicas e naturais<sup>733</sup>. Ao mesmo tempo, não pode passar ao largo a influência política liberal, que veio a alcançar também a concepção de Direito Natural, com o que o Direito Natural moderno também admite os postulados e os objetivos da individualistas<sup>734</sup>. Sem prejuízo, da manutenção de correntes naturais produzidas dentro do período moderno resgatando o Direito Natural de origem

---

convictos de que o poder da razão era um só e satisfatório de leis podia ser erguido sobre o alicerce de uma análise racional da vida social humana”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 46.

<sup>732</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “Já demos os princípios gerais para fundamentarmos nêles as disposições do Direito Natural. Resta agora tratarmos dos princípios, em que se deve instruir quem quiser aprender as que constituem os santos direitos que provêm da sociedade. Mas de que sociedade falo? Eu escrevo entre um povo, que não só vive entre uma sociedade civil, mas no meio de uma sociedade cristã. Logo, devo tratar de ambas; pois que tanto de uma como de outra pode provir, e provém de facto, leis, que lhe coartam a sua natural liberdade. Assim o farei, começando primeiramente a tratar dos princípios necessários para sabermos o que nos é preciso, como indivíduos da sociedade cristã”. *In: Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos*. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p. 67.

<sup>733</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Em quarto e último lugar, a filosofia do direito natural clássico passou aos poucos do seu ponto de partida teleológico para uma posição da qual se apreciava a natureza humana de um ponto de vista causal e empírico. ARISTÓTELES E SÃO TOMÁS DE AQUINO haviam assentado a sua doutrina do direito natural num quadro em que os seres humanos vistos esforçando-se por atingir a perfeição, tendo em si mesmos tôdas as potencialidades para o seu pleno e completo desenvolvimento como seres racionais e sociais, desenvolvimento que, não sendo interrompido por impedimentos mórbidos ou “contrários à natureza”, conduz ao total amadurecimento da sua verdadeira “natureza”. Assim a “natureza” é, por essa teoria, de certo modo identificada com a superior potencialidade de um ser humano. Com HOBBS, LOCKE, SPINOZA, MONTESQUIEU e outros representantes do direito natural clássico emerge uma concepção do homem baseada na mera observação dos seus traços característicos e um estudo das leis causais que determinam ou influenciam o comportamento humano. Assim, o aparecimento das modernas ciências naturais e psicológicas não deixou de produzir um impacto na história da teoria do direito natural”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 46-47.

<sup>734</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Em terceiro lugar, o direito natural pós-medieval, por um processo de gradual desenvolvimento, deslocou a predominância, de uma lei da razão objetivamente fundada na natureza social dos seres humanos, para uma doutrina em que os “direitos naturais” do homem e as suas aspirações individuais à felicidade representavam um papel preponderante. Essa versão do direito natural pós-medieval, que teve larga aceitação nos Estados Unidos da América, foi acentuadamente impregnada de tendências e postulados individualistas”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 46.

divina<sup>735</sup>, que pode ser alcançada pelo homem através da razão<sup>736</sup>.

Esse contexto histórico permite aferir do Direito Natural um conteúdo revolucionário de anterioridade e preferência à legalidade estrita, formal, produto do governo estatal. Desse modo, o Direito Natural poderia contrapor-se ao legalismo que, na ótica inicial liberal, foi tido como protetivo da segurança jurídica. Essa visão do legalismo como produto do “príncipe” inadmitia a contraposição do Direito Natural, pois amparada na teoria de Machiavelli da razão do estado, na onipotência estatal, sem qualquer amarra ética na condução dos assuntos políticos do estado<sup>737</sup>, retomando uma das facetas do nominalismo, qual seja, da supremacia da vontade, porém em uma lógica não teocêntrica. Certo é que desde o período de consolidação do autoritarismo, os políticos e juristas tiveram que lidar com as teses antagônicas do Direito Natural e da *raison d'état*, onde a maior parte buscou uma conciliação, fazendo prevalecer ora uma ora outra, o que gerou predominâncias diversas de acordo com determinadas influências teóricas, em seus contextos locais e históricos<sup>738</sup>. Houve,

---

<sup>735</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “Não faltou também quem negasse a existência do Direito Natural (a). Este erro não é menos nocivo à sociedade humana que a péssima doutrina dos ateus. Que diverso efeito podemos considerar entre o não admitirmos um Deus, princípio de tudo, ou admiti-lo, negando a sujeição às suas importantes leis? Se ainda hoje não basta a certeza e o temor da pena para desterrar a execução dos insultos, que fariam os homens, se se considerassem livres de semelhante jugo? Os poderosos, os iracundos, se armariam de ferro; tingiriam a todo o instante a terra com sangue dos inocentes e fracos; os pactos não teriam vigor; os estupros e os adultérios seriam contínuos; enfim, não se regeriam os homens senão pelos estímulos dos apetites do ódio e da ambição”. In: **Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos**. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p. 23.

<sup>736</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “A lei natural não é outra coisa mais do que a lei divina, participada à criatura por meio da razão, que manda que se faça o que é necessário para se viver conforme a natureza racional, como racional, e proíbe que se execute o que é inconveniente à mesma natureza racional, como racional”. In: **Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos**. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p. 135.

<sup>737</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Desde os seus primórdios, nos tempos modernos, a doutrina do direito natural clássico encontrou uma rival noutra doutrina, que, sob certos aspectos, era produto das mesmas forças políticas, sociais e econômicas que ajudaram a moldar a filosofia do direito natural racionalista e individualista. Essa rival foi a doutrina da *raison d'état* (razão de estado), que recebeu a sua mais influente formulação nos escritos do estadista-filósofo italiano NICCOLO MACHIAVELLI (1469-1527). MACHIAVELLI glorificou a onipotência do estado e, na vida pública, subordinou inteiramente os princípios éticos às necessidades políticas da arte de conduzir os negócios do estado. Traçando um quadro nada lisonjeiro das paixões, fraquezas e vícios do homem, êle aconselhava os governantes a serem duros e cínicos na utilização de seus súditos como instrumentos para a formação de estados nacionais poderosos e unificados. Esse fim, a seu ver, justificava o emprêgo de meios que poderiam facilmente ser considerados censuráveis de um ponto de vista puramente moral”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 47.

<sup>738</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Todo pensador político europeu dessa época tentou de algum modo conciliar as exigências da doutrina do direito natural (que presumia a existência de uma lei superior à força política e independente dela) com os postulados da *raison d'état* (que procurava proteger os direitos do estado e seus governantes). De modo geral, pode dizer-se que na Europa ocidental, e mais tarde, nos Estados Unidos da América, a filosofia do direito natural acabou levando a melhor,

portanto, na concepção do Direito Natural uma lógica diversa da advinda dos próprios críticos liberais, em um segundo momento, quando o contexto social e político passou a lhes favorecer, paradoxalmente, também baseado no respeito à segurança jurídica. O Direito Natural, desse modo, ao invés de atentar contra a segurança jurídica, num primeiro momento, quando era necessário uma quebra de paradigma, estaria tutelando-a por ser libertária da opressão governamental, da norma formal, sendo autorizativa de uma oposição ao *stablishment*. Situação e concepções diametralmente invertida com a admissão de um caráter desestabilizante do Direito posto quando da solidificação do Estado liberal e de sua ideologia<sup>739</sup>, especialmente do legalismo jurídico objetificante. Nesse turno, há a instalação do interminável confronto entre objetivismo e subjetivismo positivista, onde, nesse último, é possível entrever a abertura para o Direito Natural. Certamente porque o Direito Natural sempre teve uma dimensão fluída, mas sempre vinculada a elementos extrínsecos valorativos opostos à estagnação legalista<sup>740</sup>.

---

enquanto que na Europa central a doutrina da *raison d'état* tendeu a predominar, embora sem afastar completamente as reivindicações da escola do direito natural. As diferenças notadas nas manifestações dos pensadores políticos e jurídicos dos séculos XVII e XVIII podem muita vez ser explicadas por uma referência ao modo pelo qual eles procuravam combinar e conciliar as doutrinas antagônicas da *raison d'état* e do direito natural". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 48.

<sup>739</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Tudo isso corrobora o fato de que a segurança jurídica aparece, inicialmente, como produto de uma ideologia política revolucionária, baseada em um Direito natural individualista e racionalista. Entretanto, quando o liberalismo consolida-se e a burguesia sente-se satisfeita e tranquila dentro do *establishment* (art. 16: "Toda sociedade na qual a garantia destes direitos não esteja assegurada e a separação dos poderes determinada não tem Constituição"), condena-se de antemão qualquer *pathos* revolucionário. Assim, a resistência à opressão, concebida como Direito natural e imprescritível junto à liberdade, à propriedade e à segurança, decai porque ameaça estas últimas, além de ameaçar ou ferir o *stablishment*. Desse modo, o racionalismo revolucionário foge do patriotismo revolucionário e qualquer sentimento jurídico se vê com suspeita". *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 88-89.

<sup>740</sup>REALE, Miguel: "Ora, o drama da sociedade contemporânea, sequiosa de apoio em valores permanentes, põe em relevo um ponto essencial, realçado desde Aristóteles até Cícero, e herdado por tradição relevante da civilização ocidental, de que *natura iuris ab hominis repetenda est natura*. O que significa que, quando está em causa o problema do homem, põe-se, concomitantemente, com mais urgência a indagação dos fundamentos do Direito, e vice-versa. Isto já nos auxilia a compreender que, quaisquer que sejam as diretrizes assumidas pelo jusnaturalismo, o Direito Natural reduz-se, em última análise, a um problema de Antropologia ou, mais especificamente, de axiologia antropológica, visto como a sua configuração necessariamente depende do sentido do valor atribuído ao homem de per si e das conseqüências dessa validade radical. É claro que, consoante a concepção que cada época histórica tem do homem, segundo diversas escalas prioritárias de valores, variará o enfoque do Direito Natural. Ocorre, todavia, que, no decurso de um mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento que cada autor elabora a respeito do ser humano e seus fins, o que torna o direito Natural por sua natureza fluído e problemático, isto é, algo que não pode deixar de ser pensado, muito embora não possa ser conceitualmente determinado". *In: Direito Natural/Direito Positivo*. Saraiva: São Paulo, 1984, p. 5-6.

Não seria equivocado então, na Contemporaneidade, atrelar ao Direito Natural um conteúdo democrático. Em sendo assim, em uma perspectiva otimista que passa pela aquisição de uma autossuficiência cidadã, agregado à soma de conhecimento técnico jurídico da população, poderia ser admitido que esse Direito Natural seria necessariamente observado por ocasião do procedimento legislativo, com o que o Direito Natural /democracia seria a condição para o aprimoramento legislativo. Situação desacreditada pelos movimentos de Direito Livre e equivalentes sucessores do Direito Natural<sup>741</sup>. Nessa perspectiva de luta contra a opressão legislativa, insistindo na crítica contra o monopólio estatal na produção do Direito, defendendo o caráter voluntarista da produção do Direito, a ponderação de valores é ressaltada a figura do juiz<sup>742</sup>.

Na concepção aristotélica-tomista do Direito Natural, bem como das que lhe seguiram na essência,<sup>743, 744</sup> há inegavelmente uma perspectiva metafísica de um

---

<sup>741</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “O problema principal da segurança jurídica, tanto no campo científico, como na política legislativa, radica em harmonizar as regras gerais fixas e as circunstâncias do caso concreto, o Direito estrito e a equidade. Nem um, nem outro, separadamente, podem alcançar seus objetivos. A necessidade de segurança jurídica é evidente quando existe um apoio firme em uma concepção unitária do povo sobre a valoração da lei e o correspondente conceito pelo qual se luta para regular, da melhor forma possível, os previsíveis conflitos de interesses. Quando se pensa no sentimento de segurança jurídica do público, deve-se afirmar que seu conceito é facilmente compreensível e popular. Mas ocorre que os leigos carecem de um conhecimento do Direito obtido mediante o estudo das leis. Por isso, aqueles que mantêm o ponto de vista do Movimento do Direito Livre não insistem na exigência de uma segurança jurídica obtida por via legislativa”. **In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 90.

<sup>742</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Parece, pois, que, ao insistir no *caráter voluntarista* da produção do Direito e na necessidade de recorrer aos valores para ponderar a cerca dos conflitos de interesses, assim como ao dar ênfase à personalidade do juiz e à crítica do monopólio do Estado na produção do Direito, abre-se as portas para as cláusulas gerais. Entre elas, está o sentimento do Direito e do justo, que é indissociável de toda estimativa operada pelo juiz para resolver conflitos de interesses. Isso não significa que o Movimento do Direito livre defendesse uma *Gefühlsjurisprudenz*, nem muito menos um anarquismo subjetivista esgrimido contra a estabilidade e a segurança do ordenamento jurídico. Também não rechaçava a dogmática jurídica. Combinou tais elementos de modo bastante diferente, de forma a estruturar um ordenamento dinâmico, em conexão com a vida social e suscetível de uma estimação baseada em valores”. **In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política.** Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 96.

<sup>743</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel, traz seu entendimento da teoria franciscana a respeito do direito natural: “Duns Escoto significa la restauración de las doctrinas agustinianas del primado del amor sobre el intelecto, e introduce en su concepción del derecho natural la noción voluntarista del Dios de San Augustín y de San Pablo” **In: Manual de filosofía del Derecho.** Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 81.

<sup>744</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel, em contraposição ao direito natural divino, menciona o entendimento de Grocio: “En su obra más famosa, *Derecho en la paz y en la guerra (De jure belli ac pacis, 1625)* prepara el terreno para el advenimiento de la doctrina, separando la ciencia del derecho de la teología y de la religión y postulando la existencia de un derecho natural que tiene su fuente en la naturaleza humana que existiría aunque no hubiese Dios o Él no cuidase de las cosas humanas” **In: Manual de filosofía del Derecho.** Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 90.

ideal de justiça hierarquicamente superior ao Direito posto que não pode ser demonstrado cientificamente, mas que se mostra no mundo prático, resultando, na realidade, num ato de fé, de crença no Direito Natural.<sup>745</sup> Ocorre que tal credo aponta para a necessidade do descobrimento do Direito Natural sem qualquer critério de verificação de validade da descoberta, abrindo as portas para a subjetividade. Então, na tarefa de buscar o justo natural haveria uma crença na legitimidade da sua descoberta, conferindo, dessarte, ao juiz um papel superior, uma capacidade e poder de fazer a adequação do justo legal ao justo natural<sup>746</sup>.

A ideia de um indivíduo superior apto a exercer tão importante função de adequação do Direito formal ao Direito Natural não é muito distante da teoria platônica de exigir a estratificação social<sup>747</sup>, tendo nos sábios governantes, juízes no caso específico, o potencial de descobrir a verdadeira justiça. Há, portanto, uma clara oposição ao objetivo constitucional democrático perseguido, com uma quebra da condição isonômica tão cara à democracia. A constatação fica ainda mais facilitada quando vemos que o próprio Platão classifica a democracia, ao lado da timocracia, oligarquia e tirania como formas inferiores de governo, tendo no governo dos filósofos, classificado como aristocrático, a forma de governo superior<sup>748</sup>.

A admissão de uma condição superior ao juiz de modo a permitir-lhe superar o

---

<sup>745</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “El racionalismo ha enfatizado excesivamente la necesidad de demostrar, y este énfasis ha sido asumido también por los defensores de la tradición central de occidente, a veces inadvertidamente. Sin embargo, parece oportuno recordar que hay cosas que no se demuestran, sino que se muestran. Una reflexión iusnaturalista debería ser capaz de entroncar con las aspiraciones más profundas de las personas. Es necesario identificar los grandes temas, los problemas más fundamentales que aquejan al hombre de todo tiempo e intentar darles una respuesta. El iusnaturalismo pierde fuerza cuando se separa de los problemas fundamentales. Y hay lugares privilegiados, en los que los grandes temas aparecen con una fuerza especial: las obras de los grandes autores de la tradición central de occidente. Por otra parte, se hace necesario recuperar el sentido del misterio o, al menos, la conciencia de que hay preguntas cuya respuesta nos excede. Hay muchas cosas que no sabemos. El iusnaturalismo no es ni puede ser una receta para toda ocasión. Los iusnaturalistas debemos aprender a responder muchas preguntas con un ‘no sé’”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 90.

<sup>746</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Con esto parece poner de relieve la continua presencia de lo justo natural en la vida práctica, que es donde se dan las cosas contingentes, imposibles de ser reguladas de modo unívoco de una vez para siempre. Y puesto que la equidad es una virtud que principalmente debe darse en el juez, Tomás está dando por sentada la capacidad humana, particularmente del juez, en orden a discernir las exigencias básicas de la naturaleza”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 107-108.

<sup>747</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “A las tres fases, facultades o potenciales del individuo (razón que domina, coraje que obra y sentidos que obedecen) corresponden tres estamentos en el Estado: los sabios que gobiernan, los guerreros que defienden el organismo social y los artesanos y agricultores que lo nutren”. *In: Manual de Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 54.

<sup>748</sup> BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 4ª edição. Brasília: Editora UnB, 1985. p. 12.

Direito de forma arbitrária gera outro problema residente no fato de que o cargo não lhe retira a condição humana. Então, a confiabilidade no homem para a quebra do sistema jurídico positivado restauraria o tão combatido e temido Leviatã, na medida em que permitiria o retorno ao estado de natureza, onde, na ausência de um critério legal e/ou racional, a ausência de um pacto social a ser respeitado por todos, inevitavelmente levaria o homem (juiz) hobbesiano a conduzir suas ações (exercer o poder) guiado por suas paixões naturais, tais como a parcialidade, ganância, ódio, vingança etc.<sup>749</sup>, geradora de conflitos infundáveis, em prejuízo da perseguida paz e segurança social. A formação do Estado civil era capaz de afastar a insegurança do emprego da lei do mais forte, com o que somente o Estado era detentor do poder soberano e exclusividade de ditar regras para todos. Sem descuidar que, com essa mudança, era pressuposta a garantia dos direitos naturais pelo soberano. Em consequência, o exercício da função jurisdicional deveria estar de acordo com essa vontade do soberano posta na lei<sup>750</sup>. Indo para além de Hobbes, mas igualmente crítica à permissão do solipsismo podem, resumidamente, ser somados os prejuízos decorrentes do não atendimento dos fins públicos do Estado com o descumprimento do sistema legal, com o que a ausência de isonomia acabaria por prejudicar a tão

<sup>749</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Sin embargo, todo el propósito de Hobbes está orientado a probar que la violación de las leyes positivas no puede quebrantarse ni menos aún disculparse bajo pretexto alguno, y así lo declara en su Leviathan. La preocupación de Hobbes, que nutre su pensamiento en el nominalismo aprendido en Oxford, es encontrar a través del derecho natural un derecho positivo que cumpla una efectiva función ordenadora y evite el permanente peligro de un retorno al estado de naturaleza y con él a la lucha y la guerra. El derecho positivo debe asegurarnos un orden coactivo que supere por lo menos el caos del estado de naturaleza y ello puede lograrse sólo a través de la fuerza. Hobbes, en su incansable búsqueda de los conceptos básicos de la justicia y del Estado, parte de la esencia misma del ser humano. Negado el supuesto altruismo natural del hombre, caracteriza a éste como un ser belicoso, en una actitud conflictiva contra todos, capaz e dañino. El orgullo y la vanidad son los motores que mueven las acciones humanas, que necesitan de otros hombres, respecto de quienes deberá hacerse temer o estimar”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 92.

<sup>750</sup> ENGELMANN, Wilson: “Nessa perspectiva, o desenvolvimento dos pressupostos positivistas teve origem a partir do momento em que o homem, pela exteriorização de seu consentimento, processou a passagem do estado de natureza para o chamado “Estado Civil”. Não sendo mais admitido o emprego da “lei do mais forte”, na linha de Thomas Hobbes, houve a criação de um ente artificial – o Estado – que passou a exercer o chamado poder soberano. Como parte integrante desse poder, o Estado assumiu, com exclusividade, a faculdade de ditar as regras consideradas obrigatórias que passavam a valer para todos. O objetivo pretendido por essa mudança centrava-se na busca da garantia dos direitos naturais. Com esse intuito, o homem concordou em submeter-se às ordens do soberano que passou a ser responsável pela especificação do justo e do injusto, do legal e do ilegal, monopolizando, dessa forma, a produção das normas jurídicas, as únicas aceitas – a partir de então – com força coercitiva. Assim sendo, essas normas eram consideradas jurídicas, ou seja, válidas, na medida em que fossem elaboradas pelo Estado, através do exercício do chamado poder soberano. Isso possibilitou o nascimento da concepção de que a lei é a única fonte do direito. Nesse contexto, o papel do juiz estava restrito à aplicação das normas elaboradas de acordo com a vontade do soberano”. *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 161-162.

custosa (lema burguês iluminista) liberdade dos homens, como defendido em Spinoza<sup>751</sup>, que comungava da noção do estado bélico de natureza com Hobbes, portanto, tratava de uma liberdade controlada pelo Estado, onde os cidadãos deviam submeter-se a uma autoridade, portanto, era uma liberdade movida pela racionalidade, na busca da pacificação social<sup>752</sup>, onde o exercício da autoridade dar-se-ia pela razão e não pela vontade arbitrária, com o que não poderia ser abusivo<sup>753</sup>, bem como admitindo a teoria desenvolvida por Locke, estaria obstada a consecução dos objetivos exclusivamente públicos do Estado, para imiscuir interesses privados, afetando a concretização dos interesses sociais proporcionáveis pelo Estado e permitindo o desrespeito aos direitos naturais do homem anteriores ao próprio Estado<sup>754</sup>, na medida em que no estado de natureza, o homem, viva em plena liberdade, podendo dispor de sua pessoa e de seus bens da forma como bem

---

<sup>751</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “La función del Estado, según Spinoza, no se agota, como en Hobbes, en el mantenimiento de paz y la seguridad, sino que agrega, como ingrediente necesario de la finalidad del Estado, la libertad. El soberano de Spinoza está limitado por el derecho natural y si deja de lado un dictado de la razón, viola una ley de la naturaleza, la que le ha dado su propia existencia”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 94.

<sup>752</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Não existe pecado, nem justiça ou injustiça, proclama SPINOZA, enquanto o homem vive apenas sob o domínio da natureza. Porém tal situação conduz necessariamente à luta e à desordem, pois os homens, no desejo de aumentarem o seu poder individual e de satisfazerem as suas paixões, entrarão inevitavelmente em choque, uns com os outros. No estado natural, existirão sempre o ódio, o crime e a belicosidade. Os homens hão de tentar libertar-se dessa lastimável condição. E descobrirão que, juntos, terão muito mais poder, mesmo como indivíduos, porque já não precisarão viver em constante receio do vizinho ou permanentemente em guarda contra os inimigos. Assim é que o poder da razão inerente aos homens os impele a renunciar ao estado natural e a ordenar suas vidas de modo pacífico e racional. Eles se agruparão no Estado e estabelecerão um govêrno cuja função primordial consistirá na preservação da paz e na segurança da vida daqueles que se submeteram à sua autoridade”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 58.

<sup>753</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Um bom govêrno, na opinião dêle, concederá aos seus cidadãos a liberdade de falar, e não tentará controlar-lhes as opiniões e os pensamentos. Agirá segundo os ditames da razão e se absterá de oprimir seus súditos. Se outros motivos superiores não o moverem, o simples desejo de conservar a si mesmo induzirá o govêrno a seguir êsse caminho. O direito do soberano, como o de um indivíduo em estado natural, não vai além do seu poder, e êste será de pouca duração, se não estiver escorado pela moderação, por uma boa razão e pelo consentimento dos cidadãos. “Ninguém pode sustentar por muito tempo o domínio de um tirano”. Os limites do poder soberano, consoante SPINOZA, são estabelecidos, não por quaisquer normas legais superiores que acaso o restrinjam, mas pelo poder da maioria ou pelo bem concebido interêsse do próprio govêrno. Nesse sentido pode dizer-se que a soberania de SPINOZA é limitada pela lei natural; violando um ditame da razão, viola o govêrno uma lei da natureza, a saber, a lei da sua própria autodefesa. Em outras palavras, o direito natural, na doutrina de SPINOZA, corresponde àquelas limitações impostas ao poder soberano pelo poder das massas, ou pela razoável compreensão pelos govêrnos daquilo que sejam os seus próprios interêsses”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 59.

<sup>754</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “En contra, pues, de la afirmación del Leviathan, los derechos a la libertad, a la propiedad, la vida y los bienes en general, no son creación del Estado merced al pacto, sino cualidades propias intangibles de la humana naturaleza, de donde resultará que el pacto no podrá jamás mutilar ni restringir esos derechos”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 99.

entendesse, sustentando, contrariamente a Hobbes, uma não sujeição absoluta ao soberano, em face da conservação dos direitos naturais, pré-estatais, da vida, liberdade e propriedade<sup>755</sup>.

A teoria de Locke veio a ser complementada por Montesquieu, no sentido de conceber um sistema de governo baseado na tripartição de poderes, onde era possível reconhecer o Poder Judiciário como o órgão responsável por impedir a tirania e a arbitrariedade governamental, tutelando o direito natural de forma prática e eficiente<sup>756</sup>, de onde pode ser presumida a origem do solipsismo judicial da contemporaneidade. Ainda, em Rousseau, é defendida a subordinação da vontade do indivíduo a uma vontade geral que devolveria aos cidadãos direitos civis, ou seja, o governo legítimo desenvolve-se respeitando essa vontade coletiva<sup>757</sup>. Em um Estado forte essa vontade geral é promotora do bem-estar de todos, pois objetiva o bem comum, em que pese pudesse haver um Estado fraco onde os interesses particulares suplantassem os interesses comuns, porém em caráter de excepcionalidade, pois na crença do homem essencialmente bom, a governança seria exercida com racionalidade<sup>758</sup>. Teoria representativa de uma democracia absoluta, onde a vontade

---

<sup>755</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A fim de pôr termo à confusão e à desordem próprias do estado natural, estabeleceram os homens um pacto pelo qual mutuamente concordaram em constituir uma coletividade e criar para ela um organismo político. Em contraste com as idéias de HOBBS, que formulou o contrato social com um pacto de completa sujeição a um soberano absoluto. LOCKE sustentou que os homens, estabelecendo uma autoridade política, conservam aqueles direitos naturais de vida, liberdade e propriedade (não raro agrupados por esse filósofo num conceito unido de propriedade), que lhes pertenciam na fase pré-política”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 60.

<sup>756</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Um complemento necessário para a filosofia jurídica de JOHN LOCKE foi oferecido pelos ensinamentos de um nobre francês, o barão CHARLES LOUIS DE MONTESQUIEU (1689-1755). LOCKE expusera uma clara e sólida teoria do direito natural mas deixara de elaborar um sistema político pelo qual a observância da lei da natureza pudesse ser efetivamente assegurada. MONTESQUIEU concordava com LOCKE em que a liberdade humana era o alto objetivo a ser alcançado numa nação, porém a sua preocupação com a liberdade manifestou-se não tanto na sua filosofia do direito natural quanto na sua tentativa de conceber um sistema de governo no qual a liberdade pudesse ser conseguida e assegurada da maneira mais prática e eficiente”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 62-63.

<sup>757</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Por el contrato, el hombre transfiere sus derechos naturales a la comunidad y ésta se los devuelve en forma de derechos civiles, quedando en consecuencia subordinado, no a ningún individuo, sino a la voluntad general (volonté générale), que se convierte en su verdadero soberano”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 101.

<sup>758</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A vontade geral é a idéia central da filosofia de ROUSSEAU, porém o sentido integral da expressão está longe de ser claro, e tem sido objeto de intermináveis discussões e controvérsias. ROUSSEAU afirmou que a vontade geral é “sempre certa”, embora o juízo que a oriente possa não ser sempre esclarecido. Quereria ele dizer que a maioria à qual se confiava a execução da vontade geral era infalível, jamais cometia erros, sendo incapaz de vilipendiar os direitos de uma minoria? A resposta deve ser procurada, em parte, na identificação, que fez ROUSSEAU, da vontade geral com o bem comum. Pelo menos num estado bem governado, a

da maioria, em face dos critérios referidos, não poderia ser limitada, com o que permitiria, em tese, a instalação da tirania da maioria<sup>759</sup>, a qual não poderia ser antevista pelo teórico em face da sua concepção benevolente de homem e de governança. Aliás, é possível notar a crítica à democracia representativa, inclusive a função estatal mais destacada da Inglaterra, qual seja o parlamento, seria promovedor de uma escravidão por via transversa, pois a liberdade haveria para a escolha dos integrantes, mas faltava o controle de seus atos após, com o que sugeriu que todas as leis deveriam passar pelo crivo da coletividade, de onde pode ser concluída a defesa da democracia direta<sup>760</sup>, sem prejuízo de posicionamentos divergentes, considerando que o parlamento, agindo com a razão sempre atentaria para os direitos naturais. Contudo, o legislativo seria um poder absoluto e sem controle, com o que poderia até ir contra o Direito Natural, confortando a onipotência do legislativo e do direito formal<sup>761</sup>.

---

vontade geral age promovendo o bem-estar de todos; embora ROUSSEAU admitisse a possibilidade de um estado fraco, em que os interesses particulares preponderassem sobre o bem comum ou o suprimissem. As conclusões a que chegou ROUSSEAU podem também em parte ser explicadas pela sua concepção otimista do homem em estado originário e das possibilidades de aperfeiçoamento da sua natureza por meio dos ensinamentos morais e da educação política. Esse otimismo levou-o à crença de que a maioria se predisporia a exercer o seu julgamento de maneira esclarecida e racional, e de que deveriam ser considerados em erro os que se opusessem à opinião dela". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 69-70.

<sup>759</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Não pode haver dúvida de que a teoria de ROUSSEAU conduzirá facilmente a uma democracia absoluta em que a vontade da maioria não esteja sujeita a quaisquer limitações. Ele não oferece garantia alguma contra a onipotência do soberano nem qualquer garantia de lei natural, a não ser a sabedoria e a abnegação da maioria. O próprio ROUSSEAU estava convencido de que não haveria conflito entre a liberdade individual e a autoridade coletiva num estado bem governado mas é muito duvidoso de que estivesse certo nessa sua presunção. Um sistema social baseado na onipotência da vontade geral representa certo perigo, pois contém uma forma de despotismo que TOCQUEVILLE descreveu como sendo a 'tirania da maioria". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 71.

<sup>760</sup> BODENHEIMER, Edgar: "ROUSSEAU, em contraste com MONTESQUIEU, não forneceu elementos para um sistema de governo em que os três poderes sejam separados, independentes e iguais. No esquema político por ele defendido, o Poder Legislativo é superior aos outros dois poderes. Dêle é investido o povo em geral, e não um organismo representativo, como uma assembléia ou parlamento. "Desde o momento em que o povo concorda em ser representado, ele já não tem liberdade". ROUSSEAU chega ao extremo de sustentar que uma lei não ratificada pelo povo em geral é nula ou como se fôsse inexistente. Em consequência dessas opiniões, chegou ele à conclusão de que a nação inglesa, com o seu sistema representativo de governo, não era uma nação livre". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 70.

<sup>761</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Noutro trecho dos seus Comentários, BLACKSTONE admite claramente que nenhuma autoridade pode impedir que o Parlamento elabore leis contrárias à lei da natureza. "O poder do Parlamento", reconheceu ele, "é absoluto e sem controle". Essa doutrina prevalece na Inglaterra ainda hoje. Suas implicações são óbvias: ela confia o respeito aos direitos naturais do homem à sabedoria parlamentar, na esperança de que os ditames da razão e o espírito de justiça ajam como freios morais sobre a onipotência do legislativo". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 72-

Por fim, Kant, agregou vários desses pensamentos, como o da legalidade, com a supremacia absoluta do Direito produzido legislativamente, com o que defende a prevalência do Poder Legislativo, reconhecendo a indispensabilidade de poderes, em face de Estado minimalista sem deveres para com os súditos, mas detentor de todos os direitos, preparando o terreno para a Modernidade e positivismo<sup>762</sup>. Entrando na Modernidade o dilema do subjetivismo persistiu. Num primeiro momento crendo na solução discricionária, em face do reconhecimento de que as regras não podem contemplar todos os casos<sup>763</sup>, onde, inclusive, há defesa que na referida abertura o preenchimento decorre pelo Direito Natural, inclusive, em relação a Hans Kelsen, um

---

73.

<sup>762</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Segundo KANT, a única função do estado é garantir o cumprimento da lei. Conseqüentemente, êle definiu o estado como “uma união de vários homens sob leis jurídicas”. O estado não deve interferir desnecessariamente na atividade dos seus cidadãos, nem zelar paternalmente pelos seus interesses e pela sua felicidade pessoal; deve limitar-se a proteger-lhes os direitos. A fim de evitar a implantação de um regime despótico, KANT exigiu a separação dos poderes do estado. O legislativo deve pertencer ao povo; se confiado ao ramo executivo do govêmo redundará na tirania. O Poder Judiciário dará a cada um o que lhe pertence, por lei. Mas o judiciário kantista não tem o direito de examinar a legitimidade da lei. Assim, a liberdade e os direitos do homem são, na teoria de KANT, garantidos unicamente pela vontade de uma maioria legislativa. Essa vontade, disse KANT, é irresistível, sejam quais forem as circunstâncias; e também não existe o direito de rebelião contra a tirania do executivo, em seu esquema político. “O Poder Supremo, no Estado, só tem Direitos, e não Deveres (compulsórios) para com o súdito”. É dever do povo suportar os abusos e as iniquidades do poder supremo, ainda que se tomem insuportáveis; porque o soberano, sendo a fonte de tôda lei, não pode fazer mal a si mesmo. E, assim, atribuindo fôrça obrigatória unicamente à lei positiva, KANT preparou o terreno para o advento do positivismo na ciência do direito”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 80/81.

<sup>763</sup> ENGELMANN, Wilson: “Em Herbert Hart, guardadas as devidas distinções, buscam-se postulados semelhantes aos perseguidos por Hans Kelsen. Para Hart o Direito é vislumbrado através da união das regras primárias com as regras secundárias. As regras primárias são aquelas que determinam a ação ou abstenção do homem. A esse conjunto – a partir da passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico – são agregadas as regras secundárias, responsáveis pela eliminação de algumas deficiências provocadas pela existência exclusiva das primeiras. Assim, para a identificação do caráter jurídico das regras é criada a chamada “regra de reconhecimento”, o que acaba eliminando a incerteza decorrente da existência exclusiva das regras primárias. Ao lado dessa, são introduzidas as “regras de alteração”, esclarecendo a autoridade e as formas para a modificação das regras primárias já existentes, bem como a criação de regras primárias novas. Para o caso de violação das regras primárias, são idealizadas as “regras de julgamento”. A regra de reconhecimento aparece como a regra mais relevante da proposta hartiana. Essa regra de reconhecimento não se encontra enunciada de forma expressa, mas se manifesta através da aceitação prática, identificada pela atividade dos tribunais e outros funcionários. Isso faz nascer o ponto de vista interno do sistema, onde a regra de reconhecimento é a responsável pela identificação do caráter jurídico das demais regras que integram o sistema jurídico. Sob outro ângulo, ou seja, do ponto de vista externo, a regra de reconhecimento aparece como a constatação de que os outros aceitam a sua existência. A validade da norma jurídica depende, assim, da sua relação com a regra de reconhecimento. Já a eficácia não é considerada como um fator muito relevante, posto que está circunscrita ao respeito das regras. Dessa forma, a eficácia não é condição de validade, a não ser que tal critério seja incluído na regra de reconhecimento. Apesar dessas cautelas, haverá determinados casos não contemplados pelas regras. Tal situação deverá ser resolvida através da discricionariedade judicial, na medida em que existe, na estrutura das regras, outra possibilidade”. *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 163-164.

dos grandes nomes, senão o maior nome do direito analítico, Reale enxerga a relação do Direito Natural com a norma fundamental<sup>764</sup>. E, num segundo momento, a aposta contra o imobilismo e incompletude do sistema de regras passou a ser nos princípios<sup>765</sup>, de modo a permitir o aperfeiçoamento do Direito<sup>766</sup>. Ou seja, a inexecuibilidade do desejo positivista originário de completude legal foi substituída pelo objetivo de integração judicial<sup>767</sup>. Disso, é possível notar vários elementos de

---

<sup>764</sup> REALE, Miguel: “A tomada de posição de Herbert Hart a respeito do Direito Natural confirma a atualidade do tema ora versado, mostrando o papel que a idéia jusnaturalista desempenha mesmo no seio de correntes de pensamento de marcado cunho empiricista, admitindo-se um *minimum* de Direito Natural, correspondente a exigências éticas que se tornaram “truísmos”, dada a universalidade de seu reconhecimento. Mais significativa é, porém, a colocação do problema por Hans Kelsen em passagem bem pouco lembrada da sua *General Theory of law and State*, onde o grande crítico do jusnaturalismo escreve textualmente: “A norma fundamental (*Grundnorm*) foi aqui descrita como o essencial pressuposto de qualquer conhecimento jurídico positivo. Se alguém quiser considerá-la como um elemento de uma doutrina do Direito Natural, a despeito de sua rejeição de todo e qualquer elemento de justiça material, bem pequena objeção poderá ser oposta”. Após insistir que a norma fundamental, como norma transcendental, “não é dado da experiência, mas condição de experiência. Kelsen chega a admitir que “a teoria da norma fundamental pode ser considerada uma doutrina do direito natural na direção da lógica transcendental de Kant” (*in keeping with Kant’s transcendental logic*). Antes ele relacionara o *minimum* de metafísica possível ao conceito de condição transcendental a priori de possibilidade da experiência) com o *minimum* do Direito Natural, sem o qual nenhum conhecimento do Direito seria possível”. *In: Direito Natural/Direito Positivo*. Saraiva: São Paulo, 1984. p. 1/2.

<sup>765</sup> ENGELMANN, Wilson: “Constatou-se que os princípios são uma parte importante na formação da estrutura do sistema jurídico. Na busca de sua definição, restou sublinhado que os princípios, ao lado das regras, são espécies do gênero norma jurídica. Dentro dessa linha de idéias, não se pode ignorar que os princípios representam o ponto de partida para a construção das regras. Com tal contorno, servem de base, em especial, para a elaboração das decisões judiciais, onde os princípios poderão ser moldados no confronto com as características peculiares do caso concreto”. *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 164.

<sup>766</sup> ENGELMANN, Wilson: “Com esta postura, o raciocínio jurídico não poderá mais ignorar e rechaçar a presença dos princípios no sistema jurídico, que nem sempre são encontrados expressos em regras jurídicas, mas, particularmente, comprometidos em aperfeiçoar e atualizar o Direito aos novos desafios propostos pela conduta dos homens em sociedade. Para tanto, os padrões de segurança e previsibilidade considerados previamente, deverão ser substituídos por um modelo que reúna a decidibilidade, a atualidade e a confiabilidade da produção jurídica, não necessariamente definidos “prima facie”, mas assegurados por ocasião da solução do caso concreto, através da intervenção hermenêutica ilustrada dos princípios”. *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 168.

<sup>767</sup> GUASTINI, Ricardo: “Deve-se observar, antes de tudo, que essa tese não é adequada para fundamentar a completude do ordenamento jurídico. Na realidade, essa tese admite a incompletude do direito (ou, ao menos, a incompletude da lei), afirmando ao mesmo tempo que o direito é, a despeito disso, sempre completável da parte dos juízes por meio da interpretação (de uma interpretação criadora, ou integradora). A tese em questão, além disso, supõe tacitamente que os ordenamentos jurídicos sejam totalidades coerentes, que todas as normas particulares de um ordenamento estejam fundadas numa doutrina ético-política unívoca e imutável. De fato, se o direito não fosse coerente, seria perfeitamente possível elaborar, a partir das normas existentes, uma pluralidade de princípios incompatíveis entre si, e destes depois extrair soluções diferentes para uma mesma controvérsia. Esta doutrina, portanto, negligencia o fato de que todo ordenamento jurídico é o resultado de uma multiplicidade de doutrinas e de orientações políticas absolutamente distintas e conflitantes”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 182.

temas que nos dias de hoje ainda são de extrema importância, todos eles vinculados à construção da Modernidade e do positivismo, baseados no individualismo-contratualismo propiciadores de uma perseguida suposta isonomia e segurança jurídica<sup>768</sup>.

Em uma perspectiva mais recente, na tentativa de disfarçar a dualidade mencionada, retirando do Direito Natural o seu caráter corretivo extrínseco, responsável por todos os efeitos democraticamente indesejáveis referidos acima, passou a ser defendido que o Direito Natural consistiria em um elemento ético que comporia o mundo do Direito, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, seria um critério corretivo do Direito, portanto externo a ele, baseado na isonomia material, na equidade, utilizável na aplicação do caso concreto. Tenta, pois, assumir uma condição mais distante da origem sofista e platônica da dualidade de mundos, deixando de admitir o mundo da cultura e o mundo natural sofista, bem como o mundo político e o mundo natural platônico, estudados e admitidos por Tomás de Aquino, na primeira versão da proposta de direito natural, para propor a correção intrínseca ao Direito. Para tanto, engendra a admissão no Direito de uma justiça ética, com a aplicação das leis nos casos concretos guiada pelo critério da equidade<sup>769</sup>. Todavia, a ilusão é

---

<sup>768</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “A idéia de contrato, pois, preside toda a construção da modernidade e do Direito moderno. O modelo contratualista passa a apresentar a sociedade/Estado como uma criação artificial da razão humana por meio do consenso entre os indivíduos, marcando o fim do Estado natural e o início do Estado Social e Político. O Direito, nessa perspectiva, surge como decorrência da construção do ser artificial do Estado, e só existe como “ente estatal”. Isso irá apresentar um problema relativo à construção da ordem jurídica, isto é, de uma normatividade própria ao Estado Civil, seja pelo resguardo dos direitos naturais preexistentes e mantidos pelos cidadãos na saída pactuada do Estado da Natureza (Locke), seja pela imposição de uma ordenação construída pelo Soberano de Hobbes. O contrato, na escola natural, foi o fundamento de todo o Direito, fornecendo a solução do problema básico da filosofia jurídica individualista, ou seja, o problema de saber como é possível que o Direito, que foi inventado para servir exclusivamente aos indivíduos, pode também obrigá-los e vinculá-los ao mesmo tempo. É a idéia de que fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano sobre um contrato celebrado entre seus membros é suficiente para poder apresentar toda a obrigação como uma ‘auto-obrigação’”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45-46.

<sup>769</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Advertimos en Aristóteles la colocación del tema de la justicia en el plano ético y no en el político, donde la había situado Platón. La justicia es algo entendido como propiamente ético, como un problema estrictamente jurídico, destacándose por primera vez la nota de alteridad, que luego será considerada como un dato diferencial en el mundo de la formación jurídica. Incursiona también Aristóteles en el campo de la aplicación a lo concreto y real de las leyes abstractas y genéricas, señalando la necesidad de recurrir a un enmendador de la justicia, que es la equidad. La equidad es en Aristóteles un correctivo, idea ésta que no se mantiene en el pensamiento posterior, pero cuyo concepto mantiene, cuando enseña que es el criterio que debe regir la aplicación de las leyes genéricas adaptándolas a las singularidades de los casos particulares. Las leyes son formales y abstractas y en su aplicación requieren una maleable adaptación que permita atender a las específicas particularidades casuísticas”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 57.

desfeita na medida em que padece do mesmo mal das teorias tradicionais do Direito Natural em face da ausência de critérios racionais jurídicos para a correção através do Direito Natural, ou na terminologia da corrente mais recente, inexistem igualmente critérios de racionalidade jurídica para aferição da adequada introdução de elementos éticos no Direito, a partir da “aplicação” do Direito.

Então, um dos caminhos vistos passa pela concepção mencionada de que a legislação posta pelo Estado parte do Direito Natural, admitindo, sem dúvida, exceções<sup>770</sup>. A propósito, não há uma ferrenha oposição entre Direito formal e Direito Natural. Muito antes o contrário, a partir do momento em que o elemento racional foi introduzido na concepção do Direito Natural surgiu o intuito de formular todas as leis necessárias que contemplassem o Direito Natural, com o que o próprio movimento codificador parte da referida premissa<sup>771</sup>.

A referida historicidade e desenvolvimento trabalhado fazem ressaltar que o Direito Natural, desde os primórdios, e inevitavelmente possui um interessante carácter de enfrentamento de crise (jurídica, social e filosófica) em qualquer contexto espacial humano<sup>772</sup>. Não é diferente no enfrentamento da crise atual, onde novamente está se

---

<sup>770</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “O privilégio é uma faculdade constante concedida pelo monarca para se fazer alguma coisa já contra, já além da lei. Dizemos contra a lei, tôdas as vêzes que concede o que não é concedido a todos por lei alguma. Distingue-se da dispensa em que esta é sempre uma relaxação da lei, o privilégio não sempre. A dispensa é para um só caso, o privilégio para todos ou ao menos para quantos acontecerem no espaço de certo tempo. O privilégio é uma lei privada. Daqui vem que êle só poderá ser concedido por aquêle que tiver o poder de legislar”. In: **Tratado de Direito Natural. Cartas sôbre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos**. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p.148.

<sup>771</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Outro resultado prático da filosofia do direito natural foi um poderoso movimento em prol da legislação. Os advogados da lei da natureza acreditavam que, mediante o simples uso das suas faculdades racionais, os homens seriam capazes de descobrir um sistema jurídico ideal. Era, pois, natural que se esforçassem para elaborar de maneira sistemática tôdas as várias regras e todos os princípios do direito natural, incorporando-os num código. Daí o movimento em favor da legislação surgido aí por volta de meados do século XVIII. Seu primeiro fruto foi o código de FREDERICO, o Grande, da Prússia (o *Allgemeines Landrecht*, promulgado em 1794, no reinado do sucessor de Frederico), que continha importantes subsídios da filosofia jurídica paternal e benévola de CHRISTIAN WOLFF. Uma das maiores realizações desse movimento foi o Código de NAPOLEÃO, editado em 1804 e ainda hoje em vigor na França. A Áustria adotou o seu código em 1811. Marcos posteriores fincados na estrada da codificação forma o Código Civil alemão de 1896 e o Código Civil suíço de 1907. Todos êsses códigos, concedendo uma certa dose de liberdade, igualdade e segurança a tôdas as pessoas dentro do seu campo de incidência, concretizaram e deram eficácia a alguns dos postulados elementares da escola clássica do direito natural”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 74/75.

<sup>772</sup> WIEACKER, FRANZ: “No entanto, o direito natural, na sua compreensão mais geral, constitui não apenas uma questão histórica concreta do mundo antigo-ocidental, mas também um problema filosófico – a permanente questão do homem teórico acerca do carácter real da sociedade e do direito, desde que ele os confronte, justifique ou condene em face de um projecto espiritual. Ele encontra-se em quase todas as grandes culturas conhecidas como padrão da crítica do direito; assim, por exemplo, também nos clássicos chineses da moral social. Do mesmo modo que o direito

buscando um afinamento com os novos interesses sociais através do subjetivismo heróico, especialmente no subjetivismo judicial, a pretexto, quando muito, de alcançar os objetivos democráticos, na linha da evolução traçada por Bodenheimer a respeito do Direito Natural clássico, na confiança do governante sábio conhecedor do Direito Natural, em um primeiro momento, com o protagonismo do governante administrador, depois na tripartição dos poderes, confiando em leis impeditivas do desrespeito ao Direito Natural, com prevalência do legislativo, e, por fim, na aplicação dos princípios democráticos, fazendo imperar a vontade da maioria, porta-voz do Direito Natural, onde se agiganta a figura do judiciário. Assim, há, na atualidade, com vinculação mais ou menos aprofundada com as correntes do Direito Natural clássico/divino<sup>773</sup> ou suas variantes, a crença em uma luz no fim do túnel para o enfrentamento da crise jurídica atual fundada no arbítrio judicial<sup>774</sup>. Porém, não é comungado do entendimento na

---

positivo se encontra sempre ligado a condições materiais de existência, tais como a história, o poder, o costume, os interesses, os usos e os padrões sociais, também o poder de atracção do direito natural representa uma exigência em relação à realidade. Para o homem filosofante, esta necessidade representa pura e simplesmente um dado. No entanto, ela só adquire influência social quando se liga com uma sensibilidade jurídica desperta por parte de grupos sociais que se ergam contra a imposição ou o costume injusto (sob a forma de direito positivo) ou que procurem num abalo geral do corpo tradicional do direito uma nova legitimação do direito recebido por tradição.” *In: História do Direito Privado moderno*. 2ª edição. Lisboa: Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 289.

<sup>773</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “Distingue-se a lei do privilégio, porque ainda que o privilégio seja uma lei, é contudo uma lei particular e esta um preceito universal. Distingue-se do pacto porque ~este carece do consentimento de todos os contraentes e a lei somente da vontade do superior. Distingue-se enfim do direito, enquanto é uma faculdade que compete à pessoa para poder obrar ou não obrar, porque o direito faculta ao homem o poder obrar, a lei restringe aquela liberdade natural e lhe põe necessidade. Daqui vem que pode qualquer renunciar o seu direito, mas não a lei”. *In: Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos*. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p.130.

<sup>774</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Três períodos podem ser assinalados na evolução da filosofia do direito natural clássico. Êsses períodos correspondem, pouco mais ou menos, a três estágios sucessivos no desenvolvimento social, econômico e intelectual dessa época. O primeiro estágio no processo de emancipação da teologia medieval e do feudalismo, verificado após o Renascimento e a Reforma, foi marcado pelo advento do Protestantismo, em religião, por um absolutismo esclarecido, na política, e pelo mercantilismo no campo da economia. A esse período que na Alemanha se prolongou por mais tempo que nos países da Europa ocidental, pertencem as teorias de GROTIUS, HOBBS, SPINOZA, PUFFENDORF e WOLFF. Sinal inconfundíveis das teorias desses pensadores é que a garantia última da observância do direito natural se encontrará sobretudo na sabedoria e no autodomínio do próprio governante. O segundo estágio, que começou aproximadamente com a Revolução Puritana inglesa de 1649, foi assinalado por uma tendência para o liberal-capitalismo em economia, e pelo liberalismo na política e na filosofia. As doutrinas de LOCKE e MONTESQUIEU foram expressões características dessa época, que buscava garantir, mediante uma separação dos poderes, os direitos naturais do indivíduo contra a sua indébita usurpação pelo govêrno. O terceiro estágio se caracterizou por uma acentuada crença na soberania popular e na democracia. O direito natural foi confiado à “vontade geral” e à decisão majoritária do povo. O mais destacado representante desse período foi o pensador político francês JEAN-JACQUES ROUSSEAU. O terceiro estágio na evolução da escola do direito natural causou profundo impacto no desenvolvimento político e constitucional da França, enquanto que o segundo veio a predominar nos Estados Unidos da América”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 48-49.

tese, pois, como referido é a única luz positivista, mas não a melhor, em face da perspectiva pós-positivista sugerida, permissora do enfrentamento da imobilidade do Direito sem abrir mão de sua autonomia.

### 3.2.1 Evolução do Direito Natural – admissão da correção extrínseca do Direito

Revelado o combate da estagnação jurídica propiciadora de injustiças pelo Direito Natural, mostra-se conveniente uma explicação com mais profundidade a respeito do problema da correção extrínseca do Direito pregado pelas correntes jusnaturalistas. O fator de correção externo acaba permitindo o arbítrio indesejado no ordenamento jurídico, pelo menos naquele que tem o objetivo democrático. Na realidade, todas as propostas positivistas acabam esbarrando no mesmo problema do arbítrio antidemocrático. De forma mais velada, através de métodos interpretativos, supondo alcançar o sentido da lei de forma objetiva, o que, na realidade, vela o subjetivismo ou, de forma mais sincera, admitindo o decisionismo como no Direito Natural. Portanto, desde o Medievo até os dias atuais, todas as produções pré-positivistas e positivistas, de forma mais ou menos reconhecida, abraçam o subjetivismo, possuindo, assim, o mesmo calcanhar de Aquiles antidemocrático. A propósito, sequer adianta a tentativa racionalista-iluminista de fazer coincidir, através da lei, o direito objetivo com o Direito Natural, que supostamente lhe outorgava legitimidade<sup>775</sup>, posto que acaba recaindo no criticado imobilismo. Ou seja, não havia escapatória para a correção extrínseca do Direito.

Retornando ao Medievo, é verificável que todas as conhecidas grandes produções sociais estavam impulsionadas pelo poder político da igreja, pela promessa da perfeição celeste em face do comportamento subserviente na Terra, onde é possível enxergar a dualidade de mundos da concepção metafísica socrático-platônica, primando pela preponderância do coletivo sobre o individual, restringindo, portanto, liberdades e direitos individuais<sup>776</sup>. Não só isso, mas também somado o fato de que há uma fragmentação política, jurídica e social do que se tinha no Império Romano, permitiu a consolidação, no Medievo, especialmente, de uma produção jurídica consuetudinária inexistente até então. Configura-se o que Grossi denomina

---

<sup>775</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “A lei, no Direito da modernidade, dispunha acerca de uma relação justa e boa. O Direito moderno devia prover o cumprimento das leis naturais do mundo. As leis humanas, escritas ou não, encontravam-se determinadas em seu conteúdo pela adequação ao Direito natural que, na realidade, lhes outorgava o verdadeiro sentido de juridicidade”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 43-44.

<sup>776</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Toda la construcción del utópico trazado platónico está elaborada teniendo en cuenta un fundamental primado de la colectividad sobre el individuo, lo cual lleva, talvez impensadamente, a una a veces exagerada restricción de las libertades individuales” *In: Manual de filosofía Del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 54.

de reicentrismo, que se traduz na atração da coisa, e o costume não deixa de ser uma normativa da coisa, dos fatos, como os agrupamentos sociais, sem descuidar das particularidades de cada cosmo de agrupamento, tudo em detrimento do reconhecimento de direitos de um eu individual<sup>777</sup>. Com a formação do Estado em sua primeira conformação, estabelecido um ordenamento jurídico, de origem formal, por ser a lei preferível ao domínio pelo homem, na medida em que a retrataria a preferência da razão à emoção, em consonância com o pensamento aristotélico, não deixou de ser reiterado o pensamento platônico da confiança em um filósofo governante, em um ser com atributos quase divinos responsável não só pelo governo, como também pela criação das leis<sup>778</sup>. Em consequência, tanto no sistema feudal como no Estado autoritário, de regra, o arbítrio do detentor de poder, não raro atentando contra o que em momento posterior foram reconhecidos como direitos individuais, era eclipsada pela metafísica da vontade divina do governante e/ou pelo

---

<sup>777</sup>GROSSI, Paolo: “O reicentrismo medieval gera inevitavelmente aquela mentalidade difusa que em outra ocasião chamamos didaticamente de “atração do real”: a coisa, protagonista na esfera cósmica e econômica, subordina a si, às suas regras, todas as existências que gravitam ao seu redor; a coisa quase munida de um magnetismo jurídico muito intenso, não permite autonomias em sua órbita, mas atrai para si todas as situações. O direito tem inevitavelmente uma dimensão consuetudinária, pois o costume é, por sua própria natureza, uma normativa da coisa, ou seja, é proveniente da coisa: fato natural entre fatos naturais, é no real que ele prospera e do real pode projetar-se para o alto e tornar-se norma de uma comunidade humana, mas sua origem permanece factual, particular, diz respeito às estruturas, nasce das bases. O particularismo jurídico do primeiro período medieval, ou seja, a extrema fragmentação até mesmo espacial do direito, justifica-se nessa incontrolada exuberância consuetudinária. Sem um controle do alto, cada coisa – entendendo-se por “coisa” não uma res mobilis efêmera, mas uma realidade fundiária dotada de força incisiva própria no tecido sócio econômico – tende a exprimir sua normativa, a se diferenciar e a se particularizar. As fontes falam à exaustão de *consuetudo regionis*, *consuetudo loci*, *consuetudo terrae*, *consuetudo fundi*, *consuetudo casae*, quase a nos mostrar que os usos, inscritos na terra com trama muito ramificada; chegam a isolar não apenas uma região, mas até mesmo uma empresa agrária de outra; cada terra, cada unidade agrária almeja uma norma própria. Eis um primeiro dado que merece destaque: a atração do real envolve integralmente o direito, que se torna uma competência da terra. Mas não é só isso; essa atração, esse magnetismo, é tão forte a ponto de condicionar todos os sujeitos que se encontram no raio de sua órbita, de incidir maciçamente no status de tais sujeitos”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 118-119.

<sup>778</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Leis bem formuladas, disse ARISTÓTELES, devem ser o supremo soberano; tais leis devem ser soberanas para todas as questões, apenas podendo prevalecer a determinação individual (isto é, executiva) nos casos em que a lei não possa conter um mandamento de ordem geral. De modo geral, ARISTÓTELES achava que “o domínio da lei é preferível... ao do cidadão individualmente considerado”. Conquanto concordasse com PLATÃO em que, se houvesse no Estado um homem de extraordinária preeminência de virtudes e de capacidade política, esse deveria ser o governante perpétuo, ele insistia em que até mesmo esse homem “quase divino” haveria de ditar leis, devendo haver um corpo de leis mesmo no Estado governado por tal homem. “Quem ordena que reine a lei, deve portanto, ser interpretado como ordenando que só Deus e Araão governem; quem manda que um homem reine salienta o seu caráter animalesco. O apetite tem esse caráter; e a paixão também perverte os detentores do poder, ainda que sejam os melhores cidadãos. Assim, podemos definir a lei como sendo: a razão liberta de qualquer paixão”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 24-25.

respeito da realidade natural do direito, cumprindo ao príncipe zeloso fazer aflorar aquele Direito anterior superior<sup>779</sup>. A propósito, o que se produziu pelo Direito desses séculos, ainda está muito longe de ser considerado Direito individual, nos moldes do que será trabalhado adiante na tese e igualmente diferente do que ocorria no Direito Romano, com o reconhecimento, por exemplo, da proteção individual relacionada ao *dominium, possessio, detentatio*<sup>780</sup>, que não podia deixar de ter reconhecida uma artificialidade antropocêntrica na visão medieval<sup>781</sup>. Não sem muito esforço, eram reconhecidos *usus e consuetudines* limitadoras dos poderes do senhor, mas não em face de um direito subjetivo, mas sim pelo uso favorável da terra<sup>782</sup>, tudo de

---

<sup>779</sup>GROSSI, Paolo: “O príncipe *aequus* aparece, então, como um leitor – e leitor respeitoso – da grande realidade natural onde o direito está escrito, e onde espera ser apreendido por olhos atentos; o príncipe aparece como aquele que não cria o direito, mas o diz: *ius dicit*; e aflora aquela noção fundamental de *iurisdictio* – fundamental para todo o universo medieval – que vê o príncipe como intérprete de uma dimensão preexistente e sobreordenada, e que identifica o seu poder no plano jurídico como predominantemente interpretativo. Sob o mar perenemente agitado dos acontecimentos cotidianos estão as águas profundas, mas calmas – e calmas porque profundas – da tranquilidade jurídica. É a plataforma constitucional do costume, fato primordial, segunda natureza, por vezes – mas em mínima parte – expresso pela palavra escrita e transformado em *lex* por obra de um príncipe zeloso; com mais frequência conservado no estado original de trama invisível, mas onipresente e imperiosa, na qual estão imersos homens e coisas”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 117.

<sup>780</sup>GROSSI, Paolo: “O sistema, que precipitadamente queremos qualificar como clássico, edificara-se de maneira individualista exatamente sobre a vontade do sujeito agente, com um observatório sempre voltado do *ex parte agentis*. É o que demonstra a tripartição fundamental em que os romanos esquematizaram o mundo do real: *dominium, possessio, detentatio*. O *dominium* é a soberania individual, é a vontade potestativa exclusiva à qual o Estado dá o máximo relevo, respeitando e tutelando a independência e a liberdade de ação do *dominus* e demonstrando, assim, que o macrocosmo estatal assumia cada um dos microcosmos proprietários como eixos fundamentais da própria ordem; a *possessio* é uma relação de fato com a coisa que, todavia, encontra sua especificidade na psicologia da apropriação que caracteriza essa relação; a *detentatio* é um fato, um mero fato, pois – no que diz respeito à coisa – é apenas contato, familiaridade, uso, gozo; e como mero fato, diferentemente das duas primeiras afirmações de vontade, esta condenado ao exílio da irrelevância”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 122.

<sup>781</sup>GROSSI, Paolo: “Depois do que dissemos um pouco mais acima, é evidente que a nova civilização jurídica não pode deixar de perceber como artificial essa esquematização tão antropocêntrica e só pode rejeitá-la. O primitivismo protomedieval deverá, necessariamente ser pouco sensível a manifestações de vontades “soberanas” ou a titularidades formais sobre a coisa, e, ao contrário, muito sensível e disponível em relação a situações factuais – contato, familiaridade, uso, gozo – que implicam “participação” entre homem e terra”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 122-123.

<sup>782</sup>GROSSI, Paolo: “A atração do real, e sobretudo a identificação extremamente relevante do costume como voz do real, levará, com o passar do tempo, a mudanças semânticas dos termos *usus e consuetudo*, mudanças que são bastante significativas para o historiador do direito: *usus e consuetudines* irão designar o montante dos serviços ou os encargos tributários devidos por longo tempo, consuetudinariamente, pelos habitantes de determinada terra, *usus e consuetudines* irão designar as liberdades arduamente conquistadas aos senhores pelo povo de determinada terra, agora consuetudinariamente adquiridas e funcionado – enquanto usos – como limites aos poderes do senhor. Mas devem-se evitar exageros risíveis a esse respeito; não se trata de direitos essenciais da pessoa, e sim, mais modestamente, do reconhecimento de que, numa determinada terra, foi amadurecendo um certo uso favorável – e o reconhecimento cabe efetivamente aos *homines terrae* -, de modo a fazer compreender que o importante são só acontecimentos duradouros numa terra, e que os *homines* lá residentes deles se beneficiaram de maneira totalmente indireta”. In: **A ordem**

conformidade com o primado do objetivo e do efetivo em oposição ao subjetivo e formal. A coisa absorve o Direito e a conduta humana, do mesmo modo que o exercício da atividade sobre a terra, a realidade, ofusca o reconhecimento de direitos em seu caráter abstrato<sup>783</sup>.

Umbilicalmente vinculado ao natural estava o divino, tanto que Santo Agostinho, na primeira fase da Idade Média, por volta do século V, elaborou a classificação de lei eterna, lei natural e lei positiva, reconhecendo um vínculo e uma hierarquia entre elas. Surgia, desse modo, vigorosamente a defesa da supremacia do divino. A lei eterna era de origem divina, a lei natural surgia da manifestação da consciência humana, da conduta e da vontade, mas que tinha na intimidade o dedo divino<sup>784</sup>, com o que somente o cristão poderia ascender à formulação da lei natural e das duas anteriores surgia a lei positiva<sup>785</sup>. De forma não muito distante Santo Isidoro também pregava, no século VII, a supremacia da ordem natural das coisas, a supremacia da justiça e equidade presentes na natureza, que seriam autênticas em

---

**jurídica medieval.** São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 120.

<sup>783</sup>GROSSI, Paolo: “No pano de fundo desse primado do objetivo e do efetivo, que se afirma e se consolida cada vez mais, está o triunfo e o império das situações ligadas à efetividade. Enquanto as titularidades abstratas são depreciadas e marginalizadas, todo exercício sobre a coisa – desde que dotado de um mínimo de autonomia, isto é, desde que seja uma situação dotada de verdadeira efetividade – encontra aí sua revalorização. Ou antes, todo exercício, ao longo do tempo, adquire uma força tal que lhe permite uma nítida incidência no plano do direito até aquele zeloso território do jurídico que é a “realidade”: ou seja, todo exercício, quase como expressão das mais recônditas exigências econômicas da coisa, tende a se enraizar nela, a se compenetrar com ela numa única realidade vital. Do ponto de vista jurídico, tende a deixar a esfera das relações pessoais e relativas e a “realizar-se”. O exercício de poderes sobre a coisa, da expropriação substancial, chega-lhe – ao menos em parte – também formalmente, e a diferença entre exercício e titularidade se ofusca, enquanto a ordem jurídica oferece ao sujeito que exerce o poder sobre a coisa, em nome de exigências objetivas superiores, a própria investidura da juridicidade”. *In: A ordem jurídica medieval.* São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 124-125.

<sup>784</sup>De modo a evitar qualquer confusão, é importante lembrar que, na linha do que foi dito anteriormente, a manifestação da consciência humana pressupunha uma revelação divina, um acesso direto à perfeição celestial, diferente, portanto, da racionalidade aristotélica tomista.

<sup>785</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “A respeito das considerações de Santo Agostinho sobre lei natural e lei positiva, convém lembrar que são retomadas a tradição da antiguidade clássica (os sofistas, Sêneca e Cícero) e as interpretações dos primeiros autores cristãos (São Paulo, Clemente de Alexandria, Orígenes, Tertuliano, Lactâncio e São Jerônimo). Superando o panteísmo greco-romano e a pouca sistematicidade de seus predecessores da patrística, o Bispo de Hipona, elabora uma doutrina unitária e coesa que permite harmonizar o cristianismo com as idéias de lei eterna, natural e humana. Desse modo, a lei primeira é a lei eterna que expressa a “razão divina e a vontade de Deus”. Já a lei natural que se manifesta na consciência, não é senão ‘a participação da criatura racional na ordem divina do universo (...). a lei eterna, que tem Deus por autor e se manifesta na intimidade da consciência humana como lei ética natural, é o fundamento das leis humanas ou temporais, de tal sorte, nada nessas é justo e legítimo, que não derive daquela. Em uma palavra: o Direito positivo se baseia no Direito natural, que por sua vez é um aspecto da lei eterna”. *In: O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Revista Crítica Jurídica.* Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 20-21.

razão dos fatos, e não como produto da vontade do homem ou do príncipe<sup>786</sup>. Em um segundo momento, com o descortinamento de uma nova fase da Idade Média, ocorrida entre os séculos XI e XIV, teve significativo papel o pensamento tomista-aristotélico. A partir de Tomás de Aquino, em que pese adotasse classificação próxima da agostiniana a respeito das leis (eterna, divina, natural, humana), reconhece, diferentemente da filosofia de seu antecessor, a primazia da razão sobre a vontade<sup>787</sup>. Porém, como não poderia deixar de ser na época, é buscada uma conciliação com o plano metafísico divino. Em sendo assim, pode ser dito que o destaque de sua Filosofia no Direito foi o não reconhecimento da influência divina para a elaboração da lei natural, permitindo a todos os seres humanos, portanto, tanto ao católico quanto ao pagão alcançarem, através da razão, a consciência da lei natural<sup>788</sup>. Perceptível que nessa época havia uma intensa relação do costume com o Direito Natural, tanto que o costume é posto como um pressuposto do Direito, da mesma forma que o Direito Natural. Porém, não se confundem na medida em que o costume é a combinação entre fatos naturais e vontade humana<sup>789</sup>, portanto, mutáveis e finitos, ao passo que,

---

<sup>786</sup>GROSSI, Paolo: “Se o bom príncipe deve ser *aequus*, não devemos esquecer em que, sobretudo, consiste essa equidade para a consciência medieval; como diz a opinião ingênua, porém sincera, de um de seus intérpretes mais aclamados, santo Isidoro, na primeira metade do século VII, *aequus* é “*secundum naturam iustus dictus*”, ou seja, é o justo segundo a natureza das coisas, na qual se afirma um dos fundamentos da visão medieval do direito, que será atuante e muito fértil também no segundo momento sapiencial, isto é, o da ligação indissolúvel entre equidade e natureza, o conteúdo naturalístico de uma equidade que seja realmente autêntica, a circunstância de estar escrita nos fatos e não na vontade dos homens nem mesmo dos príncipes.” *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 116-117.

<sup>787</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “Da confluência de elementos extraídos de Aristóteles, dos estóicos e de Santo Agostinho, Santo Tomás elabora uma notável e precisa filosofia político-jurídica da natureza das leis. O mérito de sua construção está na fundamentação racionalista da legalidade, e na sistematicidade e na distinção das leis em geral (lei eterna, lei natural, lei humana e lei divina). Para o autor da Suma Teológica, a razão adquire uma primazia sobre a vontade, impondo-se o intelectualismo helênico sobre o voluntarismo da metafísica paulino-agustiniana. Nesse sentido, o conceito de lei é formulado no âmbito do intelecto da razão. Ora, se “só a razão pode ser regra ou medida, e como a lei é regra e medida das ações humanas, é evidente que esta última há de depender da razão. Se, pelo contrário, definir a lei partindo da vontade não determinada pela razão, chega-se mais à injustiça do que ao Direito (...). a vontade é só o meio pelo qual a razão põe em vigor a realização de seus planos”. *In: O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Revista Crítica Jurídica*. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 24.

<sup>788</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “A lei eterna “é a razão suprema existente em Deus e está acima de todas as outras, regulamentando toda a ordem da criação divina, presidindo os fenômenos naturais e a existência humana. Estando além da natureza física do homem, este só poderá ter uma compreensão parcial da lei eterna mediante a faculdade da razão instrumentalizada na lei natural. A lei natural é a manifestação incompleta e imperfeita da lei eterna em todos seres humanos. A lei natural é reduzida pela razão, determinando a prática de atos virtuosos, sendo comum a todos, cristãos e pagãos”. *In: O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Revista Crítica Jurídica*. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 24.

<sup>789</sup>GROSSI, Paolo: “Certamente, o outro passo a ser ressaltado em relação ao rudimentar conceito protomedieval do costume como fato normativo consiste na acentuada insistência do elemento do consentimento, do *tacitus consensus* da comunidade como algo essencial, e numa distinção entre

como visto em São Tomás, o Direito Natural frutifica da razão. É possível afirmar que seria tida no Medievo, em face da força de Igreja, uma lei imediatamente abaixo da divina, indiretamente divina, na medida em que Ele constitui na essência da consciência humana (daí sua racionalidade humana concomitante com a influência divina), produtora da equidade, que aliás foi muito bem aproveitada pela Igreja<sup>790</sup>, mas onde, no cerne do Direito Natural, há uma essência imutável e perpétua, como garantia da verdadeira justiça<sup>791</sup>. Em sendo assim, na mesma medida que o Direito escrito é inferior ao Direito costumeiro, o último é subalterno ao Direito Natural. De qualquer modo, estão muito próximos e nessa linha da conciliação também houve uma tentativa em relação ao Direito costumeiro e o florescimento científico jurídico que era iniciado nessa mesma época, com destaque para código de Justiniano, que introduziu conteúdo científico na primeira *Summa Codicis*, especialmente na *Summa Trecensis*, redigida na primeira metade do século XII, que sem desmerecer a força do Direito costumeiro, não escrito, muito antes o contrário, reconhece a necessidade de amoldamento da lei escrita ao direito costumeiro, podendo, inclusive, ab-rogá-lo<sup>792</sup>.

---

*mores, usus, consuetudo* que já era comum na escola dos comentadores, o costume é *ius*, nasce daquele universo de fatos primordiais que são os costumes (*mores*) e os usos (*usus*), é indiscutivelmente o *causatum* dessa *causae*, mas é uma situação filtrada, e filtrada pela psicologia pertinente aos membros de uma comunidade. A causa do costume continua a ser identificada nos fatos, no entanto é o resultado de uma combinação de fatos naturais e vontade humana, um *causatum* mais complexo diante da simplicidade e da pluralidade de sua *causae*." *In: A Ordem Jurídica Medieval*. 1ª ed. Martins Fontes. São Paulo, 2014. p. 229/230.

<sup>790</sup>GROSSI, Paolo: "Assim foi: a equidade canônica é o edifício que nasce das pedras acumuladas pelos bolonheses; pedras, todavia, cimentadas e compostas numa arquitetura abrangente que as transfigura completamente. A equidade canônica assume, para sua construção, estímulos e materiais provenientes da análise jurídica e laica, mas os descaracteriza segundo suas finalidades específicas. É a *ratio peccati vitandi*, é o *periculum animae* que – não digo – legitimam, mas até exigem a *aequitas*; que impõem como princípio constitucional não escrito do direito canônico; que a constituem não como poder discricionário do juiz e do superior, mas como dever elementar e imprescindível. Nessa roupagem, a equidade canônica – realidade intangível, que pode talvez emergir à superfície das normas, mas que na maioria das vezes é latente, subjacente a toda a norma canônica, invisível porém bastante presente – é a verdadeira fonte do direito, a primeira fonte do direito por ser a própria voz da divindade. De fato, 'nihil aliud est aequitas quam Deus'". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 261-262.

<sup>791</sup>GROSSI, Paolo: "Dialética de contrários; o direito natural, instilado pelo próprio Deus desde o princípio dos séculos na essência da consciência humana e que se identifica numa opção tipicamente racional, portanto, imóvel, perpétuo e inatacável por forças históricas; o direito humano, que a Santa Igreja não enrijece em regras absolutamente gerais, mas varia de acordo com a exigência da *ratio aequitatis*, princípio supremo do qual ela não pode se afastar porque é garantia de efetiva justiça. A Igreja, que é mãe da justiça, deve ser fiel à equidade, que é instrumento indispensável da justiça". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 259.

<sup>792</sup>GROSSI, Paolo: "As certezas e os problemas de uma teoria do costume parecem-nos claramente expressos na primeira *Summa Codicis*, ou seja, no primeiro estudo sistemático conduzido sob a égide dos primeiros nove livros do Código de Justiniano; referimo-nos à já citada *Summa Trecensis* redigida na primeira metade do século XII. O rico inventário que se extrai da pequena página de comentário ao título *quae sit longa consuetudo* contém alguns elementos essenciais que merecem ser sublinhados, que são precisamente estes: o direito consuetudinário não é um ordenamento de

Essa visão também era corrente entre os glosadores da época<sup>793</sup>.

Todas essas influências foram pressupostos indispensáveis a permitir a elaboração e a concretização futura de uma concepção de governo não necessariamente guiado pelo divino, mas pela razão, separando o plano terreno, da natureza humana que necessita de uma autoridade social, do plano espiritual, governo por Deus, com o que relativizou a autoridade da Igreja<sup>794</sup>. Inegável, assim, que tais pensamentos, com destaque para o tomista, sustentaram teoricamente a formação do Estado e de muitos elementos relevantes da Modernidade<sup>795</sup>.

---

qualidade inferior, mas um modo de ser do jurídico – o *ius non scriptum* – que tem a mesma dignidade que o outro modo de ser, ou seja, o *ius scriptum*; de fato, se este encontra seu fundamento na autoridade do povo, aquele parece fundado nas próprias coisas (“rebus ipsis et factis”); se este extrai sua origem da vontade popular, aquele a faz derivar dos fatos da vida cotidiana, repetidos e transformados em uso (“*ipsis negotiis cotidie ex usu*”); os costumes, ou seja, um costume prolongado no tempo e sustentado pelo consentimento dos usuários, têm dignidade e valor de lei (“*pro lege servantur*”); o costume interpreta as leis de maneira notável, mas também possui força para ab-rogá-las”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 226-227.

<sup>793</sup>GROSSI, Paolo: “Uma ideia constante, que liga os primeiros glosadores ao comentário mais tardio, é a de que o costume permite que um universo subterrâneo de fatos se eleve ao nível do direito e que este, portanto, é expressão dos fatos, está inevitavelmente imbuído de factualidade. Cino de Pistoia, refinado jurista do início do século XIV, não hesita em dizer que o direito não escrito “in facto consistit”, e mais tarde, quase no término da reflexão medieval, Baldo degli Ubaldi, um personagem extremamente refinado e culto, deixa quase escapar da pena que “*consuetudo est quoddam tempus complexum et formatum*”, admitindo a força brutal do prolongado decurso de tempo (*complexum*), embora vivenciado e organizado por uma comunidade de homens (*formatum*) – como e organizado por uma comunidade de homens (*formatum*) – como característica peculiar. E é precisamente sob essa perspectiva que é redescoberta e repetida, a partir dos glosadores, a fórmula ciceroniana do costume como “altera natura”, como segunda natureza.” In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 229.

<sup>794</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “Partindo de premissas aristotélicas, Santo Tomás constrói uma doutrina teológica do poder e do Estado. Primeiramente, compreende que a natureza humana tem fins terrenos e necessita de uma autoridade social. Se o poder em sua essência tem uma origem divina, é captado e se realiza através da própria natureza do homem, capaz de exercício e sua aplicação. Certamente, tanto o poder temporal quanto o poder espiritual foram “instituídos por Deus. Deus é o criador da natureza humana e, como o Estado e a Sociedade são coisas naturalmente necessárias, Deus é também o autor e a fonte do poder do Estado. (...) o Estado não é uma necessidade do pecado original. Enquanto o homem necessita do Estado, este deve servir a comunidade dos cidadãos, promovendo a moralidade e o bem-estar públicos, efetivando sua plena missão de incentivar uma vida verdadeiramente boa e virtuosa, e criando as condições satisfatórias do bem comum. Por consequência, os fins do Estado são fins morais (o bem-estar de toda comunidade), sendo que os cidadãos estão comprometidos com um fim temporal (representado pela autoridade estatal) e com um fim espiritual (corporificado pela Igreja, que atua como instância maior). O poder do Estado não fica subordinado de forma absoluta ao poder da igreja (como defendia Santo Agostinho), mas sim de modo relativo; a autoridade da Igreja é superior em matéria espiritual”. In: **O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino**. **Revista Crítica Jurídica**. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 23.

<sup>795</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “É inegável, portanto, a contribuição de Santo Tomás de Aquino para o mundo medieval e para a modernidade ocidental, ao adequar harmoniosamente a cultura clássica aristotélica com o cristianismo. Mais do que sua teologia e sua filosofia, suas idéias políticas influenciaram na construção de modernas teorias acerca do Estado, dos limites da obrigação civil, do bem comum, da legitimidade do Governo e da lei natural como fundamento do Direito internacional (influência em autores como Francisco de Vistória, Francisco Suarez, Hugo Grócio e outros)”. In: **O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino**. **Revista Crítica Jurídica**. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 26.

A abertura propiciada para o império da racionalidade humana, iniciada em Tomás de Aquino, ainda próximo do segundo período medieval, quando, então, a ciência passa a ocupar papel destacado e insubstituível na sociedade<sup>796</sup>, acabou sendo a abertura para que outros pensadores, em momento posterior, inaugurassem e fortificassem os movimentos de secularização, para as teses renascentistas, para a Reforma Protestante e Iluminismo<sup>797</sup>. Concepções que, de modo geral, ficam bem marcadas historicamente pelo deslocamento do divino para o homem, para o humanismo, comum ao Renascimento e ao liberalismo. Nessa perspectiva despontou o racionalismo clássico de René Descartes, mesma época em que surgiram Blaise Pascal, Thomas Hobbes, Baruch Espinoza, Jonh Locke e Isaac Newton. No século XVIII teve destaque Immanuel Kant, ao lado de outras figuras importantes do Iluminismo como Voltaire, Jean-Jacques Rousseau, Denis Diderot, entre outros. Merece destaque a filosofia kantiana, na linha do estudo, por trabalhar a diferença do jurídico e moral, incluindo no jurídico o qualificativo da coercibilidade de modo a preservar a liberdade do homem<sup>798</sup>. Porém, de qualquer modo, ao adotar a teoria de Tomás de Aquino para reconhecer a liberdade como um direito natural por excelência, admite o fator extrínseco de correção do Direito<sup>799</sup>. Em sendo assim, como visto no

---

<sup>796</sup>GROSSI, Paolo: “Talvez agora fique mais fácil entender por que, nesse limiar do segundo período medieval, a ciência não pode deixar de se elevar a um papel fundamental e insubstituível no interior da sociedade. Ela não perde a ocasião e ocupa esse papel com plena convicção, afirmando a presença nos muitos pontos de encontro que a dinâmica social oferecia, refletindo, distinguindo e problematizando, até mesmo exasperando a sua função de análise sutil, e é essa exasperação que está por trás da melancólica denúncia que o canonista Étienne de Tornai apresenta ao papa no final do século; o próprio dogma trinitário é dissecado e decomposto em cada esquina”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 185.

<sup>797</sup>WOLKMER, Antonio Carlos: “Certamente, um emergente pensamento político não conformista e radical – precursor de muitas das teses que dominaram o Renascimento, a Reforma Protestante e o Iluminismo – poderá ser encontrado nas obras de autores como Marsílio de Pádua e Guilherme de Occam. Cumpre destaque, enfim, ao reitor da Universidade de Paris por sua visão avançada e corajosa em proclamar a origem humana e não sagrada do poder político, e em defender a inteira subordinação do poder eclesiástico à jurisdição do Estado laico, expressão da unidade política dos cidadãos”. *In: O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Revista Crítica Jurídica*. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 30.

<sup>798</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “El principio subjetivo, anunciado en sus primeos atisbos en la especulación estoica, en el problema de la consciencia del hombre, queda aletargado en toda la Edad Media, no obstante la profundidad a que se llega en la especulación filosófica, detenido ante las concepciones dogmático-teológicas de la Iglesia y despierta en Kant, en el principio de la autonomía de la voluntad, que se convierte en la ley fundamental del mundo moral”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 160.

<sup>799</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Resumiendo, diremos que Kant, al advenir al plano de lo jurídico, lo que constituye sin duda uno de los más importantes aspectos de todo su sistema filosófico – a diferencia de lo que ocurre con los filósofos contemporáneos que han excluido a la problemática jurídica de sus sistemas – recoge de Tomasio la nota de exterioridad como propia del mundo jurídico, para desvincularlo de la oral. Agrega a esta nota de exterioridad, la nota de coercibilidad y reafirma a la vez la nota de autonomía. Define el derecho como el conjunto de condiciones por las cuales el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás, según una ley universal de libertad.

capítulo anterior, desde as concepções gregas e romanas, e na pré-Modernidade, a partir de São Tomás, no Medievo, já é possível antever o embate entre objetivismo e subjetivismo que perdurará durante todos os séculos seguintes, da supremacia, ora, do texto legal, ora, do sujeito<sup>800</sup>.

Em tempos modernos, cabe o registro do movimento legalista, da codificação, que buscava a univocidade do sentido da lei, que cedeu posteriormente a critérios metodológicos, com destaque para a interpretação, que buscava, na realidade, renovar a abertura do direito, como conclui, por exemplo, o jurista italiano Irti<sup>801</sup>. Não é demais dizer, a propósito, que a alternância referida sempre estará presente, de modo diverso do que é defendido na tese, na sua condição de possibilidade hermenêutica filosófica, de acordo com a ciência jurídica daí oriunda, apoiada, posteriormente, na filosofia kantiana, na relação sujeito-objeto, revelada pela classificação compreensiva do *a priori* (compreensão sem experiência) e *a posteriori* (compreensão mediante a experiência), ignorando o círculo hermenêutico. Então, a partir dessas premissas, do desenvolvimento teórico de Kant, foi possível o desenvolvimento de novas teorias denominadas neokantianas, que modificaram a face originária do Direito Natural<sup>802</sup>. Sem descuidar que uma leitura parcial da teoria

---

Éste ingrediente de la libertad, derecho innato y esencial del hombre, es el que permite situarlo por encima del mundo de los fenómenos, haciendo del hombre un autofin". In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 160.

<sup>800</sup>GROSSI, Paolo, ao comentar sobre o início do desenvolvimento jurídico científico no medievo: "A ciência terá tanta consciência desse papel, concedido de maneira tão disponível pela civilização circunstante, que se verificará, lenta, mas progressivamente, uma mudança geral de foco do texto autorizado para a reflexão autorizada sobre o texto, da autoridade do texto à autoridade dos *doctores*, dos homens de ciência". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 185.

<sup>801</sup>IRTI, Natalino: "La presenza del giurista è perciò chiamata ad esprimersi nella dura fatica dell'esegesi e nella costruzione dei micro-sistemi. Momenti antichi dell'attività del giurista, che assumono nuova dimensione e rilievo di fronte al fenomeno delle norme speciali. Mentre la stabilità del codice civile permetteva di considerare chiusa l'età dell'esegesi ed inaugurata la stagione più alta della sistematica, il moto delle norme speciali richiede un assiduo e quotidiano impegno di lettura tecnica. Esegesi e costruzione dei microsistemi si intrecciano e si implicano vicendevolmente: mais posono dirsi chiuse ed esaurite. Il ritorno all'esegesi è una conseguenza necessaria e insopprimibile del declino del codice civile e del movimento delle norme speciali". In: **L'età della decodificazione**. Roma: Giuffrè, 1979, p. 99.

<sup>802</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Los aprioristas de la escuela de Marburgo, donde se encuentra el valioso aporte de Stamler, verdadero restaurador del jusnaturalismo y de la especulación filosófica en el mundo del derecho, que pretende haber mejorado, en el campo de la ética, la aplicación del método trascendental kantiano, y donde también citaremos a hermann Cohen (1842-1917), Paul Natorp (1822-1925), Ernst Cassirer (1874-1945) Y A. Lange (1822-1875), entre otros. La escuela sudoccidental alemana de Baden, que partiendo de la filosofía de los valores de Rickert y Windelband, tiene como epígonos valiosos a Gustava Radbruch y Emil Lask. También, el grupo de juristas que, tomando como atalaya la original concepción de Edmund Husserl, pretenden dar al idealismo kantiano una nueva dimensión". In: **Manual de Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 161.

kantiana e hegeliana poderia sugerir um Estado e um governo todo poderoso, sustentáculo para a defesa do totalitarismo, com a supremacia do Direito produzido legislativamente pelo governante e pelo Estado, mas principalmente em Hegel apoiado no seu pensamento sobre a necessidade da guerra para a preservação e fortalecimento da nação<sup>803</sup>. Todavia, um aprofundamento maior permite perceber que Kant enxerga o contrato social como um postulado da razão, a dar legitimidade ou não ao Estado, reconhecendo o pressuposto de que a legalidade não seria apta a causar qualquer mal ao indivíduo<sup>804</sup>. Em Hegel é ainda mais forte a dissociação, quando é focada a relação do Estado com os cidadãos, no sentido do Estado ser propiciador de um a comunidade ideal<sup>805</sup>, afirmando um universo ético no Estado, formador do indivíduo, sempre em um contexto local e temporal<sup>806</sup>.

---

<sup>803</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Daí se ter afirmado tantas vezes que HEGEL foi um panegirista do estado forte e o progenitor filosófico do moderno totalitarismo fascista. Sem dúvida, os juristas teóricos de convicção fascista tenderam algumas vezes a se apoiarem extensamente na filosofia estatal de HEGEL, em cujos escritos se podem realmente encontrar passagens que, dir-se-ia, justificam aquela confiança. Isso é particularmente verdadeiro quando HEGEL discute as relações externas entre os estados. HEGEL acreditava que a soberania dos estados individualmente considerados na conduta dos seus negócios exteriores era absoluta e ilimitada. As disputas entre estados não suscetíveis de serem solucionadas por acôrdos só deveriam ser decididas pela guerra, instituição que HEGEL considerava ao mesmo tempo necessária e benéfica para a preservação da saúde interna e do vigor da nação”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 85.

<sup>804</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A teoria do estado de KANT corresponde à de ROUSSEAU, KANT admitiu o contrato social, não como um fato histórico, mas como um postulado da razão e “um critério de avaliação da legitimidade de um Estado”. KANT adotou também a teoria de ROUSSEAU da vontade geral, proclamando que o Poder Legislativo só pode ser exercido pela vontade conjunta do povo. A vontade do legislador com respeito ao que constitui o “meu” e o “teu” exteriores é respeitável, porque representa a vontade conjunta de todos, e isso não pode causar qualquer mal ao cidadão como indivíduo (*violenti non fit injuria*)”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 80.

<sup>805</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Seria porém incorreto afirmar que HEGEL defendia os métodos totalitários de govêrno na vida interna do estado ou, mais particularmente, nas relações entre o estado e os cidadãos ou súditos. Êle não acreditava que o objetivo máximo do estado fôsse o fortalecimento do poder dos seus governantes. Isso seria contrário à sua convicção fundamental de que o estado devia servir aos interesses do espírito humano e de que, na sua essência mais íntima, êle representava uma corporificação de forças espirituais. HEGEL considerava o tipo de estado por êle concebido como sendo a comunidade ideal em que a arte, a ciência, e outras formas de vida cultural se desenvolviam ao máximo. Um estado assim, concluía êle, sera também um estado poderoso”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 85.

<sup>806</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O estado foi definido por HEGEL como sendo o “universo ético” e a “atualidade do ideal ético”. Essa definição demonstra que HEGEL, ao contrário de KANT, via o estado não apenas como uma instituição para a promulgação e execução de leis, mas, antes, empregando o termo num sentido muito mais amplo, como um organismo dentro do qual se desenvolve a vida ética de um povo. Essa vida ética encontra a sua expressão nos usos, costumes, nas crenças comuns, na arte, na religião e nas instituições políticas da nação; numa palavra: no quadro dos seus valores comunitários. HEGEL ensinava que, como o indivíduo se embebe de toda cultura da sua pátria e da sua época sendo um “filho da sua nação” e, ao mesmo tempo, um “filho da sua época”, o seu valor e a sua realidade como ser racional êle só os possui através do estado, concebido como a corporificação total do espírito e da ética social do seu povo. Ser membro de um

De qualquer modo, essas concepções iniciais fizeram adormecer, em um primeiro momento, o seu sempre poderoso adversário (Direito Natural) até então<sup>807</sup>. Porém, após essa primeira fase, com o descumprimento das promessas doutrinárias e racionalistas da Revolução Francesa, houve um ressurgimento de pensamentos contrários, que permitiram o questionamento das produções legislativas estatais, porém baseados em outros fatores científicos modeladores das forças do Direito, que não a admissão expressa do Direito Natural<sup>808</sup>. Isso pode ser visto na escola histórica que, ao invés de depositar a confiança do descobrimento do Direito Natural exclusivamente na razão humana, sem abrir mão do referido pressuposto, enxergava ainda um viés histórico e político importante, de onde pode ser resgatado o metafísico “espírito nacional”, embasado nas construções sociais e políticas passadas, atacando a universalidade epistemológica advinda do pensamento clássico para admitir a validade somente a partir de uma contextualização histórica<sup>809</sup>. A propósito, na

---

estado constitui para o indivíduo o seu maior privilégio, afirmou Hegel. Na sua singularidade o indivíduo é muitas vezes incapaz de discernir claramente o conteúdo específico dos seus deveres éticos; cumpre então determiná-los de maneira objetiva por meio dos usos e hábitos de vida da comunidade organizada”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 84/85.

<sup>807</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Es sin duda bajo el sino de Kant como se produce la filosofía jurídica de siglo XX. Desde los inicios de la especulación jusfilosófica hay una absorción por el problema del derecho natural, que bajo el positivismo quedaba suplantado por la investigación empírico-inductiva de los juristas”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 169.

<sup>808</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A idade do racionalismo e do direito natural na Europa culminou na Revolução Francesa de 1789. Quando esta revolução deixou de alcançar os seus objetivos, tal como doutrinariamente se propusera a alcançá-los, tendo de contentar-se com resultados parciais, manifestou-se por toda a Europa uma certa reação contra as suas premissas racionalistas. Na Alemanha e na Inglaterra particularmente, os dois países que haviam resistido e de certo modo se oposto ativamente às tentativas de propagação dos ideais da Revolução Francesa em todo o continente europeu, o movimento contra o racionalismo anti-histórico dos precursores da revolução tornou-se bastante poderoso. Idéias conservadoras, buscadas na tradição e na história, foram sublinhadas e difundidas. Na esfera da lei e da filosofia do direito isso significava a predominância da história e da tradição jurídica contra as tentativas especulativas de estabelecimento do primado de uma lei da natureza. A história do direito foi inteiramente investigada, e puseram-se freios ao entusiasmo dos reformadores das leis. Foi êsse o período em que a investigação científica das forças modeladoras do direito começou a substituir as indagações racionalistas sobre a sua natureza ideal, os seus fins ideais e os seus objetivos sociais ideais”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 87.

<sup>809</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Ver-se-á, pois, facilmente, que as doutrinas dos juristas históricos se apresentavam em franca oposição aos ensinamentos dos filósofos do direito natural clássico. Os pensadores da idade do esclarecimento acreditavam que as normas legais podiam ser descobertas e reunidas num código apenas consultando-se a razão humana. A escola histórica detestava a legislação e realçava o conceito irracional quase místico de um “espírito nacional” enraizado nas tradições de um passado remoto. A escola do direito natural ensinava que os princípios fundamentais do direito eram os mesmos sempre e em toda parte. Os juristas históricos acreditavam no caráter predominantemente nacional das instituições jurídicas. O direito natural clássico, como doutrina essencialmente revolucionária, encarava o futuro. A escola histórica, reagindo a isso, voltava-se para o passado. A escola histórica foi de fato a contrapartida jurídica na reação política que na Europa se seguiu à derrota de NAPOLEÃO e ao Congresso de Viena, encontrando a sua

Alemanha, após a sugestão de um professor de Direito Civil da Universidade de Heidelberg, de uma busca de coerência do direito germânico, através da codificação ao estilo do código napoleônico, surgiu a exposição da concepção de direito de Savigny, combatendo o legalismo sugerido, meramente formal, por enxergar o mesmo como uma opção arbitrária do legislador, novamente dissociando o Direito formal, produzido pelo Estado, de um outro Direito, qual seja o histórico, na linha do que filosoficamente defendia Hegel, vinculando essa ciência a uma tradição e costumes próprios de um povo, em uma determinada época, que evolui e produz suas próprias normas. Então, o conteúdo do Direito estaria muito mais nessa tradição do que na lei<sup>810</sup>.

No combate ao temido arbítrio do governante, Savigny confiava na lei que não fosse resultado do poder governamental, mas sim de um desenvolvimento gradual, orgânico e histórico, onde os juristas são os responsáveis por essa lei, menos como técnicos aptos a desvendar os segredos da lei (im)posta e mais como os sujeitos capazes de realizar a adequação da legislação com o contexto local e temporal, sendo assim depositários da confiança do povo, aqueles que poderiam, respeitando a tradição defendida, elaborar as leis adequadas<sup>811</sup>. Na Inglaterra a escola histórica teve

---

expressão mais típica nas dinastias imperiais da “Sagrada Aliança”. Quando se pretende avaliar a significação e a importância da escola histórica da ciência do direito cumpre não esquecer que SAVIGNY era um nobre conservador, que detestava o racionalismo igualitário da Revolução Francesa. Além disso, ele era um nacionalista germânico que se opunha às consequências cosmopolitas da doutrina francesa. Ele criticou muito o Código de NAPOLEÃO, e procurou impedir que surgissem códigos semelhantes a este na Alemanha. Esses fatos explicam a sua aversão à legislação e a sua preferência por aquelas forças silenciosas, anônimas e inconscientes como sendo os verdadeiros elementos de que promana o direito, e nas quais não se deve permitir a interferência de nenhum legislador”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 90.

<sup>810</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A teoria do direito de SAVIGNY foi exposta pela primeira vez no seu famoso panfleto intitulado *Da Vocação do nosso Século para a Legislação e a Jurisprudência* (1814). Este folheto foi uma resposta à proposição de um professor de direito civil da Universidade de Heidelberg. A. F. J. THIBAUT, no sentido de que se empreendesse a codificação das leis e dos costumes dos vários estados germânicos, de modo coerente, tomando-se por base o direito romano e o código napoleônico. SAVIGNY atacou com veemência a sugestão. A seu ver, o direito não era algo que pudesse ser estabelecido arbitrariamente e deliberadamente por um legislador. O direito, disse ele, é um produto de “forças interiores, que operam em silêncio”. Está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e “consciência comum do povo”. Como a língua, a organização e os hábitos de um povo, o direito era determinado sobretudo pelo caráter peculiar de uma nação, pelo seu “espírito nacional” (*Volkgeist*). Em cada povo, mostrou SAVIGNY, se desenvolvem certas tradições e costumes que, pela sua prática contínua, evoluem e adquirem a forma de normas legais. Só mediante os cuidadosos estudos dessas tradições e desses costumes poderá encontrar-se o verdadeiro conteúdo do direito. Pelo seu próprio sentido, o direito se identifica com a opinião do povo sobre o que seria justo e correto”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 88.

<sup>811</sup> BODENHEIMER, Edgar: “SAVIGNY tinha perfeita ciência do fato de que, num sistema jurídico adiantado, os juristas, magistrados e advogados tomam parte ativa na conformação das instituições

como principal expoente Henry Maine, que sofreu forte influência de Savigny e empreendeu estudos históricos comparativos das instituições jurídicas, diagnosticando traços comuns evolutivos<sup>812</sup>, sugerindo inclusive uma interessante teoria sobre a sequência de fenômenos no desenvolvimento geral normativo, no qual prega o modelo jurisprudencial como agregador de elementos anteriores mais vantajosos, tornando-se o mais aperfeiçoado de todos<sup>813</sup>, realizando a abertura para a distinção da atividade judicial. Nos Estados Unidos, a escola do Direito histórico teve relevância, especialmente com James Coolidge Carter, com o reforço teórico às doutrinas anteriores consistente no deslocamento do reconhecimento do costume indispensável para o Direito da lei para a decisão judicial<sup>814</sup>. Em seguida, pode ser

---

jurídicas. Éle sabia que o espírito popular não formula códigos de processo, normas probantes ou leis de falência. Mas para éle os juristas técnicos eram menos membros de uma profissão fechada do que os depositários da confiança do povo, “autorizados, como representantes do espírito da comunidade, a formular as leis nos seus aspectos técnicos”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 89.

<sup>812</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O fundador e principal expoente da escola histórica inglesa do direito foi Sir HENRY MAINE (1822-1888). MAINE sofreu forte influência dos métodos históricos de SAVIGNY para a solução dos problemas jurídicos mas foi além do próprio SAVIGNY, empreendendo mais vastos estudos comparativos da evolução das instituições jurídicas, não só nas sociedades primitivas como nas mais progressistas. Esses estudos levaram-no a acreditar que a história jurídica dos povos revela características evolutivas que se repetem em organizações sociais diversas e em circunstâncias históricas semelhantes”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 91.

<sup>813</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Éle acreditava que nos tempos primitivos a lei era criada pelas determinações pessoais dos governantes patriarcais, cujos súditos só consideravam movidos pela inspiração divina. Seguiu-se um período de direito costumeiro, organizado e aplicado por uma aristocracia ou reduzida classe privilegiada, a qual se arrogava o monopólio do saber jurídico. A terceira fase foi assinalada por uma codificação desses costumes, em consequência de conflitos sociais (a lei das Doze Tábuas em Roma, por exemplo). O quarto estágio, segundo MAINE, consiste na modificação da lei arcaica inflexível por meio da ficção da equidade e da legislação; estes instrumentos se destinam a harmonizar o direito com o progresso da sociedade. Finalmente, a jurisprudência científica entrelaça todas essas várias formas do direito num todo sistemático e consistente. Nem todas as sociedades, disse MAINE, conseguem passar por todas essas fases, não revelando a sua evolução jurídica nos seus aspectos particulares, uma linha uniforme. MAINE quis apenas apontar certas direções e tendências gerais na evolução do direito. Moderna investigação revelou que, de modo geral, éle foi muito bem sucedido na indicação de algumas das linhas fundamentais seguidas pelo direito na sua ‘história natural’”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 92/93.

<sup>814</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Voltar-nos-emos, agora, para os Estados Unidos da América. Em 1849 LUTERO S. CUSHING fez uma série de conferências na Faculdade de Direito de Harvard, nas quais expôs com simpatia as doutrinas da escola histórica alemã, particularmente a de SAVIGNY. Um dos ouvintes do curso foi JAMES COOLIDGE CARTER (1827-1903), que se tornou depois destacado advogado de Nova Iorque e um dos líderes da sua classe. As conferências deixaram uma funda impressão no espírito de CARTER, e no curso de sua vida ele se converteu num devotado apóstolo norte-americano do credo jurídico de SAVIGNY. Pela tese fundamental de CARTER, o hábito e o costume fornecem as regras por que se pauta a conduta humana, não constituindo uma decisão judicial senão “a autenticação de um costume”. No fundo, é o costume que diz quando um ato é certo ou errado, e uma decisão judicial que solucione uma controvérsia sobre o acerto ou o erro de atos humanos apenas após o selo da aprovação pública em um costume social, evidenciando-lhe a autenticidade”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas

acrescida a teoria de Direito amalgamada ao poder, ao individualismo, vinculando a liberdade ao sentimento egoístico<sup>815</sup>, fundantes na perspectiva liberal da época<sup>816</sup>, baseando, sobretudo, suas convicções na teoria darwiniana da sobrevivência dos mais aptos, com destaque para Spencer<sup>817</sup>.

E no mesmo sentido do amalgamento com o poder, tendo o Direito como instrumento para a perpetuação da classe dominante foi a visão marxista<sup>818</sup>. Nesse mesmo direcionamento, o Direito foi levado ao extremo pelo realismo jurídico, de buscar através da lei e do Direito a supremacia dos grupos raciais e sociais mais fortes sobre os mais fracos, considerando sem qualquer valia as noções de Direito Natural ou de direitos inalienáveis<sup>819</sup>. O próximo passo foi dado pela teoria jurídica dos

---

Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 93/94.

<sup>815</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O conceito de justiça de SPENCER era plasmado pela idéia de liberdade, e se compunha de dois elementos. O elemento egoístico da justiça, argumentava êle, exige que cada um afaça o máximo de benefício da sua natureza e das suas capacidades. O sentimento altruísta da justiça está na consciência dos limites que a existência de outros homens da mesma natureza necessariamente impõe ao exercício da liberdade”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 95.

<sup>816</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Essa lei da igual liberdade” exprime clara e inequivocamente uma idéia de justiça adaptada a uma época de individualismo e de livre iniciativa. Seus corolários foram uma porção de determinações particulares de liberdades, que SPENCER denominou “direitos”. Entre êstes êle enumerou o direito à integridade física, o direito de se locomover livremente, o direito de utilizar os meios naturais (luz e ar), o direito de propriedade, o direito de comerciar e contratar livremente, o direito à liberdade de crença e culto, o direito de se manifestar por palavras ou escritos. É interessante notar que êsse acentuado individualismo levou-o a negar o atributo de direito aos “direitos sociais”, que só o estado pode garantir e realizar, tais como o direito ao trabalho e o direito à assistência pública em caso de indigência. Êle relutava até em reconhecer o “direito político que tem o cidadão ao voto”. “Com a universal distribuição dos votos”, disse êle, “uma classe mais numerosa levará inevitavelmente a melhor, em prejuízo das classes menores”. A mais perfeita constituição de uma sociedade industrial parecia ser para ele aquela em que houvesse uma representação de interesses, em lugar de uma representação de indivíduos. A sua preocupação com o *laissez faire* deixava-o temeroso das conseqüências políticas do domínio da maioria”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 96.

<sup>817</sup> BODENHEIMER, Edgar: “HERBERT SPENCER (1820-1903) foi um filósofo e sociólogo inglês, autor de uma teoria do direito, da justiça e da sociedade fortemente influenciada pela Origem das Espécies de CHARLES DARWIN. SPENCER considerava a civilização e a lei produto da evolução orgânica, biológica, sendo seus principais fatores determinantes a luta pela existência, a seleção natural e a “sobrevivência dos mais aptos”. A evolução revelava-se a ~ele na diferenciação, na individualização e na crescente divisão do trabalho”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 95.

<sup>818</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Segundo MARX E ENGELS, todos os sistemas jurídicos, desde o começo da história até os nossos dias, foram estabelecidos por uma classe economicamente dominante. Para êles a lei é apenas um instrumento usado por essa classe para se perpetuar no poder e conservar em sujeição uma classe oprimida”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 98.

<sup>819</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Não existe lei que não seja uma expressão de desigualdade. À êsse respeito, a lei é um verdadeiro reflexo do poder estatal, que também só tem em mira regular a coexistência de grupos raciais e sociais desiguais, mediante a soberania do grupo mais forte sobre o mais fraco. A lei não pode surgir fora do estado, porque é essencialmente o exercício do poder estatal. As noções de “direito natural” e de “direitos inalienáveis” são produtos absurdos de pura imaginação, declarou GUMFLOWICZ, e tão desprovidos de sentido quanto os conceitos de “livre

interesses, considerando o pressuposto do embate referido, a lei vem ao encontro da supremacia do grupo mais forte, portanto, a correta interpretação deveria levar em conta a “vontade do legislador” que refletiria o predomínio político transformado em lei<sup>820</sup>.

Porém, de modo a retomar de forma mais próxima o subjetivismo, como o reconhecimento de elemento condicionante diverso da lei, analogicamente ao Direito Natural, porém dentro de uma perspectiva positivista, foi criado o movimento da criação livre do Direito, com o que o juiz, sem desprezar a lei, passa a ser responsável pela justiça e equidade no caso concreto, com o que em casos extremos o juiz pode interpretar de acordo com a sua consciência<sup>821</sup>. A propósito, não é demais lembrar que essa famosa escola de Direito livre, que ancorada na filosofia da vontade, do poder, permitia ao sujeito ser assujeitador do mundo, justificando o protagonismo do juiz assujeitador do Direito, em contraponto às teorias formulistas do Direito<sup>822</sup>, que também possui, como nas teorias de Direito Natural, um fator de correção do Direito

---

arbitrio” ou “razão”. A presunção de que a lei se preocupa com a criação da liberdade e de igualdade entre os homens é uma manifestação de ilusão espiritual. Verdadeiro é exatamente o contrário”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 125-126.

<sup>820</sup> BODENHEIMER, Edgar: “O método de atuação judicial proposto pela teoria jurídica dos interesses repousa na premissa de que as normas legais constituem princípios e máximas moldados pelo legislador para a solução de conflitos de interesses. Sendo assim, devem ser considerados juízos de valor, pronunciamentos no sentido de que os interesses de um dos grupos sociais conflitantes prevaleçam sobre os do outro, ou talvez que os interesses de ambos cedam aos de um terceiro grupo aos da comunidade no seu todo. Para chegar a uma decisão justa, deve o julgador verificar que interesses o legislador teve em mira proteger mediante uma determinada norma positiva. Entre os interesses antagônicos, deve prevalecer o que seja preferido e favorecido pela própria lei”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 130.

<sup>821</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Método substancialmente mais radical do que o dos interesses e o de GÉNY foi defendido pelos partidários do movimento da livre criação do direito, originado na Alemanha em princípios do século XX. Pioneiros do movimento foram ERNST FUCHS (1859-1929) e HERMAN KANTOROWICZ (1877-1940). Esse movimento sublinhou o elemento intuitivo e emocional do processo judiciário, exigindo que o juiz descubra o direito de acordo com a justiça e a equidade. Os adeptos da livre criação do direito não querem ir ao extremo de libertar o julgador de um dever generalizado de fidelidade à letra da lei. Quando, porém, o direito positivo for obscuro ou ambíguo, ou quando parecer que o legislador contemporâneo não decidiria o caso como disposto na lei escrita, então o juiz deverá decidir a questão consoante as concepções de justiça predominantes no momento, ou, não as havendo, para o caso, de acordo com a sua própria consciência jurídica”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 131.

<sup>822</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Este movimiento es considerado también un brote de la contracorriente irracionalista, que se opone a las fórmulas que habían encontrado su expresión en el siglo XVII, como culminación de los desarrollos del jusnaturalismo moderno, contracorriente que se expresa, en el campo de la filosofía general a través de Schopenhauer, Nietzsche y Bergson, y en campo de nuestra disciplina, en las postulaciones de Freie Recht”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, Buenos Aires, 1998, p. 181.

externo ao mesmo<sup>823</sup>. O fator externo corretivo, a propósito fica bem evidenciado quando, em uma nova tentativa de limitar o subjetivismo, as doutrinas jurídicas sociológicas, como a norte-americana, passam a defender que a lei deve ser entendida de acordo com a realidade da vida social, exigindo que a “interpretação” da lei ocorra de acordo com os objetivos sociais e econômicos<sup>824</sup>. Ou quando os adeptos da jurisprudência dos interesses apontam como marco diferenciador do direito livre a substituição do sentimento de justiça na aplicação do direito pelo juiz por um critério racional decorrente da perquirição do interesse hegemônico fundante da lei<sup>825</sup>. De qualquer modo, o positivismo sempre esteve vinculado ao método interpretativo, negando o subjetivismo pelo objetivismo da lei, mas, na essencialmente, ainda que inconscientemente, admitindo-a. Esse subjetivismo salta aos olhos quando amparado em expressões com amplitude significativa, não raro, carregadas de ideologia política, como, por exemplo, em Rawls e Nozick, justiça, isonomia, liberdade<sup>826</sup> ou, em Savigny

---

<sup>823</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “El derecho libre es, portanto, una resurrección del derecho natural, pero recogiendo la tesis de la escuela histórica, que no admite la existencia del derecho natural sino en tanto y en cuanto detrás de él exista un poder, una voluntad y un reconocimiento; tiene el acierto de afirmar que el derecho libre existe, con total prescindencia del poder del Estado y está respaldado por los ingredientes mencionados más arriba”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 182.

<sup>824</sup> BODENHEIMER, Edgar: “A doutrina jurídica norte-americana sociológica surgiu não apenas como um protesto contra as concepções tradicionais de direito natural, como também como uma reação contra a atitude formalística da jurisprudência analítica. Os juristas sociólogos norte-americanos negam que a lei possa ser entendida sem ser relacionada com as realidades da vida social humana. Aos anseios analíticos de auto-suficiência da ciência do direito respondem eles com a exigência de um trabalho de equipe, com a participação das outras ciências sociais. Os juristas sociólogos recomendam que o juiz que deseje realizar as suas funções de maneira satisfatória tenha um profundo conhecimento dos fatores sociais e econômicos que modelam e informam a lei”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 135.

<sup>825</sup> LARENZ, Karl: “En esta idea, que lleva más allá del concepto positivista de la ciencia, la jurisprudencia de los intereses aventaja a la teoría del “Derecho libre”. Con razón han repetido y subrayado enérgicamente sus representantes que su teoría se diferencia fundamentalmente de la del “movimiento del Derecho libre”, pues, prescindiendo de unos pocos casos excepcionales, consideran la formulación judicial del Derecho como una formulación dirigida por consideraciones racionales. La jurisprudencia de los intereses coloca en el lugar de la deducción lógico-formal, no a la voluntad o al sentimiento, sino a la valoración que se basa la ley. Con ello concede al juez, ciertamente, decisión meramente sentimental. Por ello la práctica jurídica ha seguido predominantemente a la jurisprudencia de los intereses y no a la teoría del Derecho libre”. In: **Metodología de la ciencia del Derecho**. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 77-78.

<sup>826</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Hemos hecho referencia al referescante movimiento de ideas que produjo la publicación de Teoría de la Justicia de John Rawls. De este movimiento, tal vez una de las más importantes contribuciones sea la de este joven colega suyo en Harvard, que sólo tres años después de la aparición de libro mayor de Rawls, publicó su propia concepción de la justicia, en uno de los más sustanciosos capítulos de su libro Anarquía, Estado y Derecho, fortalecida en la posterior entrega del año 1981, que generó un debate público, con algunos ribetes de inusual ferocidad. La diferencia básica que podría anotarse entre ambas expresiones sobre una teorización de la justicia, podría resumirse en la significación americana de las expresiones “liberal” para Rawls y “libertario” para Nozick, entendiéndose por ellas, el significar una ideología de contro-izquierda para Rawls y

e a corrente historicista, a realidade<sup>827</sup>, entre outros e que mesmo que se admita a aplicação na “lacuna da Lei”<sup>828</sup>, acabam, na realidade, permitindo o voluntarismo<sup>829</sup> e, conseqüentemente, o antidemocrático arbítrio judicial. De qualquer modo, em que pese a supremacia positivista e a baixa da teoria do Direito Natural de meados do século XIX até o início do século XX, logo após foram renovados postulados do Direito Natural, com orientação expressa do Direito a valores éticos<sup>830</sup> e históricos<sup>831</sup>, mitigando o legalismo e resgatando o conceito de justiça para o Direito<sup>832</sup>, incumbindo

---

decididamente de derecha para Nozick, no obstante que somos conscientes que con estas expresiones tan fuertemente cargadas de ideologización, poco contribuimos a comprender filosóficamente la diferencia”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 284-285.

<sup>827</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Savigny y el historicismo creen que el derecho es algo real, empírico, que se da en la historia y por lo tanto en el tiempo y en espacio, pero derivado del “alma popular”, con lo cual tienen su concepción empírica de una tonalidad metafísica”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 182.

<sup>828</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Y ello, porque además del derecho estatal existe un derecho libre, con los atributos de la positividad, pero que emana espontáneamente de la vida social y ha sido aplicado desde siempre por los jueces, por la necesidad impostergable de resolver todos los casos sometidos a su decisión, salvando así las lagunas del derecho positivo”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 182.

<sup>829</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “La tesis es definitivamente un giro hacia el voluntarismo, partiendo del principio de que unto al derecho estatal-positivo, en nuestro concepto moderno figura, con igual importancia que éste, el “derecho libre”, que es el resultado del criterio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, de la jurisprudencia y de la ciencia del derecho, es decir, indudablemente un resultado jurídico voluntario”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 181.

<sup>830</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Desde os meados do século XIX até o começo do século XX, a teoria do direito natural esteve em maré baixa na maioria dos países de civilização ocidental. Foi sobretudo substituída por interpretações histórico-evolutivas do direito e pelo positivismo jurídico. As interpretações histórico-evolutivas procuravam explicar o direito como sendo o produto de meros fatores etnológicos ou de certos processos evolutivos que o impeliam numa determinada direção. Os juristas positivistas, especialmente os analíticos, procuravam desencorajar a especulação filosófica sobre a natureza e os fins da lei, restringindo o campo da jurisprudência à análise técnica do direito positivo assentado e imposto pelo estado. As indagações relacionadas com os fins e ideais da regulamentação jurídica estiveram na iminência de desaparecer da ciência e da filosofia do direito, e de fato, ao findar-se o século XIX, a procura filosófica dos valores finais do ordenamento jurídico havia praticamente cessado por completo. O século XX, porém, assistiu ao ressurgimento da filosofia do direito natural e da ciência do direito orientada por valores éticos”. *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 149.

<sup>831</sup> LARENZ, Karl: “La renovación de la filosofía alemana de Derecho a principios de nuestro siglo es obra, em primer término, de RUDOLF STMLER. Con él se introdujo un movimiento iusfilosófico que, a pesar de lo diversos y enredados que em concreto son sus caminos, se caracteriza, em su conjunto, por el abandono del positivismo. Por lo general, este movimiento unió al abandono del positivismo su afirmación de la historicidad del Derecho; “Derecho natural” y el ‘historicismo’”. *In: Metodología de la ciencia del Derecho*. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966, p. 98.

<sup>832</sup> BODENHEIMER, Edgar: “Mais infeliz foi a atitude de extremo ceticismo em face dos valores finais da ordem jurídica, assumida por certos representantes do positivismo e do realismo jurídico, avultando entre eles HANS KELSEN e ALF ROSS. Ambos estes juristas encararam o problema da justiça como um pseudo-problema, que é impossível apreender inteligivelmente por qualquer esforço de análise racional. Segundo ROSS, por exemplo, as palavras ‘justo’ e ‘injusto’ são inteiramente destituídas de sentido para o fim de avaliar-se uma norma legal ou uma ordem jurídica. ‘A justiça não serve de guia para o legislador’. Na realidade, o problema da realização da justiça nas

ao juiz a tarefa de buscar o justo quando a lei mostra-se insatisfatória, revelando novamente a temida abertura jurídica para a moral<sup>833</sup>, confiando no protagonismo judicial para debelar a crise do Direito<sup>834</sup>.

Disso tudo é possível concluir que, em que pese seja inegável relevância do desenvolvimento histórico de teorias jusnaturalistas no combate da estagnação do Direito, não sendo demais lembrar o longínquo e longo debate, partindo de Sófocles, com Antígona, passando por Aristóteles<sup>835</sup> e São Tomás de Aquino<sup>836</sup>, até chegar em pensadores mais recentes<sup>837</sup>, onde o ideal seria uma perfeita correlação entre a rigidez normativa e a elasticidade subjetiva<sup>838</sup>, inclusive, com a perspectiva

---

relações humanas é o mais desafiador e o mais vital no que tange ao controle do grupo social por meio da lei, e não é de modo algum impermeável ao método da argumentação racional". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 180-181.

<sup>833</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Toda vez que o direito positivo deixe um problema apresentado a um tribunal sem qualquer solução, os padrões de justiça deverão desempenhar o seu importante papel de contribuir para que o caso seja satisfatoriamente decidido. Infelizmente, os processos mentais que levam à adoção de uma regra de justiça própria para a solução satisfatória do problema prestam-se apenas a uma descrição geral muito limitada. O que é devido a uma das partes em litígio muitas vezes só se pode determinar à luz das circunstâncias particulares do caso isolado. Embora seja possível uma racionalização objetiva do resultado, nem sempre será possível obtê-la previamente de modo teórico e dogmático, pois será preciso elaborá-la no contexto de um caso concreto. O desejo de permitir ao máximo a afirmação dos direitos individuais pode ter de ser contrabalançado com argumentos de apoio derivados de outras fontes não-formais do direito, como razões de ordem pública, tendências sociais, costumes e padrões estabelecidos de moralidade". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 337.

<sup>834</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Haverá situações em que a estagnação ou a ruína só serão evitadas por um magistrado que, convencido de que os valores preponderantes da comunidade são obsoletos ou desarrazoados, se disponha a correr riscos, e delibere apontar um novo rumo para o futuro. O progresso depende muitas vezes da ação corajosa, decisiva e antitradicional de grandes homens. E, embora devamos insistir em que as grandes tarefas de reforma do direito sejam reservadas aos membros dos órgãos destinados especificamente a legislar, estaremos nos colocando num ponto de vista acanhado ou filisteu, se algumas vezes não concedermos ao judiciário o direito de liderar o sentimento ético da sociedade, e inaugurar, numa decisão, uma nova concepção de justiça ditada pelo mais alto entendimento e pela mais pura intuição de que seja capaz a mente humana". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 429.

<sup>835</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Todo el jusnaturalismo antiguo y aún el iluminismo renacentista, han elaborado el derecho a partir del concepto de "naturaleza". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 305.

<sup>836</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Las expresiones de jusnaturalismo escolástico le hacían derivar de las ideas de "inmutabilidad y eternidad de la razón y del obrar Divino." *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 305.

<sup>837</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, destacando o papel do jusnaturalista recente John Finnis: "Naturalmente no tiene la importancia histórica de los anteriores, pero incorpora elementos de los mismos junto a un cúmulo de temas y aproximaciones que son los de parte importante de la filosofía de nuestra época. Este autor parte de problemas internos y muy reales que experimenta la ciencia jurídica contemporánea y hace ver la necesidad metodológica de mantener una teoría iusnaturalista". *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 130.

<sup>838</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Os sistemas jurídicos verdadeiramente admiráveis pela sua quase perfeição são aqueles que se caracterizam por uma peculiar e paradoxal mistura de rigidez e

recente da percepção de um Direito e Constituição vivos e de um sentimento jurídico-constitucional, adotados na tese, podem, em uma perspectiva positivista, flertar com o reconhecimento de um caráter inato do Direito que poderia estar vinculado ao Direito Natural<sup>839</sup>, com o que admite a mesma alternatividade em relação ao subjetivismo ou objetivismo<sup>840</sup>, mas que na concepção pós-positivista da tese não é admitida. Por isso, quando é proposto um direito e Constituição vivos, parte-se do pressuposto da relação intersubjetiva em detrimento da sujeito-objeto positiva, importante tópico a ser registrado, pois repercute na (re)significação constitucional e jurídica, na efetividade e na própria concepção de Direito<sup>841</sup>. Em outras palavras, apesar de combater o

---

elasticidade. Nos seus princípios, nas suas instituições, nas suas técnicas, eles combinam a virtude da continuidade estável com as vantagens da transformação evolutiva, destarte adquirindo longevidade e mostrando-se capazes de sobreviverem a condições adversas. Essa combinação criadora é muito difícil de conseguir. Ela requer acuidade de estadista da parte dos legisladores, senso da tradição, e, ao mesmo tempo, um sagaz discernimento das tendências e necessidades do futuro, e um treinamento de juizes e advogados capazes de uma visão em perspectiva, que realce as peculiaridades e os aspectos duradouros da técnica jurídica, mas sem perder de vista as reivindicações da política social e da justiça. Essas qualidades só se podem adquirir e desenvolver por um lento e penoso processo através de séculos de cultura jurídica". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 297.

<sup>839</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "A respeito da existência do sentimento jurídico, a doutrina mais comum pergunta-se por seu caráter inato. Existe um sentimento inato do Direito e do justo? Trata-se de um assunto de índole antropológico-cultural – de antropologia jurídica, no caso – que exigiria um estudo independente. Rezler, depois de assinalar a antiguidade do problema, que a nosso juízo conecta-se com a crença em um Direito natural, sendo, por isso, tão velho como a própria humanidade, sustenta que a resposta definitiva é típica daqueles que não distinguem, estritamente, entre Direito e ética". *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 43.

<sup>840</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Ademais, entram em jogo as distintas posições a respeito da teoria do conhecimento e, nesse caso, do conhecimento do Direito e da justiça: objetivismo, subjetivismo, relativismo, sensismo, intelectualismo, para não falar, como antecipamos, na influência exercida pelo tipo de homem em questão, o que sempre ocorre em conexão com sua formação doutrinária (aqui repercutem sobre ele as posições antes aludidas). Assim, um agnóstico que, entre outras coisas, desconhece a existência de um Direito natural, de uns valores suprapositivos universais, dificilmente manterá o inatismo da idéia e do sentimento do Direito e da justiça, explicando-os com base em magnitudes sociológicas, relativistas, imanentes. Ao revés, alguém que admite postulados iusnaturalistas e estimativos em geral aceitará o inatismo do sentimento do Direito e do justo. Não se deve olvidar que a formação jurídica específica. Assim, aqueles que seguem diretrizes dogmáticas, normativistas e conceitualistas rechaçarão ou resistirão a admitir o inatismo emocional e mesmo racional do sentimento do Direito e da justiça. Pelo contrário, quem critica e/ou relativiza o conceito dogmático-conceitual-racional-normativo do Direito e da justiça, recorrendo, seja aos interesses, seja aos valores, não encontrará excessivos obstáculos para reconhecer o caráter inato dos sentimentos do Direito e do justo". *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 48-49.

<sup>841</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: "Em definitivo, o assunto do sentimento jurídico não é insignificante nem extravagante para as posições clássicas, passadas e presentes, para a conceituação do Direito. Com base em mais argumentos, como veremos, ele tampouco é supérfluo. É muito importante para a qualificação do sentimento constitucional. Isso porque afeta nada mais nada menos do que a efetividade e o prestígio da ordem fundamental da convivência política. Também aqui repercutem as questões sobre o conhecimento da adesão às normas constitucionais, sobre suas fontes

legalismo objetivista, o jusnaturalismo e a noção de um Direito inato, por consequência, em nenhum momento deixaram de estar aderidos à perspectiva positivista. O jusnaturalismo defende o molde positivista baseado em um sistema legalista de Direito, apenas pressupondo um princípio de justiça suprapositivo a limitar o Direito positivo<sup>842</sup>, onde todo Direito ou é natural ou é positivo<sup>843</sup>, enquanto que a tese adota uma perspectiva pós-positivista contrária a fatores corretivos intrínsecos, propositiva de uma racionalidade constitucional a dar coerência e integridade ao Direito<sup>844</sup>.

---

produtivas e acerca de sua interpretação e aplicação”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 49.

<sup>842</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Soy iusnaturalista porque pienso que el iusnaturalismo (al menos en su intuición fundamental) es verdadero, es decir, que existe al menos un principio de justicia suprapositivo que permite establecer límites discernibles entre lo humano y lo inhumano”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 132.

<sup>843</sup> GONZAGA, Tomás Antônio: “Nós não nos cansamos com tão inúteis etão supérfluas divisões. Todo o direito ou é natural ou é positivo. O direito, como produz obrigação, ha de provir de um superior. As gentes são tôdas iguais, e o que umas constituíram não pode fazer direito para as outras. Daqui deduzo que ou o que as gentes seguem é conforme à natureza racional e exigido pelas necessidades humanas, e, então é direito da Natureza, ou que são disposições arbitrarias dos primeiros homens, e então não são outra cousa mais do que um direito civil, seguido e abraçado igualmente por diversos povos”. *In: Tratado de Direito Natural. Cartas sobre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos*. Edição crítica de M. Rodrigues Lapa. Rio de Janeiro, 1957, p. 121.

<sup>844</sup> A propósito, interessante registrar que o Código de Processo Civil atual prevê textualmente o dever de coerência e integridade em seu art. 926, ao registrar: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

### 3.3 Os métodos interpretativos e o Positivismo – a velada admissão do subjetivismo judicial

Considerando o marco inicial adotado na tese, é possível enxergar desde o Medievo o instrumento interpretativo do Direito, com o que não é possível negar uma referência aos instrumentos técnicos romanos<sup>845</sup>. Em que pese, como visto, no Medievo o direito fosse eminentemente ôntico, costumeiro, pragmático e visto sob o prisma predominantemente da Igreja como produto de Deus, com o que, em princípio, tornaria desnecessária a técnica interpretativa. Inobstante, calha lembrar que no segundo momento do Medievo, na época sapiencial, houve um desenvolvimento científico jurídico, onde a interpretação ganhou destaque, a cargo dos glosadores e comentadores<sup>846</sup>, culminando com um incremento na busca da precisão lógica e objetiva da lei, a partir do advento do positivismo, especialmente a partir do século XIX<sup>847</sup>. Porém, com relação ao método hermenêutico, embora Grossi tente distinguir

---

<sup>845</sup> GROSSI, Paolo: “É nessa perspectiva que são vistos e utilizados dois instrumentos técnicos que remontam aos romanos: as chamadas *regulae iuris* e *actiones utiles*. As *regulae iuris* – às quais Justiniano dedicou o título inteiro do Digesto, o último – são critérios gerais de juízo a que o cientista do direito chega na sua tentativa de traçar esquemas organizativos de caráter universal, partindo sempre de uma análise empírica de cada caso concreto. Nos glosadores, o fundamento e a legitimidade da regula decorrem da circunstância de que, neles, “*eadem aequitas vertitur*”, há uma mesma base equitativa. As *actiones utiles* são aquela criação do *ius honorarium* romano mediante as quais o pretor, ao constatar analogias, estendia a tutela processual para além dos casos previstos pelo *ius civile*: um tema extraordinariamente sugestivo para os pluralistas medievais é o da concorrência e integração entre dois ordenamentos e, de fato, é um tema retomado pelos nossos glosadores, e retomado segundo o costumeiro motivo equitativo: a ação útil é uma ficção pretoriana segundo a que “ *fingitur ex aequitate*”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 209-210.

<sup>846</sup> GROSSI, Paolo: “A resposta dos glosadores e comentadores foi a *interpretatio*. Mas, pode-se objetar o seguinte: nesse mundo medieval onde Deus é o verdadeiro e único criador do direito, o único verdadeiro legislador graças à Revelação e à natureza, ou seja, graças ao direito divino positivo e natural; nesse mundo onde o direito é sentido como algo ôntico, duradouro, que está além do cotidiano, das suas turbulências e das suas vicissitudes inconstantes; nesse mundo medieval tudo é visto numa abordagem essencialmente interpretativa, e é *interpretatio* a atividade normativa do príncipe e da comunidade por meio do costume, assim como é *interpretatio* a justiça feita pelo juiz ou a elaboração teórica feita pelo magister. É uma objeção oportuna, corroborada por tudo o que se disse até agora: *interpretatio* é a própria ordem jurídica que vive, que se desenvolve lentamente na história; é a dimensão vital dessa ordem, o momento dinâmico. Isso tudo é absolutamente verdadeiro. No entanto, em razão da ausência do príncipe e do seu distanciamento psicológico da produção jurídica; em razão da inadequação do costume para garantir, por si só, um desenvolvimento adequado da ordem jurídica numa sociedade complexa; em razão da subordinação – conforme veremos – do juiz prático em relação ao sapiens e muitas vezes da identificação entre iudex e sapiens, a função interpretativa é sobretudo ônus e honra da ciência. A *scientia iuris* é por excelência *interpretatio*”. In **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 201.

<sup>847</sup> MARMOR, Andrei: “Historically, the kind of answer expected to the question ‘What is law?’ has typically varied with the dominating philosophical tradition. Thus when medieval essentialism lost its appeal, and it no longer seemed to make sense to speculate about the ‘nature’ or ‘essence’ of law, a different kind of answer was required. During the 19th century it was reasonable to seek a definition

a interpretação medieval da atividade interpretativa positivista, por considerá-la, com conteúdo de vontade e de liberdade inexistente, para ele, na atividade interpretativa exclusivamente lógica do positivismo<sup>848</sup>, na medida em que seria apta continua sendo um instrumento para atribuição de sentidos do Direito, ao texto normativo<sup>849</sup>. Talvez o principal pilar da lógica positivista esteja, mesmo após reconhecer que o Direito não é apenas texto legal, na subsunção, de onde surge o objetivo da clareza da lei<sup>850</sup>, e no reconhecimento de que a interpretação é instrumento para adjudicar sentidos no Direito<sup>851</sup>, permitindo uma interpretação própria para o Direito e outras interpretações

---

of 'law', thus manifesting, perhaps, the rising concern for logical and scientific accuracy. On the background of twentieth-century analytical philosophy, however, this definitional task was conceived of as rather naïve. The assumption was that law is too complex a phenomenon to be captured by any one definition. But if it is neither the essence of law nor its definition that legal theory should seek out, what then? Once again, legal philosophers could look to the dominating philosophical tradition of the time, in this case, to the emerging analytical philosophy and its manifest interest in language and the concept of meaning". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 1.

<sup>848</sup>GROSSI, Paolo: "Outra palavra latina, que preferimos ao termo "interpretação", embora a tradução seja menos equívoca do que nos casos já examinados dos termos lei e jurisdição. Preferimos usá-la por receio de uma noção excessivamente contaminada de positivismo jurídico, como ocorre com o termo interpretação, possa eivar o conceito medieval. Ou seja, receamos a contaminação – que seria tal – de uma noção de interpretação como atividade puramente lógica e do intérprete como um autômato sem vontade e liberdade próprias. Semelhante noção ainda é dominante junto a muitos juristas, que até hoje se satisfazem, de maneira obstinada e obtusa, em reafirmar com entusiasmo e inconscientemente o princípio da legalidade estrita e a imagem do *iudex* como *servus legis*, que propaganda jurídica burguesa de dois séculos lhes incutiu no cérebro. É verdade que os juristas culturalmente mais dinâmicos tentaram resgatar uma noção mais complexa de interpretação – tenho em mente, apenas para ficar restrito à Itália, a época remota, mas ágil, do áureo libelo filosófico-jurídico de Max Ascoli, ou, mais recentemente a reflexão densa, sugestiva e admirável de Emílio Betti –, mas resta em nós o fundado receio de que esse resgate não esteja efetivamente calcado nas consciências da maioria silenciosa. É por isso que preferimos o termo latino *interpretatio*, por ser o invólucro terminológico mais seguro de outro conteúdo semântico. E passemos imediatamente a esse "outro" conteúdo. E diga-se sem demora: a *interpretatio* dos medievais não é redutível a um processo meramente cognitivo, ou seja, meramente cognoscitivo da norma. A *interpretatio* dos medievais é também um ato de vontade e de liberdade do intérprete". *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 202-203. GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005.

<sup>849</sup>GUASTINI, Ricardo: "Entendo por "interpretação (jurídica) a atribuição de sentido (ou significado). Chamo 'texto normativo' qualquer documento elaborado por uma autoridade normativa e, por isso, identificável *prima facie* como fonte do direito dentro de um sistema jurídico dado". **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 23-24.

<sup>850</sup>TARELLO, Giovanni: "Ogni impiego delle leggi richiede decisioni sulla definizione dei termini indefiniti, sulla eliminazione dei conflitti di leggi, sulla integrabilità delle leggi, sulla ricomposizione sistematica del discorso legislativo. Le operazioni che sono nell'uso odierno corrente ricomprese sotto la locuzione «interpretazione della legge», e di cui si è detto nel precedente paragrafo, sono inevitabili nell'accertamento e nell'uso di un diritto oggettivo, e non possono essere evitate qualunque sia il grado di precisione e di « chiarezza » che si riconosca al discorso legislativo in genere e a singoli documenti legislativi in specie". *In: L'Interpretazione della legge*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 33.

<sup>851</sup>TARELLO, Giovanni: "Inoltre l'area semantica delle locuzioni «interpretazione del diritto», e «interpretazione della legge» include anche le operazioni di descrizione dei comportamenti e delle situazioni che si intende qualificare giuridicamente; si tratta di descrizioni apparenti, ed in realtà di prequalificazioni: infatti i comportamenti e le situazioni vengono indicati, positivamente o negativamente, mediante vocaboli che compaiono nel discorso legislativo (o nel discorso in cui si

para as diversas ciências<sup>852</sup> e conservando o caráter instrumental criticado na tese, dentre as diversas possibilidades conceituais de hermenêutica<sup>853</sup>. Em assim sendo, pode ser construída uma classificação de interpretações conforme o sujeito que interpreta<sup>854</sup>, podem ser utilizadas simetrias<sup>855</sup>, bem como podem ser pré-estabelecidas etapas interpretativas a serem rigorosamente observadas pelo

---

formulano le norme extralegislative risultato di integrazione o ricerca del diritto) onde preòstituire la qualificazione giuridica che ai comportamenti e alle situazioni si vuole attribuire o escludere. La interpretazione della legge e la descrizione (o, come anche si dice, «ricostruzione») dei e.d. «fatti» (comportamenti o situazioni) interagiscono e sono sovente inestricabilmente intrecciate: tanto che si parla di «interpretazione», sovente, per riferirsi ad entrambe”. In: **L'Interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 32-33.

<sup>852</sup> TARELLO, Giovanni: “<interpretare>, nell'uso moderno di <atribuire significato ad un ente cui conviene una atribuzione di significato>, ha conservato vecchie specializzazioni giuridiche e ne ha acquisite nuove. Tali specializzazioni hanno reagito e regiscono l'una sul'altra, tanto che la interpretazione nell'esperienza giuridica (che potremmo chiamare <interpretazione nel diritto>) può essere sentita come genere di interpretazione che nel suo complesso si distingue dai generi di interpretazione propri di altri campi di esperienza”. In: **L'Interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 5.

<sup>853</sup> MARMOR, Andrei: “Before embarkin on the main project of this book, which is to examine the concept of interpretation in law and legal theory, it might be useful to attempt an analysis of the concept of interpretation itself. But how should one go about such an analysis? The multifarious uses of ‘interpretation’ may prove quite confusing. This is not to say we should ignore the ordinary meanings of ‘interpretation’, but only that they should be treated with caution. First, because the concept of interpretation is vague, which means that there are bound to be numerous borderline cases of ‘interpretation’. More importantly, interpretation has both a broad and a narrow sense. In its broad sense, interpretation is often used, somewhat loosely, to mean any kind of ‘explanation’, or ‘understanding’ or ‘theorizing’ or such. When a scientist is looking through the microscope we could say that she is trying to interpret what she sees. That is perfectly all right, but not very helpful. Here, and in many other cases, ‘interpretation’ and ‘explanation’ are used interchangeably. But there is also a narrow sense of interpretation which does not stand for just any kind of explanation or understanding. Literary critics, theologians, and judges, to take a few familiar examples, typically engage in a kind of reasoning which we distinctively call interpretative. When judges interpret the law, they do not purport to explain it. Similarly, musicians debating the appropriate way to perform a Mozart sonata would not be described as arguing about the explanation of the sonata, or Mozart, or whatever; their argument is, again, a distinctly interpretative one. In other words, there is a fairly clear sense in which we use the word ‘interpretation’ to designate a unique type of reasoning or understanding”. In: **Interpretation and legal theory**. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 9.

<sup>854</sup> GROSSI, Paolo: “Determinam-se, em primeiro lugar, os sujeitos legitimados à interpretação, e comumente se ensina que são quatro: o príncipe, cuja *interpretatio* é “generalis et necessaria”, ou seja, vinculadora para a generalidade dos súditos, e é escrita num ato normativo; o costume, cuja *interpretatio* é “generalis et necessaria”, ou seja, vinculadora para todos os membros da comunidade, mas não tem uma consolidação escrita; o juiz, cuja *interpretatio* é *necessaria*, mas não *generalis*, pois vincula apenas as partes da controvérsia decidida; e o mestre, cuja *interpretatio* é apenas *probabilis*.” In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 204-205.

<sup>855</sup> GUASTINI, Ricardo: “Segundo a minha estipulação, o discurso do intérprete é evidentemente assimilável ao discurso do tradutor. Mais precisamente: a interpretação e a tradução são congêneres. Tanto a interpretação quanto a tradução, de fato, não passam de reformulações de textos”. **Das fontes às Normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 26.

jugador<sup>856</sup>, objetivo a ser alcançado com o método<sup>857</sup>, mas, principalmente, também não pode escapar do conflito da objetividade ou subjetividade do método, com o questionamento a respeito dos limites de ultrapassagem da norma<sup>858</sup>, onde, segundo Grossi, podiam ser taxados de exegetas insensíveis, mas que na realidade estavam atentos ao novo e puderam contribuir para a construção do novo Direito<sup>859</sup>. Não desconhecendo que há entendimento no sentido de abertura do Direito, propiciadora de uma integração externa<sup>860</sup>, abertura que estaria relacionada aos casos difíceis, que foi combatida recentemente, mas que ainda encontra defensores<sup>861</sup>. De qualquer

---

<sup>856</sup>GROSSI, Paolo: “[...] se, em juízo, há dúvidas “super aliquo novo negotio”, deve-se interpelar o Imperador, desde que esteja presente... caso contrário, procede-se “de similibus ad similia”; se há dúvidas sobre um texto de lei, é preciso verificar como essa lei foi consuetudinariamente entendida, e somente se não se chegar a certificar o uso interpretativo deve-se recorrer ao príncipe, se estiver disponível *in loco*”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 206.

<sup>857</sup>GROSSI, Paolo: “É uma política essencialmente liberatória, ainda que se trate de uma liberação obtida de forma indireta. O ponto de partida é o dado normativo, ou seja, a *lex romana*; essa deferência é pleiteada pela dimensão de validade do discurso dos juristas, mas em seguida o caminho aponta para o efetivo e nos direciona a duas etapas sucessivas; propõe-se a causa legis ou, como se diz em muitos outros testemunhos, a ratio legis, e não os verba como objeto de *interpretatio*; identifica-se a causa/ratio numa *aequitas* e sobre ela se elabora o procedimento analógico”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 208.

<sup>858</sup>GROSSI, Paolo: “É óbvio que, diante de um poder tão relevante, que dá ao intérprete a possibilidade de anular a autoridade da norma, coloquem-se problemas bastante delicados para aqueles que – como os nossos mestres – têm uma exigência de validade a salvar, ao menos sob o aspecto formal. É – para continuar a usar o termo bastante carregado que usamos mais acima – o drama dos glosadores em particular, cujo comportamento é tímido e duvidoso como o dos aprendizes, tendente a reafirmar o seu insubstituível momento de validade. No entanto, ainda que timidamente e com mais de uma aporia graças ao seu forte sentimento de validade, é precisamente entre os glosadores que tem início a teoria liberatória da *interpretatio*”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 204.

<sup>859</sup>GROSSI, Paolo: “Duas são as observações essenciais a fazer: que o príncipe e o costume são qualitativamente equiparados, sendo absolutamente extrínseca a circunstância da redação escrita; que também é titular do poder interpretativo o cientista do direito, que precisamente por ser “esclarecido”, embora sem possuir poderes normativos, obtém um resultado “provável” (adjetivo – como sabemos – que não é inócuo, mas típico da lógica escolástica e que especifica uma aproximação dialética com a verdade). Nessas afirmações gerais sobre os sujeitos, o momento de validade foi posto a salvo, mas imediatamente afloram desgastes e sobretudo reduções da validade a simples fachada formal. Os glosadores colocam-se de imediato o ineludível problema dos *nova negotia*, ou seja, das novas estruturas socioeconômicas que a práxis cria segundo suas exigências e que necessitam de uma veste jurídica: estruturas – é óbvio – desconhecidas ao direito romano ou desvinculadas dos seus esquemas rigorosos e rígidos. Trata-se de um problema muito presente, e consiste na negação mais irrefutável daquela velha fábula segundo a qual os glosadores eram alheios à realidade exegetas insensíveis pertencentes a um passado remoto. É, por sua vez, um acúmulo de demandas que afloram em consciências muito sensíveis e que mergulha os nossos juristas bem no meio do seu tempo, com a intenção de construir arduamente o novo direito”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 205.

<sup>860</sup>GUASTINI, Ricardo: “Deste ponto de vista, fica bem claro que as normas não expressas não são de modo algum fruto da interpretação, já que são elaboradas na ausência de disposições que as expressem; são fruto de produção (ou integração) do direito. Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso; traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e integração do direito”. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 43.

<sup>861</sup>MARMOR, Andrei: “Legal positivism is committed to the thesis that a distinction exists between (so-called) ‘easy cases’, where the law can be simply understood, and applied straightforwardly, and

forma, certo é que a ampla aba do positivismo<sup>862, 863</sup> abarcou grande parte do desenvolvimento doutrinário dos últimos séculos<sup>864</sup> e com esse desenvolvimento era inescapável o embate do subjetivismo com o positivismo, como pontuado no capítulo anterior.

Neste capítulo será possível desenvolver o entendimento de que o tão combatido subjetivismo admitido de forma inuvidosa no Direito Natural, também estava presente no positivismo jurídico objetificante do texto legal, em que pese negado<sup>865</sup>, acabava ocorrendo quando se valia de métodos interpretativos para

---

'hard cases', where the issue is not determined by the existing legal standards. There is a widespread objection to this thesis, shared by Fuller, Moore, Dworkin, Fish, and others. Basically, the objection consists in the claim that this is in fact an illusory distinction, there being, in all the relevant respects, no easy cases as legal positivism would have it. This chapter sets out to disprove the above argument. I will begin by explaining why legal positivism is, indeed, committed to the distinction between easy and hard cases, and in what sense this is so. I shall then go on to defend the distinction in question against the various arguments offered against it". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 95.

<sup>862</sup>TARELLO, Giovanni: "La crisi, in sede di dottrina giuridica, delle concezioni dell'interpretazione e dei giudizi accreditate dalla scuola dell'esegesi e dalla scuola storica ebbe luogo a partire dall'fine del secolo XIX, e si espresse in una serie di dottrine, in Europa e in Nordamerica, da quegli anni al período tra le due guerre mondiali. Nella cultura giuridica francese e soprattutto in quella germanica queste dottrine assunsero, prevalentemente, l'aspetto di metodologia dell'interpretazione; e, per quanto si riferisce a quei due paesi, la situazione determinata dal fiorire di dottrine confliggenti e sovente caratterizzata come situazione di « lotta tra metodi ». Le denominazioni delle metodologie sono molto note, ed è sufficiente enumerarle: nei paesi di cultura germanica si ebbe la cosiddetta « scuola di diritto libero » (*Freirechtslehre*), la « giurisprudenza degli interessi » (l'interessenjurisprudenz), la « giurisprudenza teleologica » (*teleologische Jurisprudenz*); nei paesi di cultura francese si ebbe il neonaturalismo di Geny, la giurisprudenza cosiddetta « evolutiva », le varie dottrine dell'« istituzione » (ad esempio quella di Hauriou), mentre alcune importanti dottrine di ispirazione sociologica o presunta tale, come il solidarismo di Duguit, ebbero influenza piuttosto sulla sistematica del diritto pubblico che non sulla teoria o dottrina dell'interpretazione; nei paesi di cultura anglosassone, ma praticamente nel solo Nordamerica, si ebbero la cosiddetta « giurisprudenza sociologica » (sociological jurisprudence) e il cosiddetto « realismo giuridico » (legal realism ). Tutti questi movimenti della cultura giuridica si collocarono sia al livello della dottrina giuridica (cioè dei precetti su come i giuristi devono operare e delle proclamazioni sul « migliore » o « più corretto » modo di adoperare le fonti), sia al livello della teoria giuridica (cioè delle descrizioni di ciò che i giudici e i giuristi effettivamente fanno, delle analisi delle strutture lessicali e sociali dei materiali e della organizzazione giuridica, della analisi delle strutture logiche e dei processi argomentativi, e così via)". *In: Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 482-483.

<sup>863</sup> Sobre as formas de positivismo ver também: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, a partir da p. 32.

<sup>864</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Pero, fuerza es admitir que la expresión "positivismo", es tal vez un sustantivo demasiado grande para que no provoque equívocos, ya que bajo ese rótulo se han aglutinado casi todos los desarrollos doctrinarios de los últimos ciento cincuenta años, y muchos de ellos, por no decir todos, no reconocen en el pensamiento comteano más que una vinculación de nomenclatura". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998. p.145.

<sup>865</sup> GUASTINI, Ricardo: "Para concluir, talvez seja o caso de frisar que as idéias aqui formuladas em torno do direito e lógica supõem uma concepção juspositivista do direito, da qual, a propósito, constituem uma necessária consequência. O postulado do positivismo jurídico é, muito simplesmente, a idéia de que o direito é criação dos homens. Não existem normas já "dadas" na natureza ou na razão. As normas são "postas", isto é, nascem de atos humanos produtores de

supostamente alcançar o sentido da lei, quando o reconhecimento de um sentido unívoco termina redundando na criação do Direito através da interpretação<sup>866</sup>, denotadora de que a metafísica admitida, acabava também permitindo o solipsismo, Assim, o Direito fundado na relação sujeito-objeto, tendo por essência técnica jurídica a crença na interpretação capaz de alcançar o correto sentido da lei, onde há o objetivo de conferir ao Estado a legitimidade exclusiva para produzir o Direito<sup>867</sup>, acaba não alcançando o seu fim, como admitido dentro do próprio positivismo, de forma mais recente<sup>868</sup>.

Nesse largo lapso temporal de predomínio positivista houve abertamente o embate do objetivismo/cientifismo legal e da abertura para a produção normativa paraestatal, proposta de forma notória pelo Direito Natural. Ocorre que, mesmo nas propostas objetificantes do sentido da lei, houve sempre a metafísica do método interpretativo a permitir o subjetivismo. Isso significa que, o positivismo, apesar de perseguir a pureza científica objetificante, especialmente no positivismo analítico e seu método indutivo, partindo da lei para criar a ciência do Direito<sup>869</sup>, na realidade,

---

normas. E não existem outras normas a não ser aquelas postas voluntariamente pelos homens. Deste prisma, o positivismo jurídico é a antítese do jusnaturalismo (entendido em sentido lato), a saber, daquele modo de ver segundo o qual existem ou podem existir normas já 'dadas' e não 'postas' voluntariamente pelos homens". **Das Fontes às Normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005 p. 85.

<sup>866</sup>GUASTINI, Ricardo: "Sobretudo, deve-se frisar que os enunciados interpretativos não podem ser considerados descritivos, a menos que se compartilhe da opinião falaciosa de que as normas possuem um único significado unívoco e que, portanto, existe algo como uma interpretação "verdadeira". Quando os juristas não se limitam a descrever a "moldura" das muitas interpretações oferecidas por uma norma, mas propõem (aos órgãos incumbidos da aplicação) "uma" interpretação da norma, de preferência às outras igualmente possíveis, não produzem ciência jurídica: produzem política do direito. O seu discurso não pode ser qualificado como um discurso descritivo, científico. Interpretando os enunciados legislativos, os juristas não descrevem normas preexistentes, mas num certo sentido "criam" normas. Se empregamos 'norma' para nos referir ao conteúdo de sentido dos enunciados legislativos, não existem absolutamente normas antes da interpretação e independentemente desta". **Das Fontes às Normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005 p. 96-97.

<sup>867</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Sin embargo, puede aceptarse que la expresión "positivismo jurídico" haya indicado prevelantemente, aún cuando no de modo exclusivo, a una teoría que reconoce carácter jurídico sólo a aquél, puesto por una autoridad soberana, lo que acentuaba la circunstancia de que en ese orbe, lo positivo, refería al plano formal de la creación de la norma y su ser emergencia de un ente exclusivo que se atribuía el poder de generar derecho". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998 p. 145.

<sup>868</sup>GUASTINI, Ricardo: "Portanto, a idéia de que os enunciados deônticos dos juristas podem ser entendidos em sentido descritivo e que, portanto, a eles convergem os valores de verdade, não é confirmada. Com a dissolução dessa idéia, também a teoria da ciência jurídica como ciência normativa parece perder todo o fundamento". **Das Fontes às Normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005 p. 105.

<sup>869</sup>BODENHEIMER, Edgar: "O positivismo jurídico tem-se manifestado de maneira muito conspícua numa ciência do direito do tipo analítico, que chamaremos de positivismo analítico. O positivismo analítico toma como ponto de partida uma determinada ordem jurídica e dela destila por um método predominantemente indutivo, certas noções, conceitos e distinções fundamentais, comparando-os

sempre foi maculado pelo subjetivismo, como é possível observar quando o positivismo permite uma abertura sociológica para, em que pese ainda centrado na lei, buscar a origem e a finalidade da lei<sup>870</sup>, permitindo a introdução dos métodos interpretativos baseados na vontade do legislador e da lei, ou, em uma imbricação de ambos, quando é considerado que o sucesso comunicativo e interpretativo estaria em alcançar as intenções do falante, onde a lei é fala do legislador<sup>871</sup>, que após o rechaço desse pressuposto para a fala bem sucedida<sup>872</sup> passam a ser fundamentadas no fim social ou político<sup>873</sup>, de qualquer modo, importando na admissão, em maior ou menor grau, de influência subjetiva-ético-política no Direito<sup>874</sup>. Aliás, é possível reiterar que o

---

talvez com as noções, os conceitos e as distinções de outras ordens jurídicas, a fim de assinalar entre elas certos elementos comuns. Como observou JULIUS STONE, o positivismo analítico interessa-se acima de tudo pela 'análise dos termos legais, buscando as correlações *lógicas* entre as proposições legais'. Destarte ele provê a ciência do direito de uma verdadeira anatomia do sistema legal". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 113.

<sup>870</sup>BODENHEIMER, Edgar: "Mas o positivismo jurídico pode também assumir uma forma sociológica. O positivismo sociológico dispõe-se a investigar e descrever as várias forças sociais que exercem influência sobre a formulação do direito positivo. Êle se preocupa com a análise não das normas legais produzidas pelo estado, mas dos fatores sociais responsáveis pela sua promulgação. Como o positivismo analítico, êle assume uma atitude puramente empírica em face da lei, como aquêle se recusando a procurar e proclamar os valores últimos da ordem jurídica". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 113.

<sup>871</sup>MARMOR, Andrei: "Pragmatics is basically interested in the question of how communication is being actually achieved. Consequently, the criteria of success for a communicative act would be defined in terms of grasping speaker's intentions". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 21.

<sup>872</sup>MARMOR, Andrei: "But now, setting aside the interest in how communication is achieved, and taking up the perspective of interpretation, we must ask a different question; that is, what is it to propose an interpretation of, for example, an utterance or a text? With regard to this question, the idea of successful communication is only one possible relevant consideration. In one clear sense it is of course true that one understands an expression if one recognizes the pertinent communication intentions of the speaker. Thus we can say that successful communication is at least one criterion for understanding an expression. But is it also a necessary one? Not according to many philosophers and art critics, among whom it is a very familiar thesis that interpretation is not confined to an attempt to grasp the communication intentions of the artist. They argue that successful communication is not the only (or, as some claim, not even a relevant) criterion for the successful interpretation of a text or an utterance, etc". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 21-22.

<sup>873</sup>BODENHEIMER, Edgar: "Em anos mais recentes, o professor HERBERT L. A. HART, de Oxford, fêz-se porta-voz de uma forma mais modernizada de positivismo analítico. HART reconhece que um sistema legal positivo não é um todo que se contenha em si mesmo e que as normas legais são muitas vezes vagas na sua periferia, exigindo por isso mesmo uma interpretação ou complementação em que se recorra a considerações de finalidade social ou ordem política". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 117-118.

<sup>874</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "La expresión del positivismo como teoría del derecho y donde sin duda caben las más nutridas y disímiles concepciones (escuela francesa de la exégesis, pandectismo germano) sostiene la conveniencia de distinguir un sentido amplio y uno restringido; si por este último debiera ser asimilado sólo el "codicismo", la crítica debería fluir inobjetable; aunque el vituperio, en tal caso, habría perdido ya vigencia, puesto que nadie acepta hoy seriamente que el juez sea un autómatas para aplicar adecuadamente la norma al caso. La versión que debería

subjetivismo e positivismo são temas indissociáveis, seja admitindo-o abertamente, como nas mencionadas lições de São Tomás de Aquino, com a concepção do Direito Natural, ou de forma obnubilada pela crença no método científico, crendo na atribuição metodológica de sentido aos vocábulos e expressões no contexto do texto<sup>875</sup>, onde até a pontuação é importante para a extração do sentido da lei<sup>876</sup> e, como nas últimas décadas pode ser visto nas concepções de conformação legal de acordo com uma graduação, forte, média e fraca<sup>877</sup>. O positivismo partiu da crença iluminista na lei, tanto em seu aspecto libertário de garantia de isonomia quanto do seu viés

---

considerarse aceptable, sin que fuese necesario buscar paliativos, es la primera, o consideración científica, ya que aquí se trata sólo de saber si quiere colocar verdaderamente a la ciencia jurídica sobre bases científicas y sólidas o bien si se quiere perpetuar la confusión entre la investigación y la crítica ético-política". In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 147-148.

<sup>875</sup> TARELLO, Giovanni: "Detto tutto ciò, e stabilito che il primo passo dell'attività interpretativa consiste nell'attribuzione di significato ad enunciati, e non a singoli vocaboli, è tuttavia necessario dire qualcosa - anzitutto - dei singoli vocaboli: ci occuperemo della terminologia dei documenti normativi (in particolare, della legge) e di talune regole generalmente seguite per attribuire ai vocaboli contenuti in enunciati normativi un significato nell'ambito di tali enunciati". In: **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 108.

<sup>876</sup> TARELLO, Giovanni: "Più raro è che per ragioni pragmatiche si facciano eccezioni alle regole sintattico-grammaticali relative all'uso del punto e virgola. Un esempio (famoso) potrebbe essere tratto dal diritto internazionale pubblico (34). L'art. 6 della Carta del Tribunale internazionale militare, contenuta nell'Accordo di Londra del 8 agosto 1945, recitava: « Crimini contro l'umanità: cioè, l'omicidio, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione e altri atti disumani commessi contro qualsiasi popolazione civile, prima o dopo la guerra; o le persecuzioni per motivi politici, razziali o religiosi, in esecuzione di o in connessione con qualsiasi delitto di competenza del tribunale, fossero o non fossero in violazione del diritto nazionale del paese » (35). Orbene, la lettura grammaticalmente regolare (cui i giuristi di *Common Law* sono tradizionalmente molto legati) avrebbe richiesto di considerare la condizione (che l'atto criminale dovesse essere stato commesso in connessione con uno dei delitti per i quali era competente il Tribunale) come condizionante solo i crimini menzionati dopo il punto e virgola; molti interpreti invece volevano leggere l'enunciato come se al posto del punto e virgola vi fosse stata solo una virgola e considerare la condizione come condizionante anche i crimini menzionati per primi, davanti al punto e virgola. Per la storia, la seconda lettura riuscì ad imporsi solo per via di interpretazione autentica in seguito al Protocollo di Berlino del 6 ottobre 1945, il cui unico contenuto: JO consiste nel sostituire il ricordato punto e virgola con una semplice virgola". In: **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 120.

<sup>877</sup> GUASTINI, Ricardo: "1. En sentido debilísimo, es "conforme" a la ley todo acto que sea compatible con la ley. Aquí, em suma, "conformidad" significa compatibilidad. "compatibilidad", a su vez, significa ausencia de contradicciones (o de antinomias). A este respecto, conviene hacer dos observaciones. En primer lugar, un acto puede ser compatible a pesar de no estar presamente previsto y autorizado por la ley. En segundo lugar, ningún problema de incompatibilidad puede siquiera plantarse si incide sobre un objeto que la ley de hecho no regula. 2. En sentido débil, es "conforme" a la ley todo acto que esté expresamente autorizado por la ley. Aquí, entonces, "conforme" significa autorizado: positivamente fundado em la ley. Se puede convenir que todo acto autorizado por la legislación debe además ser compatible con la ley: que, em outras palavras, al autorizar un acto, la ley (implícitamente) exige que tal acto sea compatible con la ley misma. 3. En sentido fuerte, es "conforme" a la ley todo acto que tenga la forma y el contenido predeterminados por la ley. A este propósito podemos hablar de conformidad em sentido estricto. Naturalmente, un acto em el que la ley predetermine la forma y/o el contenido es, por eso mismo, un acto autorizado por la ley". In: **Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina jurídica contemporánea**. 1ª ed., Mexico, 2001, p. 120-121.

impositivo<sup>878</sup>. Disso surge a relevância de extrair os sentidos da lei, através do método interpretativo, tendo a lei como sinónimo de Direito, para em um segundo momento admitir que a lei era contida pelo Direito, sendo necessário o combate à estagnação do Direito através da atividade judicial, da jurisprudência, que inclusive igualmente não pode permanecer estagnada, admitindo uma abertura discricionária, que diferenciava-se da arbitrária em razão do limite<sup>879</sup>.

A lei continuou ocupando, de qualquer forma, a centralidade do Direito, com preferência vinculativa e não discricionária (discricionariedade que, por exemplo, poderia estar amparada na retórica<sup>880</sup>, na aplicação subsuntiva ao caso concreto pelo juiz,<sup>881</sup> e que para bem interpretar era preciso conhecer o Direito como um todo<sup>882</sup>.

---

<sup>878</sup> CRUET, Juan: “Ao passo que o direito constitucional considera a lei como uma garantia de liberdade, a economia política teme-a como uma manifestação da autoridade. É uma questão de ponto de vista; para o direito constitucional, a lei é uma protecção do individuo contra o arbitrio governamental; para a economia política, é um modo de intervenção do Estado no domínio das transacções privadas. Não a nisto nada de contradictoria. Sem dúvida, a liberdade não é a ausencia de regras, não há sociedade possível sem um mínimo de prescrições obrigatoria e com sancção, determinando as condições da vida commum, ou, para me exprimir como Kvat, da coexistência das liberdades; reconhecer em cada uma liberdade sem fronteira, seria mui simplesmente organizar o conflicto incessante universal das forças individuais. Definir a liberdade, é seguramente limitá-la, mas é também dar a uma faculdade incerta e precaria a estabilidade d'um direito incontestado e permanente. Nunca estamos seguros da própria liberdade num país em que a dos outros não está garantida”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 287.

<sup>879</sup> CRUET, Juan: “Assim, depois de ter mostrado que a jurisprudencia assegura o progresso do direito fóra da lei ou contra ella, devemos concluir que há logar às vezes de procurar os meios de transformar o direito fóra da jurisprudencia e contra ella. E pois que não é o direito que faz viver a sociedade, é preciso que a sociedade faça viver o seu direito, quebrando ou alargando a carapaça legal ou jurisprudencial que lhe comprime o livre vôo. Muita anarchia é a desordem, mas um pouco de anarchia é o progresso”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 86.

<sup>880</sup> TARELLO, Giovanni: “Ma tutto ciò vale per il ruolo della logica formale, della logica del ragionamento necessitante, della logica del ragionamento «analitico». Discorso diverso deve farsi relativamente alla retorica. Se la motivazione della decisione di attribuire un particolare significato ad un documento normativo (e l'argomentazione di una proposta relativa a simile decisione) non trova conforto nelle regole logiche, non sarà per avventura la retorica a fornire qualche criterio? Se il controllo culturale che una società esercita sulla applicazione del diritto non può servirsi, in relazione all'interpretazione, della logica, non potrà questo controllo avvalersi, invece, della retorica? È quanto bisogna considerare”. *In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 85.

<sup>881</sup> GUASTINI, Ricardo: “En el outro caso, el acto autorizado por la ley no puede más que asumir el contenido predeterminado por la ley, y ningún outro; no hay más que un sólo acto conforme a la ley. De tal forma que el órgano, titular del poder conferido por la ley, no tiene ningún margen de elección. En este caso, el poder conferido por la ley no es un poder discrecional, sino enteramente vinculado. El legislador suele regular del primer modo los poderes de la administración pública, y del segundo los poderes de los órganos jurisdiccionales. En un caso, el legislador confiere “discrecionalidad administrativa”; em el outro, no confiere ninguna discrecionalidad (mas que aquella que es intrínseca a toda actividad applicativa del derecho, em cuanto la aplicación presupone la interpretación). Pero es importante subrayar que el “grado” de conformidad a la ley requerido por un acto depende no ya del principio de legalidad, sino del contenido de la ley que regula el acto em cuestión”. *In: Estudios de teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea*. 1ª ed., Mexico, 2001, p. 122-123.

<sup>882</sup> COUTURE, Eduardo J: “A questão inicial consiste, portanto, em sublinharmos que interpretar a lei não é interpretar o Direito, mas um fragmento deste. Interpretar o Direito, isto é, averiguar o sentido

Onde já é possível antever um inequívoco avanço jurídico, na linha da tese defendida, em que pese, mesmo quando ultrapassada a noção limitadora do Direito à Lei, a interpretação continua sendo instrumento. Porém, nessa última visão, em que mencionado o posicionamento de Couture, apesar do seu apego aos métodos interpretativos, houve fundamental relevância no impulso proporcionado ao Constitucionalismo, ao protagonismo que a Constituição alcança na visão pós-moderna de Direito adotada<sup>883</sup>.

Contudo, em que pese o avanço em relação ao positivismo originário, a crença no método interpretativo, em variáveis modelos de interpretação<sup>884</sup> esbarra na vedação da tese de transposição metafísica de sentidos, cuja impossibilidade veio a ser reconhecida através da viragem linguística, da forma lógica em Wittgenstein<sup>885</sup>, da hermenêutica psicologicista de Schleiermacher<sup>886</sup>, da “doutrina do gênio” em Dilthey<sup>887</sup> e da filosofia hermenêutica em Heidegger<sup>888</sup> e da hermenêutica filosófica em Gadamer. No processo civil é possível ter um vislumbre inicial do reconhecimento do

---

de uma norma em sua acepção integral, pressupõe o conhecimento do Direito em sua totalidade, bem como a necessária coordenação entre a parte e o todo”. *In: Interpretação das leis processuais*. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 14.

<sup>883</sup> FIX-ZAMUDIO, Héctor: “En Latinoamérica, a partir del clásico estudio de Eduardo J. Couture sobre las garantías individuales del proceso, se ha ido conformando lenta pero seguramente un conjunto de principios que deben ya considerarse como inseparables del procesalismo científico de nuestra época y que se ha relegado em disposiciones expresas de los textos constitucionales expedidos em la segunda postguerra y regulados por los códigos procesales civiles más modernos, que em forma paulatina van sustituyendo a los inspirados em la vieja legislación española”. *In: Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. Mexico: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 24.

<sup>884</sup> Por exemplo, o importante jurista mencionado, um dos pilares do desenvolvimento positivista, traz vários métodos interpretativos. *In: Interpretação das leis processuais*. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

<sup>885</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A linguagem é a figuração do mundo. A linguagem consta de frases elementares, cuja conexão é o objeto de estudo da lógica. As frases complexas manifestam uma estrutura lógica sobre a qual falamos agora. Como vimos, a figuração da realidade pressupunha algo de comum entre a figuração e o figurado que Wittgenstein denominou de “forma lógica”. A forma lógica é, assim, a condição de possibilidade de qualquer figuração e, enquanto tal, não pode ser figurada...”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 109.

<sup>886</sup> *In: GADAMER, Hans-George. Verdade e Método II*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 119.

<sup>887</sup> *In: STEIN, Ernildo. Racionalidade e Existência: o Ambiente Hermenêutico e as Ciências Humanas*. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 49.

<sup>888</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O homem é, em sua essência, a “memória do ser”, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, e, para Heidegger, só se pode falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser se desvela, se abre, ou seja, no homem. A questão da linguagem, portanto, está vinculada à questão central de seu pensamento. No entanto, a linguagem é um fenômeno por diferentes ciências. O homem, ser histórico, quando pergunta, já o faz dentro de uma tradição cultural específica: nós, ocidentais, quando tratamos da linguagem, já o fazemos dentro de uma concepção que se elaborou na metafísica clássica, transferiu-se mais tarde para as ciências da linguagem, chegando hoje à concepção tecnocientífica da linguagem”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 201.

limite subjetivo e que a transposição do conhecimento somente seria admissível metafisicamente em Carnelutti, quase em meados do século XX<sup>889</sup>, sem prejuízo do reconhecimento do limite subjetivo e da sujeição espaço temporal<sup>890</sup>. No entanto, como regra, no mesmo período, o desenvolvimento do Direito continuava basicamente impulsionado pela crença nos sentidos unívocos a serem descobertos por todos os operadores jurídicos através de um instrumento técnico específico que foi denominado de interpretação jurídica, tanto que, apesar do vislumbre referido, em contradição, o próprio Carnelutti continuava a acreditar na interpretação jurídica e na analogia para investigação dos princípios de modo a alcançar a reconstrução do Direito, sendo que ao utilizar a expressão reconstrução ao invés de construção, estava a afastar o silogismo subsuntivo positivista<sup>891</sup>. Isso que Carnelutti já expressava um pensamento filosófico muito diferenciado para o momento, inclusive admitindo a subjetividade normativa pela ética, ainda que, repito, metafísica<sup>892</sup>, a permitir a justiça no caso

---

<sup>889</sup>CARNELUTTI, Francesco: "Debemos, sin embargo, para tratar de comprender, tener el valor de mirar fijamente el sol. Dios, cuando Moisés le preguntó: ¿y cómo te llamas, Señor? contestaba: yo soy *El que es. El que es*. Parece una tautología. ¿Cada uno de nosotros es el que es, verdaderamente? Cada uno de nosotros es *el que es y no es el que no es*. Un hombre es aquel hombre, mas no otro hombre. No *esse*, sino *esse et non esse* es la verdad del hombre y, por lo demás, de todas las cosas. Un caballo no es un perro. Una rosa no es una violeta. Yo no soy tú. Dios sólo es *sin no ser*. Dios sólo es no las cosas solamente, es decir todo lo creado, sino todo lo creado y lo no creado. Es decir: Dios es el todo, y el hombre o cualquiera otra cosa es una parte". In: **Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948, p. 95-96.

<sup>890</sup>CARNELUTTI, Francesco: "Forma, espaço e tempo, assim como e porque são os três aspectos com e pelos quais se nos revela a realidade, são também os três limites dentro dos quais a podemos considerar. Aquela parcela de realidade que cada um de nós pode ver, está contida dentro deles, por forma que eles podem, outrossim, ser considerados como as três dimensões do conhecimento. Precisamente porque a realidade não se nos mostra senão através da forma, do espaço e do tempo, a realidade tem para nós a sua forma, o seu espaço e o seu tempo. Saber, depois disto, se ela tem forma espaço e tempo também fora de nós, é uma outra questão, a que aludirei mais adiante". In: **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador Francisco Stedile, 2000, p. 21.

<sup>891</sup>CARNELUTTI, Francesco: "La interpretación y la -analogía, exigencias elementales del ordenamiento jurídico entendido como complejo de normas, implican, en último análisis, la investigación de los *principios*, y como medio en orden al fin, la *reconstrucción* del derecho. "Reconstrucción", digo, y no "construcción", pues el pensamiento opera con el ordenamiento jurídico como con cualquier otro fenómeno: descomponiendo y recomponiendo, es decir, no tanto haciendo que al análisis siga la síntesis, cuanto alternando la una con la otra. Construcción o reconstrucción que no es enteramente lo mismo que "estructura", en forma que, como hiciera MAGNI (pág. 221), ésta pudiera sustituir a aquélla: la construcción es el acto y la estructura es el resultado de él, por lo menos en el sentido de que está revelada por él. Ahora bien, la reconstrucción científica de los datos normativos existentes no se resuelve en otra cosa sino en convertir en existencia un número cada vez mayor de posibilidades. Si cabe expresar la idea en términos espaciales, se puede imaginar que la reconstrucción, o como se suele decir, la dogmática, llena los intersticios entre norma y norma, y hasta entre palabra y palabra, el complejo empírico, al convertirse en sistema científico, adquiere, juntamente con la armonía, una solidez compacta que antes no tenía". In: **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1950, p. 487.

<sup>892</sup>CARNELUTTI, Francesco: "A primeira exigência é, pois, que haja alguém em cuja consciência fale

concreto, em um movimento contrário à paralisia objetificante<sup>893</sup>, porém ainda refém do método interpretativo, havendo para ele o interesse prático de alcançar a coincidência da vontade do declarante (legislador) e do intérprete (juiz)<sup>894</sup>.

Correntemente, estava instalado o posicionamento majoritário da subsunção, tendo a interpretação como instrumento. O produto dessa conjuntura foi a proliferação dos métodos interpretativos, com o que, tendo a lei no cerne do Direito, a principal ferramenta de trabalho do operador jurídico estaria nos códigos, que tinham a esperança inicial iluminista de abarcar todas as situações possíveis, complementado pelos comentários inquestionáveis da fala autorizada<sup>895</sup>. Não foi e nem podia ser diferente no Processo Civil, onde além da mencionada visão de Carnelutti, acreditando na objetividade dos métodos interpretativos, podem ser somados os posicionamentos de Chiovenda, Allorio, Wach, Rocco, entre outros<sup>896</sup>, não raro

---

a regra ética, o que o habilita a traduzi-la em uma fórmula. Aflora aqui, no seu profundo significado, o conceito de oráculo, o qual pode ser comparado a um olho-d'água, de que brota uma corrente ignorada. Ele é verdadeiramente um achador da regra; deverá ter, se persistirmos em comparar esta com a água oculta, a virtude do radomante. Os alemães costumam usar precisamente, aliando-a a outra, a palavra *finden* (encontrar), e aqui é mais correto que *Rechtsfinder* o composto *Urteilsfinder*, pois que o que se encontra não é o direito, o qual se formará depois, quando ao preceito se juntar a sanção, mas qualquer coisa que lhe é anterior. É, pois, melhor *Urteilsfinder*, que entre nós se dirá descobridor da sentença, expressão em que o termo sentença vale pelo seu significado literal, já que o descobridor precisamente não faz mais que formular *quod sentit*, isto é, aquilo que a consciência lhe diz". In: **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador Francisco Stedile, 2000, p. 110-111.

<sup>893</sup>CARNELUTTI, Francesco: "Por outro lado, é conveniente reconhecer a dificuldade, ou melhor, a impossibilidade de se formular a regra ética. Esta, que ocupa, e talvez porque ocupa, o ponto mais alto na ordem do universo, é indeterminável como regra, e por tal razão não nos revela senão através de cada caso. Por isso, a equidade, que é a justiça do direito, ou seja, a conformidade do preceito à regra ética, foi chamada de justiça do caso concreto.". In: **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador Francisco Stedile, 2000, p. 131-132.

<sup>894</sup>CARNELUTTI, Francesco: "No ponto de vista prático imediatamente se compreende a necessidade de uma combinação perfeita dos dois atos para que o pensamento chegue com facilidade ao seu destino. Declarante e intérprete tem de ser dois perfeitos jogadores que conheçam as regras do jogo e as saibam aplicar. Condição indispensável é que entre os dois haja unidade de método, pois que terão de percorrer, embora em sentido inverso, o mesmo caminho. A exigência da unidade de método já grosso modo se revela no próprio aspecto da unidade de linguagem, pois a necessidade de terem, em regra, de empregar a mesma língua, significa que têm de conhecer e aplicar as mesmas regras". In: **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador Francisco Stedile, 2000, p. 450-451.

<sup>895</sup>AROCA, Juan Montero: "En los procedimentalistas, en todos ellos, los españoles y los iberoamericanos, es manifiesta la voluntad de describir las formas legales, y el método de la exégesis es ampliamente utilizado, incluso por los autores que no adoptan la forma de comentarios en el plan de sus obras. Después de los comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (sobre todo Manresa, Miquel y Reus y Hernández de la Rúa), la promulgación de la de 1881 produjo la aparición de gran número de comentarios siendo los más destacados e influyentes los de Manresa. La Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 fue comentada sobre todo por Aguilera de Paz". In: **Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano**. Lima: Enmarce, 1999, p. 16.

<sup>896</sup>Ver a propósito: HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57-63.

preservando uma margem de abertura do Direito para a discricionariedade,<sup>897</sup> que passa a ser direito<sup>898</sup>. Em suma, no Direito pátrio os métodos interpretativos continuam a ser apregoados como eficazes para revelar o sentido do Direito. Ainda se acredita que a objetividade das leis, dos códigos e, na ausência da objetividade, que a fala autorizada possa guardar e trazer, no momento propício, as respostas necessárias exigidas do Direito, com o que restam fornecidos todos os passos necessários para o exercício da jurisdição<sup>899</sup>. Com isso, foi criado um panorama perfeito para o encobrimento do subjetivismo, com a completude do Direito<sup>900</sup>.

A eficácia do panorama criado foi de tal monta que, no decorrer da história, também acreditando na objetividade instalada, comumente houve o desenvolvimento de teses opostas subjetivistas, a começar pela oposição ferrenha do Direito Natural. Todavia, em um momento posterior, não muito distante do atual, a doutrina diagnosticou a ausência de um poço tão largo e profundo de distanciamento entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, na verificação dos efeitos produzidos pela atuação prática influenciada pelas correntes que pareciam ser opostas<sup>901</sup>, talvez antevendo aí

---

<sup>897</sup>GUASTINI, Ricardo: “Portanto, as lacunas do direito – e, com maior razão – as simples incertezas aplicativas – não dependem (ou, ao menos, não dependem somente) da intrínseca imprecisão da linguagem das fontes: as lacunas são criadas pelos intérpretes, que exercem discricionariedade não só no preencher as lacunas, com também – e ainda antes – no estabelecer se e quando há uma lacuna. Se é verdade que os intérpretes preenchem as lacunas discricionariamente (mediante a criação de normas novas), é também verdade, entretanto, que são os mesmos intérpretes que se auto-atribuem essa discricionariedade, criando – eles – também as ocasiões para exercê-la”. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 150.

<sup>898</sup>MARMOR, Andrei: “Finally, but not of least importance, it should be kept in mind that many hard cases can be found where judges do not pretend at all to apply or interpret the existing law; they explicitly admit to a gap in the law, and to the fact that their decision (if followed as a precedent) will amount to the creation of new law”. *In: Interpretation and legal theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 92.

<sup>899</sup>AROCA, Juan Montero: “En síntesis, los procedimientos judiciales responden a una concepción jurídica más general, que se centra en el estudio de la ley, utilizando la exégesis como método; el procedimiento es el conjunto de formas solemnes reguladas por la ley, por medio de las cuales actúan los tribunales, y el procedimentalista centra en ellas su consideración”. *In: Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, p. 17.

<sup>900</sup>GUASTINI, Ricardo: “A completude do ordenamento, além disso, garante a assim chamada “certeza do direito” (num dos significados desta expressão), ou seja, a possibilidade de prever as decisões judiciárias e, portanto, de prever as conseqüências jurídicas das próprias ações. Por outro lado, sendo a criação jurisprudencial de direito necessariamente uma espécie de legislação *ex post facto*, a completude do ordenamento garante, ademais, a não retroatividade do direito”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005. p. 178.

<sup>901</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Lo valioso – a nuestro juicio – no estriba tanto en pretender encontrar un criterio clasificador que agote íntegramente la capacidad conceptual de la expresión “positivismo jurídico” o “jusnaturalismo”, sino más bien en poner en evidencia que la polémica no muestra, por un lado, una divergencia tan absoluta como pareciera sugerirse de algunas actitudes, y por otro, que ella resulte de la adopción de un criterio, por así decirlo, libremente elegido. En el primer aspecto, en cuanto a la total oposición de la divergencia, creemos que no es tal en cuanto que, llevados a la praxis, las diferencias que pueden advertirse entre un jusnaturalista y un juspositivista, no son tan profundas e irreconciliables como podría creerse a priori. Si ponderamos

o solipsismo encoberto do positivismo pretensamente objetivista. De qualquer forma, a aproximação entre ambas leva em consideração o reconhecimento de um mundo do Direito, levando em consideração precipuamente as regras ditadas pelo Estado que são aplicáveis por subsunção aos casos concretos. Os métodos e construções para aplicação são pertencentes exclusivamente ao mundo do Direito, preocupado com a cientificidade, com o desenvolvimento da técnica perfeita de aplicação, com o que há, portanto, a criação da dualidade mundo do Direito e mundo dos fatos, onde é possível, em consequência, admitir resolução de questões jurídicas sem qualquer preocupação com sua correspondência pragmática, bem como onde é possível criar exigências que seriam inadmissíveis no mundo da vida, já que os efeitos jurídicos seriam diversos dos efeitos práticos<sup>902</sup>, como no objeto da tese, o mundo deve girar ao contrário, o tempo deve voltar, a situação deve ser restaurada na sua integralidade, para permitir a concessão da tutela de urgência pelo juízo.

O objetivismo/cientifismo legal, oriundo dos ideais revolucionários franceses, centrado na limitação do poder político pela lei, reconhecida ainda nos dias atuais<sup>903</sup> atingiu o seu apogeu com o famoso Círculo de Viena<sup>904</sup>, buscando utilizar a lógica

---

esta aparentemente incontrastable oposición entre jusnaturalistas y juspositivista, tan antigua y tan refractaria que pareciera tan enemiga como universalista y xénofoba, tan contraria como belicista y pacifista, tan pugnante como autoritaria y demócrata, advertimos que en la práctica, en el obrar de cada uno, la diferencia no es tan marca ni los efectos de e su hacer tan disímiles.” *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 148-149.

<sup>902</sup>BAPTISTA, Ovídio: “Certamente a alienação dos juristas e seu confinamento no “mundo jurídico” foram determinados por interesses políticos e econômicos da maior relevância. Não se pode, por isso, pretender a superação do paradigma racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito”. Como disse Gadamer, “todos nós somos filhos da Ilustração”, enquanto juristas carregamos ainda o otimismo e a esperança de alcançarmos a certeza do Direito, embora o mundo a nosso redor esteja literalmente de pernas para o ar, em relação ao pensamento do século XVIII europeu”. *In: Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.301.

<sup>903</sup>GUASTINI, Ricardo: “Una cosa es “conferir” un poder y outra “regularlo”. Para conferir un poder es suficiente una norma de competencia, la cual autoriza a un determinado órgano a realizar actos de un cierto tipo, es decir, actos dotados de un nombre próprio y de un correspondiente régimen jurídico. Para regular un poder hay que dictar reglas (procedimentales y/o sustanciales) para su ejercicio. Si un poder es conferido pero no está regulado de algún modo, sus actos son incondicionalmente válidos. Sólo si un poder está regulado pueden surgir cuestiones em torno a la validez de los actos em que se ejerza tal poder. La ley puede, además, disponer controles de validez, legalidad y legitimidad sobre los actos de los poderes públicos, de otra forma la violación a la ley quedaría sin sanción o remedio”. *In: Estudios de teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea*. 1ª ed., México D. F.: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 126.

<sup>904</sup>MORIN, Edgar: “Que aventura é essa? Ela começou no famoso Círculo de Viena, nesse grupo de cientistas, lógicos e matemáticos que tinham em comum a total ojeriza pelo arbitrário da filosofia e da metafísica. Em suma, eles queriam que a filosofia, o pensamento, refletisse a imagem da ciência, isto é, que houvesse enunciados dotados de sentido, e que fossem baseados no que é observável

simbólica, na tarefa analítica interpretativa, ao mesmo tempo em que rejeita a Filosofia, bem como quaisquer fundamentos extrínsecos<sup>905</sup>. A partir do século XIX o positivismo invadiu todos os ramos das ciências sociais, inclusive do Direito, propiciando uma identificação do Direito com a legislação estatal, tendo no Estado a única fonte legitimadora do Direito, com o que o jurista não podia ir além da realidade prática dos sistemas legais<sup>906</sup>. Em sendo assim, a tese admitida é a de que a lei é produto da razão e deve ser cumprida, bem como faz triunfar igualmente as teses da tripartição de poderes e da segurança jurídica, cabendo ao juiz aplicar a lei<sup>907</sup>. Isso

---

e verificável. Eles achavam ser possível encontrar enunciados chamados de "atômicos", fundamentados num dado empírico formalmente definido, e que a partir desses enunciados atômicos seria praticável construir proposições e teorias, havendo, então, a possibilidade de ter um tipo de pensamento verdadeiro, seguro, científico. Para eles, a ciência era o modelo e levantaram o seguinte problema: "O que é a ciência?" Quiseram estudar o modelo e o estudo desse modelo levou a uma série de desventuras e decepções: eles acreditaram ter encontrado um fundamento e este fracassou". *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 37-38.

<sup>905</sup> BODENHEIMER, Edgar: "No século XX o positivismo assumiu uma forma nova e radical no positivismo lógico do chamado Círculo de Viena. Este círculo se formou depois da Primeira Grande Guerra em torno de MORITZ SCHLICK e RUDOLF CARNAP, e teve numerosos adeptos na Inglaterra, nos Estados Unidos da América e nos países escandinavos. O epíteto de lógico foi acrescentado ao termo positivismo pelos membros do Círculo, porque eles desejavam utilizar as descobertas da lógica moderna, especialmente da lógica simbólica, na sua tarefa analítica. Embora nem todos os fundadores do Círculo nem os seus conversos posteriores aderissem a um mesmo conjunto de convicções filosóficas, certas idéias e postulados fundamentais podem ser identificados como típicos do positivismo lógico. Em primeiro lugar, êle rejeita por completo, em filosofia, as asserções dogmáticas ou especulativas. As afirmações pertinentes à realidade (ou, mais precisamente, aos fenômenos que se nos apresentam como realidade) só são consideradas válidas quando comprovadas e verificadas pela experiência sensória. Segundo: uma atitude de oposição, quase de desprezo, é assumida pelos adeptos dêsse credo em relação ao desenvolvimento da filosofia, desde PLATÃO até os tempos modernos. A maioria dos grandes filósofos da civilização ocidental são por êles considerados metafísicos ou fabricantes de tolices. Terceiro: embora os positivistas lógicos atribuam à ciência a missão de descrever e analisar os fenômenos, êles limitam a tarefa da filosofia à classificação lógica das idéias". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 111-112.

<sup>906</sup> BODENHEIMER, Edgar: "A partir da segunda metade do século XIX, o positivismo invadiu todos os ramos das ciências sociais, inclusive a ciência do direito. O positivismo jurídico partilhava, como a doutrina positivista em geral, da aversão à especulação metafísica e á procura das razões finais. Rejeitou quaisquer tentativas dos juristas para discernir e formular uma concepção do direito que transcendesse das realidades empíricas dos sistemas legais existentes. Procurou banir as considerações de valor da ciência do direito e reduzir a tarefa desta a uma análise e dissecação das ordens jurídicas positivas. O jurista positivista sustenta que só o direito positivo é direito; e por direito positivo êle entende as normas jurídicas estabelecidas pela autoridade estatal". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 112-113.

<sup>907</sup> GUAISTINI, Ricardo: "En el pensamiento jurídico moderno, la jurisdicción – si se hace abstracción de la "discrecionalidad" interpretativa – se configura como una actividad enteramente vinculada. "Juzgar" es, por definición, deducir un precepto singular y concreto de una norma general y abstracta preconstituida (em conjunción com una afirmación que describe, o más bien califica, el supuesto de hecho que se encuentra bajo controversia). De modo que las determinaciones jurisdiccionales resultan predeterminadas por la ley y em tal sentido completamente vinculadas. En rigor, frente a una decisión cuyo contenido no esté predeterminado por la ley, no se puede ni siquiera hablar de jurisdicción. En suma, que la ley deba predeterminar el contenido de las decisiones jurisdiccionales

tudo faz surgir como grande tarefa do direito a interpretação, razão pela qual foram pressupostos necessários para o surgimento da escola exegetica francesa<sup>908</sup>. O movimento de codificação legislativa, pensado ao longo de todo o século XIX em toda a Europa continental é o instrumento para a tecnicização da ciência jurídica, propiciando a segurança jurídica, com respostas pré-estabelecidas e imunes ao subjetivismo, deveria ser suficiente para produzir todo Direito<sup>909</sup>. Não haveria espaço para qualquer subjetivismo ou Direito paralelo ao estatal<sup>910</sup>. O importante é a atividade analítica do operador jurídica para alcançar o sentido do texto, visão denominada de positivismo exegetico, que alcança até os dias de hoje.<sup>911</sup>

---

es cosa pacífica". *In: Estudios de teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea*. 1ª ed., México D. F.: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 128-129.

<sup>908</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "La escuela de la exégesis, no es sólo el resultado de la codificación del derecho francés, como pareciera sugerirlo un análisis superficial del problema. Es, como dijimos, consecuencia de la consolidación de los principios del jusnaturalismo racional; es el triunfo del principio de la división de los poderes, y es también la necesidad de aseguramiento de estabilidad y certeza del derecho establecido por la Revolución". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 126.

<sup>909</sup> TARELLO, Giovanni: "Punto di partenza necessario per chiarire il processo di tecnicizzazione della scienza giuridica e delle attività professionali dei giuristi e' la codificazione. Infatti uno dei più chiari esempi di concezione tecnica delle attività degli operatori giuridici professionali e la concezione secondo cui questi operatori adempiono alle funzioni loro istituzionalmente affidate attraverso l'impiego tecnico di una scienza che elabora un oggetto ad essa preconstituito ed esterno; e, tra gli oggetti preconstituiti alla scienza giuridica, quelli cui più sovente si è pensato, lungo tutto il corso dell'Ottocento, nell'Europa continentale, è un corpo di leggi organizzate; cioè quello che si chiama un codice. "Codice", e "codificazione" sono vocaboli di remota ascendenza, derivando (assieme a "Code", "Codigo" e altri vocaboli di lingue romanze) da codex, il libro compatto e cucito sul dorso; i libri compatti e cuciti sul dorso contenenti materiali giuridici, nuovi o vecchi, raccolti da privati o da autorità, ebbero il nome di códex (codice, code, codigo); l'area di impiego di codex (e derivati) venne a comprendere l'area di impiego del vocabolo germanico Gesetzbuch, libro di leggi; l'intertraducibilità incompleta venne a complicare gli usi dottrinali e tecnici; e molte volte, in specie dagli storici del diritto, si parla ancora di codice in un senso che si collega semplicemente a raccolte di materiali giuridici caratterizzati dall'essere stati una volta, da parte di qualcuno, immessi in un libro compatto e cucito sul dorso. Più sovente, oggi, quando si parla di "codice" (e di "codificazione") ci si riferisce ad una classe di oggetti (e ad un processo storico) i cui collegamenti con il libro cucito sul dorso sono molto remoti. Alla codificazione in questo più ristretto senso mi riferisco nelle pagine che seguono. Il processo di codificazione cui mi riferisco è uno dei fenomeni più importanti e più appariscenti della cultura giuridica e della storia moderna". *In: Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 18-19.

<sup>910</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "La Revolución francesa tenía que asegurarse efectivamente la estabilidad de su derecho. La fijeza absoluta de los textos y la limitación hermenéutica rigurosos trasuntan un objetivo político muy definido. La Revolución no podía correr el riesgo de que, so color de realizar una tarea interpretativa, se acudiera a procedimientos históricos o racionales que buscaran fundamento de la interpretación en otras fuentes que no fuesen las oficialmente establecidas por el derecho revolucionario, ya que toda indagación anterior al "derecho de la Revolución" escondía, o podía esconder, un intento de remembranzas del derecho monárquico definitivamente vedado". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 126-127.

<sup>911</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "La escuela de la exégesis fue en Francia, el resultado necesario del triunfo de las ideas de la Revolución, consagradas a través de la codificación. La codificación francesa significó la consolidación legislativa de los postulados del clasicismo jusnaturalista que habían señoreado de manera absoluta durante más de ciento cincuenta años. Esta escuela, aunque no va más allá del examen analítico de los textos legales, ha ejercido notable influencia en nuestro

Na lógica do positivismo exegético, tendo como objetivo a busca da isonomia de todos os cidadãos com repúdio ao arbítrio e combate científico às concepções metafísicas, havia a necessidade de dar voz ao povo e respeitar os seus interesses, em face do reconhecimento da sua legitimidade de poder. Então os representantes do povo elaborariam as leis que se consubstanciariam no instrumento apto a alcançar tais intentos. A lei alcança, assim, o topo hierárquico do Estado<sup>912</sup>, seguindo o desejo liberal expresso no juiz boca da lei<sup>913</sup>. Disso resulta a ascendência da figura do legislador<sup>914 e 915</sup>, tanto que um dos critérios “interpretativos” de significação do texto legal é o de se perquirir a vontade do legislador.<sup>916</sup> Em consequência, o Estado resguarda para si a condição de única fonte legítima do Direito<sup>917</sup>. Ocorre que a “vontade do legislador”, a par da impossibilidade de identificação da vontade de cada um dos componentes do órgão, bem como de sua alternância, característica da representação popular por sufrágio universal<sup>918</sup>, não admite o reconhecimento de uma

---

derecho, especialmente en la parte del derecho civil”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p.125-126.

<sup>912</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “El rasgo fundamental de la escuela es el culto al texto de la ley. La total identificación entre derecho positivo y ley, y la limitación de la preocupación jurídica al examen gramatical de su sentido”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 127.

<sup>913</sup> CRUET, Juan: “A missão do juiz consiste essencialmente em fazer nos litígios particulares a aplicação exacta das regras do direito consagrado; segundo a definição mui justa e pittoresca de Montesquieu, o juiz é simplesmente a boca que pronuncia as palavras da lei, sem tentar moderar-lhes a força nem o rigor”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 25.

<sup>914</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Necesariamente amalgamado al precedente postulado, está el segundo rasgo fundamental de la doctrina en análisis, que es el predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 127.

<sup>915</sup> CRUET, Juan: “Uma sociedade, logo que chegada à concepção clara e distinta do direito, esforça-se por fazer pairar a lei em uma região inacessível ao juiz, estranha à sua competência; o legislador, monarca absoluto ou assembleia soberana, não quer então repartir com pessoa alguma o direito de modificar a lei por medida geral, nem o de a violar por medida individual”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 26.

<sup>916</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Esta tarea de unificación del derecho común originada en el Estado la realiza el legislador, protagonista que no ha recibido los mandatos legislativos, que reproduce de ninguna fuente superior, lo cual significa consagrar la valoración de la “voluntad del legislador” como hecho psicológico”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 126.

<sup>917</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “En otras palabras, el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador, y lo que el jurisconsulto debe aplicar, no es el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo. Aquello importaba proclamar la omnipotencia jurídica del legislador y consecuentemente entronizar el Estado en la categoría de única fuente de la juridicidad positiva”. In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 127.

<sup>918</sup> MARMOR, Andrei: “The argument over the role of authors’ intentions in interpretation is not, of course, unique to law. Art critics, to take one familiar example, often debate a very similar point. Yet there is one general problem which is unique to law, and which art critics are usually spared. I refer to the problem of identifying the author. Works of art, like most other objects of interpretation, are typically created by a single ‘author’. Even if the historical identity of the author is in doubt, it is usually

vontade unívoca, é também por isso, metafísica e, conseqüentemente, constitui-se em abertura para o arbítrio. Desse mesmo modo, inconscientemente ou conscientemente, sempre houve a indissociável necessidade de complementação extralegal nas posturas positivistas. A identificação disso pode ser trazida exemplificativamente a denominada escola histórica de Direito, que teve grande desenvolvimento na Alemanha, com Savigny,<sup>919</sup> tendo sido precursora de várias outras doutrinas<sup>920</sup> que foram ao encontro da preservação do elemento social e da consideração de componentes tão ou mais importantes que a vontade do legislador para a correta interpretação e aplicação da lei.

Na escola histórica destacada, amparada na filosofia de Hegel, onde o Direito e todas as manifestações sociais são produtos de um processo dinâmico evolutivo, opondo-se ao pensamento de Fichte vinculado ao da universalidade racional da lei<sup>921</sup>,

---

the case that there is such an author, and that it is a person to whom one can attribute intentions. On the other hand, statutory interpretation in a modern legal system presents a special problem in this respect, as 'the legislator' is often not a single person, but a whole legislative body composed of numerous members. Hence the question: Can we attribute an intention to a group of people, often numbering several hundreds?". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 122.

<sup>919</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "En punto al tema de la interpretación, es el historicismo el primer movimiento doctrinario que subraya la necesidad de considerar el ordenamiento jurídico como una totalidad sistemática organizada, cuyas porciones adquieren sentido en función del todo integral del que forma parte, lo cual significa minimizar los aspectos gramaticales o lógicos en la tarea hermenéutica, para destacar la importancia de los momentos históricos y sistemáticos de la faena. Con estos cuatro elementos (gramatical, lógico, histórico y sistemático) que funcionan unificadamente para lograr la interpretación adecuada, y no como cuatro clases distintas de interpretación, se establece no sólo la necesidad de la consideración filológica y sintáctica, úicas tenidas en cuenta hasta entonces, sino también la de examinar la ley dentro del marco histórico de su origen y como parte del todo integral del derecho". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 135.

<sup>920</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Y si bien es verdad que estos excesos del historicismo en la "dogmática conceptual" fueron el punto de partida de otras doctrinas que se movieron en la dirección empírica, tratando de aproximar el derecho a la vida, como la "jurisprudencia de intereses", la "escuela de la libre investigación científica", la "escuela del derecho libre" y todas las formas del sociologismo y realismo modernos, no menos cierto es que la dogmática fue la que conformó en nuestra cultura continental romanista, la fisonomía jurídica de Europa y Latinoamérica". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 138.

<sup>921</sup> BODENHEIMER, Edgar: "Na filosofia de GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831) o idealismo transcendental alemão derivou de uma forma de racionalismo subjetivo para uma forma de racionalismo objetivo. Se FICHTE colocara a sede da racionalidade principalmente na mente do ser humano, HEGEL declarou que o "espírito objetivo", que se manifesta no desenrolar da história e da civilização, é o principal sustentáculo da razão. Ensinava êle que a razão se revela de diversas maneiras nas várias épocas da história e que o seu conteúdo estava em constante mutação. HEGEL via na história "uma torrente que flui sem cessar, projetando individualidades excepcionais enquanto passa, e que está sempre moldando estruturas individuais na base de uma lei que é sempre nova". A idéia nova que êle desenvolveu e que iria tomar-se de uma extraordinária importância na história da filosofia do direito foi a idéia de evolução. Tôdas as várias manifestações da vida social, inclusive o direito, ensinou HEGEL, são produto de um processo dinâmico evolutivo. Êsse processo assume uma forma dialética: revela-se em tese, antítese e síntese. O espírito humano expõe uma tese que se transforma na idéia dominante de uma determinada época. Contra essa tese se opõe uma antítese, e da luta entre ambas resulta uma síntese, que absorve os elementos das duas e as

há a sustentação da inviabilidade do objetivo de se alcançar leis imutáveis e universais como pretendia o movimento revolucionário francês, comungando, assim, do pensamento de Fichte. A localidade, o momento e grupo de indivíduos possuem características diversas que não podem permitir a mesma regulação. O pensar exclusivamente o texto legal é insuficiente para alcançar o sentido adequado da lei, tendo as peculiaridades culturais sociais e temporais papéis fundamentais no método jurídico positivista interpretativo<sup>922</sup>. No historicismo há a troca da metafísica do direito natural pela *Volksgeist* de Schelling e Hegel. O espírito do povo a ser considerado na interpretação é metafísico porque não é produto da experiência humana, mas sim de uma fé romântica<sup>923</sup>. Na escola da livre investigação científica há a crença na resposta objetiva, onde a solução, na ausência da lei adviria da jurisprudência e doutrina antigas.<sup>924</sup> De qualquer forma, todas trabalhavam ainda com o paradigma da busca do sentido da lei, independentemente da tradição do *Civil Law* ou do *Common Law*, na medida em que a jurisprudência consolidada adquire uma rigidez semelhante à da lei escrita<sup>925</sup>, tornando indispensável a busca da melhor interpretação, recaindo

---

reconcilia num plano superior. Esse processo se repete indefinidamente, no curso da história". *In: Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 83.

<sup>922</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "El historicismo nos muestra la historia como el arsenal de lo jurídico, un arsenal variable en el tiempo y en el espacio, versátil en el contenido de los pueblos, nutriéndose de una concepción integral del mundo y de la vida. El derecho no será fruto de la especulación racionalista, ni el resultado de la construcción abstracta del legislador, sino el que emana genuinamente de la conciencia popular". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 136.

<sup>923</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "El historicismo es también, a través de esta misma actitud, un enfrentamiento a los postulados del clasicismo jusnaturalistas, que llenaron la vida jurídica de la Europa moderna y en sustitución de esta impronta filosófica, la escuela histórica, sobre todo a través de Savigny y de Puchta, creó una metafísica jurídica, que trocó la especulación racionalista por una postura romántica enraizada en el *Volksgeist* de Schelling y Hegel. Este espíritu popular, de donde proviene la construcción jurídica, no es una manifestación del positivismo, ya que la fuente generadora de lo jurídico no es un producto contingente de la experiencia, sino un postulado metafísico que se apoya en la ya señalada creencia romántica". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 136-137.

<sup>924</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Es decir que el intérprete debe recurrir a la ley como primera fuente de lo jurídico, y no encontrando en ella la satisfacción requerida para la solución del caso propuesto, debe acudir entonces a las otras fuentes formales, que en su doctrina son la costumbre, la autoridad – como llama Gény a la jurisprudencia y doctrinas actuales – y la tradición – como denomina a la jurisprudencia y doctrinas antiguas". *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 186.

<sup>925</sup> CRUET, Juan: "Quando sobre um ponto de direito existe uma jurisprudência constante e uniforme, ella acaba por adquirir uma fixidez quasi comparavel á da própria lei; nesse momento, o direito do juiz passa a ser; como o direito do legislador, um verdadeiro direito escripto, mas escripto diversamente. Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes, mas de pesá-los não se cuida. A jurisprudência é respeitada porque é a jurisprudência, e é repetida a ponto dos advogados, para ganharem as suas questões, se absterem de a atacar de frente e preferirem mais habilmente iludi-la, mostrando como não é exactamente applicavel aos factos da causa. E' preciso então que a jurisprudência, tendo evolutido contra a lei, continue a evolutir contra si mesma: evolução muito

consequentemente na abertura subjetiva<sup>926</sup>, que é combatida na tese, mas que no positivismo foi fundamental para combater a imobilidade do Direito<sup>927</sup>.

Não é muito diferente na Contemporaneidade, quando predomina o paradigma positivista, onde apesar de muitos doutrinadores adotando uma concepção crítica ao Direito, como a do Direito livre, enxergarem que a norma governamental imposta é apta a gerar injustiças no caso concreto, utilizando os princípios como abertura, quando muito amparada na tese da discricionariedade, resultando na imprevisibilidade impeditiva do objetivo de coerência e integridade jurídica<sup>928</sup> ou baseados em qualquer outra justificativa, como a complementação metodológica<sup>929</sup> das lacunas do Direito ou conceitos com “interpretação” alargada, como cláusulas gerais, regras em branco, boa-fé, bons costumes, diligência do bom pai de família, ordem pública, utilidade pública, interesse social, moradia digna e adequada, entre outros, acabam por confiar no subjetivismo judicial, na sua capacidade de ser portador da “equidade” ou “justiça”. De forma que o pensar crítico positivista resulta em admitir fontes de Direito fora do

---

mais difícil e lenta, porque todo o corpo de direito, por si mesmo, tende, segundo observa Tarde, não a evoluir, mas a consolidar-se”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 85.

<sup>926</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Volta-se, sempre, ao lugar do começo: o problema da democracia e da (necessária) limitação do poder. Discricionariedades, arbitrariedades, inquisitorialidades, positivismo jurídico: tudo está entrelaçado”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30.

<sup>927</sup> CRUET, Juan: “O juiz, esse <ente inanimado>, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as formulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenómeno constante, podia dizer-se uma lei natural da evolução jurídica; nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito evoluir sob uma legislação imovel”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 26-27.

<sup>928</sup> GUASTINI, Ricardo: “En consecuencia, el conflicto no se resuelve de manera estable, de una vez por todas, haciendo sin más prevalecer uno de los dos principios em litigio sobre el outro; toda solución del conflicto vale sólo para el caso concreto, y, por tanto la solución del conflicto em casos futuros resulta imprevisible. Creo que es patente que esta operación comporta una doble discrecionalidad. Es discrecional la operación consistente em instituir una jerarquía de valores entre los principios implicados, y es asimismo discrecional la operación consistente em cambiar el valor relativo de tales principios a tenor de los diversos casos concretos”. *In: Estudios de teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea*. 1ª ed., México D. F.: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 147.

<sup>929</sup> GUASTINI, Ricardo: “Em geral, pode-se dizer que um microssistema normativo ficará incompleto toda vez que se leve em consideração uma circunstância que não foi julgada relevante pelo legislador (entendendo-se legislador em sentido lato como qualquer órgão investido de competências normativas). Diante de uma lacuna, o microssistema pode ser completado de diversas maneiras. (a) em primeiro lugar, ampliando a base de documentos normativos com os quais se trabalha: pode acontecer que outras fontes diferentes das que foram inicialmente levadas em consideração forneçam a norma que se está buscando. (b) Em segundo lugar, mudando a interpretação dos documentos normativos utilizados, reinterpretando-os, de modo a extrair deles também a norma apta a fornecer a solução do caso em questão. (c) Em terceiro lugar, elaborando uma norma nova (por exemplo, mediante analogia) e juntando-a ao sistema”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 183-184.

Direito, gerando um fator extrajurídico corretivo do jurídico<sup>930</sup>, contrariando a tese porque os princípios ou qualquer outro elemento não podem servir de abertura, por haver a necessidade de coerência com a produção jurídica passada<sup>931</sup>, em face do caráter deontológico do Direito<sup>932</sup> e não do sujeito-juiz.

Ao ser pressuposta a tripartição de funções (poderes), em que a função jurisdicional é de competência dos juizes, torna-se inescapável o seu protagonismo<sup>933</sup>.

---

<sup>930</sup> VERDÚ, Pablo Lucas: “Parece claro que entre esses interesses, novos pressupostos e seus eventuais conflitos podem imiscuir-se o sentimento jurídico e/ou o sentimento de justiça. Não se deve menosprezar, pois, a função das regras extrajurídicas no ordenamento jurídico. Ao lado das fontes oficiais determinadas soberanamente pelo Estado, existem outras. Desde Bodin, parece evidente que o soberano detém a prerrogativa onímoda para estabelecer o sistema produtor, modificador e ab-rogador de um ordenamento jurídico, também atuando no que tange à interpretação normativa. Isso ocorre até o ponto de o soberano decidir se vem ao caso tolerar determinadas fontes extra ordinem com caráter supletório ou admitir conceitos com alcance interpretativo subordinado. Entre estas últimas figuram, como vimos, as chamadas cláusulas gerais, regras em branco (*Blankettvorschriften*, *Ventilvorschriften*). A boa-fé, os bons costumes, a diligência do bom pai de família, a ordem pública etc., todos presentes nos códigos civis da Europa ocidental, ao lado de expressões como correção constitucional, utilidade pública ou interesse social (art. 33.3 da nossa Constituição), função social da propriedade e da herança (art. 33.2), moradia digna e adequada (art. 46), participação livre e eficaz da juventude (art. 48), entre outras, são todas fórmulas elásticas que existem uma interpretação adequada a ser construída pela equidade judicial”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 93-94.

<sup>931</sup> MARMOR, Andrei: “At a later stage in his thought, when Dworkin comes to elaborate on the epistemic foundations of his interpretative theory, his conception of coherence becomes much more meticulous. In his interpretative theory of law, Dworkin clearly distinguishes between the role played by coherence at the methodological level, namely, in the form of a coherence theory of knowledge, and at the level of soundness, namely, as a particular value of political morality. In other words, Dworkin’s concept of interpretation presupposes a coherence theory of knowledge which, however, once it is applied to law, must leave room for coherence as a distinct value, as entailed by his concept of ‘integrity’. As such a value, coherence is rendered a guiding principle for one particular interpretative strategy which may be chosen from among various others. Law as integrity urges judges to grasp their adjudicative assignment as guided primarily by concern with the moral value of coherence. Judges ought to interpret past legal decisions only in a way and to the extent that would render (or reveal?) these past political decisions consistent in principle”. *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 53.

<sup>932</sup> MARMOR, Andrei: “But now it is vitally important to see where the disagreement does in fact lie. It indeed has to do with the relevant point of view, not with regard to the explication of normative statements, but regarding the explication of the concept of law. Dworkin seems to be claiming that the concept of law is also a normative concept, that is, a concept which can only be accounted for from a normative point of view. This is why, or rather this is the sense in which, Dworkin’s jurisprudence is a theory of adjudication. Dworkin declines to distinguish between the interpretation of the law, that is, its particular requirements, and the interpretation of law, that is, the general concept. For him, both amount to one and the same thing: imposing a purpose or value on the practice so as to present it in its best possible light (Dworkin 1986: 90). To sum up so far: the hermeneutic thesis should not be understood to deny the possibility of normative statements from a point of view. What it amounts to is a contention that jurisprudence -viewed as a theory of the concept of law- and a theory of adjudication, must adopt the same point of view, that is, the point of view of a committed participant”. *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 39.

<sup>933</sup> GUAJASTINI, Ricardo: “Observe-se: o comportamento dos juizes é um comportamento lingüístico, que consiste na redação de sentenças. Por outro lado, as sentenças não compreendem somente as decisões em sentido estrito, ou seja, os dispositivos: toda sentença compreende também uma

Desse modo, o percurso histórico positivista passa do protagonismo do executivo e do legislativo, em um positivismo mais recente, amparado na abertura interpretativa, para o protagonismo judiciário<sup>934</sup>, tendo a jurisprudência como o meio engenhoso e “invisível” de permitir a evolução do Direito<sup>935</sup>. Todavia, é desmascarada na tese o protagonismo desse agir, problemático por diversos fatores<sup>936</sup> e, conseqüentemente, não atende o interesse de uma jurisdição democrática.

Na tese positivista, de predominância ainda em nosso ordenamento, vigora ainda o pensar e conceber a interpretação como instrumento, procedimento ou método, de descobrimento do sentido da norma e para tanto, crendo no compartilhamento metafísico de sentidos, permite o extravasamento, através de expressões jurídicas aceitas pela fala autorizada, do subjetivismo judicial<sup>937</sup>. E, ainda

---

motivação. E é precisamente da motivação que é possível extrair a ideologia normativa do juiz. Portanto, depois de tudo, não há razão para afastar-se do “comportamentismo” - sob a condição de entender por “comportamento do juiz” a decisão jurisdicional na sua inteireza (dispositivo mais motivação), o que significa que o método da ciência empírica do direito não é outra coisa senão a análise da linguagem dos juizes”. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 128.

<sup>934</sup>TARELLO, Giovanni: “Se ora si volesse coordinare le precedenti osservazioni (le quali, come ripeto, costituiscono un riepilogo di quanto precedentemente fatto), si dovrebbe giungere alla conclusione che, nella nostra cultura, il settore civilistico è quello in cui le dottrine affermatesi, nel loro complesso, tendono ad accrescere la discrezione interpretativa e perciò a trasferire potere dagli organi della legislazione agli organi dell'applicazione della legge. Simile conclusione si accorda con il fatto (o con la credenza diffusa nel fatto) che il diritto civile è quello che oppone più resistenza all' intervento innovatore del legislatore o - che è lo stesso - all'intervento di un legislatore innovatore”. *In: L'Interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 404.

<sup>935</sup>CRUET, Juan: “E com efeito curioso notar, assim a importância innegável dos resultados adquiridos pela jurisprudência, como as vias oblíquas, os rodeios engenhosos pelos quais ela chegou, senão a eliminar, pelo menos a neutralizar certas regras do direito consagrado, sem nunca as atacar de frente. E é precisamente porque a ação da jurisprudência, bem longe de ser sistemática, parece sempre mais ou menos inconsciente, e se esforça por permanecer invisível, que ela constitui nos países onde se tentam cristalizar as regras do direito num molde único e regular, a manifestação mais evidente da vida espontânea do direito, a prova mais decisiva da evolução em certo modo incoercível das instituições jurídicas”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 29.

<sup>936</sup>TARELLO, Giovanni: “E, inevitabilmente, questo tipo di analisi politica porta a favorire non una vera indipendenza, ma piuttosto una dipendenza e un controllo della magistratura, vedendo la magistratura con estremo sospetto per tre ordini di ragioni, e cioè: a) perché per sua natura l'intervento della magistratura è meno pianificabile, essendo demandato a singoli e non a una organizzazione (es.: interventi ecologici, tutela di posizioni individuali, tutela del consumatore, ecc., indipendentemente da un calcolo dei costi dell'intervento, e indipendentemente da precostituiti ordini di priorità); b) perché la magistratura come corpo detentore di potere largamente indipendente può sviluppare tendenze proprie dei corpi detentori di potere e non specificamente collegati a interessi istituzionalizzati (oltre al nasserismo dei giovani ufficiali può esservi un nasserismo da giovani magistrati); e) perché, nel complesso, e più prevedibile uno spostamento di equilibri nel legislativo che nelle altre funzioni dello Stato, e la indipendenza della magistratura dalle attività del legislativo e probabilmente già troppo ampia per essere sopportabile da « questo » sistema, o lo sarebbe se si esprimesse davvero in politiche dei giudizio sovversive anziché in documenti programmatici”. *In: Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1974, p. 521.

<sup>937</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Domina, no âmbito do campo jurídico, o modelo assentado na idéia de que

que os críticos da estagnação neguem o epíteto de positivistas, guardando tal designação para os juristas que utilizam métodos formalistas-conceitualistas, que rechaçam a abertura do Direito e o solipsismo judicial por afirmarem que a admissão poderia incluir regras arbitrárias, irracionais e contrárias ao Direito positivo, acabam por ter suas teses irremediavelmente pregadas ao positivismo<sup>938</sup>. Não é demais referir, então, que há o retorno para a problemática da abertura para o subjetivismo combatida no Direito Natural, ou seja, em que pese os métodos interpretativos objetivassem excluir o arbítrio do jurista, na verdade tornaram-se o meio velado de admiti-lo, comumente reconhecendo o legalismo e a possibilidade manipulações normativas<sup>939</sup>.

Todos os embates de abertura e fechamento do Direito nos desenvolvimentos teóricos positivistas revelaram a impossibilidade de estagnação do Direito<sup>940</sup>, a limitação do Direito à lei, o que também não é admitido na base pós-positivista

---

“o processo/ procedimento interpretativo” possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o “exato sentido da norma”, “o exclusivo conteúdo/sentido da lei”, “o verdadeiro significado do vocábulo”, “o real sentido da regra jurídica” etc.”. *In*: *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>938</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Como é sabido, a ideologia positivista e o método formalista-conceitualista rechaçaram a aplicação das cláusulas gerais. Argumentavam que sua admissão poderia incluir no sistema jurídico regras *extra ordinem* arbitrárias, irracionais e contrárias ao Direito positivo. Nessa ordem de coisas, o positivismo jurídico, além de sustentar a auto-suficiência do ordenamento e a conseqüente impossibilidade de que nele viessem a ocorrer lacunas, proibia terminantemente – como assinala Guarnieri – a heterointegração do sistema jurídico mediante o recurso a fontes extralegais, segundo o antigo aforismo: “*quod non est in lege nec in iure*”. O positivismo jurídico e seu método conceitualista implicavam certa indiferença, tanto a respeito dos fatos, com a respeito dos valores, dos problemas políticos e das instâncias de reforma social. Não é preciso acrescentar que a teoria pura do Direito mantém e desenvolve essa posição”. *In*: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 94.

<sup>939</sup>GUASTINI, Ricardo: “Evidentemente, questões do tipo “Qual é o 'verdadeiro' significado desta lei?, Qual era a 'verdadeira' intenção do legislador?, e similares, podem surgir somente no âmbito daquele jogo interpretativo peculiar, que é jogado por um juiz fiel, legalitário, devotado na observância e na aplicação da lei (da lei enquanto tal, não importa qual possa ser concretamente o seu conteúdo normativo). Os advogados, contudo, têm um comportamento diferente diante da lei: eles não dão como deduzida alguma obrigação (moral) de si mesmos ou de seus clientes no sentido de obedecer à lei enquanto tal. De fato, jogam um jogo interpretativo completamente diferente: não se perguntam qual é o 'verdadeiro' significado da lei ou qual teria sido a 'verdadeira' intenção do legislador. Perguntam-se: como posso interpretar ou manipular as formulações normativas existentes em vista dos objetivos do meu cliente?”. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 144.

<sup>940</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, fala sobre as contribuições jusnaturalistas: “La primera es que La Idea de derecho natural está estrechamente relacionada com la noción de límite. Y en nuestra época, por razones tan diversas como pueden ser los abusos del totalitarismo, la destrucción de la familia, la explotación de la mujer y la destrucción del medio ambiente, es particularmente necesario recuperar la idea de límite. Pero también hay una razón positiva, a saber, que es posible que la admisión de ciertos criterios de justicia que valgan más allá del consenso y la ley vigentes nos ayuden a tener un derecho y una política mejores que los actuales”. *In*: **Filosofia y retórica del iusnaturalismo**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 120.

adotada. Porém, ao invés de depositar fé na correção do direito baseada na metafísica relação sujeito-objeto, em sua faceta subjetivista, o faz através da relação sujeito-sujeito, na fusão de horizontes, no círculo hermenêutico, com fechamento constitucional democrático. No prisma admitido há uma tradição jurídica, que parte da valoração da pessoa humana, constituidora de direitos fundamentais<sup>941</sup>, em constante construção constitucional e democrática que inadmite a distinção de justiça legal ou convencional da denominada “justiça natural” ou qualquer outra possibilidade contraposta à solução jurídica objetificante paralisante positivista, amparada em métodos de descobrimento da solução. Com essa tradição e historicidade jurídica não se permite que o Direito fique à mercê do arbítrio governamental, que o possa ser utilizado para quaisquer fins, como uma máscara para o exercício arbitrário do poder<sup>942</sup>.

A propósito, em relação à desconstrução da irreversibilidade como requisito das tutelas processuais de urgência, como referido, a tese parte do desvelamento da viragem linguística, onde haverá sempre uma abertura conceitual<sup>943</sup>. Por isso que a preocupação com a terminologia não está no descobrimento de sua essência, mas sim na “situação” em que há a utilização pelo jurista, como ocorreu na mudança do

---

<sup>941</sup>REALE, Miguel: “A pessoa do outro não é apenas um elemento circunstancial constitutivo de meu eu, pois ambos, o eu e o outro eu, acham-se condicionados transcendentalmente por algo que os torna histórica e realmente possíveis: esse algo que põe a subjetividade como intersubjetividade é, a meu ver, o valor da pessoa humana, o qual, como tal, pode ser considerado o valor-fonte de todos os valores e, por conseguinte, dos direitos humanos fundamentais”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 105.

<sup>942</sup>PINKER, Steven: “Nenhuma pessoa pensante deve ser indiferente ao desinvestimento da nossa sociedade nas humanidades. Uma sociedade sem erudição histórica é como uma pessoa sem memória: enganada, confusa e facilmente explorada. A filosofia nasce do reconhecimento de que a clareza e a lógica não nos chegam com facilidade e que estamos numa condição melhor quando nosso pensamento é refinado e aprofundado. As artes são uma das coisas que fazem a vida valer a pena, enriquecendo a experiência humana com beleza e novas percepções. A crítica é em si uma arte que multiplica a apreciação e o prazer das grandes obras. O conhecimento nesses campos é de difícil obtenção e exige enriquecimento e atualização constantes à medida que os tempos mudam”. *In: O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 474.

<sup>943</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Esse espaço de vaguidade, essencial aos conceitos da linguagem comum, é o que Waismann chama de “open texture” e Stegmüller de “abertura de conceitos”. Nós, na realidade, podemos apenas, por meio de certas regras, diminuir o campo de vaguidade dos conceitos empíricos (na terminologia de Waismann, em contraposição aos conceitos matemáticos) ou dos conceitos da linguagem comum, mas afastar toda e qualquer vaguidade é impossível, pois isso pressupõe conceitos cuja significação está estabelecida de modo definitivo e não podemos, a priori, estabelecer regras para todos os casos. A possibilidade do aparecimento de casos não previstos está sempre aberta; daí o termo “abertura dos conceitos”. Nossos conceitos são essencialmente abertos por admitirem a possibilidade de aplicação a casos não previstos”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 131.

primeiro para o segundo Wittgenstein<sup>944</sup>. Então a preocupação da palavra é com o seu uso, dos seus contextos, da sua totalidade<sup>945</sup>, objetivando evitar o inconstitucional e antidemocrático arbítrio judicial. Todavia, ainda que fosse adotada a ótica positivista objetificante paralisante, baseada nos métodos interpretativos e na busca de uma significação da essência da palavra a irreversibilidade não poderia ser admitida. A interpretação gramatical infere que as palavras da lei devem corresponder ao tempo e lugar de sua vigência. Todavia, restaurar a situação anterior, ignorando o tempo, até o presente momento nunca foi possível. Nem se poderia objetar ao exposto a alegação de que haveria um significado específico no Direito que poderia permitir a utilização do termo, pois o sentido é o mesmo da linguagem comum<sup>946</sup>. Ainda na perspectiva positivista, admitindo a teoria tomista, há outra objeção surge na medida em que, ainda que na teoria tomista haja a preservação e defesa de princípios metafísicos, é impossível negar a inviabilidade de admissão de leis contrárias à ordem natural<sup>947</sup> e a irreversibilidade é antinatural e antifenomenológica, caudatária da divisão de mundo dos fatos e mundo do Direito, onde, no último, tudo cabe. Então, quando a legislação processual civil admite a irreversibilidade está dicotomizando o mundo do direito e dos fatos, fugindo e adentrando muito na impenetrabilidade injustificável e não mais aceitável do mundo do Direito, contrariando boa parte do próprio positivismo que se preocupa com o rigor textual e com a lógica natural das

---

<sup>944</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Depois, uma vez tendo sido relativizada a função designativa da linguagem, ela parece agora apenas como uma entre muitas funções possíveis na linguagem. O importante agora é ver nossa linguagem, para aí descobrir como ela, de fato, é usada, e não especular *a priori*. O ponto de partida, o ponto de referência, o cerne da reflexão linguística de Wittgenstein deixa de ser a linguagem ideal para se tornar a situação na qual o homem usa sua linguagem, então, o único meio de saber o que é linguagem é olhar seus diferentes usos”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 132.

<sup>945</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “É por essa razão que a significação das palavras só pode ser esclarecida por meio do exame das formas de vida, dos contextos em que essas palavras ocorrem, pois é o uso que decide sobre a significação das expressões lingüísticas”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 132.

<sup>946</sup>*In: Interpretação das leis processuais*. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 52.

<sup>947</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “La relación entre la consideración metafísica y la práctica de la ley natural no es del todo sencilla. Es necesario mostrar en qué medida la idea de la ley natural como participación de la ley eterna en la criatura racional se conecta con la explicación de la ley natural en términos de principios de la razón práctica. Esto tiene que ver con las relaciones entre la metafísica, la antropología y la ética. Parece claro que según es el hombre así serán también las normas que regulan su comportamiento. Si los hombres se reprodujesen por simple bipartición no tendríamos necesidad de una ética sexual. Si los hombres estuviesen hechos de agua no los causaría ningún daño el cortarles la cabeza. En este sentido, a una determinada naturaleza corresponden determinadas normas”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 81.

próprias leis, não menosprezando o objeto do Direito, não renegando o fático, em uma atitude subordinadora da realidade, mas ao contrário, submetida a ele<sup>948</sup>. Superando a própria crítica positivista, mas também reconhecendo a impossibilidade de admissão de uma consequência inviável na realidade sensível, a tese, como será aprofundado adiante, abandona o paradigma da relação objetificante para alcançar a epistemologia da relação intersubjetiva, de acordo com a resposta adequada constitucionalmente, para permitir a efetividade, na sua plenitude, de importante instrumento jurídico, presente na produção legislativa do ano de 2015, apta a ser valoroso instrumento no combate da crise no Processo Civil e no Direito.

---

<sup>948</sup> ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “Aun cuando esa nutrida elaboración doctrinaria careciera totalmente de valor-cosa que por cierto no afirmamos-, aun cuando el aporte jurídico del pensamiento husserliano y posthusserliano no hubiese influido lo más mínimo en la consideración de los temas de nuestra disciplina, la objetividad científica postulada por la fenomenología, sería por si sola un motivo suficiente para detenernos en su examen. “Uno de los méritos más claros de la fenomenología – dice Sebastián soles- consiste en la necesidad de realzar la exigencia de que el investigador asuma una actitud, por decirlo así, humilde y respetuosa ante la estructura del objeto que maneja. La reflexión válida no es la que se ‘aplica’ al objeto, sino la que ‘proviene’ de él”. Este requerimiento metodológico de objetividad, válido para interpretar adecuadamente cualquier situación, es – sin duda- un valioso aporte de la fenomenología para la investigación”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 175-176.

### 3.3.1 A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica filosófica – inadmissibilidade da interpretação como instrumento positivista

O alcance da fala hermenêutico-filosófica parte da viragem linguística, do “apalavreamento” do mundo. A partir da segunda metade do século passado, o chamado giro linguístico foi produtor de reflexões e mudanças de conceitos na filosofia extensivos a várias outras áreas de conhecimento, senão todas<sup>949</sup>, ao que Streck denomina de revolução copernicana, pois implicou em uma ruptura com a estrutura corrente anterior baseada na relação sujeito-objeto<sup>950</sup>. A estrutura do pensamento foi modificada permitindo a ultrapassagem tanto do paradigma objetivista quanto do subjetivista<sup>951</sup>. De modo a bem ilustrar o paradigma objetivista e subjetivista filosófico no Direito indissociável do positivismo, basta lembrar que, em sua primeira forma, o positivismo acreditava na extração do sentido jurídico do texto da lei. Não que a viragem linguística condene a formalização da linguagem e que essa metalinguagem seja útil, permitindo a construção de conhecimento, mas que não pode ser reduzida somente a isso<sup>952</sup>. Em um segundo momento, em continuação, passou a admitir a extração do sentido do texto da lei, de acordo com o Direito, em razão do conjunto de

---

<sup>949</sup> VÉLEZ, Julio César Barrera: “Por tanto, si observamos el desarrollo filosófico-cultural de los últimos tiempos, constatamos que a partir de la segunda mitad del siglo XX el problema del lenguaje o el llamado “giro lingüístico” constituye uno de los principales temas de reflexión. Reflexión que ha sido sistemáticamente desarrollada desde diversas sensibilidades filosóficas. En esta línea aparece la “hermenéutica” como una nueva Koiné filosófica desde la cual se “apalabra” el mundo”. *In: Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano*. 1ª ed. Contextos de la Hermenêutica Analógica. Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006, p. 40.

<sup>950</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Essa autêntica revolução copernicana não foi apenas relevante para o Direito, mas para a totalidade da estrutura do pensamento da humanidade”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>951</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Mais do que um *linguistic turn* – afinal, também o neopositivismo, com todas as suas insuficiências, enquadra-se nessa primeira viravolta –, ocorreu um giro lingüístico-ontológico. Essa alteração radical na estrutura do pensamento proporcionou a ruptura com os paradigmas objetivista e subjetivista”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>952</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Para cumprir sua função como instrumento, a linguagem precisa ser formalizada, o que ocorre por meio da criação de linguagens artificiais que são cálculos lógicos. Heidegger, de nenhum modo, condena a pesquisa contemporânea sobre a linguagem, especificamente a construção de “metalinguagens”. Essa pesquisa tem seu direito específico e conserva seu peso próprio. Ela fornece, sempre, a seu modo, algo útil para aprender. O que importa para Heidegger é que ela é apenas um dos possíveis modos de revelação da linguagem. Ela é a linguagem que se revela enquanto vinculada à subjetividade, à experiência do real a partir da subjetividade que comunica e se comunica; em suma, é portanto a revelação da linguagem como obra da subjetividade. Ora, a grande questão que o homem contemporâneo pode levantar é: o caráter instrumental da linguagem diz-nos tudo sobre a linguagem?” *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 204-205.

princípios norteadores do Direito<sup>953</sup>, para em seguida passar a enxergar nos princípios uma abertura do Direito para a correção extrínseca moral. De nada adiantava, então, formular classificação de princípios, método do método para utilizá-los, quando, no final das contas, estabelecia uma supremacia do critério extrínseco como norma integrativa do Direito<sup>954</sup>, assumindo, assim, o subjetivismo judicial combatido na tese. São, sem dúvida, construções jurídicas positivistas importantes na criticada utilização dos princípios como forma de camuflar o arbítrio, presente nos dias de hoje, ao que Streck denomina e foi referido alhures como panprincipiologismo. Enfim, a linguagem como objeto de interpretação é pressuposto tanto para a tentativa de um sentido unívoco do texto legal, quanto para a identificação de zonas de incertezas<sup>955</sup>, em uma Filosofia moderna, que é contrariada na tese pela admissão da linguagem como condição de possibilidade hermenêutica<sup>956</sup>.

---

<sup>953</sup> COUTURE, Eduardo J.: "Interpretar – dizíamos – é extrair um sentido. Mas extrair um sentido dentro de uma ordem normativa da índole da que se acaba de referir, própria da esfera processual, é não só descobrir a razão do texto, como, também, seu significado dentro do sistema de princípios. A tarefa interpretativa constitui uma referência ao conjunto de princípios que, por sua vez, constituem o desenvolvimento de algo anterior, genericamente estabelecido." *In: Interpretação das leis processuais*. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956. p. 50.

<sup>954</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "Marcada esa distinción, entendemos que los principios que deben de regir la interpretación de la norma procesal son los de justicia, eficacia, rapidez y economía, y en caso de pugna entre los cuatro, habrán de prevalecer los dos primeros. Además, el intérprete procesal, que no trabaja sobre abstracciones, sino sobre litígios a él sometidos, hará bien en no aislarse del fondo del proceso y deberá tener muy en cuenta la conducta que em el mismo mantengan las partes, para disponer de una especie de termómetro moral de la buena o mala fe con que se vengán conduciendo. Enlaza así el tema de la Interpretación e integración de la ley procesal, objeto del presente cursillo de Couture, con la Teoría de la buena fe en el proceso civil, que fue la materia de su primer ciclo de conferencias en nuestra Escuela". *In: Estudios de Teoría General e Historia de Proceso (1945-1972)* Tomo I. Números 1-11. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 22.

<sup>955</sup> GUASTINI, Ricardo: "É difundida em teoria do direito a tese segundo a qual as normas jurídicas seriam enunciados formulados em linguagem natural (a língua italiana, a língua inglesa, a língua castelhana, etc.) e dotados, como tais, de uma "trama aberta" (open texture). Como pode ser difícil estabelecer se alguém é ou não é "calvo" ou "jovem" (quantos cabelos é preciso perder para tornar-se calvo?... quantos anos é preciso ter para ser jovem?), assim pode ser difícil estabelecer se uma dada controvérsia cai ou não sob o domínio de uma certa norma. Costuma-se chamar de "zona de penumbra" a essa área de casos na qual a norma é de aplicação incerta. Isso significa que, dada uma certa norma, existem: (a) casos particulares que seguramente caem no seu campo de aplicação; (b) casos particulares que seguramente ficam fora de seu campo de aplicação; e, enfim, (c) casos particulares em relação às quais a aplicabilidade da norma é dúbia, incerta, discutível, contestada". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 145-146.

<sup>956</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado, é, antes, condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal. Com isso se afirma, contra a filosofia moderna, que não há consciência sem linguagem, de modo que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento humano, a pergunta típica da filosofia transcendental, não é respondida sem uma consideração da linguagem humana". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 128.

A construção teórica da viragem linguística tem relevante contribuição, em sua origem, de Wittgenstein, ao fundamentalmente revelar que a linguagem não seria uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto, incorporando-lhe um caráter transcendental<sup>957</sup>, permitindo, com Heidegger e Gadamer a inovação da hermenêutica-filosófica como *a priori*, como condição de ser-no-mundo, onde a compreensão é um acontecer, onde a linguagem como abertura de mundo é permissora do círculo hermenêutico, substituindo toda a metafísica positivista decorrente do paradigma ultrapassado<sup>958</sup>. Em sendo assim, o credo na objetividade da pesquisa, na premissa da metodologia apta a alcançar a verdade do objeto investigado é metafísica, na medida em que toda essa construção na verdade é subjetiva, não é reflexo da realidade, mas fruto da percepção do investigador<sup>959</sup>. Ao criticar a interposição da linguagem entre o intérprete e o objeto, compara o ato de denominar ali exposto ao ato de etiquetagem<sup>960</sup>, quando a linguagem vai muito além, abrindo o caminho para a admissão da linguagem como elemento do círculo hermenêutico, porta de acesso da compreensão<sup>961</sup>, sem contudo assumir a postura

<sup>957</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Uma vez vislumbrado o caráter transcendental da linguagem, cai por terra a teoria objetivista (instrumentalista, designativa) da linguagem, pois, se entidades, coisas, atributos, propriedades, eventos etc. Não nos são dados sem a mediação linguística, é um absurdo querer determinar a significação de expressões linguísticas pela ordenação de palavras a realidade por meio de convenções”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 128.

<sup>958</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Não há dúvida de que o conceito de mundo (ser-no-mundo) veio trazer a radical inovação de um *a priori* novo, que precede qualquer discurso, em lugar da idéia da objetividade e da subjetividade como elementos transcendentais/estruturantes de qualquer discurso (observe-se a dimensão dessa questão no plano do discurso jurídico, por exemplo). Trata-se, a toda evidência, de um conceito que descreve um acontecer que sempre envolve quem fala e aquele de quem se fala e que pode ser explicitado em seu funcionamento prévio (eis a introdução do mundo prático). Nesse contexto, insere-se a discussão sobre a pré-compreensão (veja-se, a propósito, como a pré-compreensão tem sido banalizada, mal compreendida no Direito; pré-compreensão tem um sentido transcendental e não ôntico-epistêmico)”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>959</sup> MORIN, Edgar: “A objetividade parece ser uma condição *sine qua non*, evidente e absoluta, de todo o conhecimento científico. Os *dados* nos quais se baseiam as teorias científicas são objetivos, objetivos pelas verificações, pelas falsificações, e isso é absolutamente incontestável. O que se pode contestar, com razão, é que uma *teoria* seja objetiva. Não, uma teoria não é objetiva; uma teoria não é o reflexo da realidade; uma teoria é uma construção da mente, uma construção lógico-matemática que permite responder a certas perguntas que fazemos ao mundo, à realidade. Uma teoria se fundamenta em dados objetivos, mas uma teoria não é objetiva em si mesma”. *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 40.

<sup>960</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. “Assim, e de modo mais ou menos semelhante, um nome designa uma coisa, e é dado um nome a uma coisa. – Ser-nos-á freqüentemente útil se dissermos quando filosofamos: denominar algo é semelhante a colocar uma etiqueta numa coisa”. *In: Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 32.

<sup>961</sup> HEIDEGGER, Martin. “...na medida em que o ser-aí existe, ele está junto ao ente desvelado que ele mesmo não é, como quer que possa fazer uso desse desvelamento. Ou seja: o ser-aí nunca passa

platônica ou neoplatônica de correspondência de nome e essência<sup>962</sup>. Aliás, o segundo Wittgenstein não admite essência, mas apenas semelhanças e parentescos. Não há uma definição última limitadora de sentidos, com o que o uso das palavras não encontra fronteiras<sup>963</sup>, quando o primeiro buscava um modelo de exatidão na linguagem artificial<sup>964</sup>. Por outro lado, a ausência de um significado definitivo não resulta na ausência de significado<sup>965</sup>, pois devem ser respeitadas aproximações de sentido impeditivas do arbítrio significativo, mas que, de certo modo, acabam permitindo a ambiguidade das palavras<sup>966</sup>.

---

primeiramente, no decurso de sua existência, de uma imanência para um outro ente. O ser-aí nunca é de um modo tal que, em certa medida, viva no interior de uma cápsula, ele nunca é apenas sujeito no mau sentido". *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

<sup>962</sup>CASSIER, Ernst: "No reino dos fantasmas e dos demônios, assim como no da mitologia superior, parecia voltar a confirmar-se a palavra fáustica: aqui se acreditou que a essência de cada configuração mítica pudesse ser lida diretamente a partir de seu nome. A idéia de que o nome e a essência se correspondem em uma relação intimamente necessária, que o nome não só designa, mas também é esse mesmo ser, e que contém em si a força do ser, são algumas das suposições fundamentais dessa concepção (*Anschauung*)\* mítica, suposições que a própria pesquisa filosófica e científica também parecia aceitar. Tudo aquilo que no próprio mito é intuição imediata e convicção vivida, ela converte num postulado do pensar reflexivo para a ciência da mitologia; ela eleva, em sua própria esfera, ao nível de exigência metodológica a íntima relação entre o nome e a coisa, e sua latente identidade". *In: Linguagem e mito*. São Paulo: Editora Perspectiva. 3ª edição, 1992, p. 17.

<sup>963</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "A afirmação tradicional de que há algo de comum não passa de uma idéia que não resiste a um exame dos fatos. Na realidade, há semelhanças e parentescos entre os diversos tipos de jogo, que ele tenta mostrar examinando os diferentes usos da palavra jogo. Eles não possuem uma propriedade comum que permitisse uma definição acabada e definitiva, mas elementos comuns que se interpenetram. Mas só isso. Assim, não temos fronteiras definitivas em nosso uso de palavras". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 130.

<sup>964</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "Wittgenstein oferece em suas *Investigações Filosóficas* um exemplo disso. A primeira coisa feita aqui é o abandono da ideia de exatidão da linguagem. Essa tese, que é fundamental no *Tractatus*, pressupõe que no mundo há entidades cuja estrutura ontológica seja claramente determinada e da qual a linguagem seria a cópia fiel. Ora, a linguagem comum é, essencialmente, indeterminada e, por essa razão, a pesquisa linguística deveria construir uma linguagem artificial, *modelo de exatidão* e paradigma da linguagem comum. Para o segundo Wittgenstein, tal ideia não passa de um mito filosófico. Um ideal de exatidão completamente desligado das situações concretas do uso da linguagem carece de qualquer sentido. Como veremos, é impossível determinar a significação das palavras sem uma consideração do *contexto socioprático* em que são usadas". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 131.

<sup>965</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "Ora, a crítica da teoria tradicional mostra que a significação dos conceitos universais *não é unitária*. Ela não permanece necessariamente onde está hoje; é possível haver novos casos de sua aplicação que manifestem novas diferenças. A significação das palavras não está estabelecida de modo definitivo. O fato de não ser possível conhecer, de modo definitivo, todos os casos de aplicação de uma palavra não significa que ela não tenha sentido". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 130.

<sup>966</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "Ora, é exatamente o exame atento desses contextos que nos vai mostrar que usamos as palavras não de acordo com uma significação definitiva, estabelecida de antemão, nem também de modo arbitrário (uma das teses do nominalismo), mas de acordo com semelhanças e parentescos. Nesse sentido, podemos dizer que nossa linguagem é, sempre, de certo modo, ambígua, uma vez que suas expressões não possuem uma significação definitiva". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 131.

Aceitando a concepção de Humboldt, Gadamer destaca, “o descobrimento da acepção da linguagem como acepção do mundo”<sup>967</sup>, concepção admitida na hermenêutica ontológica de Heidegger<sup>968</sup>. A linguagem é a premissa da própria interpretação, através de ambos há o acesso ao mundo<sup>969,970</sup>. A linguagem é a própria condição de ser do homem, o conhecimento e reconhecimento acontecem na palavra e pela palavra<sup>971</sup>. A ciência positivista, o pensamento iluminista-burguês, eram independentes da linguagem<sup>972</sup>. O positivismo jurídico pressupunha sentidos prévios, presentes no objeto da investigação, no caso na lei, passíveis de serem descobertos através da interpretação como método. Porém, com a premissa linguística, não há resgate para a soberba metafísica de conhecimento e reconhecimento separados da linguagem<sup>973</sup>, é alcançada a ontologia fundamental em detrimento da

<sup>967</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Op. cit. **Verdade e Método**, p. 642.

<sup>968</sup> VATTIMO, Gianni: “*Andenken y Verwindung* nos indica también así en qué sentido la filosofía de Heidegger debe ser definida como una hermenéutica: no en el sentido de una teoría técnica de la nterpretación y ni siquiera en el sentido de una filosofía que dé un peso peculiar al fenómeno interpretativo en la descripción de la existencia, sino en el sentido más radicalmente ontológico de que el ser no es otra cosa que la tras-misión de las aperturas históricas y de destino que constituyen, en el caso de cada humanidad histórica, jeundje, su posibilidad específica de acceso al mundo. La experiencia del ser, en cuanto experiencia de recepción y respuesta de estas transmisiones, es siempre *Andenken y Verwindung*”. In: **El fin de la Modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna**. 2ª ed., Colección Hombre Y Sociedad. Serie Mediaciones. Traducción: Alberto L. Bixio. Barcelona: Editorial Gedisa S. A., 1987, p. 155.

<sup>969</sup> GADAMER, Hans-Georg. “Pelo caminho de nossa análise do fenômeno hermenêutico damos de cara com a função universal da lingüisticidade. Na medida em que o fenômeno hermenêutico se revela em seu próprio caráter lingüístico, possui por si mesmo um significado universal absoluto. Compreender e interpretar se subordinam de uma maneira específica à tradição lingüística. Mas, ao mesmo tempo, vão mais além dessa subordinação, não somente porque todas as criações culturais da humanidade, mesmo as não lingüísticas, pretendem ser entendidas desse modo, mas pela razão muito mais fundamental de que tudo o que é compreensível tem de ser acessível à compreensão e à interpretação. Para a compreensão vale o mesmo que para a linguagem. Não se pode tomar, nem a uma nem a outra, somente como um fato que se pudesse investigar empiricamente. Nenhuma das duas pode ser jamais um simples objeto, mas ambas abrangem tudo o que, de um modo ou de outro, pode chegar a ser objeto”. In: **Verdade e Método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 588-589.

<sup>970</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passar a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”. In: **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 170.

<sup>971</sup> VÉLEZ, Julio César Barrera: “Es una corriente filosófica y cultural en que el mundo y el hombre se constituyen como tales en y por el lenguaje, de modo que llegar a ser es llegar a la palabra y, por lo mismo interpretación. Todo se da y se articula en el lenguaje, sede del sentido, del ser-sentido-lenguaje”. In: **Hermenêutica analógica: Paradigma del pensar latinoamericano. Contextos de la Hermenêutica Analógica**. 1ª ed., Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006, p. 40.

<sup>972</sup> BARTHES, Roland: “No obstante, es necesario que supere esta etapa, ya que la oposición entre los lenguajes-objeto y sus metalenguajes sigue en definitiva estando sometida al modelo paterno de una ciencia sin lenguaje. La tarea a ala que se enfrenta el discurso estructural consiste en volverse completamente homogéneo respecto a su objeto”. In: **El susurro de lenguaje más allá de la palabra y de la escritura**. 1ª ed., Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 1987, p. 20.

<sup>973</sup> BARTHES, Roland: “Frente a la verdad entera de la escritura, las <ciencia humanas>, constituidas

epistemologia<sup>974</sup>.

Na ontologia de Heidegger a compreensão desenvolve-se no círculo hermenêutico, pressupondo a pré-compreensão, o subjetivismo. Porém, de modo a evitar a exacerbação do subjetivismo tem como inseparável o ser em..., ou seja, o homem de seu tempo, de sua comunidade, interpreta de acordo com a mesma, não podendo ser assujeitador do mundo, ou seja, o intérprete está na comunidade e a comunidade está no intérprete<sup>975</sup>. Isso reforça o cuidado com o enfeitiçamento da linguagem. Apesar da revolução copernicana <sup>976</sup> proporcionada pela viragem linguística, a linguagem como condição de ser-no-mundo não lhe permite ser assujeitador do mundo, havendo limites a serem respeitados. Dentre eles, a presença do outro, o compartilhamento de mundo, permitindo o resgate da submissão do intérprete à alteridade. Na mesma linha não há como negar a influência fisiológica na elaboração do pensamento. A partir da capacidade do cérebro, de seus peculiares esquemas de elaboração, permite-se o conhecimento, o conhecer de forma mais ou menos elaborada, com o que a representação ocorre a partir da linguagem, mas é diversa da mesma<sup>977</sup>.

---

de manera tardía sobre el barbecho del positivismo burgués, aparecen como las coartadas técnicas que nuestra sociedad se permite a sí misma para mantener en su seno la ficción de una verdad teológica, soberbiamente – y de una manera abusiva – separa del lenguaje”. *In: El susurro de lenguaje más allá de la palabra y de la escritura*. 1ª ed., Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 1987, p. 21.

<sup>974</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Aliás, quando falo em ruptura, quero acentuar um deslocamento daquilo que era pretendido nos e pelos paradigmas anteriores, cujos propósitos foram transformados em um mero elemento objetificador das condições de possibilidade que, apesar de terem seu sentido em uma epistemologia, labora(ra)m no equívoco do qual são o fundamento último, desconhecendo que há sempre um acontecer de uma compreensão prévia compartilhada em todas as formas transcendentais da metafísica. A partir daí, já não se fala em *fundamentum inconcussum*, e sim no compreender e nas suas condições de possibilidade; enfim, salta-se da epistemologia para a ontologia (ontologia fundamental)”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67.

<sup>975</sup>MORIN, Edgar, traz elucidativa menção ao falar do sociólogo: “Não passava de ilusão quando acreditávamos eliminar o observador nas ciências sociais. Não é só o sociólogo que está na sociedade; conforme a concepção holo-gramática, a sociedade também está nele; ele é possuído pela cultura que possui. Como poderia encontrar a visão esclarecedora, o ponto de vista supremo pelo qual julgaria sua própria sociedade e as outras sociedades?” *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p.185.

<sup>976</sup>Expressão de Streck salientada em passagens anteriores.

<sup>977</sup>HADOT, Pierre: “En realidad, se puede perfectamente pensar y conocer sin lenguaje y quizás, en ciertos aspectos, conocer mejor. El pensamiento se reconoce por la capacidad para definir una conducta razonable, por la facultad de representación mental y de abstracción. El animal (capaz de distinguir la forma triangular, o algunas combinaciones de objetos) piensa, así como el niño pequeño que aún no habla o el sordomudo que no fue educado (...) El estudio clínico demuestra que no existe correlación entre el desarrollo del lenguaje y el de la inteligencia; un deficiente intelectual puede hablar, un afásico ser muy inteligente (...) Y en el hombre normal, a menudo las facultades de elaboración parecen estar más o menos abrumadas por las facultades de expresión. Por lo visto,

Por outro lado, também, não há na Filosofia hermenêutica o aprisionamento do homem a metafísica clássica da relação sujeito-objeto, por reconhecer a produção de sentidos da interpretação. A palavra, a linguagem, o verbo, inclusive, reforçam o aspecto cada vez mais central do homem no universo, no mundo, no desenvolvimento das ciências, do Direito<sup>978</sup>, tornando possível, a partir disso, realizar críticas às desigualdades do mundo<sup>979</sup>. Há uma nova perspectiva aberta para todas as áreas do conhecimento humano introduzida com a linguagem como abertura de mundo, como elemento necessário para a compreensão.

A linguagem como pressuposto hermenêutico permitiu o reconhecimento de que a compreensão não é imanente ao ser-aí, não lhe advém de forma metafísica, mas fenomenologicamente, não como processo mecânico natural, uma fatalidade da natureza, e sim fruto da inteligência humana, de uma ação comunicativa, que exige consenso entre os participantes, na interação social, contextual e histórica<sup>980</sup>. Nos

---

los grandes descubrimientos se hacen independientemente del lenguaje, a partir de esquemas (patterns) elaborados en el cerebro.” *In: Qué es la Filosofía Antigua?* Fondo de Cultura Económica. México. 2000. p.15.

<sup>978</sup> ZEA, Leopoldo: “Verbo, Logos, Palabras - diversas expresiones de un mismo y grandioso instrumento mediante el cual el hombre no sólo se sitúa en el Mundo y el Universo, sino que hace de ellos su hogar. Mediante el Verbo deja de ser un ente entre entes, para transformarse en su habitante. Esto es, en el que da sentido a este Mundo y Universo distinguiendo, separando, igualando y unificando al resto de los entes que carecen de esta cualidad. Los entes dejan de serlo para transformarse en esto o aquello en relación con el hombre que les da esa especial existencia al expresarlo, al hablar de ellos. Es por esto por lo que el Verbo posee, desde los primeros balbuceos del hombre, la mitología, un carácter que podríamos considerar mágico. La palabra es magia, lo que hace posible la existencia de algo de la nada. Y, más que magia, el poder creador por excelencia. “En el principio era el Verbo” —reza la Biblia. El Verbo que crea de la nada. Nada antes del Verbo, todo después de él. Basta que diga ¡Hágase la luz! para que la luz se haga. Y con la luz todo lo que pronuncia el Verbo. Verbo que al final de esa aventura bíblica encarna en el hombre y se transforma en redención, esto es, en humanización plena. La humanización como un estar por encima de todo o dentro de todo, como señor”. *In: La Filosofía americana como Filosofía sin más*. Novena reimpresión. México: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 9.

<sup>979</sup> ZEA, Leopoldo: “En fin, formas de filosofar que lo mismo se expresan en un sistema ordenado que en una máxima, un poema, un ensayo, en una pieza teatral o una novela. Una vez más, pensando que sólo una parte de la Humanidad posee el Verbo, mientras la otra no puede hacer otra cosa que tomarlo prestado”. *In: La Filosofía americana como Filosofía sin más*. Novena reimpresión. México: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 25.

<sup>980</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Ela pertence naturalmente ao homem, no sentido de que onde há homem há linguagem, mas a linguagem, de nenhum modo, é algo já pronto de antemão, uma espécie de destino, mas fruto da capacidade de criação e invenção humanas. Daí a *comparação com o jogo*. O jogo não é uma fatalidade natural, nem mesmo uma imposição de forças supra-individuais, coletivas, sociais anônimas, pois a *comunidade* em questão só surge no próprio ato de jogar *por meio* do reconhecimento de regras e aceitação de papéis que dirigem a ação global. A comunidade constitui-se, enquanto comunidade, na base do *reconhecimento*, ou seja, por meio de atos de liberdade. O fato de as regras serem reconhecidas não significa, porém, que sua aplicação decorra de modo mecânico, uma vez que implica reflexão e decisão no assumir no caso concreto o uso comum. O aprendizado de uma regra, portanto, por supor um ato livre de pessoa, de modo algum pode ser comparado a um processo de condicionamento causal como o behaviorismo o pensa”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 144.

dizeres de Heidegger “a verdade se funda em algo mais originário que não possui o caráter de enunciado.”<sup>981</sup>. Do mesmo modo que revelou que o sentido não pertence ao objeto, mas sim ao sujeito. O pressuposto da linguagem impede o acesso direto às coisas, ao sentido, à essência das coisas.<sup>982</sup> A linguagem é anterior à compreensão, com o que pode ser dito que é a abertura e o limite de mundo do intérprete<sup>983</sup>, inclusive como ação comunicativa, como dialética que exige o consenso dos participantes a respeito das regras, por aproximação de sentidos e não através de uma linguagem ideal proposta pelo primeiro Wittgenstein<sup>984</sup>. Nessa esteira, não se pode deixar de ressaltar que a compreensão é um processo linguístico e que a linguagem é o meio permissor da interpretação e realização da compreensão, na medida em que a “linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação”<sup>985</sup>. Portanto, não há compreensão sem interpretação, sem linguagem<sup>986</sup>, isso tudo em articulação interpretativa de uma pré-compreensão e uma realidade física de ser-no-mundo. O círculo hermenêutico não pode prescindir dos referidos elementos, havendo uma indissociável vinculação fática e histórica, cambiante e orientadora das pré-compreensões e compreensões.<sup>987</sup>

<sup>981</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 71.

<sup>982</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista*. *Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, p. 128, jan/jun, 2008.

<sup>983</sup> GADAMER, Hans-Georg: “A lingüisticidade da nossa experiência do mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. A relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem. Aquilo que é objeto do conhecimento e de seus enunciados se encontra, pelo contrário, abrangido sempre pelo horizonte do mundo da linguagem. A lingüisticidade da experiência humana do mundo como tal não inclui a objetivação do mundo”. *In: Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 653.

<sup>984</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A linguagem é ação comunicativa entre sujeitos livres, e, por isso, radicalmente diferente dos processos mecânicos naturais. O fato de a linguagem ser compreendida como jogo, em que sempre se exige consenso dos participantes a respeito do sucesso no emprego das regras estabelecidas, mostra quanto a categoria de jogo de linguagem está longe de esquemas behavioristas. As regras que surgem num processo de interação social se distinguem, radicalmente, por exemplo, das regras gramaticais da linguagem ideal do *Tractatus*, pois estas exprimem simplesmente conexões simbólicas no nível do símbolo puro”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 144.

<sup>985</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 566.

<sup>986</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Compreender o que alguém diz é, como já vimos, pôr-se de acordo sobre a coisa, não deslocar-se para dentro do outro e reproduzir suas vivências. Já destacamos que a experiência de sentido, que ocorre desse modo na compreensão, encerra sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo este processo é um processo lingüístico. Não é em vão que a verdadeira problemática da compreensão e a tentativa de dominá-la pela arte – o tema da hermenêutica – pertence tradicionalmente ao âmbito da gramática e da retórica. A linguagem é o meio em que se realiza o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa”. *In: Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 559-560.

<sup>987</sup> VÉLEZ, Julio César Barrera: “El mundo no es una realidad física ajena al hombre, sino un haz de interpretaciones. Heidegger dirá que toda verdad es una articulación interpretativa de una precomprensión en la que nos encontramos por el hecho mismo de existir como “seres-en-el-mundo”. Esto significa que toda comprensión es mediata, es decir, “se encuentra ya y en cada caso tiene lugar ya

Em assim sendo, as significações decorrem do círculo hermenêutico amalgamadas à tradição. A produção de sentidos decorre da consciência histórico-efeitual<sup>988</sup>.

Nessa senda, não é possível ignorar a tradição quando da interpretação. A própria linguagem, seja escrita ou oral, não permite conexões simbólicas puras, por terem seu sentido sempre atrelado a um contexto de interação<sup>989</sup>, com o que está indissociavelmente na tradição<sup>990</sup>. O intérprete está inserido na linguagem que compreende e o diálogo e o escrito vêm por esse meio até ele, “o processo da compreensão se move aqui, por inteiro, na esfera de sentido, mediada pela tradição linguística”<sup>991</sup>, invariavelmente decorrente de hábitos determinados a permitir a intersubjetividade intelectual, sem confundir ou prejudicar, muito antes o contrário, a permitir o jogo de linguagem das palavras e frases<sup>992</sup>. A linguagem atravessa, desse modo, o caráter compreensivo/hermenêutico e histórico, ou seja, “não somente o objeto preferencial da compreensão, a tradição, é de natureza linguística, a própria compreensão possui uma relação fundamental com a linguisticidade”<sup>993</sup>. O objeto da

---

en medio de situaciones tácticas, conformaciones históricas y prejuicios, que acotan y a la par orientan, la comprensión”. *In: Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano. Contextos de la hermenéutica analógica*. 1ª ed. Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006, p. 40.

<sup>988</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição do sentido que o intérprete lhe dá. Essa adição de sentido decorre da consciência histórico-efeitual na qual o intérprete está possuído. Isto porque há caráter construtivista na história”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 215.

<sup>989</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “As conexões simbólicas da linguagem comum não são, nesse sentido, puras, pois só são inteligíveis num contexto de interação. Aliás, a linguagem simbólica pura é, em si mesma, também um jogo de linguagem específico e, portanto, um processo de interação social; só que em virtude de seu caráter artificial dá uma impressão de pureza, isto é, de separação de uma práxis social, e o fato de essas regras não serem regras escritas, como no caso da linguagem ideal, nem de longe significa que não tenha sentido”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 145.

<sup>990</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A tradição não é um simples acontecer que se possa conhecer e dominar pela experiência, senão que é linguagem, isto é, a tradição fala por si mesma. O transmitido, continua, mostra novos aspectos significativos em virtude da continuação histórica do acontecer”. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 212.

<sup>991</sup>GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 569.

<sup>992</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Em suma, para Wittgenstein, as expressões lingüísticas têm sentido porque há *hábitos determinados* de manejar com elas, que são *intersubjetivamente válidos*. É precisamente o hábito que sanciona sua significação determinada e constitui o jogo de linguagem em questão, que é uma forma específica da atividade humana. Por exemplo, o jogo de linguagem específico da ciência natural que Wittgenstein, no *Tractatus*, considerava o único possível é, agora, reduzido a um sistema entre outros no pluralismo fático dos sistemas lingüísticos. A designação, contudo, cerne das considerações lingüísticas da tradição, não é um jogo de linguagem propriamente, mas apenas uma preparação para isso. Temos de saber como manejar, como usar designações para poder aplicá-las”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 141.

<sup>993</sup>GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 576.

interpretação é independente do intérprete, é o ente por si subsistente, na fala heideggeriana, inserido na tradição, ao mesmo tempo em que a linguagem e a compreensão estão entranhadas no intérprete de modo indissolúvel, a palavra e a coisa assim também estão, em consequência<sup>994</sup>. Assim, a interpretação consiste na incessante busca do desvelamento, em que se constitui a interpretação, há o esforço do intérprete para reter e manter o fenômeno, com reforço da pré-compreensão<sup>995</sup>, moderada pela tradição, esvaziando, com a ontologia hermenêutica-filosófica, o objetivo do modelo hermenêutico analógico de produções compreensivas decorrentes de interpretações instrumentais atemporais e a-históricas<sup>996</sup>.

No momento em que o positivismo tem, baseada na relação sujeito-objeto, em contraposição à intersubjetiva, a interpretação como ferramenta para alcançar o sentido da vontade, da essência da lei, está inadmitindo a *linguistic turn* e a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. Desconsidera, o positivismo, assim, que o que é compreendido de algo nunca será o algo em si<sup>997</sup>. O texto se mantém como significativo, sem significações embocadas em si, como queria crer o positivismo. O objeto da interpretação, o texto, pode ser o mesmo para vários intérpretes, mas as interpretações nunca serão, pois imanente à subjetividade.<sup>998</sup> A interpretação não tem aptidão para reproduzir o mesmo sentido como queria o positivismo, uma vez que o subjetivismo, o círculo hermenêutico, o pré-conhecimento, será sempre produtor de

---

<sup>994</sup> GADAMER, Hans-Georg: “O intérprete não se serve das palavras e dos conceitos como o artesão que apanha e deixa de lado suas ferramentas. É forçoso reconhecer, antes, que toda compreensão está intimamente penetrada pelo conceitual e rechaçar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa”. *In: Verdade e Método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 587.

<sup>995</sup> HEIDEGGER, Martin: “[...] importante concentrar os esforços para reter e realmente manter aquilo que está se mostrando, o fenômeno; e, quanto mais amplo ele for, tanto mais persistentes precisam ser esse reter e esse manter. Somente assim o fenômeno desenvolve toda incisividade dos problemas nele velados”. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 73.

<sup>996</sup> VÉLEZ, Julio César Barrera: “Aunque en el clima postmoderno se crea ingenuamente que la ontología reflexiona sobre 'esencias ahistóricas y atemporales', la ontología accede al conocimiento de la esencia y ésta siempre se encuentra encamada en una situación histórica cultural determinada y concreta”. *In: Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano. Contextos de la hermenêutica analógica*. 1ª ed. Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006, p. 49.

<sup>997</sup> HEIDEGGER, Martin: “[...] somente o homem tem existência” pois somente o homem é o ser-aí. Os animais vivem o homem existe e vive. As coisas “subsistem por si”, são o ser-à-mão. De qualquer modo, a apreensão da natureza é completamente diversa da natureza”. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 75. E prossegue: “[...] o fato da coisa mesma nos dizer em certa medida: eu já estava aí, antes do tu me apreenderes”. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77.

<sup>998</sup> É o que Heidegger denomina de mesmidade, não havendo, desse modo, interpretação igual, “igual é aquilo em relação ao que nos comportamos”. HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 94.

novos sentidos.<sup>999</sup> Desse modo, o intérprete não alcança a solução da problemática através de um instrumento científico do Direito, denominado de hermenêutica, apto a alcançar soluções universais. Não há analogia possível entre o caçador de tesouros e o intérprete, porquanto o primeiro pode ter seu objetivo alcançado encontrado a riqueza procurada enquanto que o segundo não será nunca capaz de trazer à luz o significado perdido, na medida em que o interpretar é aplicar, é produtor de sentido, é temporal<sup>1000</sup>. Há no positivismo uma “interpretação” inautêntica, pois a interpretação pressupõe a apropriação do compreendido, de modo permitir a produção de sentidos<sup>1001</sup>. O sentido comum teórico como manifestação inautêntica do ser do Direito constitui-se em um obstáculo para um Direito em constante transformação e transformador da sociedade, guiado pelo objetivo constitucional democrático, a estar presente na atuação diuturna do jurista<sup>1002</sup>.

Não é demais dizer que o jurista, de modo geral, mesmo já tardiamente, ainda não está a par da viragem linguística, da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, o que o torna refém da relação sujeito-objeto, onde confundindo

---

<sup>999</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos (novos) sentidos”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 222.

<sup>1000</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Negar que a norma é produto da interpretação do texto e que interpretar é sempre um ato aplicativo (*applicatio*), implica negar a temporalidade. Os sentidos são temporais. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma ocorre na incidência do tempo. Daí a impossibilidade de reprodução de sentidos, como se o sentido fosse algo que pudesse ser arrancado dos textos (da lei, etc.). Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 317.

<sup>1001</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A autenticidade da interpretação exsurte da possibilidade de o jurista/intérprete apropriar-se deste compreendido. A apropriação do compreendido passa a ser a sua condição de possibilidade de poder fazer uma interpretação que supere o conteúdo reprodutor/reprodutivo e objetificante representado por esse *habitus dogmaticus* que é o sentido comum teórico dos juristas. O poder apropriar-se é a chave para escancarar as portas do mundo inautêntico do Direito, abrindo-se-o para as múltiplas possibilidades de desvelamento do ser dos entes (jurídicos)”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 282.

<sup>1002</sup> HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Esse “acontecer” não foi tomado visível porque, no prévio desvelamento, impregnado pelo sentido comum teórico (modo inautêntico de fazer/interpretar o Direito), não foram criadas as condições propiciadoras da abertura (clareira) necessária e suficiente para a manifestação do ser da Constituição (e de seus desdobramentos jurídico-políticos, como a igualdade, a redução da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.) Como consequência disso, o ente “Constituição” não vem à presença do “agir-quotidiano-dos-juristas” e nele não permanece. Para romper, no entanto, com essa tradição inautêntica, no interior da qual os textos jurídicos constitucionais são hierarquizados e tornados ineficazes, torna-se necessário compreender o sentido de Constituição, compreendendo que a especificidade do campo jurídico implica, necessariamente entendê-la como mecanismo prático que provoca mudanças na realidade.” *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 77-78.

conhecimento com epistemologia, emprega um método jurídico para extrair o sentido da lei, como se os objetos, os textos legais e jurídicos, pudessem ter sentidos justapostos, nas palavras de Streck, *sentidos-em-si-mesmo*, conseqüentemente, como se o sentido a ser compreendido fosse independente do intérprete<sup>1003</sup>. Há uma ambição totalizadora, de reconhecimento integral do sentido do texto legal, desconhecendo que o texto, como qualquer realidade empírica, não é apto a ser apreendido na sua integralidade, todas as interpretações são, portanto, inevitavelmente parciais<sup>1004</sup>. Ignorando o referido vetor de racionalidade hermenêutico-filosófico, o positivismo, desse jeito, falha na busca da criação de uma teoria geral totalizadora da interpretação do Direito, tornando-o uma ciência autônoma, sem critério de correção externo. Isso porque a crença metafísica, desse modelo de positivismo jurídico, na objetividade do texto, acaba veladamente admitindo, de acordo com o método de interpretação empregado, ora o predomínio da subjetividade do intérprete ora da objetividade do texto<sup>1005</sup>. Isso é explicável exemplificativamente quando, mesmo havendo a defesa da objetividade do texto, há a utilização do método interpretativo baseado na “vontade da lei”. A lei enquanto texto legal não possui vontade alguma, com o que a sua vontade, na verdade é aquilo que o jurista está criando como se fosse a vontade da lei. Nesse caso, factualmente, está sendo escondida a arbitrariedade através de *topoi* ou metacritérios encobridores da insuficiência do Direito baseado na relação sujeito-objeto. Mais, especificamente, a atividade do jurista positivista mencionada, por esquematizada na separação entre ser

---

<sup>1003</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O pensamento dogmático do Direito continua acreditando na idéia de que o intérprete extrai o sentido da norma, como se este estivesse contido no próprio texto da norma, enfim, como se fosse possível extrair o sentido-em-si-mesmo. Sem pretender simplificar o problema, é possível dizer que o saber dogmático-jurídico ainda continua refém de uma metodologia que não ultrapassou nem sequer a filosofia da consciência”. *In*: *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 67-68.

<sup>1004</sup>TODOROV, Tzvetan: “Si sólo se tratara de un abuso verbal, el mal no tendría mayor importancia. Lo que es más grave, sin embargo, es que cada uno de esos, “métodos” tiene una ambición totalizadora. Los críticos insisten de buen grado en lo que la obra tiene de “orgânico”, de “de ligado”, aborrecen las separaciones, quisieran no basarse más que en una sola mirada. y no ver más que “un solo, encadenamiento”, valoran el “carácter global” de la obra, la “unidad” y la “solidaridad” de sus elementos, aspiran a uma “iluminación tota” (*L’Ectivain* .... págs. XII- XIII). Ahora bien, semejantes generalizaciones son forzosamente falsas, ya que la obra, como toda realidad empírica, no se deja aprehender exhaustivamente desde ningún punto de vista, inevitablemente parcial: “Al intentar asumir una visión total. nos engañaremos necesariamente (*ibid.*• pág. x)”. *In*: **Crítica de la Crítica**. 1ª ed., Traducción de José Sánchez Lecuna. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1991, p. 129.

<sup>1005</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. Revista Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, nº 52, p.128, jan/jun, 2008.

e ente, assume a ontologia clássica, objetifica o fenômeno hermenêutico, quando a viragem linguística acontece o fenômeno da correspondência entre subjetividade e objetividade, desvelando o mundo, tornando-se uma linguagem das coisas, permissora de infinitude de sentidos da mesma coisa no finito do ser<sup>1006</sup>. Todavia, na ontologia clássica, o positivismo acredita na subsunção do caso concreto à lei, onde o texto legal seria o significante estagnado e o caso concreto o significado único. O texto legal, desse modo, é apto a ter sentidos em si, independentemente do ser. O sentido científico jurídico é alcançado pelo jurista através dos métodos interpretativos, e/ou acoplamento do texto legal ao caso do mundo da vida, permitindo a solução jurídica independentemente de qualquer fator extrínseco ao Direito<sup>1007</sup>. E ainda quando em um segundo momento do positivismo jurídico admitiu-se que o Direito não se restringia à lei, ainda assim era adotada a subsunção como forma de alcançar a resposta permitida pelo Direito<sup>1008</sup>.

Além do golpe fatal à crença metafísica positivista à essência das coisas através do método interpretativo, os vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos colocam em xeque também a produção positivista baseada no paradigma dicotômico de mundo do direito e mundo da vida. O positivismo crê na “setorização” interpretativa,

---

<sup>1006</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O que, afinal de contas, se faz o centro do pensar na reformulação da ontologia é o mútuo pertencer da palavra e da coisa. A linguagem não é um projeto de mundo da subjetividade; ela é menos linguagem do homem do que linguagem das coisas, pois nela acontece a correspondência entre a subjetividade e objetividade. Na linguagem, na lingüicidade de nossa experiência de mundo acontece a mediação entre o finito e o infinito, adequada aos seres finitos que somos. Ocorre aqui sempre uma experiência finita, que, ao mesmo tempo, em nenhum lugar esbarra em um limite. Nela se vislumbra um significado infinitizante, que não pode ser dito. Cada sentido explicitado é uma representação desse sentido. A nova ontologia é uma ontologia da linguagem, da linguagem das coisas, que quer ser ouvida assim como as coisas vêm à palavra. É essa a experiência, adequada a nossa finitude, aquela correspondência que a metafísica tematizou como a adequação originária de todas as coisas criadas umas com as outras”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 247.

<sup>1007</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Isto porque o processo de subsunção no Direito reproduz metafisicamente a 'divisão' ser-ente, opondo o ser ao ente. As definições jurídicas perfazem os significantes, em que o 'caso concreto' – como gostam de dizer os juristas – é o significado. Neste aspecto, o pensamento dogmático do Direito retoma, de certo modo, o caminho da ontologia clássica, fazendo a subsunção de um significado a um significante, onde o significante é o elemento universal, e o significado é o elemento singular (sic). Com isso, não mais se separa o significante do objeto. Esse processo subsuntivo ocorre mediante o uso dos assim denominados métodos de interpretação, objetificando os fenômenos”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 310.

<sup>1008</sup> CARNELUTTI, Francesco: Pero el juez, al menos actualmente, no es libre de juzgar como cree. Ya el juicio histórico y más el juicio crítico o, podría decirse, regularmente el segundo y excepcionalmente el primero siguen un camino obligado. Aquí se presenta el problema, que los juristas denotan con la fórmula de la *aplicación de la ley al hecho* y propiamente concierne a la combinación de lo abstracto y de lo concreto”. *In: Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1948, p. 72.

na possibilidade de variados métodos interpretativos, com o que surge a possibilidade de interpretações afetas exclusivamente ao Direito e outras interpretações para os outros vários ramos de estudos das ciências do espírito. Haveria, assim, métodos interpretativos próprios e exclusivos do Direito. Dependendo do método interpretativo empregado pelo jurista o resultado pode ser diverso, ou seja, há diversas possibilidades de significantes, mas uma interpretação específica deve preponderar para a adequada solução do caso concreto, de onde poderia ser levantada a necessidade de criação de um método para a aplicação do método de interpretação para alcançar a solução adequada positivista do Direito. Contudo, sem se dar conta do problema, o positivismo desse modelo, que Castanheira Neves nomeia de positivismo legalista e que Streck chama de positivismo primevo ou positivismo exegético, acredita alcançar, através da interpretação, a significação do texto da lei, da literalidade, salvaguardando os princípios gerais de Direito e a analogia para as situações excepcionalíssimas em que a lei não traga previsão para o caso concreto<sup>1009</sup>. A dialética positivista equipara, assim, o Direito às ciências da natureza, reputando ser possível encontrar o sentido unívoco da lei, do Direito, sem perceber que quando o jurista sentencia que determinado sentido é unívoco, não está dialogando com o texto legal, mas sim ouvindo a sua própria voz, supondo que, metafisicamente, há o compartilhamento de sentidos em face do objeto, como se o objeto pudesse ter seus sentidos, seu ser inteiramente incorporado pelo intérprete, muito próximo da dualidade de mundos platônica, como se o acesso ao ente pudesse produzir em outro jurista o mesmo sentido alcançado por ele, sob pena da incorreção da interpretação.<sup>1010</sup> Todas essas suposições do positivismo jurídico promoveram a

---

<sup>1009</sup>STRECK, Lenio Luiz. “A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 34.

<sup>1010</sup>TODOROV, Tzvetan: “El crítico «dogmático», por su parte, no deja realmente que el otro se exprese: lo engloba por todos lados, ya que él mismo encarna la Providencia, o las leyes de la historia, u otra verdade revelada; al otro lo convierte meramente en la ilustración (o la contrailustración) de un dogma inquebrantable, que supone que el lector comparte com él. Ahora bien, la critica es diálogo y tiene todo el interés en admitirlo abiertamente; encuentro de dos voces, la del autor y la del crítico, en el cual ninguna tiene un privilegio sobre la otra. Sin embargo, los críticos de diversas tendencias se reúnen en el rechazo a reconocer ese diálogo. Sea consciente de ello o no, el crítico dogmático, seguido en esto por el ensayista «impresionista» y el partidario del subjetivismo, deja que se escuche una sola voz: la suya.” *In: Crítica de la Crítica*. 1ª ed., Traducción de José Sánchez Lecuna.

busca incansável e inalcançável de codificação abrangente de todas as situações possíveis, resultante no movimento liberal/iluminista/positivista codificador, que tem como marco sempre lembrado o Código Civil de Napoleão<sup>1011</sup>. Na mesma linha, nas primeiras noções de processo civil houve também a influência do positivismo legalista e do movimento codificador, com o objetivo de ser criado pela lei todos os procedimentos a serem seguidos, com a previsão de todos os atos e sua realização dentro do processo. Foi o momento dos procedimentalismos descritivos, onde a autonomia da vontade das partes até então preferente é substituída pela vontade objetiva da lei, cujo modo de atuação é posto descritivamente no instrumento, bastando seguir o percurso traçado pela lei procedimental<sup>1012</sup>. Aos poucos, como será trabalhado adiante, o Direito e o Processo passaram a incorporar outros elementos, deixando de ficar circunscritos à lei, ora pregando uma resposta jurisdicional unívoca, ora plurívoca, com ou sem correção extrínseca, sem que, contudo, jamais adquirisse, como na proposta pós-positivista trabalhada, o fechamento jurídico-constitucional apto a evitar a estagnação.

Na lógica positivista traçada de dualidade de mundo, de subsunção da lei ou Direito ao caso concreto, não haveria crise jurídica a ser enfrentada. Em tal modelo o máximo exigido era o de elaboração de leis melhores ou criação e aperfeiçoamento de doutrinas. De qualquer forma, muitas das visões positivistas mais avançadas ainda eram tão arraigadas ao império da lei, à influência iluminista, ao paradigma da relação sujeito-objeto, que, apesar de reconhecerem que o Direito ia além da lei<sup>1013</sup>, continuavam a pregar que o juiz não tinha arbítrio para julgar porque estava limitado à lei, talvez empregado com um sentido mais amplo do que do texto legal, porém

---

Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1991, p. 149.

<sup>1011</sup> Temática aprofundada no capítulo primeiro.

<sup>1012</sup> Mencionando o exemplo espanhol ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: "De ahí que durante la larga etapa que va desde la ley de enjuiciamiento de 1855 al término de la guerra civil de 1939, o, si queremos otra formulación, desde el Tratado de Caravantes a la Exposición de Prieto Castro, uno y otra circunscritos al proceso civil, predominen en España las obras, no certamente de teoría general Del proceso, porque hasta 1920 estuvimos viviendo bajo el signo del procedimentalismo descriptivo, pero sí de carácter conjunto, inclusive a veces con especificación de los distintos calificativos secundarios que siguen a procesal em sus títulos: civil, penal, contencioso-administrativo y canónico". *In: Estudios de Teoría General e Historia de Proceso (1945-1972) Tomo I*. Números 1-11. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1992, p. 530-531.

<sup>1013</sup> CARNELUTTI, Francesco: "Lei é importante, mas o direito não se resume a isto (nomologia) Así el derecho verdaderamente culmina en el juicio no solamente porque sin juicio no podría la ley obrar sino, más profundamente, porque sólo en el juicio puede componerse la lucha de la ley y del hecho. El legislador tiene las enseñanzas de soberanía; pero el juez tiene sus llaves. ¡Tan cierto es que la ciencia del derecho no puede reducirse a nomología!" *In: Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948, p. 76.

ainda de forma objetificante<sup>1014</sup>, com o que, como no positivismo primevo legalista a solução jurídica do caso concreto só dependia da lei e da subsunção do fato a ela. A subsunção era a promovedora da inclusão do mundo da vida no mundo do Direito, através de uma rigorosa análise lógica-semântica da lei. O jurista não teria, desse modo, qualquer outra preocupação, especialmente com crise social ou do Direito, quando, como defendido no positivismo criticado, conceitos extraídos da lei são aptos, por si só, a resolverem qualquer problemática<sup>1015</sup>. As soluções jurídicas são resolvidas de forma acontextual, independentemente do caso concreto<sup>1016</sup>, despreocupadas com a “força da vida”<sup>1017</sup>, como se o texto fosse suficiente para permitir as soluções jurídicas, quando a ele e ao puro racionalismo técnico deve ser agregado esse viver e sentir o Direito. A tese comunga, desse modo, do conceito de sentir e viver o Direito e a Constituição, com a preocupação de consonância entre norma e realidade<sup>1018</sup>.

---

<sup>1014</sup>CARNELUTTI, Francesco: “Que, al contrario, las manos del juez estén ligadas y, por lo tanto, el juez no sea libre de juzgar según su buen sentido, quiere decir que *en lugar del orden obra en el juicio la ley*”. In: **Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948, p. 74.

<sup>1015</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas”. In: **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 32.

<sup>1016</sup>DWORKIN, Ronald: “A isso às vezes se dá o nome de teoria da interpretação “literal”, embora esta não seja uma descrição particularmente esclarecedora. Essa teoria propõe que aos termos de uma lei se atribua aquilo que melhor chamaríamos de seu significado acontextual, isto é, o significado que lhes atribuiríamos se não dispuséssemos de nenhuma informação especial sobre o contexto de seu uso ou as intenções de seu autor. Esse método de interpretação exige que nenhuma ressalva tácita e dependente do contexto seja feita à linguagem geral”. In: **O império do Direito**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 23.

<sup>1017</sup>Expressão extraída do trecho: “Esta sociedade pós-moderna na qual estamos ineludivelmente inseridos e que no direito brasileiro finca raízes no modelo constitucional denominado Estado Democrático de Direito, exige de nós, operadores do direito, uma visão do processo, no mínimo, conformada à realidade. Para os operadores do direito e, em especial, do processo, a força da vida é, na linguagem kantiana, um imperativo categórico do qual nos é impossível escapar e não levar em consideração na hora de propormos soluções”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, contra-capá.

<sup>1018</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “De todo o anterior, infere-se o papel que cumpre o sentimento jurídico e o sentimento constitucional em seus respectivos níveis, a saber: no suposto ideal, identificar a vigência das prescrições constitucionais e seu contato com a realidade jurídico-constitucional, reduzindo a distância entre elas, de modo que o ordenamento jurídico vigente, em nível ordinário e fundamental, esteja em harmonia com as realidades que lhe são subjacentes. Isso não significa que a efetividade de um ordenamento vigente dependa exclusivamente de sua compreensão e intenção emotivas. O sentimento jurídico-constitucional não é a causa de tal efetividade por si só; é uma prova significativa da consonância entre norma e realidade, ainda que também, ao lado de outros fatores, seja capaz de colaborar com essa consonância”. In: **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução:

Portanto, na lógica estagnante positivista, que na atualidade ainda persiste com vigor, força a separação de mundos referida, prejudicando qualquer tentativa, como na tese, de perseguição de fins democráticos, de agregar ao direito um papel transformador da sociedade. Sem descuidar que o objetivo da tese, de modo a preservar a cooriginalidade entre Direito, moral e política, exige o alcance do fim democrático através da Constituição, ultrapassando o seu papel formal inefetivo para adquirir substancialidade e efetividade, para ser promotora do aperfeiçoamento e afinamento do Direito aos anseios da sociedade<sup>1019</sup>. Nessa perspectiva, o papel da Constituição do modelo liberal-egoístico modifica-se para adquirir proeminência em relação aos demais textos jurídicos. A Constituição, na visão pós-positivista pregada, passa a ter uma força normativa, dirigente, programática e compromissária relacionando-se ao Estado e Sociedade e adquirindo papel conformador dos demais textos jurídicos que lhe são inferiores, expandindo-se, onticamente, por todo o ordenamento jurídico<sup>1020</sup>.

---

Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 6-7.

<sup>1019</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Desse modo, a dogmática jurídica (tradicional), como reprodutora de uma cultura estandardizada, torna-se refém de um pensamento metafísico, e se esquece daquilo que a hermenêutica filosófica representa nesse processo paradigmático de ruptura. Esse esquecimento torna possível separar o Direito da sociedade, enfim, de sua função social. Dito de outro modo, o formalismo tecnicista que foi sendo construído ao longo de décadas “esqueceu-se” do substrato social do Direito e do Estado. E esqueceu-se, fundamentalmente, do grau de autonomia que o Direito alcançou no paradigma do Estado Democrático de Direito. Ou seja, transformado em uma mera instrumentalidade formal, o Direito deixou de representar uma possibilidade de transformação da realidade, à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito. À toda evidência, essa circunstância produzirá reflexos funestos no processo de compreensão que o jurista terá acerca do papel da Constituição, que perde, assim, a sua substancialidade. Veja-se, a propósito, a dificuldade que os juristas têm em lançar mão da jurisdição constitucional; veja-se, por tudo, a inefetividade da Constituição, passados quase vinte anos de sua promulgação!” *In*: *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-Junho, 2009, p. 68.

<sup>1020</sup>STRECK, Lenio Luiz: “De outras disciplinas (ou ciências), o Direito possui uma especificidade, que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo – que sempre exsurgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior. Trata-se da Constituição, que, mais do que um texto, que é condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, é um fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte, enquanto explicitação do contrato social. A tradição lega vários sentidos de Constituição. Contemporaneamente, a evolução histórica do constitucionalismo no mundo (mormente no continente europeu) coloca à disposição a noção de Constituição enquanto detentora de uma força normativa, dirigente, programática e compromissária, pois é exatamente a partir da compreensão desse fenômeno que se pode dar sentido à relação Constituição-Estado-Sociedade no Brasil, por exemplo. Mais do que isso, é do sentido que se tem de Constituição que dependerá o processo de interpretação dos textos normativos do sistema”. *In*: *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-Junho, 2009, p. 72.

### 3.3.2 Credulidade metafísica no Direito – o véu desvelado do subjetivismo no positivismo

No capítulo anterior foi possível traçar o contexto filosófico metafísico inerente ao positivismo. No cerne, não é demais repetir, está a falsa premissa da linguagem como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, quando na realidade ela é condição de possibilidade da compreensão, é acesso do sujeito ao mundo. A filosofia metafísica criticada ensejou, na seara jurídica, vários equívocos, dentre eles a convicção de que o Direito poderia ser resumido à lei, de que deveria ser trabalhada a melhoria do texto legal, especialmente a sua clareza, de modo a solucionar crises no Direito, de que a hermenêutica como instrumento era apta alcançar o sentido da lei de forma unívoca, entre outros, que só podem ser superados pela condição de possibilidade hermenêutica-filosófica<sup>1021</sup>. A crença na objetivação do mundo do Direito, desvinculando-o da realidade, torna-o apto a afastar qualquer preocupação com o caso concreto, com o objetivo democrático ou atendimento de qualquer outro fim, com dados científicos jurídicos alienantes<sup>1022</sup>, muito próximo da dualidade platônica de mundos, onde o mundo do Direito seria o mundo das ideias, o mundo inteligível e o da facticidade seria o mundo sensível, da dualidade corpo e espírito e o da linguagem e compreensão<sup>1023</sup>. O principal perigo com a adoção de tal visão de Direito

---

<sup>1021</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Ou seja, no paradigma da filosofia da consciência a concepção vigente é a de que a linguagem é um instrumento para designação de entidade independentes desta ou para transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção da linguagem. Assim, somente depois de superar este paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representada pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 145.

<sup>1022</sup>TARELLO, Giovanni: “il fatto che, nelle opere giovanili, Leibniz assume il diritto – quello vigente o che gli pare essere vigente – come un dato indiscutibile, che non há bisogno di essere dimostrato o fondato. Il diritto vigente (cioé il diritto tou court) è un fatto; e anche quando, nelle opere della maturità, Leibniz si è dedicato alla ricerca dei fondamenti del diritto, tale ricerca appare pur sempre come la ricerca dei fondamenti di una realtà naturale. La ricerca di certezza che anima le prime opere giuridiche di Leibniz, non è diversa della ricerca di certezza che anima le sue ricerca matematiche o scientifiche” *In: Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p.134-135.

<sup>1023</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O dualismo caracterizou-se na concepção da linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações lingüísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente significação: Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção dos sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. As dificuldades que o dualismo corpo-espírito sempre provocaram na concepção do homem manifestam-se aqui também”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 133.

estaria na admissão de um Direito despreocupado com qualquer construção histórica de si mesmo, podendo ser utilizado como mero instrumento de dominação, como na visão construída por Marx e anteriormente mencionada, sem qualquer bagagem própria impeditiva de retrocesso<sup>1024</sup>. A aquiescência positivista com a entificação do sentido do texto, com a subsunção, é geradora de uma fissura jurídica permissora do arbítrio do intérprete, do solipsismo judicial, em razão da inviabilidade fenomenológica dos objetivos perseguidos, em face da sua natureza metafísica<sup>1025</sup>. É a revelação do desconhecimento da viragem linguística iniciada por Wittgenstein e Austin, onde a linguagem é uma ação social, com o amalgamento de linguagem ao social, no sentido de uma abertura de horizontes ao fático, sem reflexão transcendental autorizativa da construção de sentidos linguísticos<sup>1026</sup>, construção de uma ação regrada pela tradição, nem arbitrária<sup>1027</sup> e muito menos empírica/nomológica<sup>1028</sup>.

---

<sup>1024</sup>STRECK, Lenio Luiz: “[...] ainda vivemos em um mundo jurídico que busca exorcizar os fatos e conflitos tratados pelo direito, isto é, em um mundo no qual a metodologia jurídica continua com a função de promover a desvinculação do caráter historicamente individualizado do caso que esteja na sua base, para atingir o abstrato generalizável e comum[...]”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 77.

<sup>1025</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O modelo da subsunção pressupõe a confrontação da lei concebida como universalidade e o caso concreto, identificando-se o dito 'caso concreto' como 'caso' do gênero designado na lei, conforme bem assinala SCHAP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. de Ernildo Stein. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 90. No caso da tópica, a subsunção decorre da confrontação da universalidade do *topos* e o 'caso' (ou problema) concreto. De um modo mais simples, pode-se dizer que ocorre subsunção quando se quer subsumir o individual sob os conceitos do geral (Gadamer). Por isto, a subsunção é metafísica”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 269.

<sup>1026</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A tese de Austin é fundamentalmente a de Wittgenstein, ou seja, a linguagem é essencialmente uma ação social: linguagem e sociabilidade se imbricam mutuamente de tal modo que a linguagem forma o horizonte a partir de onde os indivíduos exprimem a realidade. No entanto, é uma questão de base saber o caminho para a consideração da linguagem: Austin propõe o que ele chama “caminho lingüístico-fenomenológico”, em que fenomenologia nada tem a ver com a reflexão transcendental -, cujo fim é a tematização da subjetividade anônima como fonte da constituição de todo sentido -, mas significa a rejeição de qualquer postura teórica prévia (filosófica ou científica) para se dedicar à descrição das ‘coisas mesmas’”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 165.

<sup>1027</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A linguagem do dia-a-dia não pode ser a última palavra, pois manifesta inadequações e arbitrariedades: os homens do passado não possuíam os aparelhos técnicos necessários para ver a realidade; além disso, nem sempre foram isentos de paixões e preconceitos. Assim, de nenhum modo se pode considerar a linguagem ordinária algo sacrossanto e intocável. A linguagem é um meio heurístico indispensável para nosso conhecimento da realidade: por essa razão é necessário rigor e também muito empenho para melhorar esse instrumento”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 167/168.

<sup>1028</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O filósofo é um falante como qualquer outro, por isso ele não procede indutivamente, mas intuitivamente; todo falante tem um conhecimento intuitivo das regras de seu falar, e o analista da linguagem apenas explicita essas regras, que já foram internalizadas pelo próprio processo de aprendizagem da língua. Como vai dizer posteriormente Searle, quando descrevo a linguagem, o que faço é tematizar aspectos do meu próprio domínio de uma capacidade dirigida por regras. Portanto, nada tem a ver o conteúdo da análise da linguagem com a

O positivismo, em face da inconsistência de seu postulado filosófico, teve sempre presente o arbítrio, o solipsismo e a discricionariedade judicial como calcanhar de Aquiles, de forma mais ou menos ostensiva. Não está sendo reconhecida a diferença presente na doutrina que diferencia o arbítrio da discricionariedade judicial, pressupondo a segunda na fissura do Direito, isto é, enquanto a discricionariedade pressupõe a abertura do Direito para o agir discricionário do juiz, não havendo, destarte contrariedade ao Direito, no arbítrio haveria a desconsideração e oposição ao jurídico<sup>1029</sup>. A classificação adotada parte de uma perspectiva subsuntiva na aplicação do Direito, tendo-o como um modelo de regras, onde na ausência das mesmas, cabe ao julgador resolver de forma discricionária. Tal modelo contemporaneamente vem sendo questionado em face de uma perspectiva principiológica, não apenas substituindo o espaço de aplicação da discricionariedade pela aplicação principiológica, mas sim partindo de uma composição conjunta<sup>1030</sup>, e mais próximo da tese, tendo os mesmos como fechamento do Direito, e não abertura<sup>1031</sup>. E mais, comungando do pensamento de Streck, a distinção entre

---

generalização de entrevistas: ela é a expressão de regras e não regularidades empíricas. Nesse sentido, a análise da linguagem não é tanto uma ciência empírica nomológica, mas um saber reconstrutivo de uma ação regrada". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 166/167.

<sup>1029</sup>ENGELMANN, Wilson: "Desta feita, a aplicação do direito desenvolvida pelo juiz ou tribunal tem reconhecida uma tarefa de criação, lastreada na textura aberta do direito contida na norma jurídica, ou seja, no momento em que "o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto". Nasce, com esta visualização, o poder discricionário do juiz ou tribunal, que acaba tendo reconhecida a possibilidade de elaborar uma norma de conduta, quando julgue tratar-se de uma situação localizada na "zona de textura aberta do direito a ser aplicado". Tais situações, que podem atingir inclusive a regra de reconhecimento, jogam a aplicação do direito para uma concepção, exclusivamente, subjetiva do órgão aplicador (o juiz ou o tribunal, especialmente)". *In: Crítica ao positivismo jurídico. Princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 71.

<sup>1030</sup>ENGELMANN, Wilson: "A pesquisa quer reforçar, a partir disto, que a aplicação dos princípios, na solução de um caso concreto, é uma atividade complexa. Não se trata, como muitas vezes se refere – para menosprezar a sua importância – de um mero recurso a ser empregado na falta de uma regra. Pelo contrário, a proposta está justamente voltada á construção de um conceito de direito como um conjunto de regras e princípios, enfocando a importância destes, na construção daquele (o Direito)". *In: Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 167.

<sup>1031</sup>ENGELMANN, Wilson: "Desta feita, conscientes de que estamos tratando dos princípios no Sistema Jurídico Continental, apesar da grande valorização das idéias de Ronald Dworkin – forjadas no Sistema Jurídico Anglo-Americano – não se pensa em lançar toda a argumentação em princípios, formando uma verdadeira "sociedade de princípios". Busca-se (re)avaliar a importância que os princípios podem representar na formação do raciocínio jurídico, atento às novas exigências sociais. Para atingir este objetivo, torna-se fundamental não olvidar que uma das vantagens dos princípios reside na sua generalidade, que provoca uma plasticidade, "permitindo-lhes amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social". Por consequência, a valorização dos princípios visa justamente construir a melhor resposta possível para o caso concreto, através da interferência hermenêutica, o que não implica necessariamente, a "única resposta correta" (Dworkin)". *In: Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito*

discricionariedade (razão prática) e arbítrio defendida de qualquer modo, de acordo com os pressupostos teóricos adotados acabam permitindo a fuga do Direito, com o que a tese é contrária. A temática não é nova. Desde a aurora da Modernidade, com o positivismo, o problema do arbítrio/discricionariedade judicial foi instalado <sup>1032</sup>, baseado na obtenção da resposta dos enunciados legais, para o que, quando não houver enunciado, há de se permitir a discricionariedade, sem, contudo não permitir o arbítrio. Ocorre que o desvelamento da questão torna descabida a distinção desde uma perspectiva principiológica<sup>1033</sup>. A partir desse pressuposto, então, é ultrapassada a distinção entre arbitrariedade e discricionariedade, pois ambas são opostas à concepção de Direito adotada, onde o Direito é sempre determinável no caso concreto, amparado racionalmente, em oposição à resposta judicial obtida pela vontade<sup>1034</sup>. A superação da vulnerabilidade positivista jurídica do solipsismo passa pelo abandono do paradigma da objetivação para admitir a intersubjetividade compreensiva, partindo do pressuposto da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica a trazer vetores de racionalidade aplicáveis aos campos de conhecimento humano. Portanto, a diferença ontológica não admite a metafísica herdada do positivismo, e, com isso, é possível admitir um Direito verdadeiramente pós-

---

**de Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 167-168.

<sup>1032</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A razão prática – que o positivismo chama de discricionariedade não poderia ser controlada pelos mecanismos teóricos da ciência do direito. A solução, portanto, era simples: deixemos de lado a razão prática (discricionariedade) e façamos apenas epistemologia (ou, quando esta não dá conta, deixe-se ao alvedrio do juiz – eis o ovo da serpente gestado desde a modernidade)”. *In: O que é isto – decido conforme minha consciência?* 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107-108.

<sup>1033</sup>ENGELMANN, Wilson: “O modelo subsuntivo, alicerçado na concepção de Direito do positivismo jurídico, busca, de certa forma, a “única resposta correta” que será abstraída dos enunciados contidos na regra aplicável. Por outro lado, inexistindo esta regra, cabe ao juiz, a partir da sua discricionariedade, decidir o caso concreto, mediante o recurso a alternativas nem sempre justificáveis expressamente numa norma jurídica posto que calcadas na subjetividade do julgador. Em substituição aos dois modelos tradicionais – o subsuntivo e o discricionário – é apresentado o modelo de sistema jurídico de regras e princípios. A referida alternativa, demonstra a necessidade de inserir os princípios dentro de um contexto maior de justificação, que poderá ser obtida através do procedimento (Alexy) e da teoria política (Dworkin)”. *In: Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito.* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 158.

<sup>1034</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Outra questão central para a compreensão das teses aqui desenvolvidas é aquela atinente aos problemas emanados da discricionariedade judicial. Com efeito, a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da indeterminação do direito. Isso se dá, basicamente, porque, como bem demonstra Losano, no século XX “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

positivista.<sup>1035</sup> O legado positivista de aspiração metafísica, condutora do solipsismo, distante da faticidade,<sup>1036</sup> como ocorre na exigência da irreversibilidade das tutelas de urgência, configura exatamente aquilo que se pretende ultrapassar com a adoção de uma visão jurídica pós-positivista, fulcrada na relação sujeito-sujeito, no pressuposto hermenêutico-filosófico. O positivismo jurídico instalado, não é demais dizer, é um dos responsáveis diretos pela crise do Direito e dá mostras cada vez mais fortes de sua insuficiência para resolver os problemas contemporâneos, dos interesses democráticos transindividuais<sup>1037</sup>, não diferenciando texto e norma<sup>1038</sup>. Nos dias de hoje, como não poderia deixar de ser, em face do apego positivista dos juristas, variadas são as decisões<sup>1039</sup> que, ainda, ora apregoam a aplicação objetiva da lei, acreditando na supressão da subjetividade, ora passam por cima da lei para tutelar um fim extrajurídico, admitindo abertamente a correção externa do Direito, o

---

<sup>1035</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Assim, aprender e guardar (proteger) a diferença ontológica é o que preserva a ciência da total objetivação, o que somente resulta da destruição, desconstrução e superação da metafísica, que entificou o ser e assim encobriu a diferença, sobretudo na modernidade”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 208.

<sup>1036</sup>STEINER, George: “Este es El punto crucial. El legado del romanticismo es de un enérgico solismo, el desarrollo del yo lejos de la inmediatez”. *In: Pasión Intacta. Ensayos 1978-1995*. Traducción de Menchú Gutiérrez y Encarna Castejón. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997, p. 36.

<sup>1037</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O modelo de Direito predominante no Brasil longe está de atender as demandas provenientes de uma sociedade complexa, no interior da qual convivem os mais significativos contrastes. No imaginário dos juristas, prevalece ainda o modelo ou modo de produção forjado para resolver conflitos de índole interindividual. Essa crise pode ser detectada nas práticas quotidianas dos juristas, na cultura manualesca que as informam, bem como nas salas de aula dos cursos de Direito. Há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição e do constitucionalismo. A crise ocorre em vários níveis. Em um nível mais simples, a inefetividade da Constituição decorre da mera ignorância acerca da diferença entre texto e norma ou entre vigência e validade. Nesse patamar, o pensamento dogmático-objetificante do Direito faz com que a validade se equipare á vigência, sendo ainda raros os operadores jurídicos que conseguem avançar para além dessa armadilha do objetivismo metafísico. Isto acarreta um enfraquecimento da jurisdição constitucional, problema que também pode ser detectado pelo reduzido número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos Tribunais. São raras igualmente as decisões que aplicam as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto sem falar de outras sentenças interpretativas que poderiam servir de importantes mecanismos de realização/concretização da Constituição”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 78.

<sup>1038</sup>GUASTINI, Ricardo: “Observe-se: o modo corrente de exprimir-se segundo o qual a interpretação tem como objeto normas, é correto sob a condição de, nesse contexto, entender-se por norma (como às vezes se entende) um texto normativo. Mas esse modo de dizer é incorreto, desviante, se por 'norma' entende-se (como também freqüentemente acontece) não o texto normativo, mas o seu conteúdo de significado, já que, neste caso, a norma constitui não o objeto, mas o produto da atividade interpretativa”. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 131.

<sup>1039</sup>V.g. interessante decisão (acórdão nº 70005798004 da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul) que foi tema de trabalho na cadeira do prof. Lenio Streck, onde é perceptível a formulação de diferentes concepções positivistas.

solipsismo judicial como a melhor forma de combater a estagnação do Direito e alcançar as melhores soluções jurídicas. Não raro, o silogismo subsuntivo é visto como (verdadeiramente o é, porém por lógica diversa da positivista) insuficiente, tendo o arbítrio como instrumento para complementá-lo, proporcionando uma visão mais “avançada” de Direito. No final das contas, sempre houve um amplo espaço para o decisionismo em nosso ordenamento jurídico, em face do acolhimento da visão positivista. Como dito, decisionismo e positivismo são indissociáveis. Portanto, enquanto nosso ordenamento jurídico salvaguardar o positivismo e fatalmente o protagonismo judicial, será permitida a consequência inevitável da superação antidemocrática do conteúdo constitucional<sup>1040</sup>.

É conveniente esclarecer que imbróglio democrático constitucional do protagonismo judicial não é limitado ao nosso ordenamento jurídico, nem está presente apenas na sua manifesta admissão. Sub-repticiamente, desde os primeiros passos do positivismo no continente europeu, desde a confiança em uma entidade consciente anterior mítica como porta voz do sentido do Direito, que se constitui verdadeiramente em um fundamento metafísico e vazio<sup>1041</sup>, até as teorias positivistas mais modernas, que confiam no método interpretativo para solucionar a constatação da insuficiência gramatical do texto legal, também havia o problema, pois como dito, a solução jurídica baseada em métodos interpretativos é uma pantomina que encobre o verdadeiro fundamento que é arbitrário.

Sucedo que a interpretação filosófica não permite arbítrio, a interpretação e seus sentidos não são opções do sujeito. Sempre, para o ser-aí, “a manifestação do ente é um desvelamento”<sup>1042</sup>, implicando em que o acesso ao mundo é interpretação. O desvelamento é interpretação<sup>1043</sup>, igualmente, e, por isso mesmo, o limite do acesso

---

<sup>1040</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Em qualquer “espaço” de sentido – vagezas, ambiguidades, cláusulas “abertas” etc. –, o imaginário dos juristas vê um infundável terreno para o exercício da subjetividade do intérprete. Quando esse “espaço” se apresenta em dimensões menores, o intérprete apela para os princípios que funcionam como “axiomas com força de lei” ou enunciados performativos com pretensões corretivas, fazendo soçobrar até mesmo o texto constitucional. Isto é, em *terrae brasillis*, discricionariedade quer dizer duas coisas: a) primeiro, um modo de superar o modelo de direito formal-exegético (e, infelizmente, acaba não passando disso); b) segundo, uma aposta no protagonismo judicial, considerado, assim, uma fatalidade (no fundo, Kelsen já havia pensado assim no Capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito)”. In: **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53.

<sup>1041</sup>GADAMER, Hans-Georg: “Na realidade, a premissa da misteriosa obscuridade, onde se encontra uma consciência coletiva anterior a todo pensar, é tão dogmático-abstrata como o de um estado perfeito de esclarecimento ou de saber absoluto. A sabedoria originária não é mais que a outra face da “ignorância originária”. In: **Verdade e Método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 412.

<sup>1042</sup>HEIDEGGER, Martin. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 82.

<sup>1043</sup>HEIDEGGER, Martin. “A respeito do limite da interpretação/desvelamento esclarece que

ao ente. Não existe acesso direto ao ente: isso ocorre através da linguagem, pré-compreensão, desvelamento, interpretação. Não há interpretação sem pré-compreensão, que permite uma concepção prévia a ser afetada em face da alteridade. “Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com a coisa em questão”<sup>1044</sup>. A interpretação, desse modo, é da essência do intérprete, permitindo a compreensão dentro do seu limite,<sup>1045</sup> razão pela qual as questões da “ciência ou da verdade conduz-nos de volta à pergunta peculiar acerca de nós mesmos”<sup>1046</sup>. O referido limite de compreensão do intérprete resulta em particularidade de compreensão. A compreensão subjetiva acontece de conformidade com a pré-compreensão. Não há círculo-hermenêutico, compreensão e pré-compreensão idênticas. No entanto, isso não lhe permite ser assujeitador das coisas mesmas<sup>1047</sup>. As coisas mesmas são independentes do intérprete. Dizendo de

---

“partilhamos entre nós o desvelamento do ente. O compartilhamento é a verdade do ente”. A partir dessas afirmações Heidegger conclui que a verdade se mostra a todos que compartilharam entre si o desvelamento. Assim, o “ser-um-com-o-outro junto a... é um compartilhamento do desvelamento (verdade) do ente por si subsistente. A verdade pertence ao ente por si subsistente e, no entanto, ela não é uma propriedade por si subsistente nele, na medida em que advém do ente através do desvelamento do ser-aí. Ela não é nada subsistente por si; mas, ao mesmo tempo, ela é algo que o ser-aí compartilha com o ser-aí, algo que, portanto, pertence uma vez mais ao ser-aí”. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 112. E utiliza, a propósito, o exemplo seguinte: “[...] o giz é verdadeiro em nosso ser junto a..., ele é desvelado. Portanto, a verdade é algo que advém ao giz e, contudo, não pertence à consistência por si subsistente de suas propriedades a quo giz”. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 108.

<sup>1044</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 441.

<sup>1045</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: “Isso se dá de forma tão originária que, a partir da essência da nossa própria existência, vejamos em que medida lhe pertence essencialmente algo como a verdade”*. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 75. Prosseguindo: “Mesmo que um homem exista sozinho em algum lugar, ele se mantém junto ao ente por si subsistente. Nisso temos o seguinte: o ente por si subsistente lhe é manifesto. Mesmo o existir solitário é um ser junto às coisas, de tal modo que respectivamente dentro de certos limites, mas em todo caso de algum modo, tais coisas são sempre manifestas, isto é, desveladas. Por conseguinte, o desvelamento pertence essencialmente ao ser-aí, ou seja, a todo ser-aí como tal, enquanto o ente por si subsistente não é necessariamente desvelado como tal. Desvelamento advém pura e simplesmente ao ente por si subsistente não é necessariamente desvelado como tal. Desvelamento advém pura e simplesmente ao ente por si subsistente; ele pode ser assim, mas não precisa ser assim. Em contrapartida, ao ser-aí pertence necessariamente o desvelamento do ente por si subsistente”. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 118.

<sup>1046</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 76.

<sup>1047</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: “Nesse prestar atenção nas coisas não trazemos nada a elas nem – como diríamos-lhes contrabandeamos nada por meio do discurso, mas são elas, as coisas mesmas, que vêm ao nosso encontro dessa forma. O prestar atenção nas coisas, aparentemente uma atividade desenvolvida por nosso turno, um tornar aparente, ou, utilizando as palavras de Kant, uma espontaneidade aparente de nós mesmos, não é, contudo, segundo sua essência, propriamente dita, senão justamente um deixar-vir-ao-encontro, uma passividade peculiar, uma receptividade peculiar. Em meio a esse deixar-vir-ao-encontro não há nem a “impressão” de algo de fora nem um sair de dentro para fora a partir de nós mesmos; portanto, tampouco algum espaço interior; ele não é nem uma relação causal nem transcendência às avessas. Esse deixar-vir-ao-encontro é, em certa medida, espontaneidade, mas uma espontaneidade tal que possui intencionalmente o caráter do acolher, do aceitar, do receber”*. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77.

outro modo, há *standards* de racionalidade hermenêutico-filosóficos a objetar o arbítrio de sentidos, de significados. Não há dúvida que a linguagem é condição especialíssima e exclusiva do ser homem, “a linguagem humana deve ser pensada como um processo vital particular e único, pelo fato de que no entendimento linguístico se torna manifesto o ‘mundo’”<sup>1048</sup>. Porém, isso tudo não está a permitir um intérprete assujeitador do mundo. Necessário o cuidado de não se cair no “enfeitiçamento” da linguagem, como advertia Wittgenstein. O mundo existe independentemente do intérprete, mas a sua acepção de mundo está condicionada pela linguagem<sup>1049</sup>.

O fato de a interpretação ser da essência do intérprete não lhe permite (inclusive, por óbvio, no fenômeno jurídico) abandonar suas pré-compreensões na busca da significação do texto, nem tampouco possui, o intérprete, arbítrio em relação as suas pré-compreensões ou à significação do texto. Na hermenêutica filosófica toda interpretação é produção de sentidos, porém isso não significa que essa produção seja arbitrária<sup>1050</sup>, havendo limites objetivos e subjetivos como referido alhures. Em relação aos limites subjetivos é acrescentável que a mesma não é autorizativa de uma compreensão mais clara ou menos clara, nem melhor e nem pior, apenas diferente<sup>1051</sup>. Por isso, não é fenomenologicamente viável uma interpretação que seja meramente reprodutiva. Há uma pré-compreensão que, ao mesmo tempo em que é limitadora, propicia a abertura à alteridade do texto, fazendo com que o intérprete adquira novos

---

<sup>1048</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Op. Cit. **Verdade e Método**, p. 647.

<sup>1049</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Obviamente não se discute que o mundo possa ser sem os homens, e que inclusive vá existir sem eles. Isso está dentro da concepção de sentido, em que vive qualquer acepção do mundo estruturada humano-lingüisticamente. A multiplicidade de tais acepções do mundo não significa relativização do “mundo”. Ao contrário, o que o mundo é, não é nada distinto das acepções em que se oferece”. In: **Verdade e Método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 649.

<sup>1050</sup> STRECK, Lenio Luiz: “a afirmação de que ‘o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’ nem de longe pode significar a possibilidade deste estar autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 112. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 439-440. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53-54.

<sup>1051</sup> GADAMER, Hans-Georg: “O sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo. Talvez não seja correto falar de “compreender melhor” em relação a esse momento produtivo inerente à compreensão. Pois já vimos que essa fórmula é a conversão de um postulado básico da crítica objetiva da época do *Aufklärung* sob o fundamento da estética do gênio. Compreender não é compreender melhor, nem de saber mais, no sentido objetivo, em virtude de conceitos mais claros, nem no da superioridade básica que o consciente possui com respeito ao inconsciente da produção. Bastaria dizer que, quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente”. In: **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Vol. 1., p. 444.

significados viabilizando nova pré-compreensão em direção ao sentido do texto.

O pré-conceito/pré-compreensão é universal e histórico<sup>1052</sup>. A abertura à alteridade permite a constante revisão, não de forma a permitir sentidos arbitrários, pois sempre gestada em uma história não limitadora, mas sim constituinte da condição de possibilidade de sentidos. A moderna filosofia da consciência cede, então, à realidade<sup>1053</sup>. Cada intérprete é, em sua individualidade, ser finito e histórico, o que não permite dois intérpretes idênticos ou duas interpretações idênticas, cada um carrega as suas próprias pré-compreensões, não há “mens in albis” na tarefa de compreender<sup>1054</sup>. A imanência temporal outorga a revisionista mutabilidade de suas pré-compreensões e compreensões<sup>1055</sup>. Surge daí o reconhecimento de que o ser é em sua circunstância temporal<sup>1056</sup>, conclusão decorrente da concepção da historicidade da pré-compreensão a “comunhão com a tradição”<sup>1057</sup>, sendo conseqüentemente o intérprete pertencente a uma história comum, e não o contrário. Por isso que a questão estética está imbricada com os fatores culturais de tempo e espaço<sup>1058</sup>. O ser-aí participa da história, situação que não o impede, todavia, de ter

<sup>1052</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A pré-compreensão é uma espécie de todo que sempre nos antecipa quando nos relacionamos com os entes do mundo. Em hipótese alguma isso representa uma ideia, mas, pelo contrário, isso é possibilitado por um ver que acessou o mundo prático em suas estruturas mais originárias”. *In: Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 494.

<sup>1053</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa sem mais absorver pela reflexão”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 229.

<sup>1054</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Quem compreende não tem uma mente em branco, como uma tábula rasa, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo”. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 212.

<sup>1055</sup>GADAMER, Hans-Georg: “É justamente aqui que se encontra o ponto onde deverá engatar criticamente a tentativa de uma hermenêutica histórica. A superação de todo preconceito cuja revisão liberará primeiramente o caminho para uma compreensão adequada da finitude, que domina não apenas o nosso ser-homens, mas também nossa consciência histórica”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, V. 1., p. 444.

<sup>1056</sup>REALE, Miguel: “A meu ver, é o conceito de pessoa que demonstra ser o homem um ser social, de per si, visto ser em si e por si mesmo um ser que sente, pensa e quer: um ser inconcebível sem se relacionar com outrem, para ser o que é e deve ser, para ser, em suma, um eu e a sua própria circunstância, o que nele é imutável e o que se desenvolve no tempo”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

<sup>1057</sup>GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1., p. 440.

<sup>1058</sup>MARMOR, Andrei: “To begin with, it is difficult to imagine why aesthetic features could not apply to other artifacts or, in fact, to natural objects which are not artifacts at all. (Remember that we have excluded those aesthetic features which contain an implicit reference to intentions.) More importantly,

um projeto vital próprio<sup>1059</sup>, mas que não é assujeitador dos significantes compartilhados historicamente<sup>1060</sup>. O texto a ser interpretado, por isso, está em condição de proeminência significativa para a compreensão, para o círculo hermenêutico<sup>1061</sup>. Na diferença ontológica, no círculo hermenêutico, pressupondo a linguagem, a interpretação e a compreensão, como fusão de horizontes, não há como separar a atribuição de sentido ao comu(m)(unidade), nos dizeres de Heidegger do ser com..., do ser histórico e temporal, bem como em Gadamer, da história efetual, da tradição<sup>1062</sup>. Desse modo aqui, a facticidade, o contexto histórico e social, deixam de ser espaço neutro para adquirir uma condição produtiva de sentidos<sup>1063</sup>.

---

we can identify something as a work of art even if it has no aesthetic features whatsoever, often because it is simply bad or unsuccessful, sometimes because it was meant to be so. Consider the ideology of certain twentieth-century genres which explicitly deny any such aesthetic purposes or merits. It is true that these revolutionary genres often create new standards of aesthetic appraisal, new tastes as it were. But it would be a serious distortion to describe their identification as art as wholly dependent on their success in implementing such new standards of aesthetic appraisal. We often identify them as works of art long before we know whether such a development is feasible. In short, any attempt to base the criteria for art's identification on aesthetic features alone is bound to be very problematic. (For similar reasons, it seems unhelpful to employ aesthetic functions, as is sometimes suggested.)". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 83.

<sup>1059</sup>REALE, Miguel: "Insisto que o eu universal, que cada eu concretiza em sua experiência existencial — o eu que nos permite sentirmo-nos igualmente homens em quaisquer circunstâncias ou situações —, não pode ser concebido como algo condicionado, válido apenas como decorrência de uma realidade externa qualquer, que o privaria de seu originário e irrenunciável projeto vital. A validade intrínseca da subjetividade, como poder demiurgo e instaurador de novas formas de vida, eis, a meu ver, a raiz da personalidade, o que faz com que cada um de nós possa se sentir senhor de si mesmo, apesar de que o homem, ao nascer, seja a mais frágil das criaturas, dependente não apenas do leite e dos cuidados maternos, mas também da assistência de terceiros". *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103-104.

<sup>1060</sup>GADAMER, Hans-Georg: "Na realidade, não é a história que pertence a nós, mas nós é que a ela pertencemos. Muito antes de que nós compeendamos a nós mesmos na reflexão, já estamos nos compreendendo de uma maneira auto-evidente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos. A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seus ser". *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Vol. 1, p. 415-416.

<sup>1061</sup>GADAMER, Hans-Georg: "Somos, antes, capazes de nos abrir à pretensão excelsa de um texto e corresponder compreensivamente ao significado com o qual nos fala. A hermenêutica, no âmbito da filologia e da ciência espiritual da história, não é um "saber dominador", isto é, apropriação por apoderamento, mas se submete à pretensão dominante do texto". *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999. Vol. 1, p. 464.

<sup>1062</sup>STRECK, Lenio Luiz: "A hermenêutica de cunho procura superar esse(s) equívoco(s), demonstrando que a idéia de razão prática se dissolve com a morte daquele que sustenta: o sujeito solipsista. A fenomenologia hermenêutica supera, no que tange ao problema do conhecimento, o solipsismo monadológico do sujeito moderno a partir da demonstração das estruturas existenciais do ser-no-mundo e dos existenciais do ser-em e do ser-com. E a hermenêutica filosófica complementa essa "operação", mormente no plano da hermenêutica jurídica, superando o esquema sujeito-objeto e qualquer possibilidade de subsunção". *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.108.

<sup>1063</sup>PELBART, Peter Pál: "Ahora bien: hoy, tanto la percepción del secuestro de lo común como la revelación del carácter espectral de ese común transcendentalizado se dan en condiciones muy específicas: precisamente en un momento en que lo común —y no su imagen— está preparado para

O vetor racional do compartilhamento hermenêutico filosófico impede o subjetivismo consistente na arbitrariedade, no relativismo, no ceticismo negatório do conhecimento. Isso ocorre porque o ser-aí há de ser sempre junto ao ente por si subsistente, não há sujeito sem o ente por si subsistente pois “pertence essencialmente ao sujeito o fato dele não estar encapsulado em si, mas sempre já ser junto ao ente por si subsistente”.<sup>1064</sup> Assim, do compartilhamento não pode surgir uma verdade arbitrária, pois em que pese pertença ao ser aí, não é propriedade sua, não é ele o guia do desvelamento do ente, muito antes o contrário, ele é guiado<sup>1065</sup>, sendo, portanto, antes assujeitado, ao invés de assujeitador. Na multiplicidade complexa de sujeitos, com seus círculos hermenêuticos, há sempre a abertura para a alteridade subjetiva e objetiva, de modo a permitir a correção de suas variáveis expectativas de sentido. Há um padrão limitador de sentidos do próprio significante a lhe permitir a compreensão<sup>1066</sup>. No círculo hermenêutico, além da subjetividade do intérprete, da pré-compreensão, da linguagem, que remete ao entranhamento do estranhamento

---

aparecer en su máxima fuerza de afectación, y de manera imanente, dado el nuevo contexto productivo y biopolítico actual. Para decirlo con claridad: a diferencia de lo que ocurría algunas décadas atrás, cuando lo común se definía y era vivido como aquel espacio abstracto que conjugaba las individualidades y se sobreponía a ellas –fuera como espacio público, fuera como política–, hoy lo común es el espacio productivo por excelencia. El contexto contemporáneo trajo a la luz, de manera inédita en la historia –pues lo hizo en su núcleo propiamente económico y biopolítico–, la prevalencia de lo “común”. El llamado trabajo inmaterial, la producción posfordista, el capitalismo cognitivo, son todos fruto de la emergencia de lo común: todos exigen facultades vinculadas a lo que nos es más común, esto es, el lenguaje y su haz correlativo: la inteligencia, los saberes, la cognición, la memoria, la imaginación y, por consiguiente, la inventiva común”. *In: Filosofía de la deserción. Nihilismo, loucura y comunidad*. 1ª ed. Traducción y notas Santiago García Navarro y Andrés Bracony. Buenos Aires: Tinta Limón, 2009, p. 22

<sup>1064</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 120.

<sup>1065</sup> HEIDEGGER, Martin. *In: “O desvelamento compartilhado pelo ser-aí é algo essencialmente comum que pertence ao ser-aí e, porém, nesse pertencer-lhe, não é e nunca pode ser justamente uma propriedade sua, uma propriedade do indivíduo singular”*. *In: Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 127.

<sup>1066</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do opinável, isto é daquilo em que um leitor pode encontrar sentido e enquanto tal pode esperar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido. Por isso também aqui existe um padrão. A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinado por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 404.

que permitirá um desentranhamento, uma síntese dos fragmentos advindos linguisticamente da experiência<sup>1067</sup>, como processo único, tem igual importância a atenção aos padrões de correção extrínsecos, decorrentes de um todo componente da alteridade. Ou, nos dizeres do próprio Gadamer, é vital “aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”.<sup>1068</sup> Portanto, a proeminência do texto em relação ao subjetivismo permite, no Direito, em nível apofântico, em face do compartilhamento comum de significantes e significados, a verificação da adequação/inadequação e correção/incorreção da resposta jurídica, sem prejuízo das temáticas hermenêutico-filosóficas da pré-compreensão e limites subjetivos<sup>1069</sup>. Sem que, contudo, seja assumida qualquer semelhança com a tese liberal-iluminista cientificista do direito, de uma linguagem legislativa matematizante, onde a interpretação é ferramenta do operador jurídico capaz de trazer sentidos unívocos de leitura, onde a aplicação do Direito permite a subsunção da lei ao caso concreto, com o que a busca dessa é a da unidade sistêmica e da clareza da lei<sup>1070</sup>.

Enfim, a hermenêutica é anterior a qualquer método de descobrimento do sentido da lei ou de atribuição de sentidos pelo descobrimento metafísico (vg. vontade do legislador) e, muito menos, de atribuição de sentido ao Direito pelo intérprete

---

<sup>1067</sup> REALE, Miguel: “Tais peculiaridades, resultantes de condições históricas particulares, não desmentem, todavia, mas antes confirmam o sentido de universalidade do ser do homem, cuja plasticidade diversificadora, em função das circunstâncias, só é possível por ser o espírito essencialmente um poder de síntese, ou seja, um poder de compor e superar, em novas formas de vida, os elementos dispersos ou fragmentários da experiência”. *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. Saraiva. São Paulo, 2010, p. 104.

<sup>1068</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 456.

<sup>1069</sup> STRECK, Lenio Luiz: “É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair – no campo da aplicação do direito – a ideia de resposta correta (ou, se se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo prático pelos princípios”. *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 69 /70.

<sup>1070</sup> IRTI, Natalino: “Nel quadro storico tratteggiato, la tecnica legislativa è radicalmente modificata. La legge assume ormai le caratteristiche di concretezza e di individualità, che erano proprie del negozio privato: non più canoni astratti e generali di azione, ma risposta a specifici e determinati problemi. Irrompono così nel linguaggio legislativo, da un lato, indicazioni di programmi e di risultati desiderabili per il bene comune e l'utilità industriali, connesse con i problemi dell'età contemporanea. Le leggi si moltiplicano non soltanto nel numero, ma nelle modalità espressive e sintattiche, ciascuna piegandosi al lessico particolare o al semplice gergo della materia regolata. Si allontana sempre di più il mito di un linguaggio matematizzante, che si svolga sulla base di significati convenzionalmente prestabiliti e secondo precise regole di trasformazione. I linguaggi delle leggi, molteplici e discordi, prolissi e ambigui, ceclamatori e programmatici, rendono ormai impossibile un linguaggio unitario del diritto civile, da cui l'interprete possa desumere criteri costanti ed univoci di lettura. La varietà espressiva, che era propria dei negozi privati, si è trasferita alle leggi, sciolte, per la novità dei campi di disciplina, da ogni legame con le fonti romanistiche e con il vocabolario rigoroso della dottrina”. *In: L'età della decodificazione*. Roma: Giuffrè, 1979, p. 16-17.

solipsista<sup>1071</sup>, como pregavam as filosofias capturadas pela relação sujeito-objeto, base de concepções positivistas, reféns da dualidade da intenção e uso da palavra, ignorando a compreensão histórica da utilização do texto<sup>1072</sup>. Ao jurista não lhe é dado ser solipsista, não possui o poder de construir o “seu” direito, pois está indissociavelmente vinculado ao seu contexto, há um direito comum, envolvendo uma complexa totalidade subjetiva e objetiva<sup>1073</sup>, já que da “mesmidade” resulta um compartilhamento de significante e significados, ainda que a compreensão aconteça dentro dos limites advindos para cada intérprete<sup>1074</sup>. Inclusive, especialmente de forma muito específica em relação ao tema da irreversibilidade, é possível, desde já, concluir que as compreensões do intérprete, bem como os objetos de interpretação são irremediavelmente mutáveis<sup>1075</sup>, com o que a pretendida irreversibilidade da tutela de urgência é desmantelada pelo referido *standard* de racionalidade.

Na medida em que o Direito não pode ser alvo de análise de um instrumento técnico denominado interpretação, através do qual são encontradas respostas científicas universais (paradigma cientificista da relação sujeito-objeto), a

---

<sup>1071</sup>HEIDEGGER, Mart/In: “... nós nos comportamos em relação a algo que não se altera. Um mesmo em relação ao qual nos comportamos, de modo que esse comportamento seja um ser-um-com-o-outro junto a..., ou ainda, “o mesmo em relação ao qual nos comportamos no um-com-o-outro”. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 98;100.

<sup>1072</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O fato de alguém, realmente, compreender o que uma frase significa, compreender seu sentido, não depende absolutamente de que eu tenha querido significar isso. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender, como veremos depois, é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico. Por fim, não posso arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. Mesmo que as pessoas anotassem a palavra escolhida por mim para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.135.

<sup>1073</sup>HEIDEGGER, Mart/In: “[...] uma manifestação do ente em seus contextos. Portanto, o nosso ser junto a... é em primeira linha um ser junto a uma multiplicidade de entes perpassada dominada por uma delimitada totalidade conjuntural”. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 78.

<sup>1074</sup>HEIDEGGER, Mart/In: “Para nós, o ente por si subsistente junto ao qual somos é algo compartilhado. Ele é o mesmo para muitos, de modo que esses muitos se tornam um “nós” em função desse “o mesmo para eles”. Ou seja, “deparamo-no por fim com a determinação de que mesmidade significa aqui inicialmente o mesmo que compartilhamento”. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 105.

<sup>1075</sup>HEIDEGGER, Mart/In: No mesmo sentido Heidegger sintetiza: “Tivemos a oportunidade de ver o seguinte: em nosso ser junto às coisas, estas se tornam manifestas para nós; elas mesmas vêm ao nosso encontro desveladamente e, com efeito, de um modo tal que se anunciam no todo de um contexto conjuntura. O círculo dos contextos conjunturais que transparecem faticamente a cada momento, as perspectivas daquilo que está precisamente manifesto para nós são alteráveis e de fato se alteram constantemente...”. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p 85.

interpretação deixa de ser instrumento do Direito e passa a condição de possibilidade do mesmo. A mudança de paradigma propicia que o Direito deixe de ser refém da arbitrariedade do intérprete, impedindo, por conseguinte, que o Direito seja refém da moral, da política ou de qualquer outro fator extrínseco ao Direito. Em sendo desse modo, o fio condutor da hermenêutica-filosófica perpassa a visão pós-positivista do Direito, permitindo a adoção de critério corretivo do direito distante do solipsismo judicial<sup>1076</sup>. Ou seja, propicia o reconhecimento da autonomia sob novo enfoque. A matriz hermenêutica filosófica permite o Direito a partir de uma construção histórica, admitindo significantes e significados compartilhados a serem respeitados<sup>1077</sup>, com o que não lhe é negado campo de estudo próprio. Não estando o Direito, como as demais ciências do espírito, hermeticamente protegido da hermenêutica, antes o contrário, há de buscar um aprofundamento vertical em relação à coisa, no caso ao Direito, com constante velamento e desvelamento, de modo a evitar uma paralização prejudicial. A circularidade hermenêutica deve buscar fugir de um círculo vicioso, permitindo o incessante velamento e desvelamento, produtor do conhecimento revelado. O intérprete ao realizar a leitura de um texto já faz uma pressuposição, uma antecipação de sentidos, que inclusive é necessária, formando um “projeto prévio, que obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”<sup>1078</sup>. Portanto, a hermenêutica, a compreensão, implicam na permanente revisão do projeto no sentido da coisa mesma<sup>1079</sup>, dentro dos limites do intérprete, perseguindo o círculo hermenêutico virtuoso, com a expansão da unidade de sentidos compreendida em círculos

---

<sup>1076</sup>STRECK, Lenio Luiz: “É sempre necessário lembrar que Gadamer apenas irá descobrir o sentido prático que há na hermenêutica porque ele já possuía esta antevisão do projeto heideggeriano. De algum modo, todas estas questões irão repercutir no pós-positivismo de Ronald Dworkin e de Friedrich Müller. Este último chega, inclusive, a um belíssimo diagnóstico acerca do que seja uma teoria do direito pós-positivista. Com efeito, para Müller, o termo pós-positivismo refere-se não a um antipositivismo qualquer, mas a uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discrecionalidade judicial” – procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito”. *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 109.

<sup>1077</sup>GADAMER, Hans-Georg: “já nós, pelo contrário, perseguimos a questão de como, uma vez liberada das inibições ontológicas do conceito de objetividade da ciência, a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 400.

<sup>1078</sup>GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 402.

<sup>1079</sup>GADAMER, Hans-Georg: “Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 403.

concêntricos<sup>1080</sup>.

O círculo virtuoso hermenêutico, na medida em que supõe antecipadamente a expansão da unidade de sentidos está afeiçoada ao aperfeiçoamento do Direito em relação ao afinamento de interesses políticos e sociais, sem, contudo, prejudicar a autonomia do Direito<sup>1081</sup>. A mutabilidade e possibilidade de afinamento de escopos é possível por não ser o Direito algo dado desde sempre, mas sim produto do homem, do tempo, da tradição, analogamente ao que acontece na dimensão estética, quando inclusive o objeto que não era arte passa a ser arte em face do novo contexto cultural e histórico<sup>1082</sup>. O acontecer da tradição no Direito é permissiva da aproximação por

---

<sup>1080</sup>GADAMER, Hans-Georg: “Recordamos aqui a regra hermenêutica, segundo a qual tem-se de compreender o todo a partir do individual e o individual a partir do todo. É uma regra que procede da antiga retórica e que a hermenêutica moderna transferiu da arte de falar para a arte de compreender. Aqui como lá subjaz uma relação circular. A antecipação de sentido, na qual está entendido o todo, chega a uma compreensão explícita através do fato de que as partes que se determinam a partir do todo determinam, por sua vez, a esse todo. Esse fato nos é familiar pela aprendizagem das línguas antigas. Aprendemos que é necessário “construir” uma frase antes de tentar compreender o significado lingüístico de cada parte da dita frase. Esse processo de construção está, no entanto, já dirigido por uma expectativa de sentido procedente do contexto do que lhe precedia. É evidente que essa expectativa terá de admitir correções se o texto exigir. Isso significa então que a expectativa muda de sintonia e que o texto se recolhe na unidade de uma intenção sob uma expectativa de sentido diferente. O movimento da compreensão vai constantemente do todo à parte e desta ao todo. A tarefa é ampliar a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a correção da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Quando não há tal concordância isso significa que a concordância malogrou”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 436-437.

<sup>1081</sup>Tema enfrentado no capítulo seguinte, ao tratar da tese de Dworkin da resposta correta.

<sup>1082</sup>MARMOR, Andrei: “An objection based on counter-examples may seem in place at this point: from an historical perspective, we seem to have identified as works of art numerous things which might not have been created as such. To mention a few examples, consider ancient cave paintings, Oceanic art, African art, and perhaps even things as close to our culture as medieval icons. Admittedly, transcultural comparisons pose difficult problems in the context of almost any discussion about the concept of art and its limits. In the present context, however, only one particular claim would amount to a real counter-example to the thesis suggested here. Suppose one wanted to claim that African warrior-masks were works of art. Nothing in this contention would amount to an objection to the intentionalist identification thesis advocated here, provided it was presumed that the pertinent African culture had a concept of art sufficiently similar to ours. It is only when we admit (as I believe it would be right to do) that the pertinent African culture had no concept of art whatsoever (or that if it did, it was too remote from ours to be translated to ‘art’ in our language), that identifying a warrior mask as a work of art becomes a relevant counter-example. But in this case, the contention that the warrior-mask is a work of art would be question begging. It would require an explanation of what justifies the mask’s classification as a work of art on the basis of its appearance alone. One could justifiably claim that it resembled a work of art in various respects, or that it could have been one had it been created as such, but not that it in fact was one. In classifying an artifact, then, either it is presumed that the purposes in play in its creation are close enough to those we consider artistic, in which case it can be said to have been created as a work of art, or the purposes in play are not taken to be artistic, and hence classifying it as a work of art would amount to a distortion. To be sure, none of this assumes that the concept of art is stable across time; surely the prevalent concept of art in Mediaeval Europe was very different from the concept of art that evolved during the Renaissance and later in the 18th century, and so forth. I do want to claim, however, that if the relevant culture in which the object had been created did not have any concept of art whatsoever, then it is groundless to say that the object is a work of art”. *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and

ser antimetodológica.<sup>1083</sup> Não existe método capaz de afastar os conceitos do passado, o pré-conceito é trazido à baila no círculo hermenêutico para que o texto possa produzir significados<sup>1084</sup>. A tradição é especulativa, universal, presente, passado e anunciação de sentidos futuros<sup>1085</sup>, de modo a permitir um diálogo hermenêutico com o intérprete, legitimando a compreensão em face da própria tradição<sup>1086</sup>, sem espaço para sentidos arbitrários<sup>1087</sup>, mas muito antes ao contrário, a tradição vincula resultados consensuais<sup>1088</sup>. A resposta adequada buscada em um segundo nível, não hermenêutico, mas jurídico, passa pela busca da adequação ao

---

Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 84.

<sup>1083</sup> GADAMER, Hans-Georg: “O compreender deve ser pensado menos como uma ação da subjetividade do que como um retroceder que penetra em um acontecer da tradição, no qual é o que tem de fazer-se ouvir na teoria hermenêutica, demasiado dominada pela idéia de um procedimento, de um método”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 436.

<sup>1084</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Pensar historicamente quer dizer, na realidade, realizar a conversão que acontece aos conceitos do passado, quando neles procuramos pensar. Pensar historicamente implica sempre uma mediação entre aqueles conceitos e o próprio pensar. Querer evitar os próprios conceitos na interpretação, não somente é impossível, mas é também um absurdo evidente. Interpretar significa justamente colocar em jogo os próprios conceitos prévios, com a finalidade de que a intenção do texto seja realmente trazida à fala para nós”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 578.

<sup>1085</sup> GADAMER, Hans-Georg: ““ser uma e a mesma coisa e, ao mesmo tempo, ser distinto, esse paradoxo aplicável a todo conteúdo da tradição põe a descoberto que toda a tradição é, na realidade, especulativa”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, Vol. 1, p. 685.

<sup>1086</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Em última análise, a continuidade da tradição obrigará a uma justificação dialogada, controlada e confrontada com essa mesma tradição, o que exclui qualquer resultado e circunscreve a área da compreensão legítima”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 222

<sup>1087</sup> STRECK, Lenio Luiz. “Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na 'sua' norma, produto da atribuição de sentido do intérprete, sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, não existe um processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 312.

<sup>1088</sup> MARMOR, Andrei: “There is a fairly obvious sense in which it is true that the identification of art is - within certain limits- a matter of social consensus. Undoubtedly, in different cultures different things are identified as works of art. This means, for example, that we will probably be unable to specify universal criteria for the identification of works of art; that the criteria are at least partly contingent and culture dependent in a rather strong sense. But only up to a point. Imagine, for example, a newly discovered culture in which the concept A stands for the following practice: shiny green stones, of which there is a scarcity, are collected by some of the people in this culture and exhibited in a way very similar to that in which portraits are exhibited in galleries. (One could push the similarity further: the culture includes distinguished stone collectors, private and public collections of shiny green stones, A experts, and so on.) Now, even if we could see the point in all this, there seems to be very little here which would warrant the conclusion that A amounts to a peculiar concept of art, or involves a peculiar artistic genre. Shiny green stones are not works of art, we would say. The concept of A is simply too remote from our concept of art to be translated into 'art' in our language. Is this only a matter of agreement, of our shared convictions about the practices we identify as art? Perhaps it is, but neither more nor less so than language is, in general”. *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 85/86.

Direito e à Constituição, sem, obviamente, impedir a produção de sentidos<sup>1089</sup>. No círculo hermenêutico há abertura para a tradição a estabelecer um padrão de correção, muito diverso da correção proporcionável por uma crença metafísica, mesmo em face da apreensão sempre limitada do intérprete<sup>1090</sup> e até em razão disso, devolvendo ao intérprete “a imagem que se lhe oferece”<sup>1091</sup>. Na dimensão artística é observável analogicamente que a obra de arte só é compreensível como tal e avaliada de acordo com o “pano de fundo” no qual está inserida<sup>1092</sup>.

Em tudo isso está a filiação temporal lembrada por Gadamer<sup>1093</sup>. O tempo não amalgamado à concatenação de fatos, mas sim indissociável do *ser-aí*, é produtor de compreensão<sup>1094</sup>. Em outras palavras, o futuro, do ser sempre em perspectiva do que

---

<sup>1089</sup>STRECK, Lenio Luiz: “As 'escolhas' interpretativas disponíveis ao jurista são limitadas pela tradição, porém, não são absolutamente determinadas por ela. É possível dizer, assim, que uma resposta adequada para a questão interpretativa do Direito resulta quando a tradição entra em uma relação dialética com a criatividade e a crítica. A tradição não amarra a uma via que possa dar uma resposta certa para todas as questões colocadas. Ela dá os limites para a decisão. Após esta limitação é que entra a tarefa da criatividade e da razão crítica, para, assim, construir um sentido (uma decisão) adequada”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 280-281.

<sup>1090</sup>GADAMER, Hans-Georg: “O caráter interminavelmente aberto do acontecimento de sentido, do qual participa. Obviamente, também aqui cada compreensão tem um padrão com o qual se mede e, por conseguinte, um possível término - é o próprio conteúdo da tradição o que proporciona o padrão único e o que vem à fala por si mesmo. Mas não é possível uma consciência - já o destacamos repetidamente, e nisso repousa a historicidade do compreender -, não é possível uma consciência, por infinita que fosse, na qual a “coisa” que é transmitida pudesse aparecer à luz da eternidade. Toda apropriação da tradição é historicamente distinta das outras, e isso não quer dizer que cada uma seja apenas uma acepção distorcida daquela: Cada uma é, antes, a experiência de um “aspecto” da própria coisa”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 684.

<sup>1091</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 686.

<sup>1092</sup>MARMOR, Andrei: “Before we turn to the issue of constructive identification in law, another possible reply should be mentioned. It might be claimed that we got the question wrong from the outset. Instead of asking ‘How do we identify something as a work of art?’ we should have concentrated on the interpretative nature of art criticism, and asked about the identification of whatever is subject to interpretation in it. Surely, so the argument would continue, objects of art are not interpreted in isolation. Art criticism would be utterly incomplete if critics ignored the background on which works of art are created and understood, in particular, the pertinent genres to which given works are taken to belong. In other words, one cannot interpret a work of art without having formed a vision of the genre to which the work is taken to belong. Now, genres can be identified constructively: one need not presume that genres must be created as such. It is possible to account for the emergence of genres in terms of something like an ‘invisible-hand explanation’; genres seem to manifest an overall pattern or design which could only have evolved through the successful attempts of a group of artists to realize the pattern or design. But in fact this semblance is often false. The overall pattern may not have been in anyone’s mind, so to speak, at any particular point. All this should be conceded. But the interpretative perspective should not obscure the fact that we can normally, and with no particular difficulties, distinguish very clearly between works of art and the genres to which they are taken to belong. The fact that the interpretation of the former typically involves a certain vision of the latter is not evidence to the contrary. One never confuses genres with works of art, simply because genres are not the kind of things which can be works of art (and vice versa, of course)”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 86.

<sup>1093</sup>GADAMER, Hans-Georg: “todo homem é filho do seu tempo”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 577.

<sup>1094</sup>GADAMER, Hans-Georg: “Na verdade trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma

está por vir, o presente, do ser em suas relações com os entes e outros seres, e o passado, da decorrência inevitável de uma história pessoal, reflete o próprio horizonte de compreensão do *ser-aí*<sup>1095</sup>. A história, destarte, não é vista sem compreensão e tradição. É o que Gadamer denomina de “história efetual”<sup>1096</sup>, dando ensejo a conceituação de hermenêutica como “fusão de horizontes”<sup>1097</sup>. Em sendo desse modo, um novo horizonte antimetafísico está sendo descortinado no Direito, demonstrando entre outras a desnecessidade do recurso do solipsismo judicial para o aperfeiçoamento do Direito, (re)estabelecendo a fina sintonia com os objetivos constitucionais democráticos.

---

possibilidade positiva e produtiva do compreender. Não é um abismo devorado, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, a cuja luz nos é mostrado todo o transmitido. Não será exagerado, se falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 445.

<sup>1095</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A temporalidade emerge, assim, como o próprio sentido do cuidado, com seus três êxtases fundamentais: futuro (ser-adiante-de-si-mesmo), passado (já-ser-em), presente (estar-junto-das coisas) e seus esquemas, o que supera a concepção metafísica de tempo toda ela orientada para o presente. O tempo deixa de ser simples sucessão de momentos para emergir como horizonte de compreensão do ser-aí”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 211-212.

<sup>1096</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 449.

<sup>1097</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, compreender é sempre processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”. *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 457.

### 3.4 O pós-positivismo jurídico – hermenêutica-filosófica e Constituição democrática

Indisfarçável o equívoco do enredo positivista analisado, na perspectiva filosófica, fundado no esquema sujeito-objeto, onde há uma entificação não fenomenológica dos sentidos, nos moldes da ontologia clássica aristotélica-tomista. O paradigma criticado cria no imaginário do jurista a percepção de que a sua atividade como técnico, operador jurídico, é apenas reprodutiva de sentidos, mais especificamente do sentido legal, com o que, na ótica pós-revolucionária francesa, podia ser proibida a interpretação criadora de sentidos<sup>1098</sup>. O classicismo positivista, desse modo, prima pelo descobrimento da vontade da lei ou do legislador, repaginado, com a admissão inegável da atividade valorativa, como princípios expressos<sup>1099</sup> e implícitos<sup>1100</sup>, sem prejuízo de outras construções teóricas interpretativas que

---

<sup>1098</sup>TARELLO, Giovanni: “Durante la Rivoluzione, una delle versioni prevalenti della ideologia della separazione dei poteri fu quella secondo cui alla chiarezza della legge farebbe riscontro la preclusione ai giudici del potere di « interpretarla » attesoche tale potere significherebbe inevitabilmente quello di applicare la legge a casi dalla legge stessa non previsti. In accordo con questa particolare versione dell'ideologia della separazione, il decreto organico del 16-24 agosto 1790 vietò (titolo II, art. 10) ai giudici di interpretare « in via generale » le leggi, prescrivendo loro di « rivolgersi al Corpo legislativo tutte le volte che riterranno necessario di interpretare una legge » (titolo II, art. 12). Alla facoltà di rivolgersi al Corpo legislativo i giudici, timorosi di dispiacere ai vertici politici dai quali dipendevano di fatto e di diritto, ricorsero con frequenza, determinando una notevole frequenza delle « interpretazioni autentiche » della legge. Ma non basta. Alla fine dello stesso anno 1790 la legge 27 novembre- 10 dicemb.re istituì, la Corte di Cassazione e stabilì ( art. 21) che quando un giudicato è cassato due volte e un terzo tribunale in ultima istanza emette una sentenza che ripete i due primi giudicati cassati, la questione deve essere sottoposta al Corpo Legislativo che emette un decreto dichiarativo ( di interpretazione autentica) cui la Cassazione deve conformarsi”.  
*In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 249.

<sup>1099</sup>GUASTINI, Ricardo: “Segundo a posição comum da doutrina, da jurisprudência e (como veremos) do próprio legislador, o ordenamento jurídico inclui duas espécies de princípios: os expressos e os não expressos ou implícitos. São princípios expressos os que são explicitamente formulados numa adequada disposição constitucional ou legislativa. Por exemplo, podem ser considerados princípios expressos o princípio da igualdade (art. 3, par. 2 da Constituição), o princípio da irretroatividade da lei penal (art. 25, par. 2 da Constituição), o princípio “neminem laedere” (art. 2.043 do Código Civil), o princípio chamado de estrita interpretação da lei penal (art. 1 do Código Penal e art. 14, disposições preliminares do Código Civil), o princípio de legalidade na jurisdição (art. 101, par. 2 da Constituição), e assim por diante. Contudo, como foi indicado, a questão de uma dada disposição exprimir um princípio de legalidade na jurisdição (art. 101, par. 2 da Constituição) e assim por diante. Contudo, como foi indicado, a questão de uma dada disposição exprimir um “princípio” ou, em vez disso, uma simples “norma” não é questão de fato: a resposta, num sentido ou no outro, é, seja como for, fruto de uma valoração (comumente, de uma valoração do intérprete), e como tal nem verdadeira nem falsa”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 191-192.

<sup>1100</sup>GUASTINI, Ricardo: “Segundo um modo de ver que se sobressaiu e hoje está consolidado, os princípios implícitos seriam construídos pelos intérpretes por via de “indução” (abstração, generalização, universalização) a partir de normas particulares. Este tipo de procedimento é o mesmo adotado tipicamente nos sistemas de *Common Law* (mas não somente nestes) para remontar, graças a um específico pronunciamento judicial à sua *ratio decidendi*. Um princípio (implícito) seria, então, uma norma geral da qual muitas normas particulares (explícitas) poderiam

desvelam, na realidade, uma tentativa de aproximação contextual fática histórica e cultural<sup>1101</sup>. Todavia, a hermenêutica filosófica demonstra, através da relação sujeito-sujeito, que os sentidos serão sempre do intérprete e que ele é produtor de sentidos<sup>1102</sup>. Desse modo, a hermenêutica-filosófica desvela a metafísica do desejo positivista de fazer coincidir texto e sentido do texto, com resguardo de eventual abertura, com preenchimento discricionário ou principiológico<sup>1103</sup>, uma vez que o sentido é imanente ao intérprete. Como se o objeto sob análise tivesse um sentido intrínseco a ser compreendido, em outras palavras, como se houvesse significados

---

ser deduzidas. Convém observar, a título de inciso, que o procedimento intelectual que responde pelo nome de indução não é um procedimento lógico e, portanto, conduz a resultados fatalmente discutíveis de uma norma que proíba que se maltrate os frangos pode-se chegar indiferentemente a um ou outro dos seguintes princípios: é proibido maltratar os animais de estábulo; é proibido maltratar as aves; é proibido maltratar os animais em geral; é proibido maltratar os seres vivos. Contudo, não é fácil encontrar exemplos de princípios elaborados desse modo. Na maior parte dos casos, construir um princípio consiste simplesmente em aventar uma conjectura em torno das razões (dos objetivos, das intenções, dos valores) do legislador. É isto que é feito toda vez que se deduz de uma norma (ou de um conjunto de normas) a sua *ratio*. Tais conjecturas em torno das razões do legislador são obviamente opináveis. É raro uma norma corresponder a um objetivo unívoco e bem definido. Todo resultado que uma norma (se observada e/ou aplicada) está apta a produzir pode ser assumido por ser dessa norma”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 194-195.

<sup>1101</sup>TARELLO, Giovanni: “Una attribuzione di significato a un documento normativo avviene in un contesto storico-culturale caratterizzato da regole e abitudini interpretative, l'aderenza alle quali rende non criticabile l'attribuzione stessa. Le abitudini che si sono costituite nel nostro ambiente in ordine al valore da attribuirsi alla punteggiatura, alle enumerazioni, alle classificazioni, al rinvio a presupposti di fatto inesistenti (2); le abitudini in ordine al peso da dare alle definizioni legis: latine (3) o alle leggi interpretative (4); le abitudini in ordine alle disposizioni sull'interpretazione (5); gli atteggiamenti prevalenti in ordine alla configurazione di gerarchie di norme (6), costituiscono altrettanti vincoli per l'interprete e altrettanti criteri per approvare o disapprovare una attività interpretativa ovvero per proporre un risultato interpretativo”. *In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 342.

<sup>1102</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Dentre outras razões, isso ocorre porque o sentido comum teórico dos juristas continua assentado nos postulados da hermenêutica clássica (ou de suas derivações), de cunho reprodutivo. É como se as palavras refletissem a essência das coisas, e a tarefa do intérprete fosse “acessar” esse sentido (unívoco) ontológico (no sentido clássico aristotélico-tomista). É o preço que a hermenêutica (ainda) paga à concepção realista das palavras, que teve uma recepção incomensurável no Direito, sem mencionar, aqui, o papel desempenhado pelo paradigma epistemológico da filosofia da consciência. No fundo, de um lado, há uma objetividade textual, que torna o intérprete refém de um mundo de essências (observe-se a força das súmulas e dos verbetes jurisprudenciais, por exemplo), e, de outro, uma subjetividade que assujeita o texto, pelo qual o texto jurídico é “apenas a ponta do iceberg” (preste-se, pois, muita atenção: quando um jurista afirma isso, está-se diante de um positivista)”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 68.

<sup>1103</sup>GUASTINI, Ricardo: “No que concerne à integração do direito, vale tudo que se disse no parágrafo anterior. Quando o direito apresenta uma lacuna, o intérprete está autorizado pelo art. 12, par. 2, disposições preliminares do Código Civil, a preenchê-la por meio do recurso a um princípio: ou a um princípio “particular” que serve de fundamento a uma norma específica (chamada de *ratio legis*) ou, na sua falta, a um princípio “geral” que serve de fundamento a um grupo inteiro de normas. Num caso, costuma-se dizer que a lacuna é preenchida mediante a analogia *legis*; no outro, ela é preenchida mediante a analogia *juris*”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 202-203.

escondidos no texto que só poderiam ser descobertos pelo instrumento da interpretação, quando na realidade a hermenêutica é modo de ser, fusão de horizontes, é compreensão da facticidade de forma intersubjetiva<sup>1104</sup>, no que, tendo a linguagem como condição, é produtora de sentidos justificados (validade do sentido)<sup>1105</sup>. Então, a norma não pode ser dissociada do texto, podendo ser a ela acoplada. Não é possível abolir a interpretação, como na crença positivista do juiz boca da lei. A interpretação é condição de possibilidade da norma, não dispensando a subjetividade atrelada à regra<sup>1106</sup>. De forma diversa, o sentido é indissociável da interpretação, o círculo hermenêutico faz pressupor que quando o texto legal vem ao jurista ele já está interpretando, compreendendo, produzindo sentidos<sup>1107</sup>, como

---

<sup>1104</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Destarte, esse déficit de realidade produzido pelas posturas epistemometodológicas – ainda presas ao esquema sujeito-objeto – vem a ser preenchido pelas posturas interpretativas, especialmente as hermenêutico-ontológicas, que deixam de hipostasiar o método e o procedimento, colocando no modo-de-ser e na fatividade o lócus da compreensão. Assim, salta-se do fundamental (*fundamentum inconcussum*) para o compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 76-77.

<sup>1105</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A filosofia da linguagem ordinária tenta compreender a linguagem a partir do contexto sócio-histórico, que gera os pressupostos possibilitadores dos atos de fala. Nesse sentido, embora pesquisando numa outra perspectiva, ela se aproxima da hermenêutica na medida em que ambas explicitam o contexto intersubjetivo, que gera o sentido. Também como a hermenêutica, ela carece de uma distinção muito importante, decisiva para exprimir o caráter próprio de uma reflexão crítica propriamente filosófica: uma coisa é a problemática da constituição do sentido (o problema da constituição e da compreensão do sentido na linguagem da hermenêutica), outra a de sua justificação (problema da validade)”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 168.

<sup>1106</sup>MARMOR, Andrei: “One of the main tenets of legal positivism is its insistence on the conceptual separation between law as it is and law as it ought to be. As stated in the previous chapter, this separation thesis necessarily involves the assumption that judges can (at least in some standard sense, that is) identify the law and apply it without reference to considerations about what the law ought to be in the circumstances. In other words, the distinction between the law as it is and the law as it ought to be entails a parallel distinction between the activities of simply understanding the law and just applying it, and modifying or creating it. This also suggests a particular view about the role of interpretation in adjudication. Interpretation is typically meant to designate a (partly) creative activity; it has to do with determining the meaning of that which is in some relevant respect unclear or indeterminate. Put somewhat loosely, one could say that interpretation adds something new, previously unrecognized, to that which is being interpreted. Taken together with the previous point, it entails that legal positivism cannot accept the view that law is always subject to interpretation. It just cannot be the case that every conclusion about what the law is, is a result of some interpretation or other. To a greater or lesser extent, judges participate, through their interpretative activities, in the process of modifying and creating the law. First, however, there must be a law there to interpret”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 95-96.

<sup>1107</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Eu não vislumbro primeiramente o texto para depois 'acoplar' a respectiva norma. A 'norma' não é uma 'capa de sentido', que existiria apartada do texto. Ao contrário disto, quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado, a partir de minha condição de ser-no-mundo”. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 226.

qualquer objeto cognoscível<sup>1108</sup>. Em um segundo momento, o positivismo, ainda trabalhando sob o prisma filosófico da relação sujeito-objeto, passa a reconhecer insuficiência gramatical do texto legal, na vagueza potencial das expressões e nas zonas de texturas abertas<sup>1109</sup>, bem como da utilização dos conceitos por semelhança familiar<sup>1110</sup>, com o que o debate passa para a possibilidade de inclusão, ou não, da moral como critério corretivo do Direito, permitindo visões diferentes do positivismo, gerando novas classificações de positivismo<sup>1111</sup>. A esse respeito, portanto, sempre houve no positivismo o embate da admissão da introdução do subjetivismo de forma aberta, como revelado no capítulo dedicado ao Direito Natural, ou de modo velado, como no positivismo legalista<sup>1112</sup>, ou, mais recentemente, com a admissão da interpretação principiológica<sup>1113</sup>. E, ainda que limitado ao positivismo, descartado o

---

<sup>1108</sup>MARMOR, Andrei: “But what is it that makes interpretation unique in this narrow sense, different from any other form of understanding or explanation? Presumably this: roughly, interpretation can be defined as an understanding or explanation of the meaning of an object. This, I will assume, is the sense in which the concept of interpretation is narrower than that of explanation. Hence also, only those objects which are capable of bearing some meaning qualify as potential objects of interpretation. These are typically, but not exclusively, acts or products of communication, such as utterances, texts, works of art, etc. Forms of behavior, social practices, rites, and perhaps even dreams, also seem capable of bearing some meaning, due to which they too are cited and perhaps rightly so, as possible objects of interpretation”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 9.

<sup>1109</sup>MARMOR, Andrei: “Does this mean that all the words in our language are vague? That of course depends upon what we mean by ‘vague’. If we understand vagueness to mean that in the practice of applying a word there are irresolvable disagreements in judgment over certain areas of its application, then it is obviously true that most concept-words are vague. Yet, in order to be more accurate, vagueness should be distinguished from ‘open texture’ and family resemblance. The former term (coined by Waismann) is meant to designate the possibility of vagueness. Even terms which are not vague are potentially so, since one can always imagine circumstances where there would be irresolvable disagreements in judgments as to the word’s applicability”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 101/102.

<sup>1110</sup>MARMOR, Andrei: “More importantly, vagueness should also be distinguished from family resemblance. The latter designates a concept-word which is applied to various phenomena where ‘these phenomena have no one thing in common which makes us use the same word for all’ (PI sect 65). Instead, these phenomena are linked to each other by numerous and complex similarities, which Wittgenstein illustrates by the famous metaphor of ‘family resemblance’ (PI sect 67), and it is only due to these similarities that distinct phenomena are called by the same concept-word. The idea that our language comprises family-resemblance concepts is perhaps one of Wittgenstein’s least controversial contributions to philosophy of language, and there is no need to expand on it here”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 102.

<sup>1111</sup>Ver a classificação em: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. E em: Mesmo autor. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>1112</sup>Ver: STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? Artigo. **Novos Estudos jurídicos**. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos), acesso em Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 15, n.1, 2010.

<sup>1113</sup>GUASTINI, Ricardo: “Em geral, em matéria de interpretação, argumentar mediante princípios consiste em ecorrer a uma norma (explícit ou implícita), da qual se assume a “superioridade”, em algum sentido, com respeito à disposição a ser interpretada, onde adequar àquela o significado desta. Tratar uma norma como princípio significa exatamente assumir a “superioridade”

Direito Natural, também é possível enxergar a mesma batalha: a inevitabilidade da imbricação, no positivismo, de objetivismo e subjetivismo.

Ora o positivismo rende-se à metafísica clássica pregando a objetividade da aplicação da lei, ora à metafísica moderna da filosofia da consciência<sup>1114</sup>. Disso é possível concluir que a problemática do subjetivismo sempre esteve presente no positivismo, pois indissociável do aprisionamento ao esquema sujeito-objeto, da ontologia clássica aristotélica tomista, da utilização do método interpretativo, da falta de capacidade de constatação da viragem linguística, buscando a completude significativa pela pura consideração formal da linguagem<sup>1115</sup>, da negação à adoção da relação sujeito-sujeito, da carência de preocupação com a ontologia de Heidegger e Gadamer, onde a hermenêutica é compreensão, modo de ser<sup>1116</sup>. Inclusive, os sentidos solipsistas advindos do positivismo jurídico, da interpretação como método, faticamente, constituem-se em óbices para que o intérprete leve a sério o texto legal, para que ele permita que o texto realmente diga algo, em face dos sentidos já

---

relativamente a uma outra. Por exemplo, adotando este argumento, uma disposição que possa ser entendida quer como retroativa, quer como irretroativa, será preferivelmente entendida no segundo sentido, de acordo com o princípio geral expresso de irretroatividade (art. 11, disposições preliminares do Código Civil)". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 202.

<sup>1114</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Mesmo algumas posturas consideradas críticas do Direito, embora tentem romper com o formalismo normativista (para o qual a norma é uma mera entidade lingüística), transferem o lugar da produção do sentido do objetivismo para o subjetivismo; da coisa para a mente/ consciência (subjetividade assujeitadora e fundante); da ontologia (metafísica clássica) para a filosofia da consciência (metafísica moderna). É possível, desse modo, perceber uma certa imbricação – consciente ou inconsciente – dos paradigmas metafísicos clássico e moderno no interior da doutrina brasileira (e estrangeira)". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 68.

<sup>1115</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "Nesse sentido, a teoria da linguagem se manifesta como uma parte de uma "teoria da ação humana". Evidentemente, enquanto comportamento regrado, a linguagem implica alguns caracteres formais, que permitem uma pesquisa independente. Porém, uma pesquisa que se limita a uma pura consideração formal da linguagem é essencialmente incompleta, pois é necessário ver também que papel exercem esses elementos formais nos atos de fala executados pelo homem. É impossível atingir a própria língua como sistema, na terminologia do estruturalismo, sem a consideração dos atos de fala". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. Edições Loyola. São Paulo, 1996. p. 175-176.

<sup>1116</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Neste ponto está a minha insistência: trata-se de um problema paradigmático. Os juristas não conseguem alcançar o patamar da viragem lingüístico/hermenêutica, no interior da qual a linguagem, de terceira coisa, de mero instrumento e veículo de conceitos, passa a ser condição de possibilidade. Permanecem, desse modo, prisioneiros da relação sujeito-objeto (problema transcendental), refratária à relação sujeito-sujeito (problema hermenêutico). Sua preocupação é de ordem metodológica e não ontológica (no sentido heideggeriano-gadameriano). A revolução copernicana provocada pela viragem lingüístico-hermenêutica tem o principal mérito de deslocar o locus da problemática relacionada à "fundamentação" do processo compreensivo-interpretativo do "procedimento" para o "modo de ser". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 68.

adjudicados pela fala autorizada, como acontece no caso da irreversibilidade.

Com efeito, é fato que, no início do século XX, já reconhecida a insuficiência do modelo sintático, no combate à abertura do Direito, em face de um Estado forte, com tendências ao autoritarismo, foi muito bem recebida a teoria kelseniana de Direito, em busca do fortalecimento da tradição positivista e do rigor jurídico, que sofria fortemente com a prosperidade de tradições positivistas que pregavam a correção do Direito por fatores psicológicos, políticos e ideológicos<sup>1117</sup>. A interpretação como método passa, desse modo, a ser utilizada para (in)admitir a moral e/ou a política e/ou outros elementos extrajurídicos no Direito, crendo que o texto legal fosse suficiente para produzir identidade de sentidos, utilizando uma gama variada de estratégias, como analogia<sup>1118</sup>, designação de entidades metafísicas como vontade da lei, do legislador<sup>1119</sup>, ou instrumentos simbólicos como princípios gerais de Direito<sup>1120</sup>, ideal

---

<sup>1117</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Em princípio, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 1930 e 1940 – e, também, a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação, que se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do direito aparece, então, em primeiro plano. É nesse ambiente que aparece Hans Kelsen. Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela jurisprudência dos conceitos. Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

<sup>1118</sup>VÉLEZ, Julio César Barrera: “En términos generales, el modelo analógico (eje central del proyecto hermenéutico en cuestión) lo concibe el autor como un: “(...) modelo analógico intermedio entre lo unívoco y lo equívoco, pero tendiendo más a este último, ya que es primariamente diverso y secundariamente idéntico.” Por ende, en la dynamis de este modelo interpretativo se patentiza una amplia racionalidad comprensiva, en donde el movimiento de acercamiento y alejamiento en la actividad interpretativa evitan los extremos, propendiendo a un equilibrio interpretativo”. *In: Hermenêutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano. Contextos de la hermenêutica analógica*. 1ª ed., México: Ricardo Blanco Beledo (Compilador). Editorial Torres Asociados, 2006, p. 49.

<sup>1119</sup>DWORKIN, Ronald: “O juiz Earl, porém, escrevendo em nome da maioria, usou uma teoria da legislação muito diferente, que dá às intenções do legislador uma importante influência sobre a verdadeira lei. “É um conhecido cânone da interpretação”, escreveu Earl, “que algo que esteja na intenção dos legisladores seja parte dessa lei, tal como se estivesse contida na própria letra; e que uma coisa que esteja contida na letra da lei somente faça parte da lei, se estiver presente na intenção de seus criadores.”” (Observe-se como ele se apegava à distinção entre o texto, que chama de “letra” da lei, e a própria lei, que chama de “lei” propriamente.) Seria absurdo, pensava ele, imaginar que os legisladores de Nova York que originalmente aprovaram a lei sucessória pretendessem que os assassinos pudessem herdar, e’ por essa razão a verdadeira lei que promulgaram não continha tal consequência”. *In: O império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 24-25.

<sup>1120</sup>DWORKIN, Ronald: “O juiz Earl não se apoiou apenas em seu princípio sobre a intenção do legislador; sua teoria da legislação continha outro princípio relevante. Ele afirmava que na interpretação das leis a partir dos textos não se deveria ignorar o contexto histórico, mas levar-se em conta os antecedentes daquilo que denominava de princípios gerais do direito: ou seja, que os juízes deveriam interpretar uma lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios

de justiça, exigência social,<sup>1121</sup> entre outros. Quando a convenção semântica desejada pelo positivismo<sup>1122</sup> é ultrapassada pela relação intersubjetiva e não objetificante, é possível enxergar um contexto muito mais complexo<sup>1123</sup>, atrelando semântica e pragmática<sup>1124</sup>, fundantes para a percepção do Direito atual.

A filosofia linguística criticada é muito bem simbolizada na concepção interpretativa chamada de hermenêutica metódica, em Dilthey, do final do século retrasado e início do século passado, onde há a busca de respostas universais e objetivas através dos métodos interpretativos nas ciências humanas, muito próximo dos objetivos das ciências da natureza<sup>1125</sup>. O modelo referido, ainda anterior ao da filosofia da consciência, continua sendo o utilizado pela doutrina brasileira, abraçando a estagnação, do descobrimento da vontade da lei para permitir a subsunção, pelo método hipotético-lógico-dedutivo ou, em movimento oposto, explicado pelo combate político aos regimes autoritários, não muito distantes temporalmente, uma abertura

---

de justiça pressupostos em outras partes do direito. Ele apresentou duas razões". *In: O império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 25.

<sup>1121</sup> Revelação do "agulhão semântico", expressão explicada e utilizada por Dworkin". *In: O império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 110.

<sup>1122</sup>MARMOR, Andrei: "It also indicates that semantics can only be employed, if at all, to elucidate the concept of interpretation by way of contrast: interpretation concerns those aspects of communication which are under-determined by semantic rules or convention". *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 17.

<sup>1123</sup>DWORKIN, Ronald. "Como podem as pessoas que têm diante de si o texto de uma lei divergir quanto ao que ele realmente significa, quanto ao tipo de direito que ela criou? Precisamos estabelecer uma distinção entre dois sentidos da expressão "lei". Ela pode descrever uma entidade física de um certo tipo, um documento com palavras impressas, as próprias palavras que os congressistas ou membros do Parlamento tinham diante de si quando votaram para aprovar esse documento. Mas também pode ser usada para descrever o direito criado ao se promulgar o documento, o que pode constituir uma questão bem mais complexa". *In: O império do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 22.

<sup>1124</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "O conceito de jogo da linguagem pretende acentuar que, nos diferentes contextos, seguem-se diferentes regras, podendo-se, a partir daí, determinar o sentido das expressões lingüísticas. Ora, se assim é, então a Semântica só atinge sua finalidade chegando à Pragmática, pois seu problema central, o sentido das palavras e frases só pode ser resolvido pela explicitação dos contextos pragmáticos. Uma consideração lingüística que não atinge o contexto pragmático é, nesse sentido, essencialmente abstrata, como é o caso da teoria da significação no pensamento tradicional, para quem a linguagem é, em última análise, puro meio de descrição do mundo, sem a percepção de que a significação de uma palavra resulta das regras de uso seguidas nos diferentes contextos de vida. Saber usar corretamente as palavras significa saber comportar-se corretamente". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.139.

<sup>1125</sup>VÉLEZ, Julio César Barrera: "Hay una Hermenéutica Metódica, heredera de Dilthey, que ante los éxitos de las llamadas ciencias de la naturaleza, alcanzados gracias a su universalidad y objetividad, se interroga sobre las condiciones de posibilidad epistémicas y metodológicas de las llamadas ciencias humanas para que su interpretación del mundo alcance, igualmente, "universalidad y objetividad". *In: Hermenéutica analógica: paradigma del pensar latinoamericano. Contextos de la hermenéutica analógica*. 1ª ed., México: Ricardo Blanco Beledo (Compilador). Editorial Torres Asociados, 2006, p. 41.

solipsista, pautado, no século XX e início do XXI, por um fascínio principiológico<sup>1126</sup>, encobertadora de uma abertura jurídica, como na questão da maior ou menor generalidade dos princípios<sup>1127</sup> ou como na aplicação instrumental da interpretação<sup>1128</sup>. Seja de um lado ou de outro fica obstando o objetivo constitucional e democrático defendido na tese<sup>1129</sup>, reforçando a crise do Direito e do Processo.

Na concepção adotada a hermenêutica é verdadeiramente condição de possibilidade, antecedente necessário de qualquer instrumento, de qualquer produção científica, inclusive no Direito. Desde a estruturação ontológica da compreensão heideggeriana a hermenêutica não pode ser mais tida como instrumento do ser, mas sim como da essência do ser<sup>1130</sup>. É desvelado que a interpretação não pode ser um

---

<sup>1126</sup>NEVES, Marcelo: “No final do século XX e início do século XXI, a doutrina constitucional brasileira foi tomada por um fascínio pela principiologia jurídico-constitucional e, nesse contexto, pela ponderação de princípios, uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação ente princípios e regras. Esse fascínio poderia ser associado simplesmente aos processos de democratização e constitucionalização que, no último quartel do século XX, ocorreram na América Latina em geral e no Brasil em especial, após um período de regimes autoritários com efeitos desastrosos sobre as liberdades civis e políticas. Assim como houve um amplo debate sobre transição e consolidação democrática no âmbito da ciência e teoria política, teria despontado, no domínio jurídico, um debate em torno da “constitucionalização do direito e do ‘neoconstitucionalismo’”. *In: Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 171.

<sup>1127</sup>GUASTINI, Ricardo: “Os mesmos princípios do direito podem ser mais ou menos gerais. O princípio que constitui a ratio de uma norma singular possui um baixo grau de generalidade; têm um elevado grau de generalidade os princípios que abrangem um inteiro setor da disciplina jurídica (por exemplo, o princípio de estrita interpretação em direito penal). Os princípios que por si só informam o inteiro ordenamento têm um elevadíssimo grau de generalidade (por exemplo, o princípio de certeza do direito)”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 191.

<sup>1128</sup>TARELLO, Giovanni: “Così talvolta si distingue l'interpretazione della legge in un senso più ristretto che ha riguardo alle sole espressioni della normazione generale (consuetudine e legge) nei suoi vari livelli gerarchici (legge costituzionale, legge ordinaria, legge regionale), dall'interpretazione dei documenti di altre normazioni infraordinate, ma pure dotate di alto grado di generalità, i quali i Regolamenti, le Circolari, i Contratti collettivi, e così via. Talvolta, ovviamente, non si distingue. Ma ciò merita precisazioni.”. *In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 11.

<sup>1129</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias nesta quadra da história. Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um “algo mais” do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista; ambos consubstanciam as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um certo retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico, que nada mais é do que a afirmação das posturas próprias do normativismo positivista”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 68.

<sup>1130</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, para a qual a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou pre-sença), em que o Da (o aí) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse

método para alcançar o sentido imanente do texto legal, como queria o positivismo primevo, onde o objetivo do jurista era de alcançar o “correto sentido” da lei, abrindo espaço imediatamente para sentidos advindos metafisicamente. Não há no texto legal um sentido imanente a ser descoberto, pois não há sentidos possíveis sem o intérprete. Ou seja, a interpretação não retira o sentido da lei do mesmo modo que não permite o alcance de um sentido transcendente a ser dado por algo ou alguém (espírito da lei ou vontade do legislador), passível de compartilhamento por transmissão integral do sentido do ente. Condição que torna indispensável uma convenção linguística a permitir o sentido das palavras<sup>1131</sup>, descartando qualquer possibilidade imanente de significação<sup>1132</sup>.

A interpretação como método é permissiva do fatiamento metodológico, pois tem o texto de forma objetivada. Para o positivismo, calcado na relação sujeito-objeto, há fases estanques de compreensão, interpretação e aplicação (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*)<sup>1133 e 1134</sup>, a partir do qual pensa ser possível obter respostas, *apriori*, do método interpretativo, tornando essencial a compreensão da expressão em si, cujo significado é sempre pré-determinado<sup>1135</sup>, para

---

modo uma ‘propriedade do ser, mas, sim, o próprio ser’”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 196.

<sup>1131</sup>MARMOR, Andrei: “To see whether meanings have changed or not, one must look carefully into the ways in which people have understood and used the given concept”. *In: Interpretation and legal Theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 110.

<sup>1132</sup>MARMOR, Andrei: “The connection between the barometer and the occurrence of rain is surely an evidential, symptomatic one; the fact that it can turn out to be false has no bearing on the meaning of ‘rain’. But our sensations of wet and cold, and whatever eles constitutes our perception of rain, are -in normal circumstances- criteria for the correct applicability of the word ‘rain’; not because they cannot turn out to be false, but because they define, as a matter of linguistic convention, what we mean by ‘rain’. If, for some bizarre reason, a change occurs in those criteria, it would indeed be the case that the meaning of ‘rain’ has changed as well. Likewise, cardiacrespiratory failure is not a criterion for the correct use of ‘death’, but a symptom, or a piece of evidence, which is associated with this unfortunate state of affairs on the basis of experience. On the other hand, the fact that we associate death with the absence of any vitality is a criterion for its use. If one day we discover that dead people are capable of reading philosophy, no doubt our concept, and hence the meaning, of ‘death’ will require a dramatic revision”. *In: Interpretation and legal Theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 110.

<sup>1133</sup>Inclusive tal postura é a porta de entrada para a filosofia da consciência, que o positivismo tanto combate. Ver a propósito, obras e artigos de Streck, especialmente: **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>1134</sup>TARELLO, Giovanni: “Il collegamento visibile tra l'applicazione della legge e l'interpretazione della legge è -nelle organizzazioni moderne- costituito dalla motivazione, cui molti organi dell'applicazione sono tenuti. L'interpretazione per 1a applicazione si presenta sotto forma dimotivazione. Su ciò si dovrà tornare”. *In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 49.

<sup>1135</sup>MARMOR, Andrei: “A different attitude, though largely motivated by the type of problem discussed in the previous section, is to be found in theories of pragmatics. Roughly speaking, pragmatists are generally concerned with the problems posed by discrepancies between utterer’s meaning and sentence meaning, that is, between what an utterer means and what his words or sentences mean.

posteriormente elaborar no caso e finalmente aplicar a lei, esquecendo que quando o intérprete pensa a respeito já houve interpretação, normatização, aplicação<sup>1136</sup>. Portanto, no pós-positivismo, fundada na condição de possibilidade hermenêutica filosófica, a interpretação é fusão de horizontes, onde compreender já ao mesmo tempo interpretar e aplicar<sup>1137</sup>, sendo, desse modo um evento único<sup>1138 e 1139</sup>, não admitindo fatiamento metodológico do acontecer interpretativo. O evento ontológico hermenêutico consiste no movimento da tradição e do intérprete no círculo hermenêutico<sup>1140</sup>, o que explica as diferentes compreensões nas diversas dimensões da ciência do espírito<sup>1141</sup>. Então, não há casos fáceis, resolvíveis pela subsunção, e

---

Thus it seems that theories of pragmatics are concerned with basically the same question that we discussed above, namely, that of an interpreter's ability to construct a passing theory, or, as I would prefer to put it, the question of an interpreter's ability to understand an expression (or an aspect of it) which is under-determined by semantic rules". *In: Interpretation and legal Theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 17-18.

<sup>1136</sup> STRECK, Lenio Luiz: "Ou seja, na medida em que o ato de interpretar – que é sempre compreensivo – é unitário, o texto não está – e não nos aparece – desnudo, à nossa disposição. A *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico". *In: Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? Artigo: Novos Estudos jurídicos*. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos). p.165, acesso em Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 15, nº 1, 2010.

<sup>1137</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>1138</sup> GADAMER, Hans-Georg: "Nesse sentido nos vemos obrigados a dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação". *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 460. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 460.

<sup>1139</sup> STRECK, Lenio Luiz: "Tampouco o intérprete interpreta por partes, como que a repetir as fases da hermenêutica clássica: primeiro, a *subtilitas intelligendi*, depois, a *subtilitas explicandi*; e, por último, a *subtilistas applicandi*. Claro que não! Gadamer vai deixar isto muito claro, quando diz que esses três momentos ocorrem em um só a *applicatio*". **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 218-219.

<sup>1140</sup> GADAMER, Hans-Georg: "O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Porém, essa nossa relação com tradição, essa comunhão está submetida a um processo de contínua formação. Não se trata simplesmente de uma pressuposição, sob a qual nos encontramos sempre, porém nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o, assim, a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo "metodológico", pois isso sim, descreve um momento estrutural ontológico da compreensão". *In: Verdade e método*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 439-440.

<sup>1141</sup> MARMOR, Andrei: "All this would seem to suggest that the interests of pragmatics and interpretation converge at least on one point: both address that aspect of communication which is not explicable in terms of following rules or conventions. Interpretation, as we have seen, is not a rule –or convention–governed activity. Hence, to the extent that interpretation concerns communication, it apparently concerns the very same problem tackled by pragmatics, namely, that of an interpreter's ability to understand an expression, or an aspect of it, which is not determined by rules or conventions. Perhaps there is no substantial difference, then, between the interpretation that a

difíceis a exigir construção principiológica, o *standard* de racionalidade do círculo hermenêutico-filosófico viabiliza o reconhecimento da dificuldade ou facilidade. Isto é, as condições de possibilidade compreensivas, o pré-conhecimento do intérprete que possibilitarão a normatização com maior ou menor dificuldade<sup>1142</sup>. No Direito, é lícito dizer que há um diálogo de regras e princípios na construção da norma, distante do paradigma objetificante do Direito, que enxerga os princípios e as regras como espécies do gênero norma<sup>1143</sup>, pois há uma integração, permissora de uma normatividade constituída constitucionalmente<sup>1144</sup>.

O positivismo defendia a aplicação do melhor método de interpretação da lei para cada caso. O paradigma criticado estava tão vinculado ao esquema objetificante interpretativo que permitia uma lei interpretar outra<sup>1145</sup>, o que não se coaduna com a

---

literary critic assigns to a phrase in a poem, for instance, and our humdrum interpretations of expressions which go beyond the literal meaning of the sentences we encounter. In both cases, it seems, the interpreter must be engaged in the same kind of reasoning. Or is there some difference? Arguably, there is at least one important respect in which the concerns of pragmatics differ from those of interpretation. This consists in the potentially different presuppositions held by each on what is considered to be the relevant criteria of success". *In: Interpretation and legal Theory*. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 20/21.

<sup>1142</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

<sup>1143</sup>ENGELMANN, Wilson: "Com isso, tudo indica que a idéia pertencente a praticamente todas as distinções entre as duas categorias de normas, encontra-se vinculada a dois aspectos: o primeiro indica que as regras apresentam um grau de generalidade mais restrito do que os princípios; já o segundo aspecto diz respeito à aplicação dos dois tipos de normas; o campo de aplicação das regras é bem mais definido do que aquele pertencente aos princípios. Outro aspecto que distingue os princípios das regras está voltado ao conflito de regras e à colisão de princípios. Essas situações caracterizam os chamados "casos difíceis", na expressão cunhada por Ronald Dworkin. No primeiro caso, uma das duas regras deverá ser considerada inválida e, portanto, eliminada ou reformulada, com a adoção de alguns critérios objetivos. Já no tocante à colisão de princípios não se pode proceder dessa forma, pois um dos dois princípios deverá ceder frente ao outro. Tal operação deverá levar em conta, através da ponderação, o princípio que tenha o maior peso, em decorrência das características da situação e da melhor solução que possa trazer". *In: Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 164-165.

<sup>1144</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Portanto, não devemos confundir "alhos" com "bugalhos". Obedecer "à risca o texto da lei" democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a "exegese" à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é co-originária. Portanto – e aqui me permito invocar a "literalidade" do art. 212 do CPP –, estamos falando, hoje, de uma outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir da revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra)". *In: Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? Artigo: Novos Estudos jurídicos*. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos), p.170. Acesso em Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 15, n.1, 2010.

<sup>1145</sup>TARELLO, Giovanni: "Si chiama comunemente «legge interpretativa» una legge che stabilisce quale significato deve essere attribuito a un enunciato di altra, precedente, legge. La denominazione « legge interpretativa» spetta, secondo le abitudini linguistiche degli operatori giuridici, tanto alla legge che non fa altro che disporre l'attribuzione di significato ad altra legge, quanto alla legge che oltre a disporre simile attribuzione di significato contiene anche altre disposizioni. Quando l'attribuzione di

perspectiva pós-positivista em desenvolvimento, apoiada na imbricação da hermenêutica-filosófica e na teoria do Direito de Dworkin e Streck<sup>1146</sup>. Nessa linha, é indefensável a crença em um grau zero de sentidos do intérprete a permitir interpretações desvinculadas do sujeito e a validação de comparação de métodos interpretativos. Não se pode dizer que em um determinado caso deve prevalecer a interpretação autêntica, em outro a teleológica, a vontade da lei ou do legislador. Se a interpretação não é método ou instrumento, não é tarefa do julgador buscar, na solução da lide, métodos ou instrumentos interpretativos mais aptos a produzir o melhor sentido da lei ou que alcancem o desejo de em um ente súpero transcendental em relação à lei. Na realidade, ontologicamente, basta que intérprete esteja receptivo ao que o texto tem a lhe transmitir de forma a possibilitar a própria correção de suas opiniões prévias, formando novos e diversos pré-juízos, tendo em conta que a interpretação é condição de possibilidade e é fenomenológica<sup>1147</sup>, permissora de uma

---

significato viene disposta per un vocabolo (semplice o composto) di altra legge, la legge interpretativa procede mediante una definizione legislativa: ma si tratta di una definizione data non in via generale, bensì in specifico rapporto alla legge interpretata, talché abitualmente si assume che il valore di una definizione legislativa che compare in una legge interpretativa non si estenda oltre la legge interpretata. Se perciò è corretto dire che tra il ricorso a definizioni legislative e il ricorso a leggi interpretative v'è analogia ( trattandosi in entrambi i casi di tecniche di cui il legislatore si avvale al fine - e nell'illusione - di maggiormente vincolare l'interprete e di restringere la discrezione degli organi dell'applicazione), è anche vero che sotto un importante profilo le tecniche della legge interpretativa e della definizione legislativa divergono; nella nostra cultura giuridica la definizione legislativa lascia di solito all'interprete la facoltà di stabilire se e quanto il suo disposto sia estensibile al di fuori del documento, che la contiene, mentre la legge interpretativa (anche se procede per definizione) dispone specificamente sul significato della sola legge interpretata, e non si assume che consenta di estendere la disposizione sul significato al di là del documento della legge interpretata. In questo senso non può dirsi semplicemente che la definizione legislativa è una disposizione di legge interpretativa contestuale ( cioè nello stesso documento della legge interpretata) e fa legge interpretativa che dispone sul significato di un vocabolo è una definizione legislativa non contestuale: nella nostra cultura giuridica, infatti, per ragioni storiche, la tecnica della definizione legislativa contestuale e la tecnica della legge interpretativa danno luogo a situazioni interpretative diverse che si riflettono su di una diversa distribuzione di poteri tra gli organi della legislazione e gli organi dell'applicazione della legge". In: **L'interpretazione della legge**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1980, p. 241-242.

<sup>1146</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Daí a necessária atenção do leitor: é em Dworkin – com ele e indo além dele – que podemos projetar de modo mais significativo uma teoria hermenêutica do direito num sentido pós-positivista. Há pontos comuns entre o que Dworkin propõe para o direito e a hermenêutica filosófica gadameriana, v.g.; além da coincidência entre a correção da interpretação em Gadamer e a tese da resposta correta em Dworkin, podemos apontar, também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, bem como o significado prático dado à tarefa interpretativa; de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo mundo prático operada pela tradição hermenêutica". In: **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 109-110.

<sup>1147</sup>GADAMER, Hans-Georg: "Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem "neutralidade" com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O

fusão de horizontes sem desbordar da coerência, adequação<sup>1148</sup> e autonomia da resposta jurisdicional.

O Brasil é herdeiro da criticada visão positivista oriunda de um modelo liberal-burguês ultrapassado, preso à filosofia objetificante da linguagem, produtor de um Direito que pugna pela primazia da lei e da interpretação como instrumento para buscar sentidos da lei. Comumente há o apelo aos princípios, no plano apofântico, para buscar uma aproximação com a *práxis*, com a adoção de uma classificação distintiva de regras e princípios, atribuindo um maior grau de “subjetividade” ao segundo. No plano hermenêutico a subjetividade, o sujeito, é indispensável para a interpretação, como visto. Tanto a lei quanto o princípio implicam em antecipação de sentidos imanente ao círculo hermenêutico, inviabilizando a atribuição de graus de “subjetividade”. É o exórdio da proposta pós-positivista concebida, pretensamente avolumada com o trabalho desenvolvido, aderindo ao Direito a concepção de que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto, e a interpretação não é instrumento para alcançar sentido de textos.

Importante registrar que não é questionada a relevância dos textos legais, como defendido sob o prisma positivista. As palavras são importantes elementos do marco legal, onde a significação passa indispensavelmente pela compreensão do contexto do texto<sup>1149</sup>, mas o Direito não pode permanecer preso exclusivamente a eles, como

---

que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar a sua verdade com as próprias opiniões prévias”. In: **Verdade e método**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 405.

<sup>1148</sup>MARMOR, Andrei: “If this is so obvious, why does Dworkin deny it? What is it in Dworkin’s theory that makes him insist on the possibility of presenting an object of interpretation in its best possible light? I think that the answer to this puzzle is to be found in Dworkin’s jurisprudence, not in his general theory of interpretation. The latter makes perfect sense without this problematic element. As I will argue below, it is Dworkin’s attempt to derive from his theory of interpretation certain conclusions about the nature of jurisprudence that explains his insistence on this element of interpretation. Thus, in the following sections, I will concentrate on Dworkin’s critic of analytical jurisprudence on the grounds that legal theory can only be an interpretation of a social practice and, as such, it can only be the same kind of interpretation which is characteristic of the practice itself, namely, evaluative, moral and political in its essence. As we will see in detail below, this conclusion ultimately depends on Dworkin’s understanding of the constructive model of interpretation and the problematic idea that interpretation must always attempt to present its object in the best possible light”. In: **Interpretation and legal Theory**. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 33.

<sup>1149</sup>TARELLO, Giovanni: “Per « definizione legislativa » si intende, tautologicamente, la definizione di un termine (rappresentato da un singolo vocabolo o da una espressione composta da un wmplesso di vocaboli ben formato) che viene posta nel contesto di una legge, o più genericamente, di un documento normativo (1). Provvisoriamente, per « definizione » intendiamo un discorso che abbia l’aspetto di definizione secondo l’uso comune di quel vocabolo, come è il caso - a titolo esemplificativo - dei discorsi secondo illo schema: « x è A»; oppure secondo lo schema: « per x si intende A»; oppure secondo lo schema: « Nozione di x. Quando S compie l’azione p, S diviene xS »; oppure ancora secondo lo schema: « A, B, C, D, sono x » (ove x è il termine definito)”. In: **L’interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 153-154.

na proposta positivista atrelada à metafísica clássica, da mesma forma que não pode ser desprezada qualquer relação entre palavra e significado para ser assumida uma postura solipsista, de índole metafísica moderna que acaba sendo niilistas<sup>1150</sup>, combatida pelo positivismo pelo limite objetivo das significações textuais<sup>1151</sup>. Contudo, dando um passo adiante, juridicamente progressivo, na tese, ao ser assumido, na tarefa jurisdicional, um objetivo reconstrutivo de modo a devolver ao Direito um solo firme, calcado constitucionalmente.

A firmeza do solo no Direito implica em reconhecer a sua autonomia. A dependência política positivista, que pode ser retratada no método, resultando em admitir que o trabalho do jurista é tipicamente uma atividade de interpretação, onde esta pode ser setorizada<sup>1152</sup> e a teoria jurídica, nesse diapasão, investiga tal atividade do jurista<sup>1153</sup>. Há, então, a cargo do operador jurídico um instrumento para fazer valer

---

<sup>1150</sup>STEINER, George: “La desconstrucción, em concreto, niega La posibilidad de verificar um “sentido final” em El discurso escrito, al margen de La dificultad de descifrarlo, y al margen de lo mucho que éste dependa del consenso histórico. El “significado” no es más que un juego pasajero de posibilidades interpretativas que se disuelve en la autosubversión en el momento mismo del ilusorio desciframiento. Los “textos” son “pre-textos” casuales de infinitas y arbitrarias apropiaciones, ninguna de las cuales puede aspirar al privilegio de la verdad. En cierta forma, estas estrategias de la diseminación (que en gran medida tienen su origen en la rebelión contra la imposición milenaria de los textos legislativos e inspirados del judaísmo) son nihilistas”. *In: Pasión intacta*. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997, p. 11.

<sup>1151</sup>TARELLO, Giovanni: “In conclusione, può dirsi che Le definizioni legislative sono le definizioni introdotte nel discorso legislativo per ridurre la discrezionalità degli operatori dell'applicazione; che tale riduzione incontra dei limiti oggettivi, di carattere logico, semantico e strutturale; che mentre i limiti di carattere logico e semantico sono invincibili, ma di comparativamente scarso peso, quelli di carattere strutturale riguardano l'apportionamento di potere tra gli organi della legislazione e quelli dell'applicazione, e dipendono, in gran parte, dalla cultura giuridica: nel senso che è la cultura giuridica a problematizzare la rilevanza o irrilevanza, e la forza comparativa, delle norme espresse mediante definizioni legislative..”. *In: L'Interpretazione Della Legge*. Dott A. Giuffrè Editore. Milano, 1980 p. 156/157.

<sup>1152</sup>TARELLO, Giovanni: “Le peculiarità dell'interpretazione nel diritto civile. - Che la trattazione della rilevanza del « settore » in sede di interpretazione e applicazione della legge pertenga alla trattazione dei singoli rami del diritto, è tesi che vale anche per il diritto civile. Anzi, per il diritto civile a maggior ragione che per altri settori giacché, per inveterata abitudine nell'ambito della nostra cultura giuridica, al diritto civile non è sentito costituire un settore « speciale ». Le abitudini interpretative che si affermano entro il diritto civile raramente attingono a principi generali di tutto il diritto civile, ma sovente riguardano una sua partizione interna e vengono perciò a far corpo con la prassi giurisprudenziale relativa a quel particolare oggetto”. *In: L'interpretazione della legge*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980, p. 402.

<sup>1153</sup>GUASTINI, Ricardo: “O trabalho dos juristas dogmáticos é, tipicamente, uma atividade de interpretação, manipulação e sistematização do discurso legislativo. O trabalho dos teóricos, por sua vez, é uma reflexão crítica acerca do discurso dos juristas: exatamente uma metajurisprudência ou filosofia da ciência jurídica. As duas concepções da teoria jurídica ora delineadas, se observarmos bem, não se excluem reciprocamente: nada impede de acolher ambas conjuntamente, como muitos o fazem tacitamente. Diremos então que a teoria jurídica articula-se, a grosso modo, em dois setores de investigação distintos: por um lado, a análise lógica da linguagem legislativa (que inclui a análise estrutural do sistema jurídico); por outro, a análise lógica da linguagem dos juristas (mas também dos outros operadores do direito, especialmente dos juizes)”. *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 382.

a vontade de poder, que é encoberta por uma fictícia adjudicação de sentidos, mas que, do mesmo modo, que a correção política, nos moldes do subjetivismo, acabara por produzir historicamente um *deficit* de implementação de direitos fundamentais. Então o novo constitucionalismo, o constitucionalismo pós-positivista, o neoconstitucionalismo, forjado no contexto histórico do século XX, ao mesmo tempo em que preserva a cooriginalidade do Direito e da política, também permite alcançar o objetivo político democrático<sup>1154</sup>. Assim, como nas teses positivistas, a lei é objeto de autoridade, porém deve buscar o seu fundamento de legitimação<sup>1155</sup> não no Direito Natural ou em um fundamento extrajurídico, mas sim ter a sua conformação autoritária legitimada na Constituição.

A proposta pós-positivista parte, então, de um respeito, atenção e construção racional constitucional no Direito (dirigismo constitucional) aptos a implementar o conteúdo político democrático. Muito diverso, portanto, do modelo constitucional positivista que era predado pelo político, permitindo a odiosa e antidemocrática ditadura da maioria, como serve de exemplo os modelos ditatoriais do período moderno<sup>1156</sup>. É extraído disso a necessidade da proteção, a autonomia, a blindagem

---

<sup>1154</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O Direito que exsurge do paradigma do Estado Democrático de Direito (Estado Constitucional forjado a partir do segundo pós-guerra) deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização do Direito, alcançada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política. A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo (se assim se quiser, é claro) é, desse modo, a manifestação desse grau de autonomia do Direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. Essa autonomização dá-se no contexto histórico do século XX e atinge o seu auge com a elaboração das constituições sociais, compromissórias e dirigentes do segundo pós-guerra”. *In*: **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-Junho, 2009, p. 74.

<sup>1155</sup>MARMOR, Andrei: “This entails that the law either claims that it has legitimate authority over its subjects, is held to possess it, or both. (This feature of law, that it claims to be a legitimate authority, involves only the presumption that we discriminate between the kind of claims laid down by law, and those which would be laid down by a gang of robbers.) Raz’s main argument then, is as follows: for something to be able to claim the possession of legitimate authority, as the law essentially does, it must be of the kind of thing which is capable of possessing it. Only certain kinds of things can be considered as possessing authority, and only that which can be authoritative can either possess or fail to possess legitimate authority. Since law claims to possess legitimate authority, although it can fail to possess it, it must have the requisite features of what might be called authority-capacity”. *In*: **Interpretation and legal theory**. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 87.

<sup>1156</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado deficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. Mais do que um remédio contra maiorias – e veja-se que nem para isso o constitucionalismo de antanho havia servido, bastando, para tanto, pensar nas experiências fascista e nazista –, a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. *In*: **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**.

do Direito, de modo a preservar seu conteúdo progressista e o contramajoritarismo, revelando uma tradição, no sentido gadameriano, a obstacularizar retrocessos sociais, ainda que politicamente, economicamente, desejáveis ou do interesse de quaisquer outros fatores externos, mas o paradigma constitucional evita qualquer estagnação do Direito, sendo a condição de possibilidade intercambiante das demais dimensões moral, política, econômica, etc.<sup>1157</sup>. Cabe, exemplificativamente, um paralelo ao que Marmor estabeleceu como regras e pano de fundo<sup>1158</sup>. O Direito e a Constituição não dispensam as regras, mas elas devem ser incorporadas a um contexto muito mais amplo, alcançável através da condição de possibilidade hermenêutica filosófica, mormente na intersubjetividade e tradição. A Constituição deixa de ser apenas texto legislativo para verdadeiramente constituir a sociedade, atuando de forma conformadora do Direito, permitindo e tendo como bem-vindo o novo, de acordo com o desejado Estado Democrático de Direito<sup>1159</sup>.

A tese assumida alça, em consequência, a outro patamar a Jurisdição do modelo positivista, atado ao compromisso liberal-individualista, para uma jurisdição

---

Janeiro-Junho, 2009, p. 66.

<sup>1157</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, sustentado no paradigma do Estado Democrático Constitucional (compromissório e dirigente), o Direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. Conseqüentemente, a sua autonomia torna-se a sua própria condição de possibilidade". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 74.

<sup>1158</sup>MARMOR, Andrei: "Furthermore, the rules constituting a language-game should be clearly distinguished from the background state of affairs in which there is a point in having such rules and against which they are intelligible. Every rule-guided activity presupposes a particular background which is not part of the activity itself but makes it possible and relevant. The game of tennis, for instance, is possible only against the background of the laws of gravitation, the fact that we are normally capable of telling whether a ball has fallen inside or outside the marked lines, the fact that the players normally desire to win a game, etc. All this is part of the background against which there is a point to having the game. Yet in normal circumstances, none of these points would be cited as being part of the rules constituting the game". *In: Interpretation and legal theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 113.

<sup>1159</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Quando aqui se afirma que a Constituição é a explicitação do contrato social, está-se afirmando o caráter discursivo que assume a noção de Constituição, enquanto produto de um processo constituinte. É necessário, então, advertir para o fato de que a Constituição, entendida como explicitação do contrato, não é "apenas um contrato" que se estabelece como uma terceira coisa entre o Estado, o Poder, o Governo, com os destinatários; antes disso, a linguagem constituinte passa a ser condição de possibilidade do novo, na medida em que, na tradição do Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo não é mais o do paradigma liberal, mas passa por uma revolução copernicana mediante o constituir da Sociedade." *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 72-73.

constitucional, intervencionista<sup>1160</sup>, acompanhando a mesma perspectiva destacada da própria noção de Constituição compromissória e social. O Poder Judiciário passa a angariar cada vez mais compromissos democráticos, o que implica no dever de efetivação das promessas de Modernidade que restaram incumpridas pelos demais poderes, reconhecendo a sua relevância enquanto instituidor da Constituição, mormente quando há marco objetivo revelado em sua forma escrita, estabelecendo um órgão superior guardião da Constituição<sup>1161</sup>, inadmitindo a estagnação que caracterizaria em outros modelos de Direito<sup>1162</sup>. Contudo, isso não significa, por outro lado, admitir o solipsismo judicial sustentado em um fundamento exclusivamente democrático, que o Judiciário possa, passando por cima dos demais poderes, realizar políticas públicas<sup>1163</sup>, mas apenas atuar nas hipóteses de omissão e falha dos mecanismos regulares baseados na divisão de funções da representação

---

<sup>1160</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Com as devidas advertências relacionadas aos limites entre democracia e constitucionalismo, entendo que a justiça constitucional pode e deve assumir uma postura intervencionista nesta quadra da história, para além da postura absenteísta própria do modelo liberal individualista-normativista que permeia a dogmática jurídica brasileira. Quando estou falando de uma função intervencionista do Poder Judiciário, não estou propondo uma (simplista) judicialização da política e das relações sociais (e nem a morte da política)”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 73.

<sup>1161</sup>MARMOR, Andrei: “Nevertheless, a written constitution does make a crucial difference because it establishes a practice of judicial review. A written constitution typically enables a higher court, like the supreme court or a special constitutional court, to interpret the constitutional document and impose its interpretation on all other branches of government, including the legislature. I am not claiming that this power of judicial review is a necessary feature of legal systems with a written constitution. Far from it. As a matter of historical development, however, with which we need not be concerned here, it has become the reality that in legal systems with written constitutions some higher court has the power of judicial review”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 142.

<sup>1162</sup>MARMOR, Andrei: “In most constitutional democracies, the interpretation of the constitution involves the power of the judiciary (typically the supreme or constitutional court) to determine issues of profound moral and political importance, on the basis of very limited textual guidance, resulting in legal decisions that may last for decades and are practically almost impossible to change by regular democratic processes”. *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 141.

<sup>1163</sup>STRECK, Lenio Luiz: “É nesse sentido que entra na discussão o papel do Poder Judiciário quando defrontado com essas questões. Passados quase vinte anos, a resposta não tem sido satisfatória. Pelo contrário, chamado à colação, o Poder Judiciário mostra-se, ainda, comprometido com o paradigma liberal-individualista que vem sustentando o Direito em terrae brasilis. Isso não significa que o Poder Judiciário possa substituir os demais poderes e “realizar” políticas públicas”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 72.

democrática<sup>1164</sup>, admitindo a complexa questão que se instala a partir disso<sup>1165</sup>. Todavia, é defendido que essa atuação, no Brasil é democraticamente imprescindível e depende de uma mudança de postura do Judiciário brasileiro e visa atender o seu próprio núcleo textual dos direitos e garantias fundamentais individuais e sociais<sup>1166</sup>. A mudança de postura do Judiciário pregada, portanto, não pode em nenhum momento resvalar para o solipsismo judicial, em nenhum grau, não podendo sujeitar o direito às inclinações políticas dos juízes que compõem as cortes, com o que poderiam ser denominadas de progressivas ou conservadoras, como comumente é admitido no Direito norte americano<sup>1167</sup>, fato intimamente vinculado com a admissão da moral, ainda que se justifique a utilização por argumentos morais sólidos, na resposta judicial.<sup>1168</sup> A progressividade do Direito não pode implicar em abertura

---

<sup>1164</sup>STRECK, Lenio Luiz: “É nesse contexto que se move o discurso jurídico em tempos de Estado Democrático de Direito: de um lado, as promessas da modernidade (incumpridas) previstas na Constituição que esperam efetivação a partir dos mecanismos da democracia representativa; de outro, em face da inefetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando aos Tribunais e a discussão acerca dos limites de sua atuação”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.* Janeiro-Junho, 2009, p. 72.

<sup>1165</sup>MARMOR, Andrei: “Finally, it is widely acknowledged that the courts’ power of judicial review is not easily reconcilable with general principles of democracy. Even those who support the legitimacy of judicial review, acknowledge the existence of at least a tension between our commitment to democratic decision procedures and the courts’ power to overrule decisions made by a democratically elected legislature”. *In: Interpretation and Legal Theory.* 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 149.

<sup>1166</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Quando falo em intervencionismo, refiro-me, sim, a um “intervencionismo substancialista”, destinado a garantir o cumprimento dos preceitos e princípios insitos aos Direitos Fundamentais Sociais e ao núcleo político do Estado Social previsto na Constituição de 1988. Embora existam tais teses/perspectivas, um olhar – mesmo que perfunctório – sobre o agir cotidiano dos juristas nestes vinte anos de Constituição mostra que se está longe de uma postura mais interventiva (portanto, menos *self restraint*) do Poder Judiciário. Isso pode ser verificado na inefetividade da expressiva maioria dos direitos sociais previstos na Constituição, na postura assumida pelo Poder Judiciário na apreciação de institutos como o mandado de injunção (somente solucionada parcialmente pelo STF, vinte anos depois), na ação de inconstitucionalidade por omissão e na falta de uma adequada filtragem hermenêutico-constitucional das normas anteriores e posteriores à Constituição”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito.* Janeiro-Junho, 2009, p. 73.

<sup>1167</sup>MARMOR, Andrei: “In popular culture there is a conception of the courts’ role in constitutional interpretation as one which moves between activism and passivity, sometimes leaning more towards the one than the other. Sometimes the courts come up with novel, even surprising decisions, at other times they manifest conservatism, passivity, or restraint. Judicial activism, however, can mean several different things.”. *In: Interpretation and Legal Theory.* Second edition. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2005. p. 166.

<sup>1168</sup>MARMOR, Andrei: “One final comment. I have been arguing here that in the realm of constitutional interpretation, there is hardly any alternative to sound moral deliberation. Constitutional issues are mostly moral issues, and they must be decided on moral grounds. On the other hand, I have also raised some doubts about the moral legitimacy of judicial review and, to some extent, about the very legitimacy of long lasting constitutions. So is not there a tension here? Yes there is, but it does not necessarily point towards a different conclusion. It would be a mistake to maintain that because the very legitimacy of constitutional interpretation is clouded in some moral doubts, judges should adopt a strategy of self-restraint, refraining from making the right moral decisions just because they might

política ou moral: este deve permanecer blindado contra predações externas, sob pena de colocar em declínio seu império, prejudicando a trajetória de um futuro democrático. Então, quando é empregada a expressão Direito jurisprudencial, ou criação do Direito pelo juiz<sup>1169</sup>, não pode ser admitida nenhuma conotação solipsística, resultante da ultrapassagem do Direito<sup>1170</sup>, pressupondo apenas intersubjetividade imanente da compreensão. Do mesmo modo, não podem ser admitidas as teses formalistas e pragmatistas do Direito e da Constituição, deixando de reconhecer um conteúdo próprio fundamental apto a ser aperfeiçoado gradativamente, tendo-os como mero instrumento a serviço das outras dimensões referidas, ou, no final das contas da vontade do poder<sup>1171</sup>. Contra isso, ergue-se a Constituição, no paradigma pós-positivista, ultrapassando as classificações distintas de positivismo jurídico<sup>1172</sup>, tendo

---

be considered bold, unpopular, or otherwise potentially controversial. Perhaps it is true that constitutional courts have too much political power in the interpretation of the constitution. But since they do have the power, they must exercise it properly. If the best way to exercise the power is by relying on sound moral arguments, then moral considerations are the ones which ought to determine, as far as possible, the concrete results of constitutional cases. Sometimes moral considerations may dictate caution and self-restraint and at other times they may not. But what the appropriate moral decision ought to be is rarely affected by the question of who makes it". *In: Interpretation and Legal Theory*. 2nd edition. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005, p. 168.

<sup>1169</sup>GUASTINI, Ricardo: "A locução 'direito jurisprudencial' significa claramente: direito criado pelos juízes (judge-made law). Todavia, esta definição não é muito esclarecedora, já que não é, de modo algum, óbvio em que sentido se possa dizer que os juízes criam direito. Parece que o enunciado 'os juízes criam direito' pode ser empregado em não menos do que quatro significados distintos". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 215.

<sup>1170</sup>GUASTINI, Ricardo: "Nessas circunstâncias, e neste sentido, eles formulam (e aplicam) normas "novas", não expressas. Neste sentido, e nestas circunstâncias, eles criam direito ou, como também se diz, integram o direito, o que tipicamente acontece diante de lacunas e/ ou de antinomias". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 223.

<sup>1171</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Paradoxalmente, depois dessa revolução copernicana representada pelo acentuado grau de autonomia do Direito conquistado no Estado Democrático de Direito, está-se diante de uma crescente perda da sua autonomia, que pode ser interpretada simbolicamente, nestes tempos duros de pós-positivismo, a partir das diversas teses que apostam na análise econômica do Direito, no interior das quais as regras e os princípios jurídico-constitucionais só têm sentido funcionalmente (essa questão vem conquistando terreno no direito tributário, por exemplo). Ou seja, dentro de uma dimensão absolutamente pragmática, o Direito não tem DNA. Para as diversas posturas pragmático-axiologistas, também não faz sentido ligar o Direito à tradição. Por isso, não se fala em perspectiva interna. Compreendido exogenamente, o Direito deve apenas servir para satisfazer, de forma utilitária, às necessidades sociais. Por isso ele é visto essencialmente indeterminado, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, das diversas matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do Direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em última *ratio*. Em síntese, esta é a velha "vontade do poder" (*Wille zur Macht*) de Nietzsche". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 75.

<sup>1172</sup>GUASTINI, Ricardo: "todavia, a despeito desse cerne comum, o positivismo jurídico não é uma doutrina unitária. De fato, o nome 'positivismo jurídico' aplica-se igualmente a várias doutrinas

na hermenêutica-filosófica a sua condição de possibilidade. Da origem democrática da Constituição é possível suprir o *deficit* democrático revelado tanto no solipsismo positivista, quanto no pragmatismo, com o que ao se admitir apenas uma resposta constitucionalmente adequada, coerente e integrativa do Direito, como se disse, estará permitindo um projeto estável para a implementação democrática pelo Direito<sup>1173</sup>, que comungando do pensamento positivista coloca a Constituição no ápice do ordenamento jurídico, onde a validade ou invalidade jurídica parte dela, inadmitindo que nenhuma normatividade jurídica possa lhe ser superior<sup>1174</sup>.

---

distintas entre si". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 352.

<sup>1173</sup>STRECK, Lenio Luiz: "É nesse sentido que proponho a resistência por meio da hermenêutica, apostando na Constituição (Direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito, têm algo em comum: o déficit democrático. Entende-se assim porque, se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, será (é?) um retrocesso reforçar/accentuar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, que leva, inexoravelmente, a arbitrariedades e faz soçobrar, com isso, a própria Constituição. Ou seja, numa palavra, se a autonomia do Direito aposta na determinabilidade dos sentidos como uma das condições para a garantia da própria democracia e de seu futuro, as posturas axiologistas e pragmatistas – assim como os diversos positivismos stricto sensu – apostam na indeterminabilidade. E por tais caminhos e condicionantes passa a tese da resposta correta em Direito. Em síntese, a superação do positivismo implica a incompatibilidade da hermenêutica com a tese das múltiplas ou variadas respostas. Afinal, a possibilidade da existência de mais de uma resposta coloca essa escolha no âmbito da discricionariedade judicial, o que é antitético ao Estado Democrático de Direito. Em outras palavras, a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do Direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se for almejado, uma resposta constitucionalmente adequada – espécie de resposta hermeneuticamente correta – a partir do exame de cada caso". *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009 p. 75/76.

<sup>1174</sup>GUASTINI, Ricardo: "A validade da Constituição, por sua vez, requer que haja tanto normas que disciplinem a produção da Constituição, quanto normas que sejam superiores á Constituição do ponto de vista hierárquico. Mas, nos vários sistemas jurídicos não é dado encontrar nem normas meta-constitucionais nem normas super-constitucionais, uma vez que, por definição, a Constituição é exatamente a fonte suprema do (no) sistema jurídico; suprema seja do ponto de vista lógico, seja do ponto de vista hierárquico. A constituição é a medida – a unidade de medida, o critério – de validade de todas as outras normas do sistema jurídico. Como tal, a Constituição não é nem válida em inválida". *In: Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 360.

### 3.4.1 A proposta pós-positivista – resposta constitucional e democrática do Direito

A concepção de Direito adotada a permitir o alcance dos fins democráticos é amparada na concepção de Dworkin, na coerência e integridade do Direito, mas com a pretensão de ir além, agregando as lições de Gadamer, na linha defendida por Streck<sup>1175</sup>. Identificado o Direito Natural como contraposição à estagnação do positivismo inicial, também crente na extração da vontade estagnante da lei, admitindo para evitar o mal da paralisia jurídica a admissão aberta do subjetivismo, bem como a problemática das concepções positivistas esquematizadas na relação sujeito-objeto, reféns da interpretação como método para alcançar a “vontade da norma” e/ou utilização de *topoi* de vagueza significativa, como a busca da “justiça da decisão”, crendo na interpretação como ato cognitivo apto a alcançar respostas exclusivamente jurídicas, não se apercebendo do solipsismo incrustado<sup>1176</sup>. No entanto, não é mais preciso utilizar desses recursos para evitar o imobilismo jurídico pernicioso, pois a viragem linguística opõe-se ao ser meramente reproduzidor do ente mesmificado. O ser produtor de sentidos o será sempre em uma perspectiva imprevisível do que está por vir, inevitavelmente móvel<sup>1177</sup>, sem prejudicar a construção, no plano seguinte, da significação adequada ao Direito, admitindo a resposta correta como metáfora. Assumido em capítulo anterior, a viragem linguística invade o conhecimento e permite a hermenêutica-filosófica como condição de possibilidade/fio condutor/vetor de racionalidade<sup>1178</sup>, não descuidando, quando da menção à diferença de planos, da diferença relativa a uma legitimação meramente procedimental, presente na tese da resposta correta, e da justificação do mundo prático, presente na hermenêutica-

---

<sup>1175</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Assim, a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”. *In: Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 621.

<sup>1176</sup> STRECK, Lenio Luiz, reputa-as como face da mesma moeda. *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>1177</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Nesse sentido, o homem é originariamente diálogo, linguagem; diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela. Ser homem é, assim, acolher o chamado como historicamente incondicionado e inevitável. Se o ser é revelação do sentido-interpelação, dom ele é, também, essencialmente mistério, pois esse sentido não é previamente determinável, ele provém da escuridão do inconceituável previamente. É um dar-se histórico, marcado pela imprevisibilidade, improgramabilidade de tudo o que é propriamente histórico. O ser, portanto, não é objeto de uma conquista do homem; antes, é o ser que possibilita as conquistas do homem, o conceituar e dominar o mundo das coisas”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 220-221.

<sup>1178</sup> Ver a propósito: STEIN, Emildo. *Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, parte III.

filosófica<sup>1179</sup>. A resposta correta em Dworkin é trabalhada, destarte, de forma compatível especialmente com o círculo hermenêutico virtuoso produtor de sentidos, de forma a impulsionar o sentido constitucional democrático no Direito e respeito à tradição hermenêutica em Gadamer<sup>1180</sup>. A par de uma metafísica ontológica clássica, que tinha o ente com sentido em si a ser descoberto instrumentalmente pelo ser, é desvelado o ente linguisticamente. Corolário disso, o ente só adquire sentido no ser através da linguagem, como vivência histórica e condição de possibilidade semântica, de modo a permitir construções que ultrapassem a metafísica positivista encarnada na relação sujeito-objeto<sup>1181</sup>, mas ainda assim, dentro do Direito e pelo Direito, evitando critérios de correção externos.<sup>1182</sup>

A crítica ao objetivismo da filosofia aristotélica-platônica não implica em negar importância ao texto, às regras semânticas ou sintáticas<sup>1183</sup>, mas que a linguagem não pode ser reduzida a isso, que a linguagem é abertura de mundo, produtora de

---

<sup>1179</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Nesse sentido, a tese da resposta constitucionalmente adequada (ou a resposta correta para o caso concreto) pressupõe uma sustentação argumentativa. A diferença entre a hermenêutica e a teoria argumentativo-discursiva é que aquela trabalha com uma justificação do mundo prático, ao contrário desta, que se contenta com uma legitimação meramente procedimental”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 365

<sup>1180</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Além da coincidência entre a correção da interpretação em Gadamer e a tese da resposta correta em Dworkin, podemos apontar, também, o papel que a história desempenha em ambas as teorias, bem como o significado prático dado à tarefa interpretativa; de igual modo, o enfrentamento da discricionariedade positivista e a construção da integridade do direito são questões que passam pela superação da razão prática pelo mundo prático operada pela tradição hermenêutica”. *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 109-110.

<sup>1181</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A metafísica, enquanto saber primeiro, fundamental, fundante e autofundado, se desmorona, e se põe, em seu lugar, uma ontologia hermenêutica com a pretensão de se pôr à custa do ser, enquanto sentido que abre e possibilita a práxis histórica dos homens. A ontologia deixa de ser uma construção da totalidade do mundo dos entes e se faz experiência histórica e interpretação dessa experiência. Essa experiência, na linha aberta por Heidegger, não é uma experiência ôntica, mas uma experiência histórica do Ser como sentido-fundamento dos entes. Nesse sentido, a ontologia não mais pergunta pelo efetivamente existente, mas pelo “Ser enquanto sentido”, a partir de onde somente se pode determinar o que seja realidade e em que grau algo pode valer como real. O Ser, enquanto sentido dá-se lingüisticamente, na formulação de Gadamer. ‘O ser que pode ser compreendido é linguagem’. Daí por que a linguagem emerge como o horizonte intranscendível da ontologia hermenêutica”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 232.

<sup>1182</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 330.

<sup>1183</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva desde o início para a condição do texto”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 211.

sentidos, na medida que, na linguagem, é desvelada uma infinidade compreensiva dos entes<sup>1184</sup>, que de qualquer forma, não é impeditiva da coerência e integridade do Direito, de conformidade com a Constituição. Essa forma de conceber o Direito ao mesmo tempo em que, seguindo o ensinamento de Gadamer, que descartou o descobrimento da verdade através do método lógico-analítico das ciências em geral no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, não reconhece o método interpretativo para alcançar a “verdade” do Direito<sup>1185</sup>, do mesmo modo que é diametralmente oposta à solução solipsista, defendendo uma resposta racional construída de acordo com o Direito e a Constituição, como meio de defesa democrática do próprio Direito.

Os ensinamentos de Gadamer, influenciado pela ontologia fundamental de matriz heideggeriana<sup>1186</sup>, partem da relação intersubjetiva, permitem a superação do esquema sujeito-objeto, que tornava o pensamento jurídico refém, ora, do positivismo objetivista, como no positivismo primevo e, ora do subjetivismo, como do positivismo guiado pela filosofia da consciência. A linguagem como precedente do sujeito, como abertura de mundo, faz depreender que aquilo que pode ser compreendido é

---

<sup>1184</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O mundo que se revela e se estrutura lingüisticamente não é um objeto, como o objeto das ciências, mas é o todo abrangente, que nunca pode ser dado na experiência. Daí por que é necessário distinguir claramente entre a “objetividade” das ciências e a “objetividade” (*sachlichkeit*) da linguagem: quando um pesquisador da natureza reconhece a “legalidade” de um processo natural, por meio disso mesmo ele já tomou posse desse processo. Na experiência natural (não científica) de mundo, que é perpassada de linguagem não há nada disso: falar, de modo algum, significa tornar algo disponível (“objeto” da linguagem) ou manipulável, mas em cada linguagem há uma relação imediata com a infinidade dos entes, que nela se desvelam”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p.240.

<sup>1185</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Na tradição lógico-semântica e cartesiana, na qual se insere o Direito brasileiro – e, mais especificamente, no caso deste trabalho, o Direito Processual Civil -, a verdade está ligada ao método, v.g., o método dedutivo e o método indutivo, fundamentalmente. Em Gadamer, porém, essa tradição começa a ser questionada. A partir de sua obra “Verdade e método”, fica-se na dúvida se é verdade “e” método, verdade “ou” método ou verdade “contra” método. Isso porque Gadamer tenta mostrar que existem, no nível da experiência da arte, no nível do conhecimento histórico e no nível da linguagem, três verdades que não são verdades produzidas pelo método lógico-analítico. Portanto, ao nível da arte, ao nível da história e ao nível da linguagem, há um tipo de experiência que produz uma verdade que não é de caráter lógico-semântico. E é um tipo de verdade à qual se tem acesso por caminhos totalmente diferentes dos que estão estabelecidos pelo conhecimento científico em geral. No Direito isso não é diferente”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

<sup>1186</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Portanto, o que venho procurando sustentar e demonstrar é que a assim denominada ‘viragem hermenêutico-ontológica’, provocada por *Sein und Zeit* (1927) de Martin Heidegger, e a publicação, anos depois, de *Warheit und Methode* (1960), por Hans-Georg Gadamer, foram fundamentais para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 334

linguagem. A fala é o acesso originário ao mundo<sup>1187</sup>. Corolário lógico, não permite ao intérprete ser assujeitador das coisas, pois a existência das coisas independe do intérprete, de sua percepção.<sup>1188</sup> O círculo hermenêutico e a diferença ontológica revelam que quando se pretende utilizar um método interpretativo sempre se chega tarde, pois o *Dasein* já aconteceu. A interpretação não pode ser pretendida, portanto, como método, na medida em que é, antes de tudo, um atributo do ser, e não um modo de saber. O sentido é um existencial do *Dasein*. Em face disso, igualmente, não são possíveis as cisões comuns do positivismo. Não, é possível a separação entre compreensão, interpretação e aplicação. Da mesma forma que não é admissível a partição de mundo, gestado em Platão, passando por Tomás de Aquino e reproduzido no Brasil na lição de Pontes de Miranda, em sua conhecida classificação dicotômica, entre mundo dos fatos e mundo do Direito<sup>1189</sup>.

Em face da viragem linguística, os entes deixam de ter um sentido em si. O ser-ai tem o desvelamento, a compreensão, somente com a linguagem. O mundo para o ser-ai é linguagem<sup>1190</sup>. A hermenêutica é compreensão. Então, deixa de ser um instrumento de aplicação permissor da “correta” compreensão, para se constituir

---

<sup>1187</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Em suma, aprendemos a nos conhecer, a conhecer os homens e o mundo na medida em que aprendemos a falar. Aprender a falar é, portanto, ter o acesso originário ao mundo enquanto tal. Se a linguagem é a casa do ser, então ela é nossa morada, porque somos ser-no-mundo: nossa compreensão do mundo é, sempre, linguisticamente interpretada. Enquanto lugar do evento do ser, a linguagem é aquele acontecimento originariamente único, no qual o mundo se abre para nós”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 216.

<sup>1188</sup> STRECK, Lenio Luiz: “A linguagem sempre nos precede; elas nos é anterior. Estamos sempre e desde sempre nela. A centralidade da linguagem, isto é, sua importância de ser condição de possibilidade, reside justamente no fato de que o mundo somente será mundo, como mundo, se o nomearmos, é dizer, se lhe dermos sentido de mundo. Não há mundo em si. O mundo e as coisas somente serão (mundo, coisas) se forem interpretados (como tais). Apagar (um)a linguagem, ou seja, esquecer as condições de sua surgência, de sua nome-ação, não faz as coisas (como tais) desaparecerem”. In: **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 203/204.

<sup>1189</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Dworkin e Gadamer, cada um ao seu modo, procuram controlar esse subjetivismo e essa subjetividade solipsista a partir da tradição, do não relativismo, do círculo hermenêutico, da diferença ontológica, do respeito à integridade e da coerência do direito, de maneira que, fundamentalmente, ambas as teorias são antimetafísicas, porque rejeitam, peremptoriamente, os diversos dualismos que a tradição (metafísica) nos legou desde Platão (a principal delas é a incindibilidade entre interpretação e aplicação, pregadas tanto por Dworkin como por Gadamer)”. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 99.

<sup>1190</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Tanto a ontologia, como a lógica tradicional aparecem questionáveis a partir da hermenêutica do eis-aí-ser. A lógica ocidental revela-se como algo secundário em relação à experiência originária da verdade do ser no “logos” do eis-aí-ser, pois parte da diferença do dizer e do ser do “logos (sentença) e do presente (*Das Vorliegende*), sem ser mais capaz de tematizar o evento do desvelamento do ser por meio da linguagem. A linguagem emerge como a articulação da abertura originária do ser-no-mundo”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 213.

fenomenologicamente em um único evento. Nisso reside o círculo hermenêutico, onde não pode ser esquecido também o fundamento pré-compreenssivo (estrutura prévia de sentido). O *Dasein* é, portanto, existencial, hermenêutico, produtor do sentido do texto (norma) resultado da “síntese hermenêutica”, decorrente da história efetual e tradição, o que implica em que o atribuir sentidos pelo intérprete (*Sinngebung*) não significa tarefa arbitrária. O ser é sempre um ser de um ente e enquanto ser dá sentido aos entes (*ontologische Differenz*). A hermenêutica enquanto facticidade e fatalidade (pois inevitável ao sujeito) é um existencial, o modo de constituição do homem no mundo. Daí que não há no texto legal, de forma imanente, um sentido intrínseco. Não há equivalência entre texto jurídico e norma. Esse posicionamento criticado é que faz nascer a postura positivista objetivista, fiadora da subsunção<sup>1191 e 1192</sup>.

Não há na proposta pós-positivista jurídica defendida, ao reconhecer que a interpretação é imanente ao intérprete e peculiar a cada um, que ele possa, no plano apofântico fazer valer a sua subjetividade para submeter as coisas e o outro a si. Não é possível assim admitir o arbítrio judicial abertamente como solução para o Direito como postulado pelo Direito Natural. É preciso manter a atenção ao texto, não há uma completa cisão entre o texto e a norma, permitindo ao julgador alcançar um sentido arbitrário, como no positivismo solipsista da filosofia da consciência. Diferentemente, a proposta defendida reconhece que a norma não está no texto, mas também não está no fechamento do sujeito, não parte exclusivamente da sua subjetividade. A norma decorre da “síntese hermenêutica”, do existencial, do *Dasein*, da facticidade e fatalidade mencionadas, considerando o texto legal e todo plano do Direito.

Nessas considerações do plano apofântico tem especial destaque o impulsionamento constitucional e democrático, residindo aí a adoção metafórica da

---

<sup>1191</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Veja-se aqui como cai por terra qualquer pretensão metódico-dedutivista, assim como as possibilidades de o jurista 'realizar subsunções'. Com efeito, a partir da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, não há como falar de um 'geral-universal' e tampouco de um 'particular-empírico', mas, sim, de um 'termo médio', no qual o ser se manifesta, isto é, onde se dá o acontecimento da verdade. O 'fundamento' desse acontecimento é o modo de ser, que decorre da facticidade e da historicidade do intérprete”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 220.

<sup>1192</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Veja-se a complexidade: assim como não se procede subsuntivamente quanto se interpreta (e, portanto, se aplica) um texto normativo em relação a uma situação fática, também quando se interpreta um texto com base na Constituição não ocorre esse processo subsuntivo/dedutivo. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente como 'ser-objeto'. Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição”. *In: Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 282.

tese da resposta correta. Somente assim é possível a eliminação fática do arbítrio antidemocrático, assegurando a própria autonomia/sobrevivência do Direito <sup>1193</sup>. Aceitar o arbítrio judicial, além de ser antidemocrático, implica em menosprezar e diminuir o Direito, pois resultará na sua correção pela política e/ou moral e/ou qualquer outro critério. A propósito, quando a tese expressa o intuito democrático como finalidade a ser perseguida pelo processo, não está abraçando a correção política do Direito. Senão poderia equivaler a simples substituição de expressões como vontade da lei, vontade do legislador, busca da justiça da decisão, por objetivo democrático. Ou seja, poderia ainda conviver com o positivismo e através da expressão escamotear o subjetivismo. Então, a tese tem de modo imprescindível, no plano apofântico, a Constituição a permitir a construção jurídica democrática. Em assim sendo, o Direito pode ser construído e afinado constitucionalmente para atender as expectativas democráticas, com o que há o respeito a tão prezada cooriginalidade <sup>1194</sup>.

A distinção do plano hermenêutico do plano filosófico demonstra que não há incompatibilidade da hermenêutica-filosófica com a tese da resposta correta. Uma coisa é a particularidade hermenêutica, do modo-de-ser, da incessante geração de sentidos, que em nada prejudica a busca da construção jurídica e constitucional coerente e integrativa. Inclusive, no autor original da tese da resposta correta, Dworkin, é possível perceber a ultrapassagem do positivismo legalista, no reconhecimento da insuficiência do texto legal na tarefa hermenêutica, no caso *Riggs versus Palmer*<sup>1195</sup>, permitindo o reconhecimento da diferença entre texto e norma,

---

<sup>1193</sup>DWORKIN, Ronald: “O “direito naufragaria se as várias teorias interpretativas em jogo no tribunal e na sala de aula divergissem excessivamente em qualquer geração”. *In: O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 112.

<sup>1194</sup>DWORKIN, Ronald: “Se alguém diz que os juízes descobriram a ilegalidade da segregação nas escolas, é porque já acreditava que a segregação era de fato ilegal, mesmo antes da decisão que a declarou como tal e ainda que nenhum tribunal tivesse afirmado isso anteriormente. Se alguém diz que eles inventaram essa parte do direito, quer dizer que a segregação não era ilegal antes, e que os juízes mudaram o direito com sua decisão tendo os o poder, como o apanágio da democracia e o ponto inverso uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato, quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito”. *In: O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11.

<sup>1195</sup>DWORKIN, Ronald: “O caso *Élmer*. *Élmer* assassinou o avô por envenenamento em Nova York, em 1882°. Sabia que o testamento deixava-o com a maior parte dos bens do avô, e desconfiava que o velho, que voltara a casar-se havia pouco, pudesse alterar o testamento e deixá-lo sem nada. O crime de *Élmer* foi descoberto; ele foi declarado culpado e condenado a alguns anos de prisão. Estaria ele legalmente habilitado a receber a herança que seu avô lhe deixara no último testamento? Os legatários residuais incluídos no testamento, habilitados a herdar se *Élmer* tivesse morrido antes do avô, eram as filhas deste. Como seus nomes não são mencionados, vou chamá-las aqui de *Goneril* e *Regan*. Elas processaram o inventariante do espólio, exigindo que o patrimônio ficasse com elas, e não com *Élmer*. Argumentavam que, como *Élmer* havia matado o testador, seu pai, a lei

pressupondo, ao menos de forma presuntiva, o círculo hermenêutico, a condição de possibilidade hermenêutica filosófica para “interpretar a verdadeira lei”<sup>1196</sup>. Não é distante a possibilidade de adjudicar, em face do reconhecimento da divergência, a multiplicidade de sentidos, também na linha a suposição do reconhecimento da produção de sentidos<sup>1197</sup> proveniente do círculo hermenêutico, do caráter especulativo das palavras e interpretações,<sup>1198</sup> A propósito, em outra passagem, quando refere sobre o entendimento da “verdadeira lei”, entende ser necessário uma “teoria” para tanto, o que permite extrair a concepção do pré-conhecimento no círculo hermenêutico, para alcançar, em um segundo nível, o verdadeiro sentido, a resposta correta<sup>1199</sup>. Igualmente é possível perceber em Dworkin que a compreensão

---

não lhe dava direito a nada. O direito relativo aos testamentos encontra-se, em sua maior parte, disposto em leis especiais, geralmente chamadas de leis sucessórias, que determinam a forma que um testamento deve ter para ser considerado legalmente válido: quantas, e que tipos de testemunhas devem assinar; qual deve ser o estado mental do testador; de que maneira um testamento válido, uma vez firmado, pode ser revogado ou alterado pelo testador, e assim por diante. A lei de sucessões de Nova York, como muitas outras em vigor naquela época, não afirmava nada explicitamente sobre se uma pessoa citada em um testamento poderia ou não herdar, segundo seus termos, se houvesse assassinado o testador”. *In: O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 21-22.

<sup>1196</sup>DWORKIN, Ronald: “Isso pode parecer evidente quando as palavras contidas nas compilações sofrem da mesma deficiência semântica; quando são ambíguas ou vagas, por exemplo. Mas uma teoria da legislação também se faz necessária quando, do ponto de vista lingüístico, essas palavras são impecáveis. Os termos da lei sucessória que figuravam no caso *Élmer* não eram nem vagos nem ambíguos. Os juízes divergiram sobre o impacto desses termos sobre os direitos legais de *Élmer*, *Goneril* e *Regan*” porque divergiram sobre o modo de interpretar a verdadeira lei nas circunstâncias especiais daquele caso”. *In: O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 23.

<sup>1197</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos novos sentidos”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 222.

<sup>1198</sup>STRECK, Lenio Luiz: “As palavras são especulativas, e toda a interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma”. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 184.

<sup>1199</sup>DWORKIN, Ronald: “Considere-se a diferença entre um poema concebido como uma seqüência de palavras que podem ser declamadas ou escritas, e um poema concebido como a expressão de uma teoria metafísica ou de um ponto de vista específicos. Todos os críticos literários concordam quanto ao que representa o poema *Sailing to Byzantium* (“Navegando para Bizâncio”) no primeiro sentido. Concordam que se trata de uma seqüência de palavras designada como aquele poema de W B. Yeats. Mas divergem quanto ao que representa o poema no segundo sentido, ou seja, não há consenso sobre o que o poema realmente diz ou significa. Eles divergem sobre o modo de interpretar o “verdadeiro” poema, o poema no segundo sentido, a partir do texto, o poema no primeiro sentido. De modo muito semelhante, os juízes que têm diante de si uma lei precisam interpretar a “verdadeira” lei - uma afirmação de que diferenças a lei estabelece para os direitos de diferentes pessoas - a partir do texto da compilação de leis. Assim como os críticos literários precisam de uma teoria operacional, ou pelo menos de um estilo de interpretação, para interpretar o poema por trás do texto, os juízes também precisam de algo como uma teoria da legislação para fazer o mesmo com relação às leis”. *In: O império do direito*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 22-23.

ultrapassa a questão semântica por expressar a importância do dito e do não dito na tarefa, quando no mesmo caso Elmer vislumbra possibilidades não constantes de eventual texto testamentário<sup>1200</sup>. Além disso, no decorrer da explanação haverá outras passagens reveladoras da consonância hermenêutica-filosófica com a integridade e coerência perseguida por Dworkin. A resposta correta como metáfora leva em consideração que a interpretação como existencial é condição de possibilidade, não um método para alcançar sentidos, pois quando se pergunta o que ou como interpretar já se interpretou. A pergunta sempre chega tarde. Se os “existenciais positivos” são aptos a “objetivar” a interpretação é porque foi alcançada a interpretação correta<sup>1201</sup>. Portanto, há interpretações corretas e incorretas, não se fazendo necessária a distinção entre casos fáceis e difíceis. Em ambos a diferença decorre do nível de objetivação, mas mesmo o chamado caso difícil, quando compreendido corretamente torna-se fácil. O que há então é compreensão correta e incorreta, geradoras de decisões corretas ou incorretas<sup>1202</sup>.

Na proposta pós-positivista apresentada não há menosprezo ao texto da lei<sup>1203</sup>, do escrito e não escrito, às boas intenções gerais do legislador, aos seus ideais de justiça, mas o Direito não pode restar cingido a isso, havendo uma totalidade sistemática e coerente perseguida<sup>1204</sup>. O ponto de partida está na linguagem como

---

<sup>1200</sup>DWORKIN, Ronald: “Os estudantes de direito que hoje lêem seu parecer mostram-se geralmente desdenhosos com relação a esse modo de interpretar uma lei a partir do texto; eles vêem nisso um exemplo de doutrina mecânica. Mas não há nada mecânico no argumento do juiz Gray. Há muito a dizer (e ele em parte o disse) em favor de seu método de interpretar uma lei, pelo menos no caso da lei sucessória. Os testadores deveriam saber como seus testamentos serão tratados quando eles não mais estiverem vivos para fornecer novas instruções. Talvez o avô de Elmer tivesse preferido que seu patrimônio ficasse com Goneril e Regan na hipótese de Elmer envenená-lo. Mas pode ser que não: ele poderia ter pensado que, mesmo com as mãos manchadas pelo assassinato, Elmer continuaria sendo melhor objeto de sua generosidade que suas filhas. A longo prazo, talvez fosse mais sábio que os juizes assegurassem aos testadores que a lei sucessória será interpretada segundo o chamado modo literal, para que os testadores possam fazer todas as estipulações que desejarem, confiantes de que suas disposições, por mais engraçadas que sejam, ainda assim serão respeitadas”. *In: O império do direito*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 24.

<sup>1201</sup>STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista*. *Revista Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte*, nº 52, p.146, jan/jun, 2008.

<sup>1202</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Uma das questões centrais para a hermenêutica filosófica consiste na impossibilidade da cisão “casos fáceis-casos difíceis”. Acreditar nesta cisão é o mesmo que fazer uma distinção de caráter estrutural. Um caso não é fácil ou difícil “em si”. Será fácil ou não de acordo com as possibilidades que o intérprete tem de compreender o fenômeno”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 310.

<sup>1203</sup>DWORKIN, Ronald: “Significa alguma coisa afirmar que os juizes devem aplicar a lei, em vez de ignorá-la, que o cidadão deve obedecer à lei, a não ser em casos muito raros, e que os funcionários públicos são regidos por suas normas. Parece estúpido negar tudo isso simplesmente porque às vezes divergimos sobre o verdadeiro conteúdo do direito”. *In: O império do direito*. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 54-55.

<sup>1204</sup>DWORKIN, Ronald: “Primeiro, é razoável admitir que os legisladores têm uma intenção genérica e

abertura ao ser, no convite ao ver e ouvir, do qual advém a compreensão em sentido originário no aí do ser, na tradição e historicidade. A linguagem não é instrumental, mas amalgamada ao ser e ao mundo, na medida em que só há mundo no ser, pois o ser tem seu acesso ao mundo por meio da linguagem<sup>1205</sup>. Há, no Direito, portanto, a necessidade de observância do conteúdo da lei democraticamente legitimada, cujo alcance não acontece através da análise abstrata de seu conjunto de símbolos componentes da proposição, mas do *Dasein*, alcançando um nível mais profundo, desvelador do âmago do contexto originário<sup>1206</sup>. É ultrapassada a visão do direito objetivado, limitado à questão semântica e aos problemas provenientes disso, um Direito ilusório, a camuflar o arbítrio das soluções jurídicas<sup>1207</sup>. Em sendo assim, é perseguida a correção da resposta jurídica<sup>1208</sup>, não havendo condescendência com a insegurança jurídica e social decorrente da multiplicidade de respostas igualmente possíveis do positivismo<sup>1209</sup>. Há padrões mínimos de correção no Direito a serem

---

difusa de respeitar os princípios tradicionais da justiça, a menos que indiquem claramente o contrário. Segundo, tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito como um todo, deve ser interpretada de modo a conferir, em princípio, maior coerência a esse sistema". In: **O império do direito**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 26.

<sup>1205</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "A linguagem é um dizer, dizer no sentido original da palavra, isto é, mostrar, deixar aparecer, ver, ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como, sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo o sentido. Agora se manifesta, com mais clareza ainda, que a linguagem não pode ser reduzida a puro instrumento, pois, em todo saber de nós mesmos, com em todo saber do mundo, já sempre estamos envolvidos pela linguagem, em que se dá a clareza do ser, onde se manifesta a compreensão do ser e onde fala a 'voz do ser'". In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 215-216.

<sup>1206</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Numa palavra final, não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta "superção" da literalidade do texto legal. Insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo a "dobra da linguagem", vale dizer, o contexto no qual a enunciação tem sua origem". In: **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

<sup>1207</sup>DWORKIN, Ronald: "Extraímos o agulhão semântico, e não precisamos mais da caricatura da prática do direito que nos oferecem as teorias semânticas. Agora podemos ver com maior clareza, e eis o que vemos. O direito é um conceito interpretativo como a cortesia em meu exemplo imaginário. Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta a suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho. Quando divergem sobre aquilo que chamei de modalidade teórica, suas divergências são interpretativas. Divergem, em grande parte ou em detalhes sutis, sobre a melhor interpretação de algum aspecto pertinente do exercício da jurisdição". In: **O império do direito**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 110.

<sup>1208</sup>STRECK, Lenio Luiz. Artigo: Aliança estratégica com o positivismo. *Conjur*: maio/2016.

<sup>1209</sup>DWORKIN, Ronald: "Assim, o destino de Élmer vai depender das convicções interpretativas do corpo de juizes que julgará o caso. Se um juiz acha que para alcançar a melhor interpretação daquilo que os juízes geralmente fazem a propósito da aplicação de uma lei ele nunca deve levar em conta as intenções dos legisladores, poderá então tomar uma decisão favorável a Élmer. Mas se, ao

atendidos pelo julgador, cujo desvio é revelador de má-fé ou crença metafísica ou, de forma mais pesada, corrupção ou ignorância<sup>1210</sup>. No segundo nível referido, ou nível apofântico, ou racionalidade II<sup>1211</sup>, há uma construção jurídica a ser respeitada, permitindo a correção da resposta de acordo com aquilo que está posto, permitindo uma jurisdição verdadeiramente democrática<sup>1212</sup>. O Direito, assim, possui uma racionalidade promotora de teorias e construção própria, sem descuidar do seu desenvolvimento através de estruturas lógicas, a sustentar a normatividade que lhe é inerente, com um ímpeto ao progresso<sup>1213</sup>, não de forma linear, pois lhe ocorre eventuais retrocessos, mas incessantemente buscando o afinamento, nos dias atuais, com os interesses democráticos constitucionais. Então, a exigência da reversibilidade das situações fáticas instaladas em face do deferimento de uma tutela de urgência é o exemplo perfeito do desejo metafísico positivista instalado na negação da temporalidade, da finitude, que na ciência do Direito alcança a verdade absoluta

---

contrário, acha que a melhor interpretação exige que ele examine essas intenções, é provável que sua decisão favoreça Goneril e Regan. Se o caso Élmer for apresentado a um juiz que ainda não refletiu sobre a questão da interpretação, ele deverá então fazê-lo, e de ambos os lados encontrará advogados dispostos a ajudá-lo. As interpretações lutam lado a lado como os litigantes diante do tribunal". *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 110/111.

<sup>1210</sup>DWORKIN, Ronald: "As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o "sentido" - o propósito, objetivo ou princípio justificativo - da prática do direito como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juizes. Não obstante, um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor da convergência. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância". *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 110.

<sup>1211</sup>STRECK, Lenio Luiz: "De um lado, o nível apofântico, no interior do qual o jurista lida com uma racionalidade discursiva, que, com Putnam, poderia ser chamada de racionalidade II. De outro, há uma discussão a priori (racionalidade I), onde o todo da racionalidade é dado sem a argumentação, ou, melhor dizendo, onde a argumentação chega sempre tarde". *Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísica-objetificante*". *In: DIAS, Jorge de Figueiredo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. COSTA, José de Faria. Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Filosofia, Teoria e Metodologia*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1127.

<sup>1212</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores, como o da "superação" da literalidade da lei, só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático". *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 37.

<sup>1213</sup>KLIMOVSKY, Gregorio: "Nuestra tesis acerca de que la ciencia no es mera opinión sino que se fundamenta en una metodología que le otorga objetividad nos permite afirmar, además, que el pensamiento científico posee racionalidad. El empleo metódico de estructuras lógicas, la actividad del científico sobre la base de ciertos procedimientos (no cualesquiera) y el respeto a la experiencia como piedra de toque para sostener ciertas afirmaciones, separa el conocimiento científico, expresado por medio de teorías, de las creencias o visiones del mundo a las que 'pudiésemos adherir por razones estéticas, religiosas o ideológicas. De tal modo, la objetividad de la ciencia es, en cierto sentido, una definición de su racionalidad, un valioso ingrediente quizá responsable de que, pese a las opiniones de Kuhn y Feyerabend, se pueda hablar todavía de que en la historia ha habido progreso del conocimiento". *In: Las Desventuras Del Conocimiento Científico. Una introducción a la epistemología*. 3ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora S. A., 1997, p. 401.

autônoma, imune aos vetores racionais hermenêuticos, ao ser-aí, à historicidade<sup>1214</sup>.

A busca pela resposta correta segundo padrões mínimos de correção do Direito é muito diferente da estagnação positivista cientificista legalista, engessadora do Direito. Necessário concordar com Dworkin, que à referida estagnação convencionalista seria preferível o “pragmatismo”<sup>1215</sup>, tanto que foi a corrente natural do positivismo, saindo da impenetrabilidade para ampla abertura, criadora da patologia jurídica solipsista. A preferência é debitada ao fato de que seria preferível à autonomia do Direito ter o mesmo como instrumento social mais efetivo, mais conectado e operante em relação aos anseios sociais.

A linha pós-positivista adotada da resposta correta busca a coerência e integridade do Direito com remate constitucional, atento à condição de possibilidade hermenêutica filosófica<sup>1216</sup>. Na mesma há a ultrapassagem da mera reprodução ou subsunção estagnante do Direito, rejeitando, por conseguinte, a abertura positivista principiológica, moral ou política dos moldes positivistas<sup>1217</sup>, partindo para uma construção jurídica coerente e integradora, tendo para tanto os princípios constitucionais no fechamento do Direito<sup>1218</sup>. A produção de sentidos<sup>1219</sup> permissora

---

<sup>1214</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Enquanto a hermenêutica, radicaliza-se a superação da metafísica, que, em sua essência, a partir dessa postura, nada mais é do que a permanente tentativa de negação da finitude, superação da temporalidade. Em síntese, metafísica é a pretensão a uma verdade absoluta, e isso significa para a hermenêutica autonegação da finitude. A experiência fundante da vida é a experiência da própria historicidade”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 231-232.

<sup>1215</sup>DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

<sup>1216</sup>DWORKIN, Ronald. Então o Direito deve primar pelo julgamento que seja: coerente com a posição que as leis ocupam em nosso sistema geral da doutrina, tal qual ele\* a compreende. *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 162. Ainda que os julgamentos: se ajustem suficientemente bem às regras estabelecidas”. *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 166. \*ele – referência ao julgador, respeitando o limite hermenêutico subjetivo.

<sup>1217</sup>DWORKIN, Ronald: “O direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”. *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, op. cit. p. 271.

<sup>1218</sup>DWORKIN, Ronald: “Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo”. *In: O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, op. cit. p. 264.

<sup>1219</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O caráter de interpretação em Gadamer é sempre produtivo. É impossível reproduzir um sentido. O aporte produtivo do intérprete forma inexoravelmente parte do sentido da compreensão. Como já se viu, é impossível o intérprete se colocar em lugar do outro”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 213.

do acercamento do Direito e do sentido democrático social não pode, portanto, implicar na atribuição arbitrária de sentidos<sup>1220</sup>, estando a coerência defendida em uma relação de proximidade com a tradição, em que pese em níveis distintos. Muito próximo da necessidade de afinamento com a construção jurídica, de modo a impedir retrocessos e rompimentos no Direito, na linha do que García-Huidobro traz a respeito da atuação de Antígona e Creonte<sup>1221</sup>, porém, sem admitir, obviamente qualquer origem metafísica na norma defendida por Antígona<sup>1222</sup>. Por isso, a tradição aqui defendida tem inspiração gadameriana, e decorre da construção jurídica racional e histórica, com alicerce na Constituição.

A Constituição, contudo, como referido anteriormente, não é o objeto, o instrumento legislativo escrito tão somente. Antes de tudo, de acordo com a base teórica assumida, não se trata de ter uma Constituição, mas de estar Constituição, de uma Constituição viva não despregada do ser cidadão. Destarte, é abandonada a tese burguesa da ilustração da objetivada para ser assumida uma confluência de facetas do ser, de acordo com a inevitabilidade do círculo hermenêutico-filosófico, porém, objetivando uma autossuficiência indispensável para o ser jurídico-constitucional

---

<sup>1220</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Por isso, a afirmação de que o “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” nem de longe pode significar a possibilidade de este estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem “existência” autônoma). Como bem diz Gadamer, quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática (veja-se, aqui, a importância que o mestre alemão dá ao programa aristotélico de uma *praktische Wissenschaft*). Isso não quer dizer, de modo algum, que a interpretação da lei seja uma tradução arbitrária, fruto de um intérprete solipsista” *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 53/54. No mesmo sentido, **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 112

<sup>1221</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: La actuación de Antígona no es El fruto de una aplicación mecánica de ciertos imperativos abstractos. Ella mantiene los ojos abiertos para las exigencias divinas precisamente porque está movida por algo tan concreto como el amor a su hermano muerto. Por otra parte, la aceptación de las leyes no escritas es también un acto de piedad. Se trata de leyes que no hemos inventado nosotros, sino que hemos recibido de nuestros antepasados. Cuando las reconocemos y cumplimos estamos dando testimonio de que somos parte de una historia, de una tradición. Seguir la tradición es cualquier cosa menos arrogancia. Por el contrario, es una señal de modestia y sensatez, que implica reconocer el valor y la racionalidad de lo que han hecho los demás (la tradición es la ‘democracia de los muertos’, decía Chesterton). Diversos estudiosos han señalado que, en la disputa entre Antígona y Creonte, el revolucionario es el monarca. Antígona, en cambio, representa la continuidad, la historia”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 19.

<sup>1222</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Al invocar estas leyes no escritas, cuyo origen es inmemorial, Antígona está reconociendo que hay en el mundo humano un orden que no está puesto por el hombre, aunque esté a su alcance el transgredirlo. La idea de un orden moral cuyo valor no depende del poder o el consenso vigentes, es uno de los elementos fundamentales de lo que Berlin ha llamado la “tradicción central de occidente”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p.19.

defendido, de forma progressivamente democrática<sup>1223</sup>. Tudo isso, colocando de forma reiterada, sem prejuízo das construções racionais constitucionais e jurídicas<sup>1224</sup>.

Nessa produção racional importa o reconhecimento de uma construção jurídica e a necessidade de uma adequada aplicação do Direito, exigindo do jurista conhecimento e muito esforço. Isto é, parece óbvio que o estudo do Direito é fundamental para bem aplicá-lo, mas a filosofia da consciência, o solipsismo, parecem obnubilar a obviedade. Imprescindível é o conhecimento jurídico, o constante estudo do Direito para alcançar a resposta jurídica, sem, contudo, desprezar o círculo hermenêutico, em evidência, a capacidade do sujeito, o pré-conhecimento subjetivo<sup>1225</sup>. Somada à fusão de horizontes que revela a impossibilidade de cindir a interpretação da aplicação é que afasta a ideia de alcançar critérios “puros” de saber, fundados na relação sujeito-objeto. A compreensão, interpretação e aplicação são incidíveis. O texto dado, com a interpretação e compreensão, é aplicado ao próprio ser, ao seu pré-conhecimento, alargando-o e permitindo novas possibilidades de mundo ao ser, com o que o texto sempre se apresenta diferente<sup>1226</sup>. Portanto, o próprio círculo hermenêutico pertence à tradição, no sentido de que a racionalidade está na

---

<sup>1223</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Por um lado, o preceito recolhe os anseios populares veementemente demonstrados de *ter Constituição* (sentimento desiderativo); por outro, expressa a necessidade de *estar em Constituição*, ou seja, de uma ordenação racional da convivência política (sentimento cumprido), porque satisfaz os requerimentos institucionais da burguesia liberal ilustrada. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 72.

<sup>1224</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “Nesse sentido, a teorização e a conceitualização do *poder constituinte*, sem esquecer suas importantíssimas vertentes formais, tecnicizadas pelo Direito, ao final derivam, nos países democráticos, de uma volição popular que sente a imperiosa necessidade de configurar sua existência, mediante o processo de normação e institucionalização jurídicas. Segundo tal ponto de vista, todo processo constituinte parte de um momento volitivo, às vezes passionalmente sentido, que produz uma racionalização jurídico-política (a Constituição). Assim, pois, na teoria e na existência fática do poder constituinte, no seu consequente processo e resultado, confluem a razão e o sentimento constitucionais”. *In: O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 72.

<sup>1225</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Mais do que isso, a autonomia do direito – ou o grau de autonomia atingido pelo direito produzido democraticamente no interior do novo paradigma – não pode, agora, vir a soçobrar diante de uma simplista visão que ripristina exatamente o paradigma que sempre buscamos superar: a filosofia da consciência, que conferiu ao sujeito cognitivo uma posição central com respeito à natureza e ao objeto (assim, o direito não seria cognoscível se o sujeito/intérprete que “conhece” não dispusesse de “títulos”, faculdades e intuições a priori, capacidades de dar espaço e tempo às coisas, além de organizar a experiência segundo categorias do intelecto)”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 54.

<sup>1226</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Compreender um texto significa sempre: aplicá-lo a nós e saber que um texto, mesmo que deva ser compreendido de maneira diferente, é contudo o mesmo texto que se nos apresenta sempre de outro modo”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 235-236.

tradição da mesma forma que o texto é contexto e também tradição, na perspectiva da relação sujeito-sujeito (intersubjetiva), com a observância do sentido comum<sup>1227</sup>, permitindo a compatibilidade hermenêutica-filosófica com a coerência e integridade defendida no plano do Direito.

A filosofia-hermenêutica conduz, portanto, na esteira do que defende Streck, a um combate do subjetivismo, em prol de uma jurisdição constitucional<sup>1228</sup>, com coerência e integridade e respeito à autonomia do Direito. A resposta correta é a hermenêuticamente correta (adequada à Constituição) na situação concreta, oposto, portanto, ao positivismo que permitia múltiplas respostas, o que era ensejador do solipsismo<sup>1229</sup>. A jurisdição constitucional é aquela que implica na observância dos princípios constitucionais em conjunto, coerentemente, com a tradição jurídica<sup>1230</sup>, implicando em observância de construções jurídicas anteriores e presentes, de conformidade com o Direito e a Constituição, não sendo permitida uma abertura axiológica principiológica, mas sim um fechamento deontológico. Regras e princípios, no plano jurídico, na tese defendida, longe da classificação positivista, que os diferencia por critérios teleológicos ou valorativos<sup>1231</sup>, onde nos últimos podem ser

---

<sup>1227</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O sentido que uma hermenêutica assim não mede e rejeita a tradição a partir do padrão da razão natural. Mas, ao mesmo tempo que procura uma concordância plena de sentido entre as duas tradições, nas quais se encontra, essa hermenêutica continua essencialmente a tarefa da hermenêutica anterior de ganhar na compreensão um entendimento sobre o conteúdo”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 57.

<sup>1228</sup>*In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Streck refere que a “Constituição não é uma “carta em branco” para o exercício de voluntarismos interpretativos”, p. 57.

<sup>1229</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Em resumo, a resposta constitucionalmente adequada é o ponto de estofa em que faz surgir o sentido do caso concreto (da coisa mesma). Na coisa mesma (*Sache selbst*), nessa síntese hermenêutica, está o que se pode denominar de a resposta hermenêuticamente (mais) adequada, que é dada sempre e somente na situação concreta. Este é o salto que a hermenêutica dá em relação às teorias da argumentação, que são procedimentais. A tese da resposta hermenêuticamente adequada é, assim, corolário da superação do positivismo – que é discricionário, abrindo espaço para várias respostas e a conseqüente livre escolha do juiz – pelo (neo)constitucionalismo, sustentado em discursos de aplicação, intersubjetivos, em que os princípios têm o condão de recuperar a realidade que sempre sobra no positivismo”. *In: Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Janeiro-Junho, 2009, p. 76.

<sup>1230</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Numa palavra, nenhum princípio atua por si só como criador de normas, senão que unicamente possui força constitutiva ou valor construtivo em união com o conjunto do ordenamento reconhecido, dentro do qual lhe incumbe uma função bem definida. Daí a questão da reconstrução institucional. A institucionalização de um princípio demanda a constituição de uma tradição”. *In: Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 575.

<sup>1231</sup>NEVES, Marcelo, após cuidadosa análise dos critérios geralmente utilizados para distinguir regras de princípios conclui: “Enfim, diante do exposto, não se pode, a rigor, distinguir princípios e regras constitucionais pelo caráter teleológico ou valorativo dos primeiros em detrimento das segundas, nem pela maneira que esses tipos de norma referem-se aos valores. Tanto há princípios quanto

vistos umbilicalmente vinculados ao Direito Natural<sup>1232</sup>, têm articulação para compor a norma<sup>1233</sup>, na solução do caso concreto, o que, inclusive, transfere do legislador para o jurista a tarefa normativa, porém, sempre no limite do jurídico, do constitucional. A referida premissa é autorizativa da negação de que o Direito ou qualquer conhecimento científico possa permanecer autocentrado indefinidamente, o contínuo desenvolvimento jurídico, em que pese o fechamento do Direito a correções externas, não prescinde do paradoxo aperfeiçoamento decorrente do não-científico<sup>1234</sup>, ajustado à resposta correta constitucional e democrática. Há na democracia constitucional o indispensável elemento dialético, respeitada a igualdade material, que acaba por ser solapado no decisionismo judicial<sup>1235</sup>. A atribuição de sentido de forma livre, fora do Direito, pelo juiz, acaba margeando a dialética jurídica entabulada pelas partes<sup>1236</sup>,

---

regras que se referem imediata, direta e explicitamente a valores e fins, como há princípios que não se caracterizam por essa maneira de referência a eles”. *In: Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 41.

<sup>1232</sup>REALE, Miguel: “Desdobra-se, assim, significativamente, o fenômeno singular do apelo à “cultura jurídica” para salvar “os bens da natureza”, ao contrário da antiga invocação da “natureza” para salvaguarda dos “bens jurídicos”... Esta observação, penso eu, ilustra eloqüentemente a ambivalência do termo Direito Natural, descerrando os véus que ocultavam a complementariedade essencial existente entre a natureza e a cultura, o fato e o valor, para a compreensão filosófica e científica da “normatividade” jurídica. Sob esse prisma, poder-se-ia dizer que o Direito Natural é a versão normativa da Axiologia Jurídica”. *In: Direito Natural/Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 16.

<sup>1233</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Isso também se aplica à diferença entre axiologia e deontologia e é por isso que, permito-me insistir neste ponto, princípios não são valores. Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras. Normas são, assim, o produto de uma dimensão deontológica própria do direito, já que ele se articula a partir de regras e princípios”. *In: Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 560.

<sup>1234</sup>MORIN, Edgar: “Melhor dizendo, e isso é um paradoxo surpreendente, a ciência se desenvolve, não só a despeito do que ela tem de não científico, mas graças ao que ela tem de não-científico”. *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p.185.

<sup>1235</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas”. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 363-364.

<sup>1236</sup>STRECK, Lenio Luiz: “E esse grau de liberdade – chame-se-o como quiser – acaba se convertendo em um poder que não lhe é dado, uma vez que as “opções” escolhidas pelo juiz deixarão de lado “opções” de outros interessados, cujos direitos ficaram à mercê de uma atribuição de sentido, muitas vezes decorrente de discursos exógenos, não devidamente filtrados na conformidade dos limites impostos pela autonomia do direito”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 49-50.

produzindo um resultado diverso do potencialmente acordado por todos<sup>1237</sup>, com o que inescapavelmente é antidemocrático. Portanto, a força normativa constitucional é impositiva da resposta correta, com coerência e integridade do Direito.<sup>1238</sup>

A oclusão jurídica constitucional é avalizadora do conteúdo democrático perseguido. O julgamento democrático, sem usurpação de poderes, sem solipsismo, em face da própria autonomia do Direito, deve ocorrer dentro do Direito e pelo Direito, respeitando, em consequência, a Constituição. Por isso, o emprego dos princípios objetiva o fechamento do Direito e não a abertura para a correção através da moral, a fim de preservar a sua autonomia<sup>1239</sup>. A resposta correta, então, como metáfora, acaba por justificar a defesa do Direito, com coerência e integridade. O caráter especulativo hermenêutico e a metafórica resposta correta estão no cerne da preservação da co-originalidade<sup>1240</sup> (Habermas/Streck) do Direito e Moral e na (re)construção permanente do Direito<sup>1241</sup>.

---

<sup>1237</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Portanto, para distinguir sentenças verdadeiras e falsas é necessária a referência ao “julgamento de outros”, a saber, ao julgamento de todos os outros com os quais eu poderia dialogar. A condição de verdade das sentenças é o acordo potencial de todos os outros. Faticamente, contudo, só posso controlar minhas afirmações por meio do acordo de muitas pessoas, que devem ser competentes para fazer o julgamento”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 310.

<sup>1238</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Numa palavra: a resposta correta (adequada à Constituição e não à consciência do intérprete) tem um grau de abrangência que evita decisões *ad hoc*. Entenda-se, aqui, a importância das decisões em sede de jurisdição constitucional, pelo seu papel de proporcionar a aplicação em casos similares. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões forem aplicados para outros casos idênticos; mas, mais do que isso, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição”. *In: O que é isto – Decido conforme minha consciência*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 117.

<sup>1239</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Relevante, nesse sentido, contestar a tese de Alexy, para quem os princípios são (apenas) mandados de otimização. Tal circunstância enfraquece a força normativa dos princípios, que são, pois, deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito. Os princípios constitucionais são o modo de superação do mundo das regras do positivismo. Por isso o neoconstitucionalismo resgata a 'realidade perdida', trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das 'preocupações do positivismo’”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 253.

<sup>1240</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há de se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a 'retomada' da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina cooriginalidade)”. *In: Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 211.

<sup>1241</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Também a razão comunicativa põe quase tudo como contingente, menos as condições de originação de sua própria mediação lingüística. Para tudo o que, no seio das formas de vida lingüisticamente estruturadas, levanta pretensões de validade, as estruturas de um entendimento lingüístico possível constituem algo intranscendível. Isso não significa negar a

### 3.4.2 Possibilidades Jurídicas Pós-Positivistas – Combate à Crise do Processo

A crise do Direito e do Processo é tema comum nos dias de hoje, seja no círculo forense ou fora dele<sup>1242</sup>. Todavia, as causas não são comumente tratadas com a seriedade e profundidade necessárias, de modo a alcançar respostas que possam, ao menos, mitigá-la<sup>1243</sup>. A investigação das causas do fenômeno, especialmente em relação à tese, perpassa pelas análises descritivas dos contextos passados descritos para, a partir disso, permitir um viés crítico e prospectivo. A tese está a atuar, portanto, no Direito com eixos político, filosófico e técnico<sup>1244</sup>.

Importante registrar que as críticas relacionadas a concepções oriundas de paradigmas anteriores, especialmente em relação à ideologia iluminista/cientificista do processo, não ignoram as causas anteriores que a produziram. Do mesmo modo que não é desconhecida a importância que as formulações iluministas criticadas tiveram ao seu tempo, atendendo a uma ideologia liberal, marcada historicamente pelas revoluções contra as monarquias, que por sua vez, originaram a concepção de Estado, em reação ao sistema feudal/medieval. Foram (re)evoluções do pensamento humano e da sociedade importantes e indispensáveis, possibilitadoras do presente<sup>1245</sup>, inclusive do diagnóstico da falha de fidedignidade do Processo e do Direito. Ou seja, uma das conclusões do estudo é de que o processo em crise podia servir no passado, mas não mais na hodiernidade.

---

pluralidade, a diferença, a contradição. A questão está em pensar a “conexão dialética” entre ambos, pois a unidade transitória que se cria na intersubjetividade “quebrada” de um consenso lingüística-mente mediado não só garante, mas promove e acelera o pluralismo das formas de vida e a individualização dos estilos de vida. É preciso hoje pensar a unidade da razão não como repressão, mas como fonte da multiplicidade de suas vozes”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 347-348.

<sup>1242</sup>O reflexo é visível na diminuição da confiança no Poder Judiciário. Em 2017 apenas 24% dos entrevistados disseram confiar na instituição conforme apontado pela pesquisa de FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

<sup>1243</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “A crise pela qual passa a administração da Justiça tornou-se tema constante, seja na imprensa, seja na vida forense. Juízes e advogados, quando se encontram, em sua convivência cotidiana, costumam lamentar-se da morosidade e ineficiência do Poder Judiciário. O assunto invadiu a própria Universidade, templo de preservação do dogma. O que há, porém, de singular nessa atitude é que ninguém, dentre aqueles que se lamentam da ineficiência da administração da justiça, ocorra a natural indagação do “por quê”, que poderia dar-nos alguma resposta a respeito das causas reais desse fenômeno que tanto os incomoda e embaraça. O lamento do dogmático naturalmente é inconseqüente, por isso que indagar pelas causas é questionar o dogma”. In: *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 299.

<sup>1244</sup>**Interpretação das leis processuais**. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

<sup>1245</sup>A propósito, a lição de Bobbio, sobre a origem da democracia a partir da concepção individualista. (BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 34).

Não é ignorado que a inflação legislativa, a complexidade do sistema legal e as contradições textuais permitem enxergar uma crise mesmo dentro de um paradigma cientificista iluminista, pois atentatória à desejada segurança jurídica sonhada um dia<sup>1246</sup>. Do mesmo modo, falta de atenção/conhecimento dos políticos sobre a necessidade de aparelhamento humano e material do Judiciário, com a inadequada alocação de recursos públicos, agravam o quadro adverso<sup>1247</sup>. No entanto, o prisma do diagnóstico central da crise, mais fortemente vinculada à tese, é outro, consubstanciado na ausência de autenticidade do Direito e Processo pós-modernos, reféns ainda de dogmas da Modernidade, com especial destaque no capítulo para a impenetrabilidade positivista para o *linguistic turn* (invasão da linguagem na filosofia), quando deveriam caminhar atados aos anseios sociais pós-modernos. Os grilhões da Modernidade geram o descompasso decorrente da adoção de uma ideologia alienante, tendo o Direito, o processo, a técnica processual e a tutela jurisdicional, que lhe é consequente, de forma objetiva, desembocando em um apego ao conceitualismo<sup>1248</sup>, despreocupação com a efetividade, procedimentos eminentemente ordinários, custosos, demorados e complexos, pois deveriam ser aptos a alcançar, com segurança jurídica, um juízo de certeza<sup>1249</sup>. Ou seja, na

---

<sup>1246</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Mas não foi somente em razão do malogro do sonho racionalista que se estabeleceu esse completo anacronismo entre Processo de Conhecimento e História. Tanto quanto a revelação da fantasia iluminista, que pretendia transformar o Direito numa espécie de ciência lógica ao estilo das matemáticas, a inflação legislativa que caracteriza nossa contemporaneidade contribuiu decisivamente para demonstrar que o direito não é apenas racionalidade, e que a estrutura do sistema jurídico, como uma unidade de compreensão racional, é outra ilusão que tem de ser abandonada, em que pesem as esperanças de alguns juristas e filósofos nostálgicos, que ainda sonham com a segurança absoluta através da lei”. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

<sup>1247</sup>CARNELUTTI, Francesco: “Los hombres de gobierno hablan periódicamente de una “justicia rápida y segura”; pero bastaría que tuviesen conocimiento de las estrecheces materiales, a menudo inconcebibles, en que se realiza el servicio, para que se dieran cuenta de que tales declaraciones no tienen ninguna seriedad. Si al servicio judicial se dedicasen los cuidados que se prodigan al servicio ferroviario o a la red de carreteras, las cosas comenzarían a andar de otro modo; pero los valores económicos pesan todavía, desgraciadamente, mucho más que los valores morales”. *In: Cómo se hace un Proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007, p. 49-50.

<sup>1248</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva: “Este pendor pela “naturalização” das instituições processuais constitui propriamente o dogma. Uma de suas expressões mais óbvias é a formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social”. *In: Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 297-320.

<sup>1249</sup>GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo: “Aunque la incapacidad de la Ley procesal civil para dar respuesta a los conflictos de la sociedad del siglo XX pretendió atajarse mediante la técnica de reformas urgentes y parciales, el resultado se reveló insuficiente para atender a las necesidades de la realidad. La sociedad demandaba una nueva Ley capaz de solventar eficazmente sus problemas. A esta exigencia ha dado cumplida respuesta la Ley 112000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el día 8 de enero del año siguiente. Al margen de los detalles, la más importante aportación de la Ley 112000 es la asunción de un nuevo modelo procesal civil —el de los juicios plenarios

constatação prática foi verificável a ampliação exponencial do acesso à justiça, com o aumento do volume de demandas e um Direito e sistema despreparado para dar a resposta adequada desejada pela sociedade<sup>1250</sup>.

Nessa linha de pensamento, há o menosprezo do fático, do *modo-de-ser*, em prol de concepções, regras e princípios de validade universal e imutável, indiferentes à sociedade, à política e à historicidade<sup>1251</sup>, como se o Direito e o Processo pudessem ser herméticos, neutros, sem qualquer vínculo ou compromisso externo<sup>1252</sup>. É a autonomia absoluta do processo, elevando o Direito e o Processo a condição análoga à das ciências exatas e das ciências da natureza<sup>1253</sup>. Ilustrativo, como poucos, o raciocínio de Savigny, do século XIX, que despreza as questões fáticas em prol das questões técnicas da ciência jurídica<sup>1254</sup>.

---

rápidos—y, portanto, el abandono del modelo de proceso ordinario del Derecho común. El aumento de la litigiosidad característico de toda sociedad desarrollada sólo podía atajarse mediante un modelo procesal que permitiese una tutela pronta y, sobre todo, eficaz. Es esta finalidad la que justifica que el nuevo modelo procesal sea el de los juicios plenarios rápidos y también la razón de que la oralidad, la intermediación, la concentración y la publicidad de las actuaciones sean las notas caracterizadoras del procedimiento”. *In: Proceso Civil e Ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 34.

<sup>1250</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Em tempos atuais, a situação ganha contornos de verdadeira epidemia, porquanto ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de reformar a lei processual – que até muito pouco tempo atrás se preocupava quase que exclusivamente com a “segurança” das decisões judiciais –, não se pode deixar de constatar que o aparato judicial de diversos países, entre eles o Brasil, não está preparado para dar vazão ao grande aumento de acesso à Justiça”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 70.

<sup>1251</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Este é o preço afinal pago pelos ordenamentos jurídicos e pelos ambiciosos sistemas doutrinários de que foi prodigioso o pensamento europeu, a partir do século XIX; a permanência do direito, a conservação indefinida de suas regras e princípios faz-se a custo de uma cada vez mais completa alienação da história e dos fatos sociais”. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 194.

<sup>1252</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “A idéia de que as instituições processuais – queremos referir-nos ao Processo de Conhecimento e ao cortejo conceitual que o sustenta – sejam neutras e livres de qualquer compromisso com a História e com o contexto cultural que as produziu é inteiramente falsa, mesmo tendo-se em vista a extrema formalização a que elas foram levadas pelo movimento responsável pela formação do “mundo jurídico”. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 201.

<sup>1253</sup>TARELLO, Giovanni: “il fatto che, nelle opere giovanili, Leibniz assume il diritto – quello vigente o che gli pare essere vigente – come un dato indiscutibile, che non há bisogno di essere dimostrato o fondato. Il diritto vigente (cioé il diritto tou court) è un fatto; e anche quando, nelle opere della maturità, Leibniz si è dedicato alla ricerca dei fondamenti del diritto, tale ricerca appare pur sempre come la ricerca dei fondamenti di una realtà naturale. La ricerca di certezza che anima le prime opere giuridiche di Leibniz, non è diversa della ricerca di certezza che anima le sue ricerche matematiche o scientifiche”. *In: Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 134-135.

<sup>1254</sup> “Considera-se, com frequência, que seria possível adquirir, por meio da experiência, um conhecimento completo dos casos singulares em si mesmos, para resolvê-los de acordo com o correspondente enquadramento legal. Porém, quem tenha observado com atenção os casos litigiosos dar-se-á conta facilmente de que esta empresa haverá de ser infrutífera, porque os casos

As influências históricas, políticas, filosóficas e jurídicas referidas acabaram por criar um processo avesso aos juízos de verossimilhança, aos juízos interditais, de onde seria possível concluir que a inserção no texto legal de um dispositivo faticamente impossível, é, além de tudo, um instrumento para a manutenção do mesmo sistema processual anacrônico e insatisfatório, fiel ao cientificismo estéril e alienante <sup>1255</sup>, que desemboca no processo de conhecimento com função exclusivamente declaratória, onde a lei tem em si conteúdo e sentidos próprios, independentes do intérprete, podendo os julgadores darem-se ao luxo de simplesmente dizer o Direito, de serem meros bocas da lei, fazendo “atuar a vontade (sentido) concreta da lei”, de forma unívoca, independente, portanto, de quem interpreta <sup>1256</sup>. Quando o Estado de Direito não se contenta mais apenas com os

---

reais apresentam, entre si, inimagináveis diversidades. Precisamente os códigos mais modernos abandonaram por completo todo o esforço destinado a sugerir esta integridade material, sem que, no entanto, se a tenha substituído por qualquer outra. Certamente pode-se conseguir uma tal integridade de outra maneira, capaz de ser explicada mediante uma expressão técnica da geometria. Com efeito, em cada triângulo há certos dados conhecidos, de cuja combinação de dois lados e o ângulo entre eles compreendido, estará dado o triângulo. De modo análogo, dada parte de nosso Direito tem certos fragmentos dos quais se derivam os demais: podemos chamar-lhes os princípios retores”. SAVIGNY, F. de. **De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia**. Madrid: Aguilar, 1970, p. 64. (edição alemã de 1814).

<sup>1255</sup>Importante registrar que a crítica não atinge a importância da ciência e a sua contribuição para o conhecimento humano e para o progresso da contemporaneidade. PINKER, Steven: “A guerra intelectual contra a ciência é uma erupção da controvérsia levantada por C. P. Snow em 1959, quando deplorou o desdém pela ciência entre intelectuais britânicos em sua palestra e no livro *As duas culturas*. O termo “culturas”, no sentido dos antropólogos, explica o enigma de por que a ciência provocou a artilharia não só de políticos financiados por combustíveis fósseis mas de alguns dos membros mais eruditos da intelectualidade. Durante o século XX, a paisagem do conhecimento humano foi dividida em ducados profissionalizados, e o crescimento da ciência (e em particular das ciências da natureza humana) é muitas vezes visto como uma invasão de territórios cercados e fechados pelas humanidades acadêmicas. Não que os praticantes das humanidades tenham essa mentalidade de soma zero. A maioria dos artistas não mostra sinais disso: os romancistas, pintores, cineastas e músicos que conheço são intensamente curiosos a respeito da luz que a ciência pode lançar em seus meios de comunicação, assim como estão abertos a qualquer fonte de inspiração. Os estudiosos que se aprofundam em épocas históricas, gêneros da arte, sistemas de ideias e outros assuntos da humanidade tampouco manifestam preocupação quanto a isso, pois um verdadeiro estudioso é receptivo a ideias seja qual for sua origem. A belicosidade defensiva pertence a uma cultura: a Segunda Cultura de Snow dos literatos, críticos culturais e ensaístas eruditos. O escritor Damon Linker (citando o sociólogo Daniel Bell) caracteriza-os como “especialistas em generalizações, (...) que se pronunciam sobre o mundo a partir de suas experiências individuais, hábitos de leitura e capacidade de julgamento. A subjetividade em todas as suas idiosincrasias e excentricidades é a moeda do reino na República das Letras”. Esse modus não poderia ser mais diferente do caminho da ciência e são os intelectuais da Segunda Cultura que mais temem o “cientificismo”, que entendem como a posição de que “a ciência é tudo o que importa” ou que “se deveria confiar nos cientistas para resolver todos os problemas””. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 456-457.

<sup>1256</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Ao advertir para o compromisso da lei com determinados pressupostos de natureza política, tivemos a intenção de mostrar que o Processo de Conhecimento, ao suprimir os juízos de verossimilhança, conserva-se fiel ao iluminismo, pressupondo que a função jurisdicional seja exclusivamente declaratória; que o ordenamento jurídico, criado pela onipotência

direitos individuais (primeira geração) e sociais (segunda geração) passa-se a exigir a tutela dos novos direitos, de forma célere, permitindo um papel transformador do Direito, principalmente nos países de Modernidade tardia, como o Brasil<sup>1257</sup>, com o que há o reforço do papel do processo e do juiz, na atuação jurídica constitucional e democrática.

A perspectiva criticada de Direito e de Processo permite uma alienação dos juristas, na medida em que a cientificidade herdada da ilustração obnubila qualquer crise do Direito e do Processo. As ciências do Direito e do Processo, na perspectiva positivista obnubilante, são alheias aos interesses sociais de qualquer natureza, permitindo que o jurista também seja alheio a tudo mais, pois sua única preocupação é técnica jurídica. Há, com tudo isso, uma dualidade contrafática gerada e gestada há séculos, consistente na separação absoluta entre o mundo dos fatos e o mundo do Direito<sup>1258</sup>. A necessidade de unificação dos mundos, a afirmação da importância contextual, há tempos já passou a ser vista pela doutrina<sup>1259</sup> e é premissa

---

de um legislador sábio e todo poderoso, possa oferecer ao juiz a solução para os casos concretos que lhe caibam julgar, de modo que a função de julgar não seja nada além da mecânica declaração da “vontade concreta da lei”. Em última análise, o Processo de Conhecimento, com a exigência de juízos de certeza, pressupõe a univocidade da lei, capaz de permitir apenas uma solução correta. Se a sentença for o produto de um juízo de certeza, então não haverá lugar para qualquer espécie de probabilismo, porque não poderá haver outra certeza que lhe seja antagônica, como haveria se a decisão judicial fosse baseada em simples verossimilhança”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 205-206.

<sup>1257</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O século XX foi generoso para com o Direito e a Filosofia. No Direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um plus (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro”. In: *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-Junho, 2009, p. 66.

<sup>1258</sup>BAPTISTA, Ovídio Araújo: “Certamente a alienação dos juristas e seu confinamento no “mundo jurídico” foram determinados por interesses políticos e econômicos da maior relevância. Não se pode, por isso, pretender a superação do paradigma racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito”. Como disse Gadamer, “todos nós somos filhos da Ilustração”, enquanto juristas carregamos ainda o otimismo e a esperança de alcançarmos a certeza do Direito, embora o mundo a nosso redor esteja literalmente de pernas para o ar, em relação ao pensamento do século XVIII europeu”. In: **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 313.

<sup>1259</sup>CAPPELLETTI, Mauro: “L’ufficio Del giurista consite non nel tirar fuori le leggi dall’ambiente storico in cui sono nate, per rilustrarle e collocarle in bela mostra, como campioni imbalsamati nelle loro scatoline ovattate in um sistema armonico che dia agli occhi la ilusione tranquillante dela loro perfetta simetria e addormenti le coscienze col far credere che il diritto viva per conto suo inattaccabile in um empíreo teórico in cui le contingenze umane non possono giungere a turbalo; m anel dare agli uomini

indispensável na tese. Com isso, o operador jurídico deve ser despertado de seu sonho cientificista, para assumir responsabilidades pela crise do Direito e do Processo, pelo descumprimento das expectativas constitucionais legítimas da Contemporaneidade<sup>1260</sup>. Em sendo assim, haverá a colaboração para a edificação de um processo constitucional democrático, aflito com as singularidades pós-modernas, com os novos direitos, com as angústias da vida<sup>1261</sup>, com a prevenção de ilícitos e concretização dos direitos e garantias fundamentais<sup>1262,1263</sup>.

A propósito, em oposição à separação de mundos, é de suma importância a contribuição hermenêutica-filosófica abordada no capítulo anterior. A fusão de horizontes, em que se constitui a interpretação, é condutora de racionalidade impeditiva da dualidade própria da relação sujeito-objeto. A compreensão, a interpretação, partem do sujeito, e não do objeto, de acordo com o círculo virtuoso hermenêutico, com o que, no Direito e no Processo seja inadmissível a interpretação como método para alcançar o sentido correto da lei. À vista disso, deixa de ser possível buscar respostas apenas na melhoria do texto legal, que, ao ensejo, como tela de fundo da tese, há o primado do aperfeiçoamento do trabalho embaraçante do mecanismo legislativo, para se alcançar um outro nível de entendimento, que, desde

---

la tormentosa ma stimolante consapevolezza che il diritto è perpetuamente in pericolo, e che solo dalla loro volontà di prenderlo sul serio e di difenderlo a utti i costi dipende la loro sorte terrena, ed anche la sorte dela civilità". *In: Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 522.

<sup>1260</sup>BAPTISTA, Ovídio Araújo: "Os juristas em geral, e os processualistas particularmente, têm de trabalhar nesse mundo, com suas carências, suas expectativas, lamentações e esperanças. Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranquilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos". *In: Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 313.

<sup>1261</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel: "O processo científico do século XIX avolumado na segunda metade do século XX, o cientifismo chegou ao ponto de se "transmudar em grilhões de uma servidão perversa". Preocupação com a realidade da vida e as angústias do sujeito em conflito. *In: A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 11-12.

<sup>1262</sup>RIBEIRO, Darci: "A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais, e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia". *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

<sup>1263</sup>CAPELLETTI, Mauro. Ideologie nel Diritto Processuale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, p. 193-219, 1962. CAPELLETTI, Mauro. *Ideologias no Direito Processual*. Apresentação de Álvaro de Oliveira e tradução de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010. (Processo, Ideologias e Sociedade, Vol. 2). BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 5-34. DONDI, Angelo Taruffo Comparatista: uno Sguardo Originale ai Problemi del Processo Civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Vol. 69, nº 2, 2015, p. 485-518.

meados do século passado, possuía uma abertura de questionamento no Processo, como sugeriu Carnelutti, direcionando a causa do problema para o homem, para a questão moral<sup>1264</sup>. Em assim sendo, passa a ser permitido um revés do modo originário de conceber o Direito, o Processo, com o que a crise tratada ganha uma dimensão muito mais ampla, acordando o jurista para o desconforto e angústias da realidade social, da vida, do Direito e do Processo.

O jurista não pode abandonar a conexão com a realidade, com o contexto no qual está inserido e na qual o litígio também está. A resolução está na significação constitucional democrática a ser alcançada para o caso concreto. Trabalho que é muito dificultoso, pois envolve inclusive discernimento político dos fins colimados no Processo, onde há de ser realizada uma filtragem a respeito das diversas possibilidades, não raro com a necessidade de discernimento sobre o temperamento das proposições supostamente democráticas, sem permitir confusões entre fim democrático e fim capitalista. Com efeito, há balizada doutrina processual a defender a herança da Modernidade baseada no egoísmo e no conflito, por ser geradora da competição, indispensável mola propulsora do progresso e desenvolvimento<sup>1265</sup>, de onde é possível perceber a defesa de um inexorável liame entre democracia e capitalismo, e, de outra banda, os processualistas que enxergam a necessidade de

---

<sup>1264</sup>CARNELUTTI, Francesco: "Tengo el deber de desengañar al público a quien me dirijo, disuadiéndolo de cultivar esas que no serían esperanzas, sino verdaderas ilusiones. Ciertamente, nuestras leyes procesales no son perfectas; pero, en primer lugar, son bastante menos malas de lo que se dice; en segundo lugar, aunque fuesen mucho mejores, las cosas no andarían mejor, pues el defecto está, mucho más que en las leyes, en los hombres y en las cosas. Lo que se impone saber, ante todo, es que el presupuesto disponible de hombres y de cosas es enormemente inferior a las exigencias del servicio. La delincuencia y la litigiosidad, fenómenos indudablemente afines, son verdaderas enfermedades sociales, cuya causa profunda radica en la ausencia de moralidad. Con una sociedad como es la sociedad en que vivimos, asentada exclusivamente en el plano económico, es vano esperar que tales manifestaciones patológicas puedan disminuir sensiblemente, a lo menos por ahora. Al contrario, en lo que a la litigiosidad se refiere, el incremento económico no puede menos que determinar su aumento. Respecto a la delincuencia no se debe silenciar que, si se pudiese al día la ley penal, en forma que se previeran como delitos una cantidad de acciones ilícitas que han suscitado los nuevos modelos económicos, también se debería prever y constatar, algo parecido en ese campo. Quiere ello decir que la necesidad del proceso, penal y civil, no solo continuará siendo constante, sino que es probable que en el futuro aumente su intensidad. A las dimensiones de esta necesidad debieran adecuarse hombres y cosas". *In: Cómo se hace un Proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007, p. 49.

<sup>1265</sup>BAPTISTA, Ovídio: "Nosso Direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõe-se ao comunitário, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria-prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno". *In: Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 299.

unidade, com oposição à divisão (partes) e à discórdia, pressuposto da lide<sup>1266</sup>, abrindo caminho para outra forma de pensar o modelo democrático de resolução de conflitos, com a valorização dos instrumentos autocompositivos, como a mediação e a conciliação. De qualquer maneira, nas hipóteses de heterocomposição, não é permitido ao jurista buscar o conforto da dualidade, do mundo jurídico encantado. Imprescindível que o jurista abandone o processo de massificação, deixando de contentar-se com a superficialidade linguística e alcance um aprofundamento incomum de autenticidade humana, permissora de uma abertura agregadora de preocupação social<sup>1267</sup>.

A premissa do pertencimento do Direito, do Processo e do jurista ao mundo, implica no Processo no abandono do ideal de certeza, com a assunção de responsabilidades sociais, especialmente atinente à celeridade e efetividade. Isso passa por um círculo histórico. No Medievo e no autoritarismo os abusos dos governantes eram comuns<sup>1268</sup>, situação enfrentada pela ideologia liberal, com o império da lei. No Processo, a ilustração liberal enxergava a atuação judicial como propensa à reinserção política abusiva passada, inclusive com preservação notável do sistema judiciário<sup>1269</sup>, com o que seria lógico um processo minucioso, complexo, moroso, indispensável para ao seu final autorizar a atuação estatal judicial não abusiva. Agora é necessário confiar no juiz democrático, de modo a permitir sua

---

<sup>1266</sup>CARNELUTTI, Francesco: “La estructura del proceso contencioso permite entender por qué los que deben ser juzgados se llaman partes, que es un nombre extraño y un poco misterioso. ¿Qué tiene que ver con el proceso, y en general con el derecho, la noción de parte? La parte es el resultado de una división: el *prius* de la parte es un todo que se divide. La noción de parte está, por tanto, vinculada a la de discordia, que a su vez es el presupuesto psicológico del proceso; no habría ni litigios ni delitos si los hombres no se dividiesen. Con estas reflexiones el nombre de parte aparece expresivo y feliz. Los litigantes son partes porque están divididos; si viviesen en paz formarían una unidad; pero también el delito, cuyo concepto está estrechamente vinculado al de litigio, resulta de una división”. *In: Cómo se hace un Proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007, p. 15.

<sup>1267</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Isso aponta para um problema muito sério de nosso processo civilizatório, o processo de massificação do homem: os conteúdos mais profundos são afastados da linguagem para facilitar seu manuseio, mas também porque o homem inautêntico não tem mais acesso à profundidade de sua vida. A linguagem tornou-se um fenômeno de superfície que toca apenas a superfície da vida humana. É essa experiência da linguagem enquanto informação que faz com que o homem de hoje perca a abertura para outros tipos de linguagem como por exemplo a linguagem da poesia, que lhe parece uma linguagem vaga, imprecisa, sem vinculação com a vida”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 204.

<sup>1268</sup>O Estado Liberal é decorrente da ultrapassagem do Estado autoritário, onde os interesses do Estado e de seu governante eram idênticos, o que ensejava abusos estatais (BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).

<sup>1269</sup>Ver capítulo 2.

atuação judicial independentemente do cumprimento do procedimento baseado no binômio conhecimento-execução. A excepcionalidade da atuação do Estado-juiz, no sentido de exigir o esgotamento procedimental, com asseguramento de todas as formas de defesa e provas, bem como de todos os ritos procedimentais formais, desenham o cientificismo iluminista do processo a ter reconhecida a desconjunção dos anseios democráticos constitucionais pós-modernos, abrindo espaço para as tutelas em antecipação como permitido nas tutelas de urgência. O embasamento democrático aludido está na observância da igualdade material. As antecipações das tutelas finais equilibram a relação processual. O tempo do processo deixa de ser ônus exclusivo do autor, admitindo-se a imposição ao réu, o que combate talvez a principal crítica do Processo da atualidade consistente na, cada vez menos admissível, morosidade. Não sendo olvidado que caberá ao juiz, em face da cognição adequada, sopesar os custos e encargos decorrentes da demora do processo, de modo a distribuí-lo, de forma equânime, entre as partes<sup>1270</sup>.

Isso abre caminho para uma nova conotação de efetividade do Processo, com o abandono da relação dano-condenação para prevenção-inibição. O binômio cientificista da ilustração, no Processo, baseado no conhecimento-execução abre espaço na perspectiva democrática para o sincretismo, passando de uma jurisdição eminentemente repressiva para outra de caráter preventivo<sup>1271</sup>. Em sendo assim, resta revelada a suma importância democrática do tema tratado, das tutelas de urgência e da necessidade de revelação de embaraços desarrazoados à sua efetivação. As premissas postas, portanto, estão enredadas com a previsão textual do Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 300, par. 3º, que impede a concessão da tutela antecipada na hipótese da irreversibilidade. Sucede que a reversibilidade

---

<sup>1270</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Não se pode negar que modernamente o juiz é considerado um administrador, um gestor do tempo mais do que um conhecedor do direito, pois sua função precípua no processo é retirar o ônus do tempo de quem não pode suportar e transferi-lo para aquele que pode arcar”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48. No mesmo sentido: BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>1271</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “A corrente que aborda o ordenamento jurídico pelo prisma exclusivo da solução dos conflitos de interesses em sociedade – função repressiva – vai ficando cada vez comprometida, na medida em que este tem sido interpretado a luz do que modernamente se denominou chamar Estado Democrático de Direito, onde a realização da sua função preventiva no combate ao surgimento do conflito tem merecido destaque”. *In: Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48. No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

pressupõe o apartamento do mundo, portanto, inevitável, na linha defendida, o reconhecimento da reversibilidade. Tal reconhecimento implica na temporalidade no Direito, diminuindo a distância entre Direito e História, com desprendimento da reprodução mecânica e inconsequente do sistema produzido na ideologia iluminista de séculos passados<sup>1272</sup>.

Afastado o obstáculo da irreversibilidade para as tutelas de urgência, em face de seu nítido caráter interdito, haverá uma grande colaboração para mitigação da crise instalada no Direito, simbolizada no Processo Civil pela ordinariedade do Processo de Conhecimento, colaborando para a formação de uma tradição jurídica processual mais próxima dos interesses democráticos, com o reconhecimento de que não basta a introdução legislativa, pois é necessário enxergar as mesmas pela perspectiva das promessas democráticas e de todos os fatores contextuais que com ela se agregam<sup>1273</sup>. As matrizes políticas, filosóficas e jurídicas são essenciais para o desvendamento da crise no Processo, onde é possível a verificação do obstáculo da irreversibilidade nas tutelas de urgência. No aspecto político preponderam valores liberais, quando a sociedade clama pela democracia; no filosófico há o aprisionamento a filosofias metodológicas em detrimento da tradição hermenêutica; no jurídico, o completo fechamento para a política e filosofia produziu um processo despreocupado com a “força da vida”<sup>1274</sup>. Contudo, a adoção dos marcos teóricos adrede aduzidos

---

<sup>1272</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, reconhecendo a problemática combatida: “A dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e História entremostam-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados. É sem dúvida irônico constatar que os regimes democráticos e populares modernos defendam com tanto ardor um instrumento de tutela jurisdicional concebido pelos regimes absolutistas, como se os valores fundamentais e os interesses de ambos fossem idênticos”. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 199.

<sup>1273</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Para isto certamente não basta a introdução da chamada “tutela antecipatória”, recentemente inserida em nosso Código de Processo Civil, através de seu art. 273, se conservamos a estrutura legal e mental criada através de uma anacrônica tradição universitária, formadora de exegetas e serviços da lei e do Poder. Não se poderá negar, evidentemente, o que este novo instrumento representa de evolução (rumo ao passado longínquo!) que nos liga à tradição dos juízos executivos do direito germânico medieval e aos interditos romanos. Mas é necessário que se tenha consciência, como disse o filósofo, de que aquilo que poderíamos ter como sendo resultado haverá de ser considerado como o dado, a partir do qual teremos de marchar rumo à revolução autêntica, de que tanto carecem nossas instituições processuais”. *In: Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais. 1997. p. 214.

<sup>1274</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Esta sociedade pós-moderna na qual estamos ineludivelmente inseridos e que no direito brasileiro finca raízes no modelo constitucional denominado Estado Democrático de Direito, exige de nós, operadores do direito, uma visão do processo, no mínimo, conformada à realidade. Para os operadores do direito e, em especial, do processo, a **força da vida** é, na linguagem kantiana, um imperativo categórico do qual nos é impossível escapar e não levar

permite a ultrapassagem do legado liberal-cientificista-legalista não mais apropriado, a partir dos ideais constitucionais democráticos que viriam a buscar a promoção da compatibilidade e (re) ajuste às exigências políticas e filosóficas da sociedade pós-moderna, tendo sempre presente o caráter transformador e inacabado do intuito democrático e constitucional, para, de forma particular, permitir o acontecer do Processo como garantia constitucional fundamental, portanto, comprometido com a celeridade e efetividade<sup>1275</sup>.

#### **CAP 4 – DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO E DA ATUAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL – COMPREENSÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS DE URGÊNCIA**

O Processo Civil brasileiro permanece geralmente refém do paradigma positivista, da relação sujeito-objeto, que força o jurista a acreditar na jurisdição do juiz boca da lei ou no solipsismo judicial. Em qualquer dessas facetas é exigido um processo longo e demorado, com complexidades, que buscam alcançar a verdade dos fatos ou reforçar a dualidade mundo do Direito e mundo da vida, onde na primeira está a objetificação metafísica e na outra a filosofia da consciência autorizativa do decisionismo. Nessa perspectiva, as tutelas de urgência, a tutela interdita, são exceções à regra do processo da ordinaryness. Contudo, há de ser desvelado um novo panorama do Direito, guiado pelo paradigma pós-positivista, da condição de

---

em consideração na hora de propormos soluções” In: **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, contra-capá.

<sup>1275</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Nesse contexto, como se verá, é que se insere também o Direito Processual Civil “aplicado” no país. Sua “procedimentalidade” tem sido alheia ao universo hermenêutico e à historicidade do Direito. Sua interpretação está imersa na tradição do método, desconhecendo a riqueza das possibilidades do ser-no-mundo. Inserido na tradição liberal-individual privatista e normativista, própria do Estado Liberal, o processo civil pátrio, em pleno Estado Democrático de Direito, não tem sido efetivo. Sua instrumentalidade ainda não foi desvelada. Apesar de tudo o que já se produziu na doutrina e na jurisprudência dos tribunais em termos de Direito Processual Civil, o processo ainda não consegue atender à realização dos direitos fundamentais. Sua leitura não tem sido uma “leitura constitucional”. A segurança que propicia é uma segurança voltada para o passado, sem qualquer compromisso com o presente ou com o futuro. O compromisso que deve(ria) ter com a efetividade, numa sociedade caracterizada pela rapidez das “trocas econômicas”, pelo risco, pelas incertezas, ainda está “obnubilado” pelas práticas jurídicas calcadas no senso comum teórico dos juristas/filósofos da consciência, que não vêem e não conseguem ver o processo como direito/garantia fundamental, instrumento de democracia e de realização dos demais direitos e garantias fundamentais, cuja instrumentalidade deve conciliar celeridade e segurança, enfim, efetividade”. In: **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89-90.

possibilidade hermenêutica-filosófica, capaz de quebrar a morosidade e inefetividade do processo dicotômico (conhecimento-execução), onde encontra especial destaque a tutela de urgência.

#### **4.1 Aspectos relevantes do desenvolvimento histórico/político/jurídico processual e suas imbricações no Sistema Brasileiro – Modelo continental e anglo-americano**

A descrição aprofundada das principais características das grandes organizações sociais desenvolvidas ao longo da história e de seus modelos de resolução de conflitos implicaria em um trabalho taxonômico aprofundado que está fora do objeto do presente trabalho. Apesar disso, é fundamental extrair alguns aspectos marcantes de organizações sociais e jurídicas formadas a partir do Medievo importantes para a produção do Direito pátrio, de modo a tornar possível a identificação dos fins democráticos perseguidos dentro do Processo Civil.

No período medieval, como se viu, o vácuo deixado pelo desmoronamento da civilização romana importou em uma construção jurídica completamente nova, primando pela efetividade e pela coisa, em detrimento da abstração e subjetividade. Ou seja, o plano da validade jurídica é colocado a par do desejável princípio da efetividade. A nova mentalidade forjou especialmente notários e juizes que, geralmente inconscientemente, contribuíram para a consolidação dessa nova forma de pensar, agindo em cima da experiência prática, de forma intuitiva, e criam a normatividade. Há, assim, uma importante inversão em relação ao modelo romano, onde o fático, a aparência, o uso, o exercício e o gozo deixam de ter caráter circunstancial para o Direito, para assumir a centralidade<sup>1276</sup>. Além disso tudo, o caos

---

<sup>1276</sup>GROSSI, Paolo: “É uma mentalidade nova que o historiador contempla, forjada por inúmeros artífices ocultos com instrumentos muito rudimentares; às vezes, notários e juizes, e quase sempre operadores anônimos e não qualificados, cada qual contribuindo de maneira imperceptível, mais inconsciente do que conscientemente, para inverter a ampulheta de uma forma mentis: a mentalidade ostensivamente proprietária como a romana dá lugar a uma civilização totalmente indiferente à ideia de uma relação de validade (até porque falta o modelo com o qual comparar e medir) e que, ao contrário, é dominada por um vigoroso princípio de efetividade. Serão uma, dez, cem, incontáveis figuras que surgem da experiência real, mas intuídas que elaboradas cuidadosamente, fatos normativos repletos de conteúdos econômicos que extraem dessa economicidade prepotente a própria normatividade. Aparência, uso, exercício, gozo: situações que exprimem de maneira viva, com sua carnalidade, a familiaridade do homem com as coisas, sua fusão e sua convivência com elas. E a ordem jurídica é marcada por isso, de maneira talvez

superficial e a pulverização do sujeito em prol da comunidade foram permissores da implementação da força política da Igreja Católica com sua mensagem de salvação, posta de forma muito bem articulada, de modo a permitir um alcance efetivo em todas as aglomerações populacionais, além de seu crescente poderio econômico<sup>1277</sup>. Houve, desse modo, uma interessante aliança entre a preponderância da coisa, do objetivo, em detrimento do sujeito, com o metafísico, com o sagrado, prometido pela Igreja Católica<sup>1278</sup>. Disso resultou a influência do Direito Canônico no desenvolvimento de toda juridicidade ocidental, indo, portanto, muito além dos limites da sociedade eclesial<sup>1279</sup>.

A Igreja absorveu muito do Direito Romano, de modo especial o sentimento de importância do Direito, vendo-o também como instrumento consolidador histórico e de manutenção de poder<sup>1280</sup>, sem contudo, como nas bases ideológicas do Medievo,

---

desfocada, mas com uma aderência total, sem elaborações rigorosas e definidas. Aparência, uso, exercício e gozo, que antes pertenciam ao efêmero e ao cotidiano, que apenas em circunstâncias excepcionais conseguiam incidir no monólito da ordem jurídica clássica, toda consolidada e fortificada em sua validade, tornam-se, nos séculos protomedievais, de maneira imperceptível – do século IV em diante, no Ocidente, inicialmente nas áreas provinciais mais periféricas e depois por toda a parte –, a fonte e a substância de um número bastante amplo e aberto de estruturas jurídicas atípicas, todas indefinidas arquitetonicamente, constituindo a expressão imediata de forças estruturais, mas toda caracterizadas por um intenso arraigamento no real. Em suma, todas – para que fique claro, usamos uma terminologia demasiado romanista – *iura in re*, todas – ainda para que fique claro – admitidas para dividir os despojos do velho *dominium*". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 126-127.

<sup>1277</sup>GROSSI, Paolo: "Ninguém duvida da presença da Igreja (da Igreja Romana, é óbvio) na civilização medieval: em boa parte, essa civilização é criada por ela. No vazio deixado pela ausência do Estado, munida de sua mensagem de salvação, de seu vigor econômico cada vez mais crescente, das suprlências sociopolíticas e culturais de que firmemente se investia cada vez mais, a igreja foi uma presença viva, eficaz e abrangente, graças também a uma organização paroquial bastante articulada e universalmente difundida, que conseguia penetrar até nos mais remotos recessos rurais". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 135.

<sup>1278</sup>GROSSI, Paolo: "A Igreja inseriu-se no costume, absorveu-o, mas também o plasmou. Como sociedade religiosa, num mundo ávido do sagrado, conseguiu alojar-se no coração de toda a sociedade civil e quase identificar-se com ela numa fusão bastante singular e harmônica entre sagrado e profano, entre dimensão civil e religiosa". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 135.

<sup>1279</sup>GROSSI, Paolo: "Só os que se obstinam numa falta de conhecimento comum podem ver no direito canônico apenas um arsenal de noções e institutos teologizantes dotados de algum interesse unicamente para o fiel; ao contrário, como procuramos demonstrar, o direito canônico é também (ou se traduz também) uma mentalidade jurídica. A posição central da equidade canônica, verdadeira norma constitucional não escrita; o sentimento constante da variabilidade do direito humano; a consequente e necessária elasticidade deste e o papel relevante do juiz aplicador são pontos indiscutíveis que ultrapassam os limites restritos da sociedade eclesial, penetrando na ordem jurídica da sociedade civil, estimulando-a e permeando-a". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 265.

<sup>1280</sup>GROSSI, Paolo: "Pode-se concordar pacificamente acerca de um aspecto: essa igreja – que é romana, que muito absorveu da civilização romana, que está familiarizada com o direito romano do qual será, por toda a alta idade Média, seu veículo seguro –, essa igreja recebeu de Roma, como legado, o sentimento da importância do direito e, por conseguinte, a persuasão do direito como consolidador social, como garantia de incisividade na história e – por que não dizer? – também como instrumento de poder". In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 139-

deixar de primar pela efetividade, pela coletividade cristã, em detrimento do individual, onde a salvação é o grande fim a ser perseguido, de modo diferente, portanto, da sociedade civil, onde o Direito é um escopo, enquanto que para a Igreja o Direito tem caráter exclusivamente instrumental<sup>1281</sup>. Há em comum, no Direito Canônico e na onticidade jurídica medieval a crença no Direito Natural, subjacente, uma essência mais profunda desse Direito instrumental, caracterizada pela *discordantiae*, como valorização e superação desse Direito anterior (*charitas – plenitudo legis*) em face do rigor formalístico. Em sendo assim, resta de antemão impossibilitada a crença na lei, no texto legal, como rígida e abstrata do positivismo primevo, tanto que, não sem grandes discussões, a Igreja foi a última, dentre os grandes e conhecidos ordenamentos ocidentais a ser afetada pelo fenômeno das codificações<sup>1282</sup>. Isso, contudo, não descartou a criação, pela Igreja, de um extenso conjunto de regras advindas especialmente da vida cotidiana paroquiana. Aliás, a Igreja dividia e ainda divide o Direito em *ius divinum* e *ius humanum*. O primeiro, de origem divina, bíblica, e o segundo como facilitador do primeiro, formado pelo zelo pastoral da Igreja<sup>1283</sup>.

---

140.

<sup>1281</sup>GROSSI, Paolo: “tudo se deve à “instrumentalidade” que o direito assume na ótica da igreja; igreja jurídica, extremamente convicta de que é no tempo e no social que se combate e se vence a batalha de cada fiel pela vida eterna e, portanto, extremamente convicta de sua opção pelo direito e, sendo assim, produtora de seu próprio direito, mas também uma Igreja que não tem cultos formalísticos pelo direito, que não o coloca como seu fim (como faz a sociedade civil, que pode e deve admitir entre seus objetivos a ordem jurídica e sua conservação), que o identifica sempre e apenas como instrumento – necessário e imprescindível, mas instrumento – para alcançar o único verdadeiro fim da Igreja: a conquista da eternidade, a *salus aeterna animarum*”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 147-148.

<sup>1282</sup>GROSSI, Paolo: “Surgem daí as *discordantiae*, que os mil anos de vida jurídica da igreja demonstram; *discordantiae* que podem ser interpretadas como repúdio a todo rigorismo formalístico caso o requeira a *charitas*, aquela *charitas* que é a *plenitudo legis*, ou seja, é a essência mais profunda do direito canônico. É nesse ponto que se resgata perfeitamente a *una facies*, a unidade substancial; as discordâncias não são lacerações da túnica inconsútil da igreja, não são fruto do capricho de Pontífices, Padres, juízes, doutores; são, ao contrário, a atitude natural de um direito que é, por sua índole e natureza, extremamente plástico, porque extremamente humano, que não se presta a ser reduzido a normas rígidas e abstratas – tanto é verdade que por mil anos consistira num acúmulo ininterrupto de soluções práticas -, que não suporta a estrutura de uma codificação – tanto é verdade que a Igreja, no mundo moderno, foi o último dos grandes ordenamentos a elaborar um Código e não o fez de um modo indolor, mas depois de grandes hesitações e ásperas discussões”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 149.

<sup>1283</sup>GROSSI, Paolo: “É a dicotomia fundamental, que Yves reúne das fontes anteriores e na qual a ordem canônica positiva ainda hoje se baseia, entre *ius divinum* e *ius humanum*, ambos voltados para a salvação eterna dos fiéis: o primeiro em relação de necessidade; o segundo, de utilidade; o primeiro revelado pela generosidade do próprio Deus por ser necessário para o acesso ao Reino, o segundo excogitado pelo zelo pastoral da Igreja por ser útil e facilitador; o primeiro composto de poucas regras essenciais, constitucionais (tais como “não matar”, “não cometer adultério”), o segundo formado por um conjunto enorme de regras acumuladas na vida histórica da Igreja em decorrência dos cuidados pastorais da sagrada hierarquia para ajudar os fiéis no caminho da salvação”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 150-151.

Nessa linha, o processo clerical era baseado em uma construção de modelo de poder piramidal em que o clero ocupava a faixa superior, tendo o Papa no cume.<sup>1284</sup> Sem ignorar que, além do Papa, haviam outras autoridades eclesiásticas, como bispos e juízes canônicos, onde o procedimento possuía uma grade elasticidade, a depender do momento histórico, do indivíduo e das circunstâncias peculiares, permitindo, igualmente, uma grande variação de julgamentos, justificados no bem comum, especialmente no que tange à severidade ou abrandamento dos cânones religiosos<sup>1285</sup>.

Isso tudo, sem dúvida, somado a um modelo e o processo apoiados em um sistema amplo e regular de revisão de apelações, complexo e obscuro, tornava o Direito e o processo canônico quase que inteiramente desconhecidos pela sociedade medieval. Complexidade e obscuridade que não era contestada, na medida em que cabia à Igreja reconhecer de forma diferente o auxílio contra as diferenças e graus de fragilidade humana, aliás a perspectiva liberal-racionalista passava muito longe do referido processo, pois não havia que se publicizar para controlar a atividade judicante, não havia a desconfiança da referida atuação clerical, inclusive o conceito de igualdade de todos perante a lei é expressão estranha aos tribunais eclesiásticos, para quem o Direito e, conseqüentemente, o Processo devem cambiar-se, adequar-se de acordo com as fraquezas da criatura pecadora à qual o Direito servia<sup>1286</sup>. Ainda

---

<sup>1284</sup> DAMASKA, Mirjan: “Como lo expresara otro producto de ese siglo – el surgimiento hacia el cielo de la catedral gótica-, el ordenamiento sería piramidal y ierárquico. El propio término hierarchia, desconocido para los griegos clásicos fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Por lo tanto, no ha de sorprender que el impulso de la iglesia hacia una unidad mayor lograra una estructura jerárquica del clero con el papa a la cabeza de la pirámide de poder”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 55.

<sup>1285</sup> GROSSI, Paolo: “Sem dúvida, este último constitui a maior parte do direito canônico, e é um material jurídico de extraordinária elasticidade nas mãos do superior eclesiástico, seja ele o Pontífice Romano, um bispo ou um juiz canônico, na sua função de aplicar o direito; se esse material baseia-se não num critério de necessidade, mas apenas de utilidade, utilidade para o fiel, é justo e oportuno que o superior tenha o poder – grande, mas funcional – de tornar essa utilidade substancial, adaptando-a às situações concretas inerentes ao próprio indivíduo ou às circunstâncias em que ele estiver inserido historicamente. Por isso, os superiores eclesiásticos às vezes aplicam com severidade e rigor os cânones sagrados: à s vezes, pela necessidade dos tempos, toleram que se cometam violações e às vezes, em benefício espiritual do indivíduo ou para evitar um prejuízo coletivo, dispensam a observância da norma”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 151.

<sup>1286</sup> GROSSI, Paolo: “A opção pelo direito e a visão instrumental deste apoiam-se numa análise antropológica mais profunda de cunho claramente pastoral. Se o direito canônico deve servir essa criatura extremamente frágil, pecadora, vítima das mais diversas circunstâncias, se deve tornar-se instrumento dela, não pode ser concebido como uma regra igual para todos. A igualdade jurídica de nós, modernos, que é a igualdade burguesa, igualdade formal de pessoas concretamente desiguais, é para a igreja uma monstruosidade. Nos tribunais canônicos de todos os tempos, inclusive nos

no Medievo, próximo do seu segundo período, com a infiltração e consolidação da ciência no meio social, já se passou a permitir pensar o Direito de forma coletiva e dialética, a refletir o processo como debate entre autor e réu na busca da solução cientificamente cabível, permitindo mitigar a obscuridade metodológica que lhe marcava<sup>1287</sup>. Surge daí a combatida noção do método como forma de alcançar a verdade no jurídico e no processo<sup>1288</sup>. O referido desenvolvimento atravessou o tempo até próximo do fim do século XIX na Inglaterra<sup>1289</sup>.

No primeiro período do Medievo, portanto, houve a prevalência de um Direito ôntico social, ao qual foram aderidos os textos de direito canônico, como decretos e pronunciamentos papais, com complemento do Direito Romano, de forma rudimentar<sup>1290</sup>, que resultou em um modelo político de estagnação e manutenção do

---

atuais, seria inconcebível a expressão “a lei é igual para todos”, que nós, leigos, gostamos de ostentar com ingênua vaidade em nossas aulas de direito, porque a lei canônica não pode ser igual para todos se todos não são efetivamente iguais. A lei canônica – que não é uma garantia formal, mas um auxílio substancial – deve levar em conta as *humanae fragilitates* que tem diante de si e, para organizá-las adequadamente, deve amoldar-se a elas, sacrificar a logicidade, a sistematicidade e a unitariedade formais e “elasticizar-se” como uma roupa que procura se adequar aos diversos corpos subjacentes”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 148-149.

<sup>1287</sup>GROSSI, Paolo: “A ciência será cada vez mais caracterizada por sua socialidade, e não apenas porque os especuladores, individualmente considerados, serão substituídos por um trabalho cada vez mais coletivo, mas também – e sobretudo – porque o saber elaborado já possui uma articulação indefectivelmente dialética. Como dizíamos mais acima a propósito de santo Tomás, não a proposição arrogante de uma opinião solitária, individual, mas o confronto perene, único procedimento do qual pode derivar uma verdade provável, a mais provável; e o esquema onipresente é o da *quaestio*, ou seja, da problematização do tema, que se faz apresentando as possíveis soluções contrárias, analisando-as e debatendo-as antes possíveis soluções contrárias, analisando-as e debatendo-as antes de se chegar à solução proposta. Procedimento esse de abordagem cautelosa à verdade, que é desprovido de ceticismo, que é apenas permeado de humildade e que, seja como for, leva a uma socialização da pesquisa científica. E isso com um resultado relevante que o jurista inevitavelmente se regozija de apontar: é natural que, para tal saber dialético, o esquema arquetípico, o modelo a ser seguido, seja o modelo jurídico da controvérsia entre autor e réu, com a consequência de dar à ciência jurídica um autêntico primado epistemológico. Em outras palavras, cabe à ciência jurídica oferecer os padrões metodológicos básicos às outras ciências”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 185-186.

<sup>1288</sup>GROSSI, Paolo: “A ciência jurídica, a primeira entre as ciências, a pioneira em criar um método eficiente de busca da verdade, não podia deixar de ser afetada pelo movimento ascensional que caracteriza o segundo período medieval como período sapiencial. Na intensa dinâmica que percorre a sociedade, no reflorescimento cultural geral, a ciência jurídica também demonstra, a partir da segunda metade do século XI, robustez e vitalidade, e tem início um papel cada vez mais crescente de tal ciência”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 186-187.

<sup>1289</sup> Conforme, DAMASKA, Mirjan. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, 57.

<sup>1290</sup>GROSSI, Paolo: “Com efeito, durante todo o primeiro período medieval, uma corrente jurídica de certo modo romana continuou a viver – elementar, rudimentar, muito distante dos refinados cultismos do Digesto – sobretudo em alguns territórios, ao passo que a igreja sempre se nutriu de direito romano. Se houve uma redescoberta, foi aquela de um direito romano “autêntico” e de textos “autênticos”, filologicamente precisos, segundo aquela que parece ser uma exigência difusa – e não apenas eclesial – da era gregoriana, se houve uma redescoberta, foi aquela do Digesto como instrumento operacional, e os historiadores do direito apontam com ênfase, uma data e uma

privilégio hierárquico da classe dominante. Não raro, em razão da diferença de contextos em que produzidos os textos, acabavam sendo percebidas discrepâncias e incoerências, quando então ao hermenêuta jurídico cabia alcançar a harmonização dos textos, descobrindo a lógica plausível por debaixo da superfície<sup>1291</sup>. À vista disso, a partir do segundo período, denominado por Grossi de sapiencial, houve uma redescoberta do Direito Romano com o Digesto, pois se o conhecimento técnico foi a causa de sua ruína no período medieval anterior, que primava pelo costume, de forma factual e particularista, com as novas exigências sociais do período sapiencial houve o seu renascimento<sup>1292</sup>.

Também houve considerável contribuição para o discurso da ciência jurídica o Direito Justinianeu, que continha um postulado teórico ao qual era agregada a sacralidade e venerabilidade, de modo a permitir ampla aceitação no contexto social e temporal no qual foi inserido<sup>1293</sup>. Igualmente não pode passar em branco a atuação dos glosadores que com sua produção cada vez mais complexa, que seria de “esclarecer” o sentido do texto, dão azo ao desenvolvimento científico do direito<sup>1294</sup>. A

---

circunstância como relevantes, o ano de 1076 e o chamado Plácito de Márhuri, uma assembleia judicial realizada na Toscan, no mosteiro-castelo de Márhuri, em cujas datas e circunstâncias o Digesto é rerepresentado como material utilizável e utilizado na práxis jurídica”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 193.

<sup>1291</sup> Ao estilo do positivismo exegético como pode ser visto na p. 25 e ss.

<sup>1292</sup> GROSSI, Paolo: “A primeira – como já dissemos – estava inscrita nas coisas, ou seja, nas exigências reais dos tempos: o costume, factual e particularista, já não era suficiente; eram necessários amplos esquemas de organização, uma linguagem e uma técnica aprimoradas. Se essas arquiteturas gerais e apuradas, esse conhecimento técnico, essa linguagem específica tão elaborada haviam condenado o Digesto ao exílio durante todo o período protomedieval, agora se revelam como bons motivos para reativá-lo. Se antes, em relação aos fatos primitivos emergentes, elas pareciam e eram formas inaplicáveis e até incompreendidas, agora – no final do século XI – a crescente força cultural as tornava cada vez mais compreensíveis, enquanto o novo panorama econômico demonstrava que podiam ser novamente aplicadas”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 193-194.

<sup>1293</sup> GROSSI, Paolo: “O direito justinianeu podia ser o momento de validade forte. Poderia ser reconhecido – ainda que simples “postulado teórico” - como a projeção jurídica de uma unidade imperial ainda presente e atuante nos séculos XI-XII, mas sobretudo tratava-se de um conjunto normativo coberto pelo manto de sacralidade e de venerabilidade; sacralidade, pois quem o promove e o promulga é um príncipe extremamente católico, Justiniano I, que propositalmente impregnou a compilação com o seu papel de defensor da fé e nela deixou traços visíveis da plena adesão à dogmática cristã (basta pensar nos títulos do *Codex* sobre a Trindade e sobre as *sacrosanctae ecclesiae*), venerabilidade, pois se trata de um conjunto normativo que remonta a uma Antiguidade percebida como remota e lendária, e por isso coberta om o manto dessa indiscutível respeitabilidade que o sedimentar-se dos séculos confere aos olhos do observador medieval. O corpus iuris apresentava-se em suma, como *auctoritas*: era um repositório sapiencial e normativo corroborado não só pelo decurso do tempo (que na Idade média é sempre dotado de uma enorme força incisiva), mas pela aceitação coletiva; por ser recebido por uma longa corrente de gerações, é desvinculado do particular, é a voz de uma grande *communio* e, por isso, é garantia segura e base sólida”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 194.

<sup>1294</sup> GROSSI, Paolo: “Tantos motivos excelentes para estimular e legitimar uma “redescoberta”; tantos motivos excelentes para surpreender os novos juristas do período sapiencial, continuamente

partir de então, foi enraizada a noção de que o Direito poderia ser uma ciência autônoma<sup>1295</sup>, dando origem, em um período de maturação e evolução, ao que Damaska denominou de legalismo lógico<sup>1296</sup>. Contudo, seria inexato dizer que, mesmo no final do período medieval, foi concebido um pensamento institucional rígido, com um legalismo inflexível, marcante da influência liberal no Direito. Havia mitigações, como a de um julgador que primava pela consciência, como observado nas lições apoiadas em São Tomás de Aquino, no Direito Natural, na justiça e na equidade<sup>1297</sup>. Não sendo demais reiterar a origem da alternância entre o objetivismo e o subjetivismo jurídico, como será aprofundado adiante no tópico do positivismo. Não era admitido, assim, na origem tomista, um exclusivo legalismo na medida em que o paradigma admitia a abertura do Direito, ou seja, era permitido que a consciência do julgador determinasse o verdadeiro alcance das regras no caso concreto. Porém, não sem antes deixar assegurado um poder de revisão superior,

---

inclinados sobre os textos do Corpus iuris, redigindo sobre eles exercícios cada vez mais complexos. Não por acaso eles foram chamados – e mais tarde continuaram a ser assim chamados – “glosadores” e “comentadores”, ambos os termos tendentes a sublinhar a referência a um texto a ser glosado e comentado, a identificar – ao menos formalmente – sua atividade científica ao esclarecer um texto”. *In: A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 195.

<sup>1295</sup>DAMASKA, Mirjan: “Las normas de decisión se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales, y en algún grado, también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por el emperador bizantino Justiniano. Más importante para nuestros propósitos es el enfoque desarrollado hacia estos textos. Desde luego estos textos datados en períodos y marcos sociales diferentes e inspirados por visiones del mundo y políticas sociales diversas, con bastante frecuencia eran discordantes. Pero la filosofía imperante era que tales discrepancias e incoherencias aparentes eran a menudo superficiales y que, bajo la superficie, el orden racional esperaba ser descubierto. La actitud desarrollada de este modo implicaba que la búsqueda de la solución correcta significaba apoyarse en el análisis testual y en la penetración lógica de su significado. Cada vez más se consideró el derecho como un sistema cerrado autosuficiente, “una ciencia”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 57-58.

<sup>1296</sup>DAMASKA, Mirjan, refere que o legalismo lógico teria tido origem com o surgimento da universidades italianas no final do século XI, referindo a respeito delas que: “Proporcionaban el ambiente en que los estudiantes, aislados de los mezquinos detalles y responsabilidades de la práctica legal, podían darse el lujo de tratar los textos de la antigüedad clásica con una erudición despasionada y como objetos de indagación intelectual. Pero no se debe olvidar que los estudiante de derecho canónico también se habían dedicado a la actividad de buscar “concordancias” entre “cánones discordantes” mediante un método esencialmente similar de análisis lógico. Su actividad fue motivada no por el deseo de confeccionar teorías o dar conferencias coherentes, sino por el propósito eminentemente práctico de asistir a los altos poderes eclesiásticos en la gestión del aparato emergente”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 58.

<sup>1297</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Unas páginas más adelante que el pasaje sobre el derecho natural, cuando trata sistemáticamente de la equidad, Tomás explica que cuando se dice que lo equitativo es mejor que lo justo no se está señalando que pertenezca a un género distinto, sino sólo que es mejor que lo justo tal como está indicado en la ley positiva”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 107.

como exigência do sistema hierárquico adotado.<sup>1298</sup>

Ainda no período medieval, na transição do feudalismo para o absolutismo, o interesse político de tonificar o governo absolutista afetou significativamente o ordenamento processual. A título de exemplo, no século XIII, na França, houve a formação de um corpo estratificado de funcionários que tinham como tarefa a consolidação do poder real. Ao invés de delegar o poder, o soberano criou funcionários com o objetivo de realizar diversas tarefas, inclusive a jurisdicional, como representantes do poder central. Porém, não com legitimidade exclusiva para a jurisdição. A ausência da nítida separação de funções produziu um amálgama no procedimento de tomada de decisões estatais. O parlamento possuía funções que hoje são vistas nitidamente como da esfera do Poder Judiciário<sup>1299</sup>. Toda a burocracia hierárquica implementada, como não podia deixar de ser, objetivava o respeito da vontade última do governante. Então, diferentemente do que ocorria no Direito Canônico, que admitia uma boa margem de discricionariedade do julgador, passou a ser buscada a preservação da exclusiva discricionariedade do governante<sup>1300</sup>, com a diferença de que o governante no absolutismo tinha suposta legitimação divina e, após, com o Iluminismo, legitimação popular.

Aliás, na França, de forma peculiar, houve influências diversas no Sul e Norte do Estado. No primeiro com prevalência do Direito Romano, e no segundo com carga preponderante canônica, com o que houve maior recepção das doutrinas processuais italianas, mas sem afastar a influência canônica, isso permitiu que já no século XII a escola de Paris produzisse obras processuais romano-canônicas<sup>1301</sup>. De qualquer

---

<sup>1298</sup>DAMASKA, Mirjan: “Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (aequitas, arbitrium). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico a una discrecionalidad no estructurada y no revisable; las separaciones de la norma tenían que ser ejercida “en conformidad con la razón” y estaban sujetas a la revisión de los superiores”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 59.

<sup>1299</sup>DAMASKA, Mirjan: “Pero incluso cuando el Parlamento ejercía jurisdicción de primera instancia, los jueces fueron apartados de algunas actividades asociadas con los juicios (como toma de pruebas, por ejemplo) y eran desposeídos de la posibilidad de realizar un escrutinio directo, característico de la toma de decisiones de primera instancia. El material necesario para decidir era recogido en forma documental y ordenado prolijamente para los encargados de impartir justicia por una variedad de funcionarios judiciales especializados”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 60.

<sup>1300</sup>Lembrando que havia a personificação do Estado no detentor do poder, não se separava o Estado da figura do governante, ilustrada pela conhecida frase de Luis XIV: “l'état c'est moi”. Portanto, os funcionários do reino tinham que garantir, inclusive, o atendimento dos interesses pessoais.

<sup>1301</sup>CHIOVENDA, José: “Del todo diferente es la historia del *Código de procedimiento civil* francés. El proceso romano no había decaído nunca en el Sur de Francia (*patria Juris scripti*) donde la invasión

modo, todas essas transformações, de modo geral, resultaram na fortificação do poder central governamental.

Na revolução liberal, em prol do interesse de fortificação e consolidação do poder emergente, foi promovida uma unificação legislativa e um controle hierárquico judicial para que fosse alcançado o rigoroso cumprimento das regras governamentais<sup>1302</sup>. Todavia, a realidade foi diversa, com uma profusão de decisões desconexas, em face da ausência de adequada limitação de competência dos órgãos judicantes, tanto que o mais alto tribunal francês, o Parlamento de Paris, dividia sua tarefa judicial com parlamentos das províncias e com produção de decisões distantes do desejado sentido unívoco<sup>1303</sup>. De qualquer forma, também objetivando reforçar o governo centralizado, legitimado pelo povo, ao menos em tese, a partir do aperfeiçoamento da concepção de interpretação hegemônica, o Iluminismo reforçou o ideal de Direito científico, cuja semente fora plantada ainda no absolutismo. A lógica da tripartição dos poderes, implementada após a Revolução, tinha a lei como objeto apto a alcançar sentido unívoco e fruto do poder do povo, cabendo, destarte, aos juízes aplicá-la sem espaço para aberturas significativas subjetivas do conteúdo da lei. Então, foi propiciado um embate mais vigoroso ao legado do subjetivismo judicial. Houve a perseguição da norma perfeita, a criação de leis que fossem suficientemente claras e abrangentes de modo a evitar qualquer forma de arbítrio judicial. Diante de tais normas restaria ao julgador apenas a atividade de subsunção da norma ao caso

---

de las doctrinas procesales italianas del siglo XII fué más fácil. Pero también en el Norte francés (*patria iuris consuetudinarii*) quedaba el proceso romano en los tribunales eclesiásticos, y la influencia del clero y las relaciones entre la Iglesia y el Rey de Francia, explican como el proceso carolingio presenta caracteres de influencia romana. Ya en el siglo XII la escuela de París produce obras procesales romano-canónicas". *In: Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 11.

<sup>1302</sup>DAMASKA, Mirjan: "En la gran mayoría de los países continentales los funcionarios judiciales se hicieron profesionales de carrera. La participación leiga en los procesos judiciales, allí donde llegó a sobrevivir, se redujo a la insignificancia o a un ritual. Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado. Y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas". *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 62.

<sup>1303</sup>DAMASKA, Mirjan resalta o lamento de Voltaire a respeito do defeito narrado: "El hiperbólico lamento de Voltaire, dirigido a esta característica del panorama legal, se hizo famoso: "Hay tantas interpretaciones de la ley como ciudades" (il y ait autant des jurisprudences que de villes)". *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 63.

concreto, tornando-o apenas *la bouche de la ley*<sup>1304</sup>.

Acontece que a Revolução Francesa, a par do desejo de univocidade e cientificidade da lei, herdou outros elementos advindos do absolutismo, como a preservação do poder central, profissionalização da administração da justiça, entre outros<sup>1305</sup>. E essa herança, ao mesmo tempo em que robusteceu a concepção do Direito científico, criou empecilhos para o mesmo ao adotar um sistema com abertura para a manutenção do status do juiz e da sua liberdade de julgamento. No Estado pós-revolucionário os juízes continuaram mantendo uma hierarquia funcional frente aos demais funcionários e lhes foi preservada a garantia de manter julgamentos independentes dos órgãos superiores<sup>1306 e 1307</sup>.

De qualquer modo, em face de contextos distintos, mas substancialmente em razão da preponderância de uma ou outra das situações pós-revolucionárias narradas, foram desenvolvidos, a partir disso, dois modelos de processos, um mais vinculado ao Direito anglo-americano e outro ao Direito continental, que Damaska

---

<sup>1304</sup>DAMASKA, Mirjan: “No obstante, mientras que el antiguo régimen no se oponía a la desenfadada creación de normas por parte de las cabezas de las pirámides judiciales (arrêts de règlement), la doctrina revolucionaria de separación de poderes exigió el cambio. La rama judicial debería limitarse a la aplicación de normas con total prohibición de introducirse en la función de hacer políticas de la legislatura. En teoría, a los tribunales se les prohibía interpretación de las leyes: el juez es sólo la bouche (la boca), no le cerveau (el cerebro), de la ley”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p 63.

<sup>1305</sup>DAMASKA, Mirjan: “En suma, mucho antes de la Revolución Francesa, el aparato judicial continental incorporó rasgos que he asociado con la idea jerárquica. La administración de justicia fue permeada por actitudes derivadas de órganos decisorios profesionalizados, saturadas por ramificaciones de un poder de muchos niveles, y redolente con el legalismo lógico”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 63.

<sup>1306</sup>DAMASKA, Mirjan: “El crecimiento de la centralización gubernamental después de la Revolución Francesa es demasiado conocido como para que necesite revisión aquí. Después de un breve prelude, fue abolida la pluralidad de ordenamientos jurídicos y los tribunales se hicieron demasiado unificados. Los rasgos jerárquicos del aparato judicial heredado permanecieron esencialmente intactos, aunque algunos aspectos de esta jerarquización, como el papel del magistrado jefe, elude ahora una visión continental limitada, un ojo que se examina a sí mismo... Aunque los jueces se convirtieron en los empleados, se les dio un status special entre los funcionarios, status que implicaba una relajación de la cadena de mando jerárquico. Se proclamó que las opiniones legales de cortes superiores no eran vinculantes para los jueces subordinados, incluso cuando se devolvían al juzgado inferior para reconsideración”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 66-67.

<sup>1307</sup>DAMASKA, Mirjan: “De manera general y de modo latente, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 68.

classifica como hierárquico<sup>1308</sup> e paritário<sup>1309</sup>. De regra, no sistema hierárquico há prevalência de um legalismo técnico, buscando preservar o Direito de qualquer influência externa, moral, política ou social, enquanto que no sistema paritário não existe o receio de politizar, moralizar ou socializar o Direito, há o que Damaska chama de busca de uma justiça substantiva. Em razão disso, enquanto que no sistema paritário o caso concreto tem destaque, com prevalência do método indutivo, diversamente, há uma crença maior no legalismo e na codificação, no sistema hierárquico, no método dedutivo, tanto que a codificação ganhou força expressiva com o advento do século XIX, no Direito continental<sup>1310</sup>.

O sistema hierárquico, desse modo, prima pela preponderância das decisões proferidas por juízes de carreira, com excepcionalíssimos casos de atuação do leigo (no Brasil há o Tribunal do Júri que admite jurados leigos para decidirem sobre as questões fáticas e um juiz técnico para as questões jurídicas) enquanto que o paritário permite uma maior participação popular na tomada de decisões. A lógica é simples.

---

<sup>1308</sup>DAMASKA, Mirjan: “En retrospectiva, este capítulo ha dado el perfil del proceso legal adaptado al espíritu y la metodología del poder jerárquico. La señal distintiva de tales procedimientos jerárquicos es que se han estructurado como una sucesión de etapas, que se revelan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación! La decisión inicial no es un punto focal, que ensombrezca la importancia de lo que precediera o lo que pueda seguir. El expediente del caso es el nervio central de todo el proceso, que integra los distintos niveles de tomas de decisión. Si cuando un caso se mueve de un nivel a otro, la información contenida en el registro escrito es negada a los funcionarios, el proceso jerárquico podría perder orientación. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es también típica de los procesos jerárquicos. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un oxymoron en el léxico del poder jerárquico”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 101.

<sup>1309</sup>DAMASKA, Mirjan: “Hagamos una breve pausa para recapitular. Los procedimientos adaptados a las necesidades de los funcionario paritarios se centran en torno a un nivel único de poder: el juicio es el punto focal de todo el proceso y preferentemente se desarrolla sin interrupción. Su preparación no es responsabilidad de una rama especializada de la justicia, ni de otros funcionarios públicos especializados, y queda relegada a las partes implicadas en el caso. Por lo tanto los jueces necesariamente llegan a los casos sin estar preparados y no son capaces de hacerse cargo de recoger pruebas y actividades similares, por lo menos inicialmente. Como resultado, los que preparan un juicio – las partes o sus asistentes forenses – también presentan pruebas a los órganos decisorios. Se prefieren los testimonios directos y la comunicación oral a los registros de pruebas (pruebas documentales) y declaraciones escritas. Sin mecanismos regulares de revisión, las partes insatisfechas con la sentencia deben intentar persuadir al juez para que reconsidere el caso, o intentar frustrar la ejecución de la sentencia en procesos colaterales. La mezcla sencilla de la acción privada u oficial hace que las fronteras exteriores del proceso sean indistintas y contengan elementos de la empresa procesal privada. Además, pese a que aspectos del juicio podrían estar sujetos a extensas reglamentaciones técnicas, estas reglamentaciones pueden ser fácilmente desplazadas por las normas invocadas por los funcionarios paritarios según su discreción”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 116-117.

<sup>1310</sup>CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 21-40.

Se há necessidade de extrair o conteúdo técnico unívoco da lei, o juiz de carreira, conhecedor do Direito, é que teria melhores condições de julgamento. De outra banda, com a possibilidade de introdução de fatores extrajurídicos, há a necessidade de uma efetiva participação leiga, tanto de jurados, quanto de magistrados. Isso, inclusive, ganha sentido de acordo com a influência original. Como no Direito anglo-americano não houve uma ruptura revolucionária nos moldes do que aconteceu com o Direito continental, a exemplo da Revolução Francesa manteve-se uma grande influência da origem factual do Direito, dos costumes, como referido no tópico trabalhado sobre o Medieval, sem o mesmo objetivo totalizante do governo central de ter o monopólio do jurídico através da lei<sup>1311</sup>. A politicidade, a influência social e econômica, do e no jurídico também justifica a presença do julgador leigo e ressalta a influência medieval, com a ausência da ruptura drástica caracterizadora do Direito continental, no Direito anglo-americano<sup>1312</sup>.

Na questão da preponderância do julgamento técnico ou político, o sistema jurídico brasileiro está preponderantemente vinculado ao continental, uma vez que grande parte das decisões são proferidas por julgadores concursados, técnicos, com a incumbência de julgar de acordo com o Direito. A linha da tese, em que pese admitida a influência de ambas as correntes no ordenamento jurídico nacional, prima pela inadmissão da abertura do Direito, com o que há uma maior proximidade com o sistema hierárquico, no sentido de não permitir que um julgamento político possa prevalecer sobre um julgamento jurídico. É defendida a coerência e integridade do Direito na decisão, tendo como corolário órgãos hierarquicamente superiores com a responsabilidade de fiscalizar a observância dessa coerência e integridade nas decisões do órgão “*a quo*”<sup>1313</sup>.

---

<sup>1311</sup>GROSSI, Paolo: “É preciso notar que a própria vida cotidiana – mais que o príncipe relativamente indiferente – é que irá pretender a superação do princípio de personalidade. E serão sobretudo os costumes – mais que atos normativos – que promoverão tentativas de composição, elaborando regras e soluções unitárias para uma área territorial definida e criando, portanto, os embriões dos futuros direitos territoriais. Assim, o momento de fundação da experiência jurídica medieval demonstra – mesmo nas reviravoltas de seu devir – uma dimensão claramente consuetudinária. Nessa dimensão, que é essencialmente pluralista, residem sua possibilidade de resgate e sua força histórica”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 73.

<sup>1312</sup>GROSSI, Paolo: “Sob esse aspecto, o direito medieval, embora não se vinculando a este ou àquele regime político, ou antes, por estar totalmente dissociado de qualquer um deles, colore-se de uma intensa politicidade. Mas, no caso, essa politicidade deve ser admitida em sentido lato; significa historicidade, especifica apenas a fidelidade da forma à substância social e econômica, às idealidades e às necessidades que circulam na grande “pólis” da sociedade civil como fato global”. In: **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 75.

<sup>1313</sup>DAMASKA, Mirjan: “Pero el temor de “politizar” indebidamente la administración de justicia está tan arraigado que parece indeseable dar poder a jueces ordinarios (reales) para que eliminen leyes

O aprofundamento do tema permite perceber que os dois sistemas não são completamente dissociados. Eles têm uma origem comum, o que vem a favorecer muito mais pontos de contato, do que de divergência. Assim, além da admissão de julgadores leigos e profissionais, com prevalência da importância leiga para o estilo anglo-americano e profissional para o estilo continental, há ainda a possibilidade de o processo ser iniciado e desenvolvido de forma preferentemente oral ou escrita, com prevalência da forma escrita no sistema continental, e oral no anglo-americano. Igualmente podem ter o processo desenvolvido em uma única fase, com único julgamento definitivo, ou pode ter várias fases com diversos níveis de órgãos judicantes, entre outros<sup>1314</sup>. Porém, o mais relevante para a tese é que em ambos sempre houve uma luta entre o subjetivismo e o objetivismo. Na Inglaterra, desde o século XVII, a corrente política vitoriosa (*whig*) limitou os poderes do monarca passando para o parlamento, justificando a limitação pelo Direito, e não pelo político (liberdade e igualdade)<sup>1315</sup>. Esse Direito objetivo era o *Common Law*, o Direito originário, reconhecível pelos tribunais, fonte de liberdade<sup>1316</sup> e de proteção do cidadão contra os desmandos governamentais<sup>1317</sup>. Ocorre que surgiram correntes que

---

inconstitucionales. En cambio, se ha dado este poder a un tribunal superior y especializado, considerado no tanto como un auténtico tribunal, sino como un organismo superlegislativo". **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 121.

<sup>1314</sup>A respeito das características comuns aos dois sistemas. DAMASKA, Mirjan: "Debería quedar claro que puede emplearse el estilo jerárquico o paritario tanto para juzgar una disputa bipolar adversarial, como para establecer si existen condiciones previas legales para la puesta en vigor de una política o programa estatal. Una controversia entre dos partes puede ser dirimida tanto por jueces profesionales como por legos; el contraste puede desarrollarse en forma escrita (intercambio de escritos) o bien oralmente; los adversarios puede enfrentarse en un round único o en varios, argumentando ante uno o varios niveles de autoridad". **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 122.

<sup>1315</sup>SANTORO, Emilio: "A luta travada na Inglaterra do século XVII contra o absolutismo monárquico teve uma característica fundamental: foi acompanhada de uma retórica que não pôs diretamente a ênfase sobre a liberdade e os direitos subjetivos, mas levantou como sua bandeira o direito objetivo". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 201.

<sup>1316</sup>SANTORO, Emilio: "A liberdade é apresentada como o reflexo de um direito e de uma administração da justiça que "tomam os sujeitos livres". É a partir da ordem objetiva das normas e das ações de tutela dos tribunais que o sujeito obtém aquela proteção que, par Coke, constitui o "direito originário" graças ao qual cada um pode proteger os seus bens, a terra, a mulher, os filhos, o corpo, a vida e a honra contra as agressões". In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 201-202.

<sup>1317</sup>SANTORO, Emilio: "O *Common Law* era tido como verdadeira fonte da liberdade, acreditado como o aparelho jurídico capaz de limitar o poder do monarca e de proteger a liberdade dos indivíduos. A retórica *whig* deve a própria legitimação ao fato de que no século XVII o *Common Law* já tinha praticamente anulado as diferenças feudais de status, garantindo, com exceção das mulheres, a quase total igualdade dos ingleses perante a lei". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 202.

acabaram por reconhecer a soberania do Parlamento, sem qualquer condicionante<sup>1318</sup>, fazendo surgir uma nova entrada para o árbitro. Todavia, de modo a frear essa possibilidade arbitrária governamental do parlamento foi admitida uma distinção entre Cortes e Parlamento, com a submissão ao *Common Law*, quando o primeiro é referência dos contornos do Direito objetivo, cabendo ao segundo, no máximo, reelaborar e nunca criar o Direito<sup>1319</sup>. Essa distinção sempre foi nítida na *Common Law*, pois o juiz nunca foi tido como boca da lei, sempre foi concebida a cisão da lei ao órgão legislativo, com a autonomia da atividade judicial e legislativa, tendo na atividade judicial o *rule of law*, o estofado do *Common Law*<sup>1320</sup>. Da preponderância do Direito<sup>1321</sup>, da primazia das Cortes, para a defesa do ativismo judicial, não muito diferente portanto da problemática na tradição do *Civil Law* não demandou muito esforço<sup>1322</sup>. De forma complementar, também pode ser trazida à baila a experiência

---

<sup>1318</sup>SANTORO, Emilio: “A constituição inglesa, portanto, por definição, enquanto centrada na soberania do Parlamento, não pode prever nenhum elenco de direitos fundamentais intangíveis. A soberania do Parlamento, é, segundo Dicey, incompatível com a existência de um pacto fundamental que defina as competências de qualquer autoridade. Não existe nenhum limite ao Poder Legislativo do Parlamento, não existe a *fortiori* nenhum órgão que possa declarar nula, uma norma legislativa por esta ter violado os princípios constitucionais e em particular os direitos fundamentais dos cidadãos”. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 218.

<sup>1319</sup>SANTORO, Emilio: “Nesse processo, Cortes e parlamento não desempenharam o mesmo papel e não devem, por isso, ser colocados no mesmo plano. O Parlamento, na qualidade de órgão legislativo, limitou-se, de fato, a receber e sistematizar a elaboração jurisprudencial das Cortes e quando participou, de modo criativo do processo de constitucionalização dos direitos, o fez como *High Court* do país, e não como órgão legislativo, reelaborando, portanto, o *Common Law*, e não “criando” um novo direito”. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 224.

<sup>1320</sup>SANTORO, Emilio: “A idéia de que o legislador desapareça e permaneça apenas o texto legislativo é o pressuposto essencial do sistema constitucional delineado por Dicey: é a precondição que permite às Cortes o exercício de uma atividade normativa própria e autônoma. Ela, de fato, cria o quadro no qual a atividade judicial configura não como a continuação da obra do legislador, mas como uma atividade dotada de finalidades autônomas: as Cortes não devem dar execução à vontade do legislador, mas têm de amalgamar a sua vontade com a tradição constitucional incorporada no *Common Law*. Por trás da regra hermenêutica que proíbe aos juizes de considerar as leis como expressão de vontade do parlamento, está, de fato, a consciência de que os juizes que são chamados a interpretar a lei, são influenciados não apenas pelos sentimentos típicos da magistratura, que, como vimos, é “ciumenta” em relação ao poder do Executivo, mas também pelo espírito do *Common Law*. São essas duas posturas das Cortes, protegidas pela fidelidade à letra da lei, que representam o pilar do *rule of law* assim como foi conceitualizado por Dicey. São essas duas posturas das Cortes que neutralizam o voluntarismo insito no princípio da soberania do Parlamento e garantem a proteção das ‘liberdades dos ingleses’”. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 241-242.

<sup>1321</sup>SANTORO, Emilio, ao referir a inserção do parlamento à tradição jurídica: “Essa inserção ocorreu combinando e moderando o princípio da soberania parlamentar com a idéia de que o *Common Law* e as suas normas consuetudinárias do Reino são o grande *substratum* do direito. Se as normas de produção parlamentar não encontrarem um lugar nesse ‘substrato’, então são regras sem nenhuma influência significativa no conjunto do quadro normativo e, portanto, incapazes de lesar os ‘direitos dos ingleses’”. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 244.

<sup>1322</sup>SANTORO, Emilio: “Em outras palavras, essa posição chega até a ponto de afirmar, analogamente

norte-americana, para a qual também não foi muito diferente o embate subjetivismo e objetivismo, onde, já no século XX, foi concebida uma noção construtiva do Direito em contraposição ao Direito dado do *Common Law*, com o que foi adotada a metáfora da Constituição Machine<sup>1323</sup>, redimensionando a tensão entre política e Direito, sugerindo a discricionariedade judicial<sup>1324</sup>, que na tese não encontra guarida por admitir o dever prestacional do Estado, que em situações excepcionais, no Brasil, exige a implementação pela via judicial, mas pelo direito, sem solipsismo judicial. No viés de uma complementação de *rule of law* e a *rule of the people*, que aponta na mesma direção da tese na busca de um autogoverno, pressupondo autossuficiência dos cidadãos, mas sem descuidar do reconhecimento de direitos inalienáveis<sup>1325</sup> e de impedimento de retrocesso jurídico contra majorias eventuais, que podem ser tutelados judicialmente. Ou seja, a tese comunga da necessidade da preponderância do Direito, observando a condição de possibilidade hermenêutico-filosófica, tema que também foi tematizado no desenvolvimento jurídico dos Estados Unidos, comumente ainda aprisionado aos pressupostos positivistas<sup>1326</sup>.

---

ao que fizeram os jusrealistas do século XX, que os atos legislativos não são automaticamente direito; os juízes podem, com as devidas precauções e modalidades, recusar-se a aceitar uma norma de lei como direito". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 244.

<sup>1323</sup>CASALINI, Brunella: "A idéia do *Common Law* como expressão objetiva e imparcial de um estado de coisas espontâneo, reflexo de uma realidade que tinha de ser salva das intervenções distorcidas do legislador, foi superada por um direito concebido não mais como "dado", mas como "construção", capaz de regular e direcionar em sentido normativo a realidade. A metáfora da Constituição "machine", inspirada em uma visão mecanicista-newtoniana, substitui-se a idéia de uma "*living Constitution*", sustentada por uma abordagem historicista e evolutiva do direito". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 281.

<sup>1324</sup>CASALINI, Brunella: "Tudo isso abalou os princípios do Estado liberal de Direito. A concepção oitocetista da Constituição como *rule of law* apoiava-se sobre a autoridade de um direito aparentemente neutro e apolítico. A prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição om como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law*". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 282-283.

<sup>1325</sup>CASALINI, Brunella: "A distinção entre Poder Legislativo e poder constituinte, presente no pensamento dos pais fundadores, podia ser entendida não como "uma tentativa elitista de limitação da vontade em nome de uma noção ideal de direito", mas como instrumento para preservar intacta "a reserva de potência ' implícita na soberania popular cuja vontade não podia ser representada in toto porque era constituída pela soma de indivíduos singulares dotados de direitos inalienáveis". A superposição entre *rule of law* e *rule of the people* podia ser declinada, isto é, em direção a um nexos entre autogoverno e primado da lei". In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 276.

<sup>1326</sup>CASALINI, Brunella: "Se os *Critical Legal Studies* desferem um ataque direto contra a idéia de *rule of law*, afirmando sem meios-terminos o caráter ideológico da deliberação judiciária, diversas abordagens contemporâneas ao estudo do direito constitucional norte-americano tentam fazer uma reavaliação da idéia do "governo da lei" por meio da formulação de teorias da interpretação voltadas

Na esfera política, o estilo continental tem vinculação maior com o ideal democrático-social, enquanto que o anglo-americano ao liberal-social. No primeiro é comum ocorrer o implemento de políticas públicas estatais através de determinação judiciária, causando estranheza aos juristas anglo-americanos. No Brasil, por exemplo, são inúmeras as lides promovidas contra o próprio Estado e a partir delas há incontáveis decisões judiciais na promoção de políticas públicas nas mais variadas áreas, como saúde, educação, transporte, moradia, etc.<sup>1327</sup> No anglo-americano o processo fica limitado a resolver os conflitos individuais, tendo o juiz um papel político muito mais limitado e passivo<sup>1328</sup>. Contudo, no Brasil, há a necessidade de manutenção e incremento da postura judicial continental, afim de buscar a concretização de interesses constitucionais fundamentais, alcançado os objetivos do nosso Estado Democrático de Direito<sup>1329</sup>, especialmente em razão da condição de

---

a pôr o juízo jurisdicional sobre bases objetivas. O êxito dessa operação está condicionado pela escolha daquilo que se prende considerar fundamental da Constituição: o seu caráter de texto escrito, ou a sua intenção originária, ou só princípios inspiradores da tradição constitucional, ou então a vontade popular expressa nos momentos constituintes. Desses elementos, o juiz deveria poder deduzir regras gerais dentro das quais subsumir o caso particular. E em cada um desses casos, embora sobre a base de concepções diversas do rule of law, procura-se conduzir o juiz além do limite da política, ou melhor, além de uma função jurisdicional que desenvolve, de fato, um papel legislativo". *In*: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 284.

<sup>1327</sup> DAMASKA, Mirjan: "De hecho parece probable que los papeles tradicionales de los Estados continentales y angloamericanos, no fuesen exactamente iguales. Una indicación es que tanto europeos, que observan a Inglaterra y Norteamérica a través del prisma de su experiencia, se sintiesen impresionados por el papel relativamente modesto del Estado en la gestión de los asuntos sociales. En tanto que los legisladores continentales no dejaban de expandir la agenda del Estado – desde el ejército al mantenimiento del orden interno, a la educación, la salud pública y la seguridad social – para satisfacer las necesidades sociales, Inglaterra y los E.E.U.U. parecían hasta muy recientemente apoyarse en mayor medida en las acciones privadas o "voluntaristas". Los extranjeros se maravillaban por la posibilidad de un "estatismo mínimo" y proponían una diversidad de teorías para explicar el misterio". *In*: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 158.

<sup>1328</sup> DAMASKA, Mirjan: "Lo central de la imagen de un adjudicador imparcial en el estilo reactivo de resolución de conflictos ha sido demostrado y he analizado cómo esta imagen requiere que sea de alguien desinteresado y esencialmente pasivo. El objetivo de implementación de políticas requiere una imagen clave diferente: lo que se espera primariamente del juez es que llegue al resultado preciso o que encuentre la solución más apropiada a un problema, tal como se cristaliza en el proceso. La posibilidad de que tenga que saltar a la acción es tácita. Es igualmente claro que el tema de su neutralidad entre dos partes ni siquiera ha de mencionarse, pues no siempre ha de haber dos partes en el proceso judicial. Pero incluso cuando los procesos no están libres de tensiones bipolares, el juez activista no está obligado a tratar a las dos partes de modo igual, bajo ciertas circunstancias puede esperarse que se alinee con la parte que exige lo que parece ser la visión correcta y lo ayude si no consigue fallar el "caso" correcta y eficazmente". *In*: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, 289.

<sup>1329</sup> DAMASKA, Mirjan: "Ciertamente, estas limitaciones pueden resultar en pérdida de materias importantes, pero cuando el Estado está más interesado en ofrecer un foro justo que en la exactitud de los resultados procesales, esta perspectiva se contempla con ecuanimidad". *In*: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p.232.

hipossuficiência de grande parte da população, quando o primado democrático está na condição ideal de fala. Ou seja, a população nacional ainda está muito distante do pressuposto democrático consistente na verdadeira condição de autossuficiência dos cidadãos<sup>1330</sup>. Logo, o Estado brasileiro pende mais para o estilo continental, porém caudatário de todo o desenvolvimento referido, especialmente do positivismo e de sua inevitável abertura ao arbítrio.

Na hodiernidade há uma tendência muito forte de adaptação de sistemas jurídicos. Com isso os Estados, com forte caracterização de um dos modelos, passam a perseguir objetivos característicos da outra formatação, adquirindo elementos que não lhe seriam originários, no intuito de aprimorar seus mecanismos, de acordo com suas peculiaridades sistêmicas. No Processo Civil, por exemplo, com o CPC de 2015, é visível a importância dada aos julgamentos paradigmas dos tribunais superiores. Em sendo assim, há uma mescla de interesses políticos dos Estados promovedores de um amálgama do sistema originário continental com o anglo-americano, sendo raro, quiçá inexistente, especialmente nos dias de hoje, um Estado que possa ser considerado puro em qualquer dos dois sentidos<sup>1331</sup>. Muito pelo contrário, o desenvolvimento jurídico dos Estados acaba se desenvolvendo pela influência recíproca, independentemente da tradição do *Civil Law* ou do *Common Law*, ao que Taruffo denomina de “interferenze orizzontali”<sup>1332</sup>, fazendo surgir muito mais aproximações do que diferenças dos ordenamentos jurídicos<sup>1333</sup>.

É uma tendência atual, por parte dos estudiosos e pesquisadores jurídicos de um ou outro sistema, prestar mais atenção no conteúdo doutrinário advindo da outra cultura.<sup>1334</sup> De qualquer modo, é premente a superação das dificuldades oriundas do

<sup>1330</sup> Conceito desenvolvido em Habermas e referido alhures.

<sup>1331</sup> DAMASKA, Mirjan: “Esta digresión sobre los procedimientos de *Common Law* y *Civil Law* ilustra la oscilación de los Estados actuales entre los impulsos administrativos o distanciados y por lo tanto sugiere la posibilidad de hacer combinaciones o mezclas de arreglos procesales adecuadas a las dos tendencias opostas de Estado”. In: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 160.

<sup>1332</sup> TARUFFO, Michele. **Il Processo Civile di *Civil Law* e di *Common Law*: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile**. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 89.

<sup>1333</sup> MITIDIERO, Daniel: “A singularidade e a especificidade dos institutos cedem em geral à tendência à homogeneização ditada pela circulação dos modelos jurídicos”. In: **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 59..

<sup>1334</sup> GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: “Uma de las cosas que sorprende a quien se adentra em el estudio de la filosofía práctica de Tomás de Aquino es que la literatura secundaria no se halla donde uno esperaría encontrarla. En efecto, tradicionalmente el tomismo ha florecido en Europa continental, y más específicamente en Francia, España e Italia. Sin embargo, si se examinan los estudios más recientes sobre este autor medieval – por ejemplo, en los últimos veinte años – se verá que buena parte de ellos procede del mundo anglosajón. Al mismo tiempo, sus autores distan de parecer

paradigma sujeito-objeto, do positivismo, presentes em ambas as culturas e que desemboca no Processo Civil brasileiro. Considerando a predominância da herança continental há uma marcante admissão do “método” na cultura processual pátria, na confiança de que um roteiro previamente estabelecido será capaz de trazer o sentido do texto legal na apreciação do caso concreto pelo juiz, não raro apostando no descobrimento da vontade do legislador<sup>1335</sup>. Assim, é possível afirmar que, no processo civil desenvolvido majoritariamente no Brasil, a presença da dicotomia mundo da vida e mundo do direito, onde, metafisicamente, a interpretação é tida como instrumento técnico apto a alcançar os sentidos obnubilados do texto legal, não há maior dificuldade para alcançar um sentido “jurídico” para a irreversibilidade, ainda que não seja difícil perceber a impossibilidade de restaurar a situação fática na “vida”. A linguisticidade, o texto legal, enquanto idealidade abstrata da linguagem, deve ser reconduzida pelo intérprete à fala, ao sentido do ser-aí<sup>1336</sup>, tarefa obstada pela impossibilidade de experimentação contextual. Tudo isso atinge frontalmente o fim democrático constitucional que o Processo Civil também persegue. Isso porque o

---

adherentes a una escuela, que se limitan a un círculo restringido de lectores, sino que traen en escena a Tomás de Aquino con el propósito, entre otros, de prestar una contribución real y actual al debate ético contemporáneo. En muchos casos se trata de filósofos que no han partido de Tomás de Aquino, sino que han llegado a él movidos por necesidades muy reales, como la de dar una fundamentación consistente a la ética o la de resolver problemas metodológicos en la constitución de las diversas ciencias sociales”. *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p 59.

<sup>1335</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “A idéia de método, contudo, apesar da necessidade de uma instrumentalidade, foi a que mais se alastrou, não sendo raro encontrá-la entre os processualistas mais seguidos pelos lidadores do Direito. Na verdade, essa é a regra. A hermenêutica, portanto, ainda tem sido vista como um estudo com sistematização de procedimentos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Ainda é considerada um “roteiro” para interpretação da norma à luz do fato concreto. Nessa linha de pensamento, também o raciocínio do juiz é um silogismo. Esse tipo de visão é corrente nos países em que o Direito provém da matriz romano-germânica, como é o caso do Brasil e dos países da Europa Continental. Neles, a lei é a fonte primordial do Direito. Todos esses países surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas, fundamentalmente, é descobrir, com o auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponda à vontade do legislador”. *In: Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56-67.

<sup>1336</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Essa realidade nos desvela mais claramente a própria essência da linguagem: a linguagem participa da idealidade do sentido. Na escrita, o sentido do falado se revela outro em si mesmo, completamente separado dos momentos emocionais da expressão. Um texto não quer ser entendido como expressão de vida, mas naquilo que diz: a linguisticidade é a idealidade abstrata da linguagem. Por essa razão, a compreensão pela leitura não é a repetição de algo passado, mas participação num sentido presente. Por outro lado, para Gadamer, a escrita é uma espécie de fala alienada e a tarefa da hermenêutica consiste precisamente em reconduzir a escrita à fala”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 234-235.

método processual está, na verdade, escamoteando uma abertura solipsística antidemocrática, na medida em que a ausência de um parâmetro fático é permissora do sentido que o arbítrio do intérprete desejar. Então, a tese busca revelar que uma sólida construção jurídica constitucional e democrática dispensa expressões legais que possam vir a dar vazão à formulação de sentidos aleatórios, arbitrários, que não estão submetidos à uma correspondência fática.

#### 4.1.2 O Processo e os Poderes Judiciais em face das Transformações Sociais/Políticas/Jurídicas

Visto que o ordenamento jurídico brasileiro recebeu influência de ambas correntes<sup>1337</sup>, porém com preponderância do modelo continental, surge a importância de destacar o modelo de processo e jurisdição desenvolvido e as possibilidades daí oriundas. Em face da crítica a uma expressão textual do Código de processo Civil, no referido desenvolvimento, chama a atenção a aposta no Direito e Processo positivista legalista.<sup>1338</sup>

Nos limites estabelecidos relembramos novamente o período medieval, porém com foco na questão do Processo e Jurisdição. De regra, o Processo do período medieval é aquele originário das influências romanas e canônicas. No referido Processo havia destaque para a autonomia das partes e inércia judicial para a propositura da ação<sup>1339</sup>. Contudo, a partir do ajuizamento da ação, após a iniciativa

---

<sup>1337</sup>Ver a propósito: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28-29.

<sup>1338</sup>GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín: "Sin embargo, la ilusión del positivismo legalista de fundar la seguridad jurídica en la reucción de las fuentes del derecho a la ley escrita ha sido sometida a severas críticas en las últimas décadas y, a nuestro juicio, contradice la experiencia histórica de buena parte de los países en los últimos dos siglos. No parece aventurado afirmar que la experiencia de Estados que, como Francia, asumieron con vigor los postulados del legalismo es mucho menos afortunada en materias como. Por ejemplo, la protección de los disidentes políticos que la de Inglaterra y los Estados Unidos, que han buscado la seguridad más en la manutención de un ethos que en la univocidad de las palabras de la ley, más en el criterio de la comunidad de hombres maduros que en la abstracta generalidade de una regla. Estas distintas maneras de entender el derecho no son ajenas a las diversas formas de concebir la política. Esto no se debe a que unos países hayan tenido hombres más clarividentes que los otros: es cierto que los ingleses tuvieron a Burke, y que con eso probablemente hayan ahorrado mucha sangre en la isla; sin embargo, en Francia vivió y escribió Alexis de Tocqueville, un hombre por lo menos tan sensato como el anterior. La diferencia estriba en que uno fue oído y el otro no. Sobre esto se podría escribir mucho. Frente al legalismo, la mentalidad realista se interesa más por los jueces que por las leyes, por las garantías procesales efectivas que por el número de derechos que declaran las Constituciones. Quizá la seguridad que pretende darnos el legalismo no sea más que la seguridad de que existe una norma que prohíbe alegar ignorancia de la ley desde el momento mismo de su publicación. Por contraste, una ampliación de las fuentes del derecho quizá nos impida gloriamos de la exactitud del mismo o intentar hacer del derecho una ciencia exacta, pero tiene la ventaja de que todos podemos saber cómo actúa un hombre razonable, y darnos cuenta si una persona trató un determinado negocio con la atención que lo haría un padre de familia juicioso. Estos criterios no son exactos, pero sí humanos, acdesibles". *In: Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 160 e 161.

<sup>1339</sup>DAMASKA, Mirjan: "Este prototipo de processo civil continental fue en primer lugar producto de esfuerzos intencionados = que datan del siglo doce -, para adaptar los mecanismos de resolución de disutas de la Edad Media a la estructura evolutiva de la autoridad judicial católica. Cuando esta autoridad no tenía que enfrentarse a caso de "infamia" o "excesos" como en los temas penales, la iniciación de los juicios permanecía naturalmente como prerrogativa exclusiva de las partes". *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 355.

da parte, tendo o Processo em trâmite, havia um empoderamento do juiz no Processo para a realização de uma série de atos com o objetivo de realizar a justiça (questão de extrema relevância nos tribunais eclesiásticos)<sup>1340</sup>. Era o início da busca do procedimento técnico e científico cujo objetivo era a busca metódica da verdade, sem qualquer preocupação com o tempo que tal objetivo demandasse.<sup>1341</sup> Estava plantada a semente do paradigma da relação sujeito-objeto, com o que o Processo passava a ser construído com o objetivo de alcançar a verdade objetiva. Em face de tal objetivo maior, o juiz passou a ter uma gama de poderes importantes na condução do Processo, especialmente na instrução deste<sup>1342</sup>, o que talvez justifique o status que angariou desde aquela época e que, como referido, tornou-se um óbice para o ideal legalista do liberalismo continental e não encontrou resistência no direito anglo-saxão, onde o caso concreto sempre teve prevalência<sup>1343</sup>.

Os processos dos dois sistemas, então, incorporaram as características gerais do Processo anterior, que não eram tão distintas, especialmente em relação à amplitude da forma de atuação judicial, de formas diferentes, em face da influência

---

<sup>1340</sup>DAMASKA, Mirjan: “No obstante ha de anotarse que el proceso canónico romano no permitía una dominación total de las querellas por los litigantes, incluso en áreas en que, en principio, re reconocía el control de las partes; sólo era auténticamente sacrosanto el control privado sobre el comienzo de una querella. Cuando se había iniciado el proceso, los funcionarios del juzgado ejercían importantes poderes para intervenir en el proceso por el bien de preservar la justicia (aequitas), de tanto peso en los tribunales eclesiásticos”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 356.

<sup>1341</sup>DAMASKA, Mirjan: “Todos los pasos procesales tomados oficialmente, tenían que ser registrados, no sólo para ser inspeccionados por las partes, sino también para preservar la base de información para el adjudicador de primera instancia y la autoridad que revisaba. Bajo las condiciones imperantes por entonces, el viaje del expediente a través de todos los niveles del proceso de apelación, a veces tardaba décadas”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 356.

<sup>1342</sup>DAMASKA, Mirjan: “En la práctica, sin embargo, los principios expresados por estos dichos tan citados, estaban adornados de excepciones que permitían al juez volverse activista. También hay que darse cuenta de que las autoridades canónicas romanas insistían –aunque con menos rigor que en los temas penales- en que fuese el juez quien buscara la verdad. Los privilegios testimoniales que aparecieron antes se basaban fundamentalmente en el temor de que determinados testigos pudiesen mentir sobre el reconocimiento de valores que compiten con el deseo de establecer la verdad. Es posible explicar fácilmente esta desviación de lo que puede requerir un estilo jerárquico reactivo puro: todavía no ha nacido la ideología de un Estado descomprometido, e incluso si estuviese viva, hubiese chocado con las aspiraciones de la autoridad, tanto imperiales como sacerdotales”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 357.

<sup>1343</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim: “O *Common Law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *Common Law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano”. *In: A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Civil Law e Common Law*. Porto Alegre: *Revista Jurídica*, Vol. 57, nº 384, p. 53-62, out, 2009, p. 54.

liberal. No Direito e Processo de origem inglesa não houve uma ruptura abrupta, dura e vigorosa com o sistema político e jurídico vigente<sup>1344</sup>, como no Direito e Processo do continente, onde, especialmente pelo marco da revolução francesa, a realeza foi banida. Ovídio inclusive afirma ter havido, na *Common Law*, uma evolução, e não revolução<sup>1345</sup>. Na *Common Law* o juiz continuou tendo praticamente os mesmos poderes de condução e instrução do Processo oriundo do desejo de busca da verdade do Direito Canônico. Não foi colocada dúvida na atuação judicial. Não houve o mesmo temor pela atuação judicial, como ocorreu no Direito Continental, tanto que a atuação discricionária na condução do processo era a regra. E isso tudo permitia um processo mais efetivo e célere, tanto que, no século XX, passou a ser desejado e defendido<sup>1346</sup> como meio inclusive de “moralização” do Processo Civil de tradição do *Civil Law*<sup>1347</sup>. Com a ressalva da não admissão do solipsismo judicial e da predação do Direito pela moral, há a concordância com a mudança de visão da atuação judicial, saindo do paradigma da desconfiança do juiz, do padrão liberal clássico, para a confiança na atuação judicial, de vertente constitucional democrática<sup>1348</sup>. Isso implica em um juiz que vai além da imagem liberal de passividade, para admitir uma extensão da noção de impulso oficial tradicional, porém com todo o cuidado para não implementar uma ditadura do Judiciário<sup>1349</sup>, por isso o destacado fechamento jurídico-constitucional.

<sup>1344</sup>WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o *Civil Law* e *Common Law*. Porto Alegre: **Revista Jurídica**, Vol. 57, nº 384, p. 53-62, out, 2009, p. 54.

<sup>1345</sup>BAPTISTA DA SILVA, p. 129.

<sup>1346</sup>CAPPELLETTI, Mauro: “Qualquer jurista europeu que assistir a um trial nas cortes inglesas ficará impressionado com o extraordinário respeito e deferência, para com a Corte, dos Advogados, das partes e das testemunhas. O juiz inglês, mesmo sem entrar “na arena”, mesmo permanecendo “por cima da arena”, controla e dirige com grande autoridade e com poderes excepcionalmente vastos e, frequentemente, amplamente discricionários o desenvolvimento formal do debate. É este o grau de “publicidade” que a oralidade pretende. Já vimos que o sistema da escritura nasceu pela desconfiança na imparcialidade e equidade do juiz: pois bem, o sistema da oralidade pretende, pelo contrário, para poder funcionar adequada e suficientemente, um juiz que tenha os poderes, e que saiba usar imparcial e habilmente os poderes de direção e controle do processo e, em particular, do debate, o qual não teria sentido comum se não fosse ordenado, rápido, “concentrado”. In: **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Editora Líder. Belo Horizonte, 2001, p. 49.

<sup>1347</sup>CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Editora Líder. Belo Horizonte, 2001, p. 62/64.

<sup>1348</sup>FIX-ZAMUDIO, Héctor: “El segundo aspecto importante de la función activa Del juzgador em el proceso civil moderno latino-americano radica em la necesidad de establecer el predominio Del impulso oficial del procedimiento por parte Del juzgador, sustituyendo el sistema tradicional de tipo plenamente dispositivo, de acuerdo com el cual, toda la iniciativa correspondia a las partes, las cuales tenían que excitar continuamente al juzgador, que sólo catuaba, y desafortunadamente, em muchos casos, actúa, sólo si los justiciables le “daban cuerda”, como si fuese um instrumento mecânico, de acuerdo com uma expresión sumamente gráfica”. In: **Constitución y Proceso Civil em Latinoamérica**. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 51

<sup>1349</sup>FIX-ZAMUDIO, Héctor: “En este sector debe figurar la concepción contemporânea del juez civil como diretor del proceso, superando la imagem tradicional de la figura impassible del juzgador del

De outra banda, na tradição do *Civil Law*, o legado anterior do Direito, do Processo e da atuação judicial teve um choque frontal, em face das revoluções liberais continentais, a ponto de Ovídio Baptista reconhecer o nascimento do denominado processo científico, a partir disso, no século XIX. As exigências revolucionárias liberais deram uma nova feição ao processo. Diferentemente do processo do *Common Law*, o processo deveria ser técnico, longo, complexo, amplo e demorado de forma a permitir, segundo o interesse das partes, a mais ampla defesa possível e a plenitude probatória, de modo a possibilitar a segurança da decisão e a imutabilidade do que foi decidido, com a formação da coisa. Dessa forma, era evitado qualquer arbítrio do Estado-Juiz, garantindo a submissão à “vontade da lei”<sup>1350</sup>. A nova faceta do processo por impulso iluminista, pós-revolução francesa, propiciou um “plus” ao reconhecimento da autonomia das partes se comparado com o modelo de processo que havia até então, bem como foram mitigados os poderes judiciais na condução e instrução do processo na linha do desejado juiz passivo liberal, em face da crença na autonomia das partes. Havia um pressuposto, que seria mais tarde expressado por Carnelutti, de civilidade, de isonomia, muito próxima da formal<sup>1351</sup>, em detrimento do que hoje é tida como a democraticamente desejável, que é a da igualdade material. Em consequência, cada parte tinha o arbítrio de não agir, ou agir na medida de seu interesse para a tutela de seu direito, prevalecendo a soberania dispositiva dos interesses da parte, ao juiz cabia tomar alguma providência somente quando

---

período individualista y liberal que sólo se limitaba a vigilar el comportamiento formal de las partes; pero al mismo tiempo debe evitarse que con el pretexto de conferir mayores facultades de dirección judicial, se transforme al juzgador en un verdadero dictador del proceso, de acuerdo con las concepciones autoritarias que deben desecharse, según las conclusiones de las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal”. In: **Constitución y Proceso Civil em Latinoamérica**. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 32.

<sup>1350</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “A ciência do processo civil nascera, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito lhe daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso. Todas estas virtudes da ordinariedade somadas naturalmente àquele pressuposto racionalista determinante da submissão do juiz ao poder político”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 164.

<sup>1351</sup>CARNELUTTI, Francesco: “El proceso civil se distingue, a simple vista, del proceso penal, por un carácter negativo: no hay un delito. Siendo el delito negación de la civilidad, podríamos llamar al proceso penal a fin de entendernos, un proceso incivil; y al proceso civil, en cambio, lo llamaríamos civil porque se realiza *inter cives*, es decir, entre hombres dotados de civilidad”. In: **Cómo se hace un Proceso**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007, p.12.

provocado pela parte. Era o poder político pautado pelo primado da liberdade dando suas cartas no Direito e no Processo. Era inerente ao eu livre a possibilidade de renúncia ao direito subjetivo, aos atos do procedimento e ao próprio Processo. O Processo passou a ser tido como mera continuidade das relações privadas<sup>1352</sup>, tendo, portanto, que refletir os mesmos valores, debilitando severamente a busca da verdade imperativa no ideal canônico.

A base teórica liberal/iluminista continua até hoje presente<sup>1353</sup>, camuflado na trivialidade da prática do dia a dia, permitindo enxergar o Processo com um fim em si mesmo, com a centralização do estudo nas questões intrínsecas a si próprio, onde o grande objetivo é alcançar o julgamento, fazendo imperar o Processo de conhecimento, em detrimento da prestação jurisdicional efetiva, com o que haverá o atendimento do desejo de uma jurisdição democrática<sup>1354</sup>, que, na tese, está na desobstacularização das tutelas de urgência, forma elevada de atingimento de tal fim com a celeridade prestigiada na atualidade<sup>1355</sup>. Então, é um ganho, no viés perseguido, a preocupação com a solução dos conflitos<sup>1356</sup> em detrimento do mero

---

<sup>1352</sup>DAMASKA, Mirjan: “No obstante y dentro de este marco antiguo, comenzaron a producirse cambios importantes al inicio del siglo diecinuev. Fue entonces que los estudiosos continentales construyeron un modelo riguroso de los juicios como disputa de dos partes autónomas ante um tribunal pasivo. Concientemente derivado del objetivo de la justicia de resolución de conflictos, este modelo fue recomendado como ideal en la esfera de “lo mío y lo tuyo” la propiedad – en que se consideraba que era posible renunciar a los derechos y se trataba a las relaciones sociales como instancias sensibles a la ordenación independiente por la sociedad civil. El proceso civil, imaginado ahora como la simple continuación de las transacciones privadas por otros medios, tendría que guiarse por nociones muy amplias de autonomía de las partes”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 358.

<sup>1353</sup>STRECK, Lenio Luiz: “No campo do Direito Civil, problemas como as ocupações de terras têm sido tratados, no mais das vezes, como conflitos interindividuais, o que igualmente demonstra a crise de paradigmas, que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em ossos códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc.). Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e na doutrina”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 83.

<sup>1354</sup>Tanto que há quem prefira o termo Direito Jurisdicional a Direito Processual. Ver a respeito: AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.450.

<sup>1355</sup>AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 444-445.

<sup>1356</sup>CARNELUTTI, Francesco: “El bacilo de la discordia es el *conflicto de intereses*. Quien tiene hambre, tiene interés en disponer del pan con que saciarse; si son dos los que tienen hambre y el pan no basta más que para uno, surge el conflicto entre ellos. Conflicto, que, si los tales son inciviles, se convierte en una lucha: em virtud de esta, el más fuerte se sacia y el otro continúa con hambre. En cambio, si fuesen enteramente civiles o civilizados, se dividirían el pan, no según sus fuerzas, sino según sus necesidades. Pero puede darse también un estado de ánimo del que no surja la lucha, pero del que puede surgir de un momento a otro: uno de los dos quiere todo el pan para sí y el otro se opone a ello. Una tal situación no es aún la guerra entre ambos, pero la contiene en potencia por

juízo, o que implica na admissão e incentivo de meios alternativos (integradores) de solução de conflito, como consta no código atual<sup>1357</sup>, o que por outro lado não prejudica a defesa da confiança no juiz e na sua força para fazer cumprir suas decisões. Todavia, mais que isso, o Processo democrático não pode ter a limitação de pensar o Processo através do objetivo exclusivo da solução de conflitos intersubjetivos, passando a atender para interesses que ultrapassam a esfera do indivíduo. Em outras palavras, o Processo democrático não prescinde de uma análise crítica do Processo e de seus princípios, tidos, não raras vezes, como invioláveis, sem um questionamento mais aprofundado, sem conectar esses princípios com a fundação liberal/iluminista, sem perceber que seu patamar axiológico era um no passado e deve ser outro no presente. O desvelamento demanda uma análise crítica, capaz de desnudar a idolatria pelo dinheiro geradora de misérias humanas, retirando o operador jurídico de seu inviolável mundo científico e conectando-o novamente com a realidade, com um Direito e Processos compatíveis com novos valores e ideais humanitários, democráticos e constitucionais.<sup>1358</sup> No Processo Civil não deveria haver dificuldade em perceber que uma prática guiada pelo egoísmo capitalista de outrora tinha uma relação mais próxima com a persecução de resolução de conflitos exclusivamente interindividuais e repressivos, onde a pacificação social podia ser considerada o único objetivo do Processo e do Judiciário<sup>1359</sup>. A preocupação com os interesses

---

lo cual se comprende que alguien o algo deba intervenir para evitarla. Ese algo es el proceso, que se llama civil porque todavía no ha surgido el delito que reclama la pena; y la situación frente a la cual interviene, toma el nombre de *litis* o litigio". *In: Cómo se hace un Proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007, p. 12.

<sup>1357</sup>CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo: "Com efeito, o CPC contém diversas normas que prestigiam a autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado. O Código de 2015 é estruturado de maneira a estimular a solução de conflito pela via que parecer mais adequada a cada caso, não erigindo a jurisdição como necessariamente a melhor opção para eliminar a disputa de interesses. O Código trata, por exemplo, da autocomposição, regulando a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175), inserindo a tentativa de autocomposição como ato anterior à defesa do réu (arts. 334 e 695), permitindo, no acordo judicial, a inclusão de matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, § 2º) e admitindo acordos sobre o processo (art. 190). Há, enfim, um estímulo à autocomposição, destacando-se os §§ 2º e 3º do seu art. 3º. A consagração do princípio da cooperação (art. 6º) relaciona-se com o fenômeno da valorização da autonomia da vontade no processo. O art. 190 prevê uma cláusula geral de negociação processual, permitindo a celebração de negócios processuais atípicos". *In: A Fazenda pública em juízo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 664.

<sup>1358</sup>HADOT, Pierre: "El filósofo vive cruelmente su soledad y su impotencia en un mundo desgarrado entre dos inconsciencias: la que provoca la idolatría por el dinero y la que resulta de la miseria y del sufrimiento de miles de seres humanos. En semejantes condiciones, sin duda alguna jamás podrá alcanzar la serenidad absoluta del sabio". *Qué es la Filosofía Antigua?* México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 304.

<sup>1359</sup>CARNELUTTI, Francesco: "La *litis* es, pues, un desacuerdo. Elemento esencial del desacuerdo es

transindividuais inexistia no modelo processual liberal clássico e o objetivo de uma jurisdição preventiva, sem a lide instaurada era mínima ou inexistente, passando a ser introduzida no processo já no século XX, mas ainda de forma pouco esclarecedora, muito distante do desenvolvimento atual<sup>1360</sup>. Nos dias de hoje, com o imediatismo e celeridade, com o incremento da complexidade nas relações intersubjetivas e na relação do sujeito com o seu entorno, com a transindividualidade, com a prevenção do ilícito e do dano<sup>1361</sup>, a mesma prática não pode trazer a mesma satisfação de outrora. Em prol dessa luz, centralmente, é buscado o enfrentamento da presente tese, com o fechamento jurídico constitucional<sup>1362</sup>.

No final do século XIX a tomada de consciência dos efeitos nefastos do liberalismo clássico permitiu o início do combate ao mesmo, a começar pela mudança legislativa, como não poderia deixar de ser, em face da supremacia do positivismo, e no Processo isso implicou na limitação da autonomia das partes, mitigando o caráter privatista, em prol de uma ampliação publicista, consequentemente com uma

---

un conflicto de intereses: si se satisface el interés del uno, queda sin satisfacer el interés del otro, y viceversa. Sobre este elemento sustancial se implanta un elemento formal, que consiste en un comportamiento correlativo de los dos interesados: uno de ellos exige que tolere al otro y la satisfacción de su interés, y a esa exigencia se la llama pretensión; pero el otro, en vez de tolerarlo, se opone. No hay necesidad de agregar que la *litis* es una situación peligrosa para el orden social. La *litis* no es todavía un delito, pero lo contiene en germen. Entre *litis* y delito, hay la misma diferencia que existe entre peligro y daño. Por eso litigiosidad y delincuencia son dos índices correlativos de incivildad: cuando más civil o civilizado es un pueblo, menos delitos se cometen y menos litigios surgen en su seno". In: **Cómo se hace un proceso**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2003, p.12.

<sup>1360</sup>CARNELUTTI, Francesco: "El proceso civil, pues, opera para combatir la *litis*, como el proceso penal opera para combatir el delito. Pero la acción, o mejor la reacción del proceso civil, es más compleja que la del proceso penal. Este último, mientras no se dé, si no propiamente la existencia, por lo menos la apariencia de un delito, no se pone en movimiento. En cambio, el proceso civil puede operar, no solo para la represión, sino también para la prevención del litigio, a fines higiénicos y no terapéuticos. Precisamente la actividad preventiva del proceso civil se da en presencia de ciertas situaciones que pueden propiciar la injusticia. Por eso, porque la injusticia es el bacilo de la discordia, el proceso opera a fin de que no se manifieste. A estas dos formas del proceso civil, preventiva o represiva, se podría dar genuinamente el nombre del proceso civil con *litis* o sin *litis*; pero la ciencia jurídica, que no ha llegado todavía a descubrir, no tanto la distinción, cuanto la coordinación entre ellas, utiliza las dos fórmulas, mucho menos claras, de proceso contencioso y proceso voluntario". In: **Cómo se hace un proceso**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2003, p. 13.

<sup>1361</sup>RIBEIRO, Darci: "A corrente que aborda o ordenamento jurídico pelo prisma exclusivo da solução dos conflitos de interesses em sociedade – função repressiva – vai ficando cada vez comprometida, na medida em que este tem sido interpretado a luz do que modernamente se denominou chamar Estado Democrático de Direito, onde a realização da sua função preventiva no combate ao surgimento do conflito tem merecido destaque". In: **Da Tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.48.

<sup>1362</sup>A propósito ver em STRECK, Lenio Luiz: "De como os princípios não "abrem" a interpretação: a inadequada separação entre *easy cases* e *hard cases*". In: **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4º ed. Porto Alegre: Thomsom Reuters: Revista dos Tribunais, 2015. p. 306.

ampliação do poder jurisdicional.<sup>1363</sup> Dentre as alterações proporcionadas podem ser citadas a concentração de atos em favor de uma celeridade e eficiência maior e o retorno a um poder de instrução mais ampliado. No caso brasileiro, em relação às tutelas de urgência, somente no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 797, foi introduzida a autorização para o juiz tomar medidas cautelares sem ouvir as partes<sup>1364</sup>, sem qualquer ampliação expressa no atual código. No entanto, o mesmo código passou a permitir a concentração de atos, a celeridade, de uma forma mais efetiva ao permitir o sincretismo do Processo de conhecimento e execução como regra. Até, então, o processo brasileiro era guiado pelo cientificismo iluminista de viés liberal-egoístico que resultava na demorada, dificultosa, custosa e pouco efetiva dicotomia do conhecimento e da execução<sup>1365</sup>. De qualquer forma, na busca da supremacia de um perfil social no processo as alterações introduzidas legislativamente poderiam ter avançado mais, conferindo maiores poderes aos juízes, abandonando a desconfiança característica do liberalismo para a confiança democrática<sup>1366</sup>, havendo espaço para novas alterações, especialmente em consideração da efetiva e adequada proteção dos interesses transindividuais. Porém, de outra banda, não é admissível a abertura do Direito para elementos que lhe são estranhos.

---

<sup>1363</sup>DAMASKA, Mirjan, ao exemplificar a ampliação dos poderes do juiz no processo continental social: “Desde su inclusión, estas reformas legislativas se justificaron por el rechazo del individualismo asociado con los hitos del liberalismo clásico”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, 362.

<sup>1364</sup>Art. 797 do Código de Processo Civil de 1973: “Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes.”

<sup>1365</sup>CARNELUTTI, Francesco: “La verdad es que si uno de los litigantes, normalmente el que pide al juez que cambie el estado de las cosas (el a creador que quiere ser pagado, el propietario que quiere recuperar su fundo, el comprador que pretende la entrega de la mercadería que se le debe), tiene interés en que se proceda rápidamente, el otro, el que si pierde tendrá que pagar, restituir o entregar, tiene interés en lo contrario. Ninguno de ellos se resigna a dejar al otro la última palabra. Si una providencia del juez no responde a sus deseos cada cual busca todos los medios para hacer que se la revoque o modifique; y si no lo consigue, difícilmente se resigna a ejecutar las órdenes del juez, y entonces también el proceso civil debe proseguir pasando, como se dice y como veremos, de la fase de cognición a la fase de ejecución. Así el proceso se arrastra en medio de una maraña de dificultades que retardan su marcha, agravan el costo y a menudo comprometen su resultado. Siempre están dispuestos a cargar la culpa a los demás y con facilidad olvidan sus propias responsabilidades”. *In: Cómo se hace un proceso*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris, 2003, p. 14.

<sup>1366</sup>DAMASKA, Mirjan: “No obstante después de que todo se haya dicho y hecho, las desviaciones resultantes de las formas clásicas de la resolución jerárquica de conflictos, no son tan significativas como podría esperarse. Continúa el estilo fragmentario característico por partes hasta nuestros días, sin considerarse la preferencia legislativa expresada por los juicios “concentrados” en nombre de una eficiencia mayor, el expediente sigue siendo el espinazo del proceso, incluso cuando a menudo se expresan las virtudes de la presentación viva voce; los jueces siguen dependiendo grandemente de las partes”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 362.

O Processo democrático deve estar sempre limitado ao Direito. Há nele, através da imprescindível formação complexa da juridicidade, o espaço para o desenvolvimento do Direito com a fundamental preservação do equilíbrio de forças entre as partes, com isonomia e equidistância judicial, tudo pressupostamente guiado por um carácter público democrático, dentro do que pode e deve ser objeto do debate e da decisão. A propósito, Garapon traz interessante comparação da publicidade democrática processual e daquela que ocorre fora do processo, especialmente através dos meios abertos de comunicação. Diz o autor que enquanto o processo trabalha nos limites do Direito, que atende a um direito de saber e igualmente de não saber, de esquecer (*amnistia*) ou de ignorar (invalidade), em maior grau inclusive na tradição do *Common Law*, o que lhe permite a preservação do delineamento democrático que lhe caracteriza, no espaço aberto do território midiático, em face da ausência de um mecanismo de controle mais eficiente, essa publicidade acaba degradingolando para um viés antidemocrático.<sup>1367</sup> Em sendo assim, o Processo é o cenário antagónico ao protagonismo político, ou de quaisquer outros interesses que não sejam estritamente jurídicos. Não pode ser ignorado que o julgamento é intermediado por um Processo, preso a condições e pressupostos prévios formais e contextuais temporais e cuja resposta judicial é alcançada mediante o exercício de um contraditório e ampla defesa igualmente formalmente previamente previstos, significando que o resultado, o julgamento final decorre de uma série de condutas

---

<sup>1367</sup>GARAPON, Antoine: "O procedimento judicial não é senão o acordo prévio sobre a forma mais justa de saber e igualmente de não saber, de esquecer (*amnistia*) ou de ignorar (*nulidade*). É uma das grandes diferenças entre o processo acusatório anglo-saxónico e o inquisitório latino: este resulta da fome de saber tudo, enquanto aquele, pelo contrário, apenas considera as provas aceites. É por isso que, no processo do *Common Law*, os jurados se retiram, para não ouvirem alguns debates acerca da admissibilidade de uma prova. Os media apresentam-se como meios de representação mais acessíveis, mais expressivos, mais fiéis à realidade mais sensíveis à diversidade de opiniões, em suma, mais democráticos do que o quadro processual da sala de audiências. Será suficiente espalhar um pouco mais de polémica entre os media para nos protegermos de alguns deslizos? Isso significa esquecer que um processo é um dispositivo muito complexo e muito sofisticado, tributário de um espaço – físico e processual – homogéneo que permite combinar numa única unidade de tempo, de lugar e de acção, uma disposição em palavras, uma disposição de sentido e uma disposição em cena. É precisamente esta unidade de tempo, espaço e acção que a imprensa destrói. Ora, ela é capital: todos, juizes ou jurados, devem ouvir o mesmo e nada mais sobre o caso. Se criticamos a imprensa por alterar um documento, esta publica o relatório integralmente. Mas uma parte – mesmo que integral – não tem significado se não se relacionar com o conjunto do assunto. Na condição, além disso, de que as pessoas em causa tenham feito valer o seu ponto de vista. É a diferença entre o contraditório e o direito de resposta: o que vale um direito de resposta após o mal ter sido consumado e, muitas das vezes, seguido de palavras que o contradizem? O princípio do contraditório não tem força se não puder ser sancionado. Tal peça foi obtida ilegalmente? Não será tida em conta. Esta anulação não é concebível senão num espaço homogéneo e convencional". In: **O juiz e a democracia: O guardião das promessas**. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 89-90.

tomadas pelos diversos atores do processo, tudo o que não pode ser ignorado pelo juiz nesse momento<sup>1368</sup>.

De modo diverso, a politização, a moralização e a socialização admitidas como elementos corretores do Direito, sem qualquer filtro jurídico constitucional, redundaria no temido solipsismo e arbítrio. O movimento iluminista, a duras penas, venceu o arbítrio governamental qualificador do absolutismo e readmiti-lo acarretaria em retrocesso jurídico, político e social<sup>1369</sup>. O fim argumentado na tese reconhece os feitos iluministas (razão, ciência, humanismo) para defender uma atitude progressista, com respeito às instituições constitucionalmente constituídas, permitindo-lhes ampliações de atividades, singularmente do Judiciário, quando de interesse democrático, em detrimento de uma crença metafísica para as soluções dos problemas sociais, especialmente jurídicos, bem como, em prejuízo de um líder político, ou juiz, apto a ser o protagonista solitário<sup>1370</sup>. De qualquer forma, com essa difícil questão de aumentar os poderes judiciais, sem resvalar para o retrocesso é que trabalha o Processo democrático.

---

<sup>1368</sup>GARAPON, Antoine: “Diferentemente do médico ou do empresário, o juiz apenas pode exercer o seu poder em circunstâncias bem determinadas, as da audiência, e no termo de uma troca de argumentos regrada pelo processo. O seu contato com a realidade é sempre mediatizado pelo direito, pelo processo ou pela moldura ritual da sala de audiências. Não existe julgamento <puro>, liberto de condições físicas da sua realização. O jurista visa os problemas de direito desembaraçado da sua dimensão humana. É preciso desconfiar das representações ideais que concebem o julgamento no termo de um debate completo e bem argumentado. A realidade é completamente outra: mais do que um mecanismo, trata-se de um processo, mais do que um sentido depositado numa norma aplicada a uma situação, trata-se de uma construção comum do sentido de um caso. É então essencial pensar a decisão final como o produto de uma multitude de pequenas decisões tomadas por vários actores que não são, aliás, todos juízes nem mesmo juristas. Irène Théry mostrou o peso, nos julgamentos de divórcio, da situação de facto inicial, que tem muitas hipóteses de ser confirmada pelos especialistas e sobretudo pelo tempo, grande vencedor do processo. Por isso a importância de se emancipar de uma visão romântica do julgamento e de se prender ao requerimento, à instrução, aos pareceres e a todas essas decisões que preparam o momento solene e ritualizado do julgamento”. *In: O juiz e a democracia: O guardião das promessas*. 2ª ed. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 171-172.

<sup>1369</sup>DAMASKA, Mirjan: “Los incentivos adecuados para una rigurosa aplicación privada del interés público, fácilmente pueden parecer corruptores. La estructura de poder jerárquica valora un enfoque consistente y uniforme y la acción sistemática que difícilmente ofrecerán los juicios de los ciudadanos en interés público. Algunos temen que la propia administración de la justicia politizarse indebidamente”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 363-364.

<sup>1370</sup>PINKER, Steven: “Contudo, a atração das ideias reacionárias é perene, e é preciso fazer sempre a defesa da razão, da ciência, do humanismo e do progresso. Quando deixamos de reconhecer nosso progresso conquistado a tão duras penas, podemos chegar a acreditar que a ordem perfeita e a prosperidade universal são o estado natural das coisas, e que cada problema é uma afronta que exige a responsabilização de malfetores, a destruição de instituições e a escolha de um líder que restaurará a devida grandeza de um país”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 526.

Além disso, em benefício de um verdadeiro Processo democrático da sociedade pós-moderna global há outros empecilhos a serem reconhecidos e combatidos. Pode ser mencionada situação generalizada por Damaska, mas que é bem característico do Brasil, no que tange ao corpo funcional<sup>1371</sup> responsável pelo tramitar procedimental e exercício da jurisdição. Comumente o trabalho atribuído ao corpo funcional acaba sendo especializado, tecnicista, rotineiro, de longa duração, cansativo e desinteressante, tornando a tarefa malquista, tudo contribuindo para os erros. A massificação das lides acaba gerando uma grande quantidade de processos, com uma padronização e uma generalização dos casos, desconsiderando o primado da diferença ontológica, quando o interesse democrático no Processo passa pelo reconhecimento da individualização da lide e atenção às particularidades e peculiaridades do caso concreto. Em relação ao julgamento é aberto um fosso entre o julgadore as partes com seus interesses em conflito, quando o desejável, no sentido democrático, seria a aproximação, com interações imediatas e céleres. A sequela imediata é a objetivação dos problemas, no sentido de que cada caso passa a ser só mais um, perdendo o juiz e seu corpo de funcionários a questão humana por detrás das folhas de papel e do computador. Em outras palavras, o contexto produzido nos processos mais recentes, em especial no Brasil, em face do despreparo para o tratamento de problemas transindividuais, é fomentador da desafetação emocional daqueles que atuam no Processo. Há a dicotomização do sujeito, um deles cumpre o papel do juiz/funcionário responsável pelo andamento e decisões do Processo, e o outro o do homem senciente<sup>1372</sup>, com o que as dificuldades causadas pelo tramitar burocrático, lento ou de qualquer forma prejudicial ao seu semelhante, não causa afetação à consciência e sentimento do sujeito não juiz/funcionário.

No caso brasileiro há ainda outra particular peculiaridade a ser reconhecida e combatida, a fim de tornar possível, ao menos, delinear os contornos do desejável

---

<sup>1371</sup>DAMASKA, Mirjan: “Los funcionarios permanentes construyen una esfera de su práctica que consideran su competencia. Com el tiempo también desarrollan un sentido de identidad com otros individuos situados em posiciones similares, haciendo rígida la demarcación entre los “de adentro” y lo “de afuera”. Si a dichos funcionarios se impone la participación de afuera en la toma de decisiones, en el mejor de los casos será considerada como una intrusión que ha de hacerse inocua”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 37.

<sup>1372</sup>DAMASKA, Mirjan: “Como consecuencia del hábito y la especialización se produce la separación entre las reacciones profesionales y personales: el profesional adquiere la capacidad de anestesia su corazón, si es necesario, y de tomar decisiones – en su rol de funcionario – que nunca tomaría como individuo”. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 38.

ideal democrático. O Brasil é um dos países que não passaram pelo *Welfare State*, ou Estado providência<sup>1373</sup>, tendo como resultado o atrofiado investimento estatal no desenvolvimento populacional em importantes áreas de interesse democrático, diferentemente do que ocorreu nos denominados países desenvolvidos<sup>1374</sup>. Imprescindível analisar as peculiaridades históricas para diagnosticar a medida adequada da atuação judicial levando em consideração o embate antigo entre liberdade e igualdade<sup>1375</sup>, que passa pelo reconhecimento de um Direito seguro e previsível<sup>1376</sup>, como defendido na tese. Portanto, não basta simplesmente transpor modelos, copiar textos, importar mecanismos e regras satisfatórios de outros Estados. Se alguns países que passaram pelo Estado providência estão agora buscando um enxugamento denominado de neoliberalismo, não significa que o Brasil possa transplantar para cá o Direito comparado com o mesmo objetivo<sup>1377</sup>. Naqueles países tal prática pode até ser considerada democraticamente desejável, de modo a permitir a competitividade comercial, com a consequente manutenção da condição de potência financeira<sup>1378</sup>. Porém, em um país que não chegou a ter um Estado

---

<sup>1373</sup>STRECK, Lenio Luiz, ao refletir sobre o projeto neoliberal, aduz: “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou Welfare State tem conseqüências absolutamente diversas da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social”. In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 61.

<sup>1374</sup>STRECK, Lenio Luiz: “No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. Para tanto, chamando a atenção para o fato de que as sociedades exigem que o poder retorne as funções de árbitro nas soluções das injustiças, Touraine diz que a América Latina, como as demais regiões do mundo, ingressa num novo período de sua história”. In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 62.

<sup>1375</sup>CRUET, Juan: “A lei é uma regra igual para todos, mas para ella também é uma necessidade reconhecer que ha desigualdades sociaes actualmente indestructíveis”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 301.

<sup>1376</sup>CRUET, Juan: “A liberdade é um producto histórico instavel um estado de espirito nacional: não é a consequencia dum sistema político determinado. Sem dúvida, encontra um terreno favorável na democracia, corrigida pelo regime representativo e pela separação dos poderes. Mas é preciso à democracia um constante esforço sobre si mesma, para aceitar a disciplina da legalidade, isto é para exercer uma soberania sem arbítrio”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 291.

<sup>1377</sup>CRUET, Juan: “O desenvolvimento contemporaneo dos estudos de direito comparado d´a este debate um vivo interesse; porque o methodo parece hoje muito facil para não seduzir infinitamente o legislador. Imitar não é ser com pouco custo innovador? As difficuldades começam na aplicação, e o direito comparado, scientificamente concebido, apresenta-se como o mais laborioso e o mais aleatorio dos methods. Imitar o direito não é simplesmente copiar os textos; é claro que para operar a transfusão d'um direito estrangeiro na corrente do direito nacional, seria preciso com as leis importar as jurisprudencias beneficas que as attenuam, os expedientes felizes que as corrigem, ou as práticas acceitas que as annullam...”. In: **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 302-303.

<sup>1378</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Para a direita dos países industriais avançados, a retórica da globalização é uma dádiva celeste. Ela propicia um novo alento, após o desastroso fracasso de suas experiências políticas monetaristas e individualistas radicais da década de 80. Os direitos do trabalho e o bem-

economicamente forte, como nos denominados países centrais, não é admissível a moderação estatal a pretexto de fomentar a competitividade comercial, pois sequer foram implementadas as condições a serem moderadas, com o que o estancamento de recursos estatais, nas mesmas áreas em que estão ocorrendo em outros países, não é democrático. Não houve, no Brasil, investimento suficiente para alcance de um amadurecimento cidadão geral. O esgotamento de recursos para áreas de interesses básicos e enfraquecimento de instituições de formação cidadã só viria a atender, ou preponderantemente atenderia, aos interesses do capitalismo, fugindo do ideal democrático<sup>1379</sup>. Enfim, devem ser observadas cuidadosamente as características peculiares do Brasil objetivando identificar os pressupostos normativos democráticos, relacionando com as regras internas constitucionais e infraconstitucionais<sup>1380</sup>, sem negar que o Direito comparado pode ser importante para o devido alargamento normativo em prol do Estado Democrático de Direito<sup>1381</sup>.

Em face disso, no Brasil, é imprescindível um Estado forte, característico ainda do Estado Interventor<sup>1382</sup>, para, em um segundo momento, ser admissível talvez um

---

estar do gênero praticado na era da administração econômica nacional ocasionarão sociedades ocidentais não competitivas em relação às economias industrializadas da Ásia e devem ser drasticamente reduzidos". *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 66.

<sup>1379</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Ou seja, em nosso país as promessas de modernidade ainda não se realizaram, E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *stablishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo)liberal. Daí que a pós-modernidade é vista como a visão neoliberal. Só que existe um imenso *déficit* social em nosso país, e, por isso, temos que defender as instituições da modernidade contra esse neoliberalismo pós-moderno". *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 63.

<sup>1380</sup>REALE, Miguel: "Isso posto, como o Estado de Direito apresenta configurações diversas, de País para País, é necessário analisar cuidadosamente o texto supratranscrito, a fim de verificar quais são seus pressupostos normativos no Brasil, ou seja, quais são os elementos fundamentais que o caracterizam, condicionando tanto a hermenêutica dos demais mandamentos constitucionais como das disposições da legislação ordinária, valendo como critério para decidir sobre a recepção ou não de antigas leis pela nova Carta Magna". *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 2.

<sup>1381</sup>REALE, Miguel: "Aliás, os Arts. 5a e 62 da Constituição representam, a bem ver, o desdobramento natural do que é proclamado no Art. 12, compondo a figura de nosso Estado Democrático de Direito, o qual, como se vê, deve ser delineado à luz de nossos próprios preceitos constitucionais, e não apenas à luz de teorias alienígenas, cujos conceitos, no entanto, podem alargar a compreensão de nossa legislação peculiar, como é próprio do Direito Comparado". *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

<sup>1382</sup>STRECK, Lenio: "Há que se ter claro, assim, que em países como o Brasil, em que o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social (ainda) deve ser o Estado, isto porque não há maior dificuldade em compreender a equação exurgente do fato de que as políticas neoliberais, que visam minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua própria natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, recentemente, após um avanço dos neoliberais, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência. Já em nosso país, ao contrário disto, seguimos na contramão, isto é, quando países de ponta rediscutem e questionam a eficácia (social) do neoliberalismo, ocorrendo protestos dos mais variados em face

enxugamento do Estado. A soberania do Estado de Direito brasileiro é impeditiva de qualquer submissão a políticas econômicas globais<sup>1383</sup>, com o que há de ser buscada a implementação do Estado providência a fim de, em um segundo momento, permitir uma política neoliberal<sup>1384</sup>, ou quiçá, a solução possível esteja em um desenvolvimento estatal moderado peculiar para o Brasil<sup>1385</sup>. De qualquer modo, não é possível um contraponto ou mitigação do Estado providência do Brasil, pois ele nunca existiu. Nessa linha, a jurisdição democrática no Brasil não pode ser distante de prestações qualificadas por um juiz forte, com respaldo constitucional, para, de acordo com o Direito, cumprir sua função transformadora, adotada uma postura substancialista de interferência e implementação no meio social de tutelas preferencialmente preventivas, como característico das tutelas de urgência, devendo ter afastados todos os embaraços legalistas metafísicos à sua efetiva atuação, de modo a perseguir o objetivo democrático constitucional do brasileiro.<sup>1386</sup>

De outra banda, a atuação judicial qualificada não pode desbordar para uma atuação judicial solipsística, muito comum na ciência moderna, quando a racionalização representativa-objetiva, calcada na lógica formal, abandona a

---

das reuniões do G-7 e do G-8 (sic), temos praticado, nos últimos anos, políticas públicas que mais apontam para um Estado mínimo, o que se pode constatar pelas privatizações incompatíveis com o núcleo político essencial da Constituição, que determina a construção de um Estado Social no Brasil. É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais minimizamos o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais!" *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 73-74.

<sup>1383</sup>REALE, Miguel: "Ora, a primeira nota distintiva é a proclamação da soberania nacional, o que desde logo exclui a subordinação do povo e do Estado brasileiros a regras cogentes em virtude da pretensa globalização, de que tanto se fala, convertendo-a em paradigma por excelência do mundo contemporâneo. É claro que ninguém pretenderá o insulamento do País, nem sonhará com uma nação pretensiosamente autárquica, sem vínculos com a comunidade internacional: o que se quer estabelecer - apesar do caráter relativo que, hoje em dia, se atribui ao conceito de soberania - é o direito que cada Nação tem de preservar sua própria identidade cultural e salvaguardar seus próprios interesses". *In: O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

<sup>1384</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Importa assinalar ainda nesse contexto - e parece não haver nenhuma novidade nisso - que a globalização neoliberal-pós-moderna se coloca justamente como o contraponto das políticas do Welfare State". *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 64.

<sup>1385</sup>CRUET, Juan: "O progresso jurídico, efectivamente, só pode resultar da concorrência dos povos para um direito melhor; quer dizer: o verdadeiro título do direito comparado não é dar às diversas legislações uma orientação uniforme, é sugerir, pelo estudo das legislações estrangeiras, soluções verdadeiramente nacionais". *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 315.

<sup>1386</sup>STRECK, Lenio Luiz: "Nesse sentido, deixo claro no desenvolvimento desta obra que assumo uma postura substancialista, para a qual o Judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo". *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 295.

representação mais profunda, o *Dasein*<sup>1387</sup>. A validade científica não pode dispensar, assim, a sua condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, onde a linguagem é, ao mesmo tempo, produtora de sentidos, mas nos limites do aí do Ser. Portanto, urge a refutação de termos legais como o do objeto da tese, por serem contrafatuais, alimentadores do arbítrio de sentidos, conseqüentemente, inconstitucionais e antidemocráticos. O expurgamento de expressões como a criticada, como defendido na tese, vão na linha, portanto, do fortalecimento da atuação judicial, evitando qualquer confusão com o indesejado arbítrio judicial. Na realidade, com a vigência do novo Código de Processo Civil, na releitura obrigatória de temática tão relevante como o das tutelas de urgência, é de se ter o cuidado para não permitir que o juiz, em face da mitigação da rigidez metodológica procedimental, utilize o instrumento para assenhorar-se do processo, quando a atuação legítima deve estar dentro dos limites constitucionais e democráticos.<sup>1388</sup>

---

<sup>1387</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Na ciência moderna, por meio da linguagem, o homem torna cada vez mais senhor do pesquisado, do representado, enquanto aquilo que torna toda pesquisa, toda representação possível cai no mais profundo esquecimento. Por essa razão, o desenvolvimento do pensamento representativo-objetivo se tem feito ao preço do desaparecimento do pensamento dos fundamentos. No reino das ciências modernas, a linguagem realiza em plenitude aquela tendência fundamental da concepção metafísica, isto é, da objetivação predicativo-conceitual: a linguagem não passa de um código artificial, tornando possível ao homem dispor mais comodamente dos fenômenos, na medida mesma em que os submete às regras da lógica formal”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 221.

<sup>1388</sup>STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH, William Galle: “Desse modo, é necessário termos muito cuidado para que as regras de adaptação procedimental criadas pelo Código não se transformem em meros expedientes técnicos capazes de permitir ao juiz, como sujeito (assujeitador) da modernidade, pregar o processo. Sem perceber, a doutrina processual, embora retire do processo o caráter de método, na medida em que combate a rigidez procedimental, confere ao juiz instrumentos para que ele possa assenhorar-se do processo. No final das contas, não há nenhuma mudança substancial, e o processo, ao invés de ser condição de possibilidade e garantia conferida às partes para que a função jurisdição seja exercida de forma legítima e democrática, transforma-se em instrumento da jurisdição, em ferramenta para que o Estado-juiz realize seus objetivos jurídicos, políticos e sociais, numa repriminção do velho e resistente instrumentalismo processual”. *In: O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, nº 2, Mai-Ago/2017, p. 7-8.

## 4.2 Panorama do desenvolvimento das Tutelas de Urgência – Do Direito Romano ao Direito Nacional Contemporâneo

As tutelas de urgência têm vinculação com várias tutelas utilizadas ao longo da história do Direito. No modelo criticado, do positivismo, as tutelas de urgência foram vinculadas a um objetivo estritamente processual e posteriormente passou a admitir eficácias práticas que acabavam ficando sujeitas à consciência do juiz. Na contemporaneidade, quando são pretendidas tutelas que tenham objetivo constitucional e democrático, devem ser priorizados os efeitos práticos, reconectando o jurista à “força da vida”, sem sujeição do deferimento ou indeferimento ao decisionismo, mas sim ao Direito.

### 4.2.1 O berço das Tutelas de Urgência no Direito Romano e Medieval – Institutos importantes para a compreensão das tutelas de urgência na atualidade

Inevitável trazer lições vinculadas ao Direito Romano quando é tratado do tema das tutelas de urgência, da preventividade. Não é demais lembrar do princípio romano do *melius est ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*<sup>1389</sup> (É melhor prevenir em tempo do que procurar remédio depois), que se estendeu pelo Direito da Idade Média<sup>1390</sup>. Agregado ao referido tema, de maneira mais próxima, por vinculada à cognição sumária e auto executoriedade<sup>1391</sup>, é possível afirmar que todas as técnicas antecipatórias introduzidas no Direito moderno, têm relação, mais próxima ou mais distante, com os interditos romanos e, diante da importância da técnica antecipatória nas Tutelas de Urgência, há um entrelaçamento de ambos. Daí porque não é demais reconhecer que o berço técnico das Tutelas de Urgência está no procedimento interdital romano<sup>1392</sup>. Não há precisão quanto ao período de instituição dos interditos, mas é apontado o período da instituição do pretor urbano até o fim

<sup>1389</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães et al: “O direito romano possuiu como fonte inspiradora o princípio *melius est ante tempus occurrere, quam post causam vulneratam recursum quaerere*, para a tutela preventiva do direito”. In: **Tutela de urgência**. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1997, p. 164.

<sup>1390</sup>BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 21.

<sup>1391</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Nos interditos romanos radica a origem dos processos de cognição sumária e coercitivos que resultam em uma decisão; ordem emitida pelo magistrado impondo certo comportamento a uma pessoa privada, mediante pedido de outra, normalmente envolvendo direitos absolutos”. In: **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 187.

<sup>1392</sup>SANCHES, Sydney: “Note-se que todos, rigorosamente todos, a meu ver, os tipos de procedimento

do século III a. C. Dentre esses procedimentos é destacado o início do desenvolvimento do sequestro e do arresto<sup>1393</sup>, bem como das tutelas preventivas em geral com a *missio in possessionem*, que implicava na entrega do bem litigioso ao postulante ou a um terceiro em garantia, de forma provisória ou temporária<sup>1394</sup>, conforme será aprofundado adiante. Inclusive, havia outros procedimentos que utilizavam a cognição sumária, cuja lembrança é importante, estando mais próxima ou mais remotamente vinculados com as Tutelas de Urgência, como, no século III, a.C., a *legis actio per manus infiectionem*. A doutrina comumente vincula a origem das Tutelas de Urgência ao poder de império do magistrado ou *magis imperii quam iurisdictionis*, permitia a instituição de mecanismos a tutelar a equidade, tais como *actiones in factum, exceptiones, interdictas, missiones in possessionem, stipulationes praetoriae e restitutiones in integrum*, de modo buscar maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional<sup>1395</sup>.

No entanto, para a tese, é conveniente um apanhado mais minucioso, porém sem a mínima pretensão exaustiva, em razão das complexidades atinentes ao tema<sup>1396</sup>. Há na doutrina indicação de uma origem remota das tutelas de urgência que

---

que se inauguram com o mandado coercitivo, entre eles esses procedimentos cautelares que autorizam a liminar, todos eles, de um modo direto ou indireto se filiam, e isto tive oportunidade de demonstrar, pelo menos a meu juízo, ao importantíssimo procedimento interdital romano, que era extremamente amplo e que está provado, graças principalmente aos estudos de Gandolfi, contendo uma revisão completa de tudo aquilo que os romanistas e processualistas escreveram sobre Processo romano, está provado, repito, que o procedimento interdital era mais importante do que o procedimento da actio..." *In: Poder Cautelar Geral do juiz (No Processo Civil Brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 6.

<sup>1393</sup> SANCHES, Sydney: "Paulo, no Digesto (1.3.6), assim definiu o seqüestro: "Proprie autem in sequester est depositum quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur". Era o depósito, em mãos de terceiro, chamado sequester, de uma coisa sobre a qual existia disputa, tendo aquele o dever de guardá-la e entregá-la ao vencedor. Conceito que Modestino reproduziu no Digesto (50.16.110): "sequester dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt". Deferia-se o seqüestro do dote da mulher, quando o marido o colocasse em perigo. Seqüestro necessário se a mulher fosse louca ("Solutio matrimonio dos quemadmodum petatur" - Digesto, 24.3.22 § 8). Havia, ainda, seqüestro de menores (de liberis exhibendis) (Digesto, 43.30.3, § 8). Havia, ainda, seqüestro de menores (de liberis exhibendis) (Digesto, 43.30.3, § 6). T. Muther achou no Direito romano a figura do arresto, que Pontes de Miranda, todavia, ali considerou imanente mas não já instituído". *In: Poder Cautelar Geral do juiz (No Processo Civil Brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 4.

<sup>1394</sup> SANCHES, Sydney: "Existia, também, a missio in possessionem, de caráter preventivo e pela qual o pretor determinava a entrega da coisa objeto do litígio a um litigante ou a um curador, enquanto não se encontrasse a outra parte para a demanda. Essa imissão não atribuía posse jurídica àquele a quem fosse concedida mas apenas o poder de custódia (Digesto, 41.2.3 § 23), 'non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit'". *In: Poder Cautelar Geral do juiz (No Processo Civil Brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 5.

<sup>1395</sup> Nesse sentido: MESQUITA, Eduardo Melo de. *As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 186/187.

<sup>1396</sup> CALVOSA, Carlo: "È del tutto malagevole, se non addirittura impossibile, per chi, come chi scrive, non sia uno storico del diritto romano, tracciare un quadro delle misure cautelari, giurisdizionali e convenzionali, attuate o riconosciute dal pretore. Soprattutto, non riesce agevole stabilire fin dove trovasse luogo l'autonomia privata e in qual momento la stessa fosse poi sostituita dall'attività

remonta ao período arcaico do Direito Romano. Sua gênese estaria na lei das XII Tábuas, através do *addictus*, com intervenção estatal e o *nexus*, de modo convencional ou negocial<sup>1397</sup>. De forma explicativa, na Tábua III, havia a *addictus*, no qual o devedor era constricto a cárcere privado do credor, por imposição do magistrado, durante sessenta dias, para a garantia de um crédito. Em caso de pagamento, em qualquer momento, seria liberto. Porém, quando o pagamento não ocorresse até o final do lapso temporal poderia ser posto como escravo, vendido ou morto, conforme regulação estatal, objetivando evitar excesso de autodefesa, mantendo a pacificação social<sup>1398</sup>. Disso tudo, é possível concluir haver um misto de acautelamento e execução no instituto<sup>1399</sup>. Também havia o *nexus* quando o devedor espontaneamente se submetia ao credor, o que pressupunha o consentimento recíproco, tornando-o uma extensão da obrigação, com o objetivo de garantir o pagamento, mas, de qualquer modo, se não houvesse o pagamento no decorrer do período fixado, com o termo *ad quem*, a dívida estaria extinta<sup>1400</sup><sup>1401</sup>. Também há lembrança, na lei das Doze Tábuas, da *pignoris capio*, que consistia na apreensão privada dos bens do devedor, sem vinculação imediata com processo executivo<sup>1402</sup>. Sem descuidar da impossibilidade exaustiva de estabelecimento de um rol, calha frisar que em razão da relação com outras

---

d'imperium del pretore, estrinsecantesi enll'imporre alle parti una stipulatio. Questa, pur traendo origine dal consenso o più esattamente dalla forma, era, in ultima analisi, imposta dal pretore e dallo stesso circondata di particolari garanzie, quali le cautiones, che ne rendevano sicuro l'adempimento. È ancora tutt'altro che semplice individuare i confini dell'una misura cautelare rispetto alle altre. Anzi, molto spesso accade che l'un mezzo si evolve in altro e diverso, sino a confondersi con questo, tanto da non potersi discernere l'identità di ogni singola misura e quindi la priorità temporale dell'una rispetto all'altra". *In: La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 13.

<sup>1397</sup>CALVOSA, Carlo: "Già nella Legge delle XII Tavole sembrano rinvenirsi, in embrione, norme che potrebbero apparire espressioni della tutela cautelare. Se si pone mente, invero, alle figure dell'*addictus* e del *nexus*, non riesce difficile cogliere gli aspetti singolarmente cautelari di questi due mezzi di tutela, l'uno (tipicamente) processuale, l'altro più spiccatamente convenzionale o negoziale". *In: La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 8.

<sup>1398</sup>ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 1.

<sup>1399</sup>Nesse sentido: CALVOSA, Carlo. *In: La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 9.

<sup>1400</sup>CALVOSA, Carlo: "Ancora più spiccatamente cautelare, quanto meno in apparenza, o sotto il profilo funzionale, è la figura del *nexus*. Infatti, il *nexum* non era altro che un'autooppignorazione o anche un'oppignorazione delle persone in potestà, che il debitore poneva in essere volontariamente e con il consenso del creditore. Estinto il debito, cessava il rapporto di garanzia e il *nexum* veniva quindi meno. Lo stesso si resolveva così in vero e proprio pegno e anzi pare che il *nexus*, coi propri servizi, potesse assolvere il debito e riscattarsi". *In: La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 9.

<sup>1401</sup>No mesmo sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães et al. *In: Tutela de urgência*. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1997, p. 163-164.

<sup>1402</sup>CALVOSA, Carlo: "La Legge delle XII Tavole conteneva, forse, ancor un embrione di misura

tutelas de períodos posteriores haverá menção futura de ações originárias da lei das Doze Tábuas.

Na época clássica da *legis actiones* haviam outras medidas com algumas características cautelares, como o *vas*, que garantiam o comparecimento do réu perante o julgador, os *paredes sacramenti*, que asseguravam o cumprimento das apostas e os *paredes litis et vindiciarum*, consistente no asseguramento da restituição da coisa e dos frutos. Nos dois últimos institutos se não houvesse o adimplemento pelo devedor principal poderia a execução voltar-se contra um garante<sup>1403, 1404</sup>. Há ainda menção ao *vindex*, ainda que na execução, consistente no oferecimento de uma garantia de solvência correspondente ao valor da condenação ou da confissão, de modo a permitir uma defesa. Interessante que o não acolhimento da defesa levava a uma condenação em *duplum* (condenação em dobro) que, em caso de não pagamento, sujeitava pessoalmente o devedor<sup>1405</sup>.

Do período formular, para parte da doutrina, a mais importante herança, em termos de tutela de urgência, como supramencionado, está a destacada função do

---

cautelare, di natura non del tutto chiara: la *pignoris capio*. sembra, per vero, che la *pignoris capio* avesse, per lo meno nell'epoca più antica, natura spiccatamente esecutiva, concretandosi enll'apprensione, da parte del creditore e senza necessità di preventivo giudicato, di alcuni beni del debitore, per el soddisfacimento del credito vantato". In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 11.

<sup>1403</sup>A propósito, MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 188;194.

<sup>1404</sup>CALVOSA, Carlo: "Ancora in periodo classico, con specifici riferimento alla procedura per legis actiones, è dato rilevare altre misure in apparenza cautelari (personali). Nella legis actio sacramentum si rinviene la figura del *vas*, che garantisce la comparizione o la ricomparsa del convenuto in giudizio e si rileva la presenza dei *praedes sacramenti*, che garantiscono l'adempimento della scommessa, e quella dei *praedes litis et vindiciarum*, che assicurano la restituzione della cosa e dei frutti da parte del possessore interinale. Tanto nell'una che nell'altra ipotesi, ove il debitore principale non avesse adempiuto, il procedimento esecutivo si sarebbe svolto contro il *praes*, sicchè la persona di questi costituiva mezzo di garanzia dela situazione, in vista della quale la cautela era stata costituita". In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 10.

<sup>1405</sup>CALVOSA, Carlo: "Anche in sede esecutiva, del resto, (mi riferisco alla *legis actio permanus iniectio*) la figura del *vindex*, que interviene spontaneamente per proporre, con terminologia moderna, opposizione all'esecuzione, ha tutte le caratteristiche del mezzo di garanzia personale. Questo terzo invero deve, innanzi tutto, offrire garanzia di solvibilità, comparata alla somma che si pretende dovuta dal debitore principale e per la quale v'è stata condanna o confessione, e inoltre, nel caso di rigetto dell'opposizione all'esecuzione, è condannato in *duplum*. Ove non paghi, è assoggettato personalmente alla *manus iniectio*, non più per l'ammontare del debito originario, ma pel doppio". In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 11.

pretor<sup>1406</sup>, especialmente do seu poder de império<sup>1407</sup> para tutelar as necessidades práticas, acompanhando a evolução social<sup>1408</sup>. Daí, surgiram as *stipulationes praetoriae*, consistentes em um poder de estipulação de medidas gerais preventivas, muito próximo da noção atual de poder geral de cautela<sup>1409</sup>. A efetividade das *stipulationes praetoriae* vinculavam-se às *cautiones* das *missio in possessionem*. Enquanto a primeira é garantia prestada para assegurar o cumprimento da obrigação pelo réu, a segunda ocorre em momento posterior, de modo a permitir a satisfação e compensação do interesse do autor pelo descumprimento da ordem, ou não prestação de garantia<sup>1410</sup>. A elas estão vinculados importantes institutos romanos, como a *cautio de damni infecti*, para ressarcimento de danos decorrentes de desabamentos de prédios em situação de risco, e a *operis novi nunciatio*, instituto antigo do *juris civilis*, impeditivo da construção de obra nova que viesse a mudar o curso natural da água, através de duas fases. Na primeira intimava o vizinho a interromper a obra iniciada e, caso esta não fosse interrompida, era aberta a possibilidade de nova fase por intermédio do pretor, que podia impor a obrigação descumprida. Embora parecidas, diferenciavam-se por existir duas fases distintas na segunda, e apenas uma fase na primeira, permitindo ao autor ir diretamente ao pretor impor obrigações de fazer e não fazer,

<sup>1406</sup>CALVOSA, Carlo: “A ben guardare (e non vorrei con questa affermazione meritarmi le censure degli storici del diritto romano), potrebbe pensarsi che la genesi, in senso moderno, delle misure cautelari abbia, quale punto di partenza, la procedura interdittale da un lato e le stipulationes praetoriae dall'altro”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 13.

<sup>1407</sup>CALVOSA, Carlo: “Si potrebbe quasi affermare che, appunto come espressione dell'imperium, le stipulationes, cautiones e missiones in possessionem costituiscono vera e propria tutela normativa delle situazioni sostanziali, ponendosi ora come mezzi di rafforzamento della esistente tutela normativa, ora rappresentando essi stessi mezzo di tutela di situazioni non altrimenti tutelate”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 20.

<sup>1408</sup>CALVOSA, Carlo: “Proprio al pretore, particolarmente sollecito delle esigenze pratiche e dell'evoluzione economico-giuridica della *societas*, debbono farsi risalire le origini di molte moderne misure cautelari, convenzionali o giurisdizionali che siano, dal sequestro all'azione di danno temuto o di denuncia di nuova opera, dalle cautiones alle missiones in possessionem, concretantisi, attraverso il pactum, in vere e proprie misure cautelari”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 12-13.

<sup>1409</sup>CALVOSA, Carlo: “Le *stipulationes praetoriae*, riguardate quali rimedi (cautelari) generali, potrebbero, sia pure molto approssimativamente, raccostarsi ai moderni provvedimenti d'urgenza, ora previsti, nel nostro ordinamento processuale, dall'art. 700 del cod. proc. civile”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 19.

<sup>1410</sup>CALVOSA, Carlo: “Assai arduo sarebbe determinare i confini reciproci delle stipulationes, cautiones missiones in possessionem e anzi, ad un osservatore superficiale, i tre istituti potrebbero apparire uali momenti diversi dello stesso procedimento (cautelare). In effetti, molto spesso accade che la *missio in possessionem* costituisca rimedio sostitutivo dell'inosservanza dell'ordine di prestarsi alla stipulazione o di addivenire alla prestazione della cauzione, mentre la *cautio*, di norma, si accompagna alla stipulatio, appunto quale garanzia complementare della stipulatio medesima.” In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 19-20.

garantidas por fiança<sup>1411</sup>. O descumprimento da ordem, ou a não prestação de fiança permitia a transferência da posse do bem, possibilitando o usucapião<sup>1412</sup>. A propriedade adquirida pelo usucapião era possível através da *missio in possessionem*, onde era emitido um primeiro decreto, concedendo a detenção do bem, pressupondo a não prestação de fiança ou não cumprimento da obrigação imposta pelo magistrado, e depois de um certo período, era emitido um segundo decreto transformando a detenção em posse, permitindo o usucapião<sup>1413</sup>.

*A operis novi nunciatio e actio aquae pluviae arcendae*<sup>1414</sup> eram relacionadas ao direito de vizinhança, objetivando evitar danos ao prédio do autor<sup>1415</sup>. Com o descumprimento da ordem era caso de *interditum prohibitorium* ou *demolitorium*.<sup>1416</sup> Em todas essas ações de vizinhança havia a preocupação da efetividade através das estipulações pretorianas e interditos, às quais, não sendo suficientes, permitiam a *missio in possessionem* e, em seguida, a aquisição da propriedade através do usucapião<sup>1417</sup>. Não só isso, mas ainda haviam outras formas de *cautiones* no âmbito do processo e

---

<sup>1411</sup>Nesse sentido também: RIBEIRO, Darci Guimarães et al. **Tutela de urgência**. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1997, p. 165.

<sup>1412</sup>CALVOSA, Carlo: “La *cautio damni infecti*, pur simile, per molti aspetti, alla *novi operis nunciatio*, è istituto pretorio che non si articola nelle due distinte fasi, l’una stragiudiziale, l’altra giudiziale e che ha una struttura ben chiara, fondata sull’imperium, che consentiva al pretore non solo di emanare interdetti, ma anche di imporre stipulazioni, garantite da prestazione di cauzioni. L’inoosservanza del l’ordine pretorio avrebbe poi facultizzato il pretore stesso ad immettere l’attore nel possesso del bene o dei beni del convenuto, con eventuale usucapione del bene o dei beni stessi”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 17.

<sup>1413</sup>CALVOSA, Carlo: “Nell’opposta ipotesi, nel caso cioè in cui il nunciatus si fosse rifiutato di prestar cauzione o di addivenire alla stipulazione, il pretore, ex imperio (primo decreto), avrebbe autorizzato una *missio in possessionem* e, trascorso inutilmente un certo lasso di tempo (sembra un anno), avrebbe emanato un secondo decreto, che avrebbe avuto per effetto di trasformare la detenzione del fondo in vero e proprio possesso ad usucapionem, costituendone, tale secondo decreto, la giusta causa”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 19.

<sup>1414</sup>Originalmente prevista na lei das Doze Tábuas. In: CALVOSA, Carlo. **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 15.

<sup>1415</sup>CALVOSA, Carlo: “Verosimilmente, la denuncia di nuova opera trovò attuazione in sede di *actio aquae pluviae arcendae*, essendo diretta ad impedire che il vicino, con la costruzione della nuova opera, potesse immutare il deflusso naturale delle acque, con danno del fondo dell’attore” In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 15.

<sup>1416</sup>CALVOSA, Carlo: “La denuncia, di per sè, aveva effetti cautelari, in quanto il nunciatus doveva immediatamente interrompere l’opera iniziata. Se l’opera non fosse stata subito sospesa, il nunciatus avrebbe potuto adire il pretore e richiedere l’emanazione di un *interdictum prohibitorium* o addirittura *demolitorium*”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 15.

<sup>1417</sup>CALVOSA, Carlo: “Le azioni di nunciazione, cioè a dire l’*operis novi nunciatio* e la *cautio damni infecti*, sembrano così, per taluni aspetti, costituire evoluzione dell’*actio aquae pluviae arcendae* e nel contempo trovar compimento in stipulazioni e in interdetti, cui potevano far seguito missiones in *possessionem* atte, con il decorso del tempo, a consentire l’usucapione”. In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 14.

fora dele que dão conta da amplitude dos institutos romanos relacionados às tutelas de urgência. Como cautelas processuais são lembradas a *cautio iudicio sisti* ou *vadimonium sisti*, através do qual é garantida a presença da parte em juízo; a *cautio amplius non agi o non peti*, com a qual era evitada a ampliação indevida da demanda; a *cautio pro praede litis et vindiciarum*, que garantia a restituição da coisa litigiosa à parte vitoriosa em juízo; a *cautio ratam rem dominum habiturum*, com a qual o procurador garantia que o outorgante teria aprovado sua conduta; a *cautio iudicatum solvi*, que garantia a execução de eventual condenação<sup>1418</sup>. Fora do Processo estão as mencionadas *cautio damni infecti* e a *cautio ex operis no nunciacione*; a *cautio de amplius non burbando*, nas matérias de servidão; a *cautio fructuaria* para garantir o adimplemento do usufrutuário; a *cautio de bonis conferendis* para garantia da colação futura; a *cautio legatorum servandorum causa*, para garantir o cumprimento de obrigações presentes com o legado; a *cautio muciana* para a garantia da restituição legado, quando o beneficiário descumprisse obrigações impostas pelo testador ou constituinte do legado; a *cautio rei uxoriae* para a garantia do dote de casamento; a *cautio rem pupilli salvam fore* para a tutela de incapazes; além de cauções gerais, como a *cautio de dolo*, que podia ser imposta para a garantia de qualquer contrato<sup>1419</sup>. Na mesma linha de assecuramento deve ser reconhecido o vínculo com as garantias da *hypotheca* e com as *conventio pignoris*, onde são oferecidos bens para garantia do crédito, com a diferença de que na primeira o bem permanece com o constituinte, o

---

<sup>1418</sup>CALVOSA, Carlo: "Ricostruirò talune forme di *cautiones*, per giustificare l'affermazione ora fatta, l'essere cioè, la *cautio*, un mezzo cautelare generale. Nel'ambito del processo, vanno ricordate la *cautio iudicio sisti o vadimonium sisti*, che tende a garantire la presenza della parte al giudizio; la *cautio amplius non agi o non peti*, con la quale il rappresentante in giudizio assicurava che il rappresentato non avrebbe ampliato la domanda; la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, con la quale il *sequester* garantiva la restituzione della cosa litigiosa alla parte che fosse risultata vittoriosa nel giudizio; la *cautio ratam rem dominum habiturum*, con la quale il procuratore garantiva che il suo rappresentato avrebbe approvato la sua condotta; la *cautio iudicatum solvi*, con la quale si garantisce l'eventuale condanna o più esattamente l'esecuzione dell'eventuale condanna". In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 22.

<sup>1419</sup>CALVOSA, Carlo: "Fuor dell'ambito del processo, si rilevano *cautiones* volte a garantire rapporti di natura reale, quali la *cautio damni infecti* e la *cautio ex operis no nunciacione*, delle quali si è già fatto cenno; la *cautio de amplius non burbando*, in materia di servitù, la *cautio fructuaria*, che assicurava l'adempimento degli obblighi dell'usufruttuario. Altre *cautiones* furono date a garanzia di rapporti di successione, quali, ad esempio, la *cautio de bonis conferendis*, a garanzia della futura, collazione; la *cautio legatorum servandorum causa*, a garanzia dell'osservanza degli obblighi imposti con il legato; la *cautio muciana*, che garantiva la restituzione del lascito, per l'ipotesi che il beneficiario del lascito stesso avesse compiuto l'atto o il fatto, inibitogli dal testatore e costituente per ciò condizione del lascito. Altre *cautiones* si rilevano in materia di dote, quali la *cautio rei uxoriae*; in materia di tutela, la *cautio rem pupilli salvam fore*. Altre ancora hanno portata generale e, come la *cautio de dolo*, possono essere imposte a garanzia di qualsiasi contratto" In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 22-23.

que não ocorre na segunda<sup>1420</sup>. Há, ainda o estabelecimento de liame, pela doutrina, com outros institutos com situações que levaram a utilização de cautelares como ocorreu no caso da *apellatio*, do período romano denominado *cognitio extra ordinem*, permissor da impugnabilidade da sentença, fazendo surgir um lapso temporal onde teriam surgido meios de combate a vicissitudes decorrentes da suspensividade da decisão<sup>1421</sup>.

No Direito intermédio não foi diferente a influência romana, em decorrência especialmente dos interditos, inspiração para as *inibitiones*<sup>1422</sup>, que foram reproduzidos posteriormente nos códigos da Sardenha e que no Direito Canônico estava definido no cânon 1672, autorizando a imposição de um não fazer e o exercício imediato do Direito, delimitado pela lei<sup>1423</sup>, <sup>1424</sup>. Igualmente, no mesmo período, em algumas regiões, por influência romana, eram permitidas as *cautiones*, ainda que submetidas a adaptações e limitações<sup>1425</sup>. Outro comando legal que merece destaque foi o de Clemente V, do ano de 1306, conhecida com o nome de Constituição Clementina, que

---

<sup>1420</sup> CALVOSA, Carlo: "L"*hypotheca*, che taluni autori identificano nel *pignus conventus*, sino a considerare interpolati tutti quei testi giustiniani nei quali è usato il termine *hypotheca* si differenzia in realtà dal pegno (*datio pignoris*) soprattutto per ciò che il possesso della *res* rimane al costituente. A questi è quindi dato disporre della cosa, a suo piacimento, fino al momento in cui, verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione principale, garantita dall'ipoteca, il creditore non eserciti il suo diritto, acquistando così, a titolo di *solutio*, la proprietà della stessa, ovvero ottenendone la vendita per soddisfarsi, nei limiti ovviamente dell'ammontare del suo credito, sul prezzo ricavato". In: **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 29.

<sup>1421</sup>A propósito, MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 187/187.

<sup>1422</sup>SANCHES, Sydney: "Ainda com relação ao Direito intermédio, realça Galeno de Lacerda "que os procedimentos cautelares se ligam ao interdito romano. O nosso grande Lobão menciona as antigas *inibitiones* do Direito germânico no fim da idade Média, as quais se inspiraram – Savigny o afirma – nos interditos romanos". In: **Poder Cautelar Geral do juiz (No Processo Civil Brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 8.

<sup>1423</sup>ARIETA, Giovanni: "Accanto alle inibizioni dei codici sardi debbono essere ricordate le c.c. inibizioni exerciti iuris del codex iuris canonici, il cui canone 1672 definiva, in modo forse ancora più esplicito, questa misura cautelare atipica. In sostanza, secondo il codice canonico, chi aveva motivo di temere un danno imminente ad una propria pretesa aveva la possibilità, non soltanto di far inibire al soggetto passivo il non facere del codice sardo, ma addirittura di esercitare un diritto, nel senso che veniva riconosciuta all'istante una vera e propria facoltà di agire prevista e potetta dalla legge" In: **I provvedimenti D'Urgenza**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 10.

<sup>1424</sup>Em idêntico sentido: BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 30.

<sup>1425</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: "No direito pós-clássico, caindo o Império Romano do Ocidente, mesclado o direito dos povos invasores, de origem germânica, quando nasce o *direito comum* que regerá a sociedade européia na Idade Média, permaneciam em alguns. países resistentes à codificação, as *cautiones* sob forma de tutela cautelar, já não tão genéricas quanto em sua origem romana". **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 194.

dispensou diversas formalidades do processo ordinário, em prol da oralidade, favorecendo processos sincréticos, de cognição sumária e força executiva<sup>1426</sup>. Ainda na Idade Média, na mesma linha da busca da efetividade do processo, por exigência do desenvolvimento mercantilista, foram impulsionados os processos executivos, especialmente de execução provisória, a criação dos títulos executivos, culminando, nas tutelas de urgência, com o desenvolvimento do *arrest*, que diferentemente de hoje, recaía sobre a pessoa do devedor, ou de terceiro a ele vinculado<sup>1427</sup>. O processo executivo não tinha ainda o modelo cientificista, classificado por Ovídio como processo do réu, mas uma preocupação primordial com a satisfação do crédito, tanto que, em alguns casos, dispensava a citação prévia do devedor, implicando em uma ordem de pagamento imediata, permitindo além do *arrest* mencionado, outras medidas sempre em prol da efetividade, como o embargo de bens e a detenção da pessoa suspeita de fuga, que foram incorporadas ao direito moderno<sup>1428</sup>.

Na concepção preventiva, indissociável das tutelas de urgência, deve ser destacado o papel do efeito declaratório. Há no Direito romano referências à *Lex Diffamari* e *Lex Si Contendat*, sendo que há discussão doutrinária a respeito de qual delas teria

<sup>1426</sup>CHIOVENDA, José: “Por su parte el Papa, al delegar em los jueces la decisión de pleitos particulares, de antiguo solía eximirles de tal o cual formalidad del proceso ordinario, hasta que Clemente V en el año 1306 en una célebre constitución conocida con el nombre de *Clementina <saepe>* hubo regulado esta manera de proceder *<simpliciter et de plano sine strepiacftu et figura Judicli>* de aplicación en ciertos casos: dispensando del *libelló*, de la contestación de la litis, de la rigurosa concesión de los términos; antes atendiendo a concentrar en una sola audiencia todas las deducciones de las partes, reafirmando los poderes del juez en la dirección del pleito, acreciendo la relación entre las partes y el juez y la oralidad del pleito; admitiendo un juicio en rebeldía propio. Junto a este proceso *sumario indeterminado* (en el cual la sumariedad significa *simplificación* de los actos judiciales) la necesidad de evitar las dilaciones del proceso ordinario favoreció el desarrollo de formas más eficaces de procesos *sumarios determinados o ejecutivos* (en los cuales la sumariedad significa *reducción del conocimiento* del juez”. In: **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 5.

<sup>1427</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Intensificas as relações comerciais, o *arrest* passa a ser uma forma de submeter o estrangeiro à jurisdição do feudo ou cidade de seu credor. Era comum a prisão de um compatriota, como represália ao devedor que se evadisse. Estava aí a nota típica da tutela cautelar, em garantir que a atividade jurisdicional não resultaria infrutífera, com dispêndios resultantes da morda do devedor.” **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 195.

<sup>1428</sup>CHIOVENDA, José: “En algunos casos se producía una orden de pago *sinsi* quiera oír al deudor, reservándole el derecho de hacer oposición, que, decíase, *justificaba* la orden (*mandatum de solvendo cum cláusula justificativa; procedimiento por mandato o monitorio o <ingiunzionale>*). Estas formas, así como el embargo de los bienes y la detención del deudor sospechoso de fuga, pasadas al derecho moderno, son también de origen germánico. El proceso ordinario y los sumarios sencillo y especiales se han desarrollado paralelamente en Italia, encontrando mayor o menor aplicación en las diversas comarcas, según prevaleciese en ellas la tradición romana, la influencia canónica o la práctica germánica. A fines del siglo XVI puede considerarse acabado este desenvolvimiento”. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 6.

permitido o surgimento dos processos provocatórios do Direito medieval ou *provocations ad agendum*. As questões passíveis desse tipo de tutela iniciaram-se em relação a questões de estado e depois tiveram ampliação. Havia preventividade se alcançado o efeito declaratório desejado ao ser imposto um comando judicial que seria, em tese, apto a evitar futuras lides. Por exemplo, se alguém contestasse a qualidade de nascimento como cidadão, por exemplo, atribuindo-lhe a condição de escravo liberto, poderia impor ao difamador que trouxesse provas, e, na sua ausência, impor-lhe o perpétuo silêncio. Possível enxergar aí uma atribuição declaratória apta a evitar danos posteriores<sup>1429</sup>. Em todas elas, contudo, não há uma exata transposição. Foram fonte para as tutelas de urgência da atualidade. Para ilustrar basta lembrar que os próprios conceitos de Processo e jurisdição não eram formulados na época, pelo menos não como hoje, o que inclusive levou a enxergar uma natureza não jurisdicional de grande parte dos institutos romanos e medievais<sup>1430</sup>. Não é demais reforçar que grande parte desses institutos implicavam em medidas constritivas pessoais, o que só foi modificado com a afirmação da supremacia dos órgãos públicos sobre os sujeitos, com o que deixaram de ser permitidos os cárceres privados, a escravidão *ob aes alienum*, o penhor ou locação dos filhos, assumindo a autoridade judicial a função acauteladora<sup>1431</sup>. Por isso, não é falsa a afirmação de que o delineamento de uma típica cautelar jurisdicional ocorreu somente nos primeiros anos do século XIX, através de dispositivos legais reguladores de meios específicos de cautela<sup>1432</sup>, <sup>1433</sup>. Inevitável, ademais, que possa ser argumentado sobre a relação de algum outro instituto do Direito

<sup>1429</sup>A propósito, MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 188/189.

<sup>1430</sup>ARIETA, Giovanni: "(...) istituti come il pegno, l'ipoteca, il sequestro convenzionale, la cauzione e la fideiussione sorsero, appunto, con lo scopo di garantire il diritto indipendentemente dal futuro esercizio della funzione giurisdizionale, anzi, a volte proprio ad evitare che, in caso di lesione, si potesse far ricorso all'autorità giurisdizionale, o comunque, ad assicurare la pratica efficacia dell'intervento giurisdizionale". In: **I provvedimenti D'Urgenza**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 3/4.

<sup>1431</sup>BENASSE, Marcos Antônio: "Só na Idade Média, ainda através das afirmações da prevalência dos órgãos públicos sobre os sujeitos privados, se alcança vetar a prisão privada do devedor e atribuir tal poder, em via exclusiva, à autoridade jurisdicional". **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 26.

<sup>1432</sup>ARIETA, Giovanni: "Una tutela cautelare tipicamente e propriamente giurisdizionale comincia a delinearsi esattamente soltanto nei primi anni dell'Ottocento attraverso la disciplina legale di specifici mezzi di cautela, quali il sequestro (conservativo e giudiziario), la denuncia di nuova opera e di danno temuto nonché le inibizioni. Proprio nell'istituto delle inibizioni taluno ha voluto vedere il precedente storico più vicino a quello dei attuali provvedimenti d'urgenza". In: **I provvedimenti D'Urgenza**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 7/8.

<sup>1433</sup>BENASSE, Marcos Antônio: "Uma tutela cautelar típica propriamente jurisdicional começa a delinear-se exatamente logo nos primeiros anos do século XIX através da disciplina legal dos meios de cautela específicos, como o seqüestro (conservativo e judiciário), e também as inibições." Tutela

Romano ou do Direito medieval com as Tutelas de Urgência. Porém, do amplo rol apresentado é possível extrair os requisitos e características fundamentais influenciadoras das Tutelas de Urgência na contemporaneidade, com o que resta cumprida a tarefa proposta<sup>1434</sup>.

---

Antecipada em Caso de Irreversibilidade. 1ª ed. Bookseller. Campinas, 2001. p. 27.

<sup>1434</sup>CALVOSA, Carlo: “È quindi pressochè impossibile una ricostruzione sistematica dei mezzi di tutela cautelare, mentre risulta più evidente la correlazione funzionale d'ongi mezzo cautelare con l'esigenza che un pericolo di danno potesse tradursi in vero e proprio danno pertalune situazioni di fatto, riconosciute o meno dal *jus civile*”. In: **La tutela cautelare (profilo sistematico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963, p. 13/14.

#### 4.2.2 O tratamento legislativo das Tutelas de Urgência no Brasil - Das Ordenações ao Código de Processo Civil de 2015

Ao lado do apanhado histórico legal processual brasileiro feito anteriormente, é importante também, para o fim colimado, o destaque do desenvolvimento jurídico atinentemente exclusivamente às Tutelas de Urgência. Então, serão tratadas das ordenações, passando pelo Regulamento 737 de 1850, pelo movimento codificador dos Estados membros e pelos Códigos de Processo Civil de 1939, de 1973 e 2015.

Os primeiros textos legais originários do império português, como visto, são as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, continham disposições cautelares<sup>1435</sup>, bem na linha do resguardo do interesse patrimonial, marcante do mercantilismo/liberalismo. Essas disposições eram limitadas ao arresto, também chamado de embargo e sequestro<sup>1436</sup>. Posteriormente, mesmo após a Independência, eram esses os instrumentos normativos disponíveis.

Houve a introdução de novo texto normativo a respeito da Tutela Cautelar somente no ano de 1850, com o Regulamento nº 737, que ampliou as possibilidades cautelares, contudo tendo ainda como interesse a exclusiva proteção do capital. Assim, além da mesma previsão anterior de arresto e de embargo, sob a inscrição de “Processos Preparatório, Preventivos e Incidentes”<sup>1437</sup> no Título VII da sua Parte I, foram acrescentados a “detenção pessoal”, a “exibição”, as “vendas judiciais”, os “protestos”, os “depósitos”, as “habilitações incidentes nas causas comerciais” e o “embargo, pendente a lide”<sup>1438</sup>, o que permite vislumbrar não só a manutenção, mas

<sup>1435</sup>No mesmo sentido: SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz (no Processo Civil Brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 15.

<sup>1436</sup>MITIDIÉRO, Daniel: “A tutela cautelar nas Ordenações portuguesas consubstanciava-se em geral no arresto ou embargo e no sequestro, seguindo nesse particular a tradição do *jus commune* (Ordenações Afonsinas, Livro III, Título XXV, § 2; Ordenações Manuelinas, Livro III, Título XX, §4; Ordenações Filipinas, Livro III, Título XXXI, § 2º). A doutrina definia o “embargo, ou arresto” como a ‘apreensão judicial da coisa, sobre que se litiga; ou de bens suficientes para segurança da dívida até decidir-se a questão d’ella, ou já pendente, ou a propor-se”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 85.

<sup>1437</sup>No mesmo sentido: SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz (no Processo Civil Brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 15.

<sup>1438</sup>MITIDIÉRO, Daniel: “O regulamento n. 737, de 1850, regulava os “Processos preparatórios, Preventivos e Incidentes” no Título VII da sua Part I (Do processo commercial). Fazia-o, portanto, fora da “Execução”, a qual ocupava a sua Parte II. Como espécie de processos preparatórios, preventivos e incidentes, o Regulamento previa o “embargo ou arresto”, (Capítulo I, arts. 321 a 342), a “detenção pessoal” (Capítulo II, arts. 343 a 350), a “exibição” (Capítulo II, arts. 351 a 357), as “vendas judiciais” (Capítulo IV, arts. 358 e 359), os “protestos” (Capítulo V), esses subdivididos em “protestos formados a bordo” (Seção I, arts. 360 a 369), “protestos de letras” (Seção II, arts. 370 a 389) e “protestos em geral” (Seção III, arts. 390 a 392), os “depósitos” (Capítulo VI, arts. 393 a 402),

também a ampliação da preocupação exclusiva com o resguardo dos valores patrimoniais/liberais.

Em um terceiro momento, seguindo com maior vigor a tendência científico/iluminista, do império da lei, que tinha como um de seus pilares o “movimento codificador”, bem aos moldes pregados pela revolução francesa, o que levou a uma lógica ascendência, na doutrina pátria, dos processualistas franceses à época<sup>1439</sup>, foi permitido que cada um de seus Estados membros criassem seus códigos processuais. Contudo, outros interesses, além dos exclusivamente econômicos, passaram a ser previstos desde então. O Código Processual de São Paulo, por exemplo, acrescentou tutela cautelar para a proteção de incapazes, por onde é possível perceber a introdução de valores atinentes aos direitos humanos, portanto, com feição protetiva diversa do capital e da propriedade privada<sup>1440</sup>.

Em seguida, com o Código de Processo de Civil de 1939, apesar da crítica de parte da doutrina consistente na possibilidade, na época, de ter sido buscado um afinamento maior com o pensamento italiano de Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, na medida em que haviam publicado seus posicionamentos, como dito anteriormente, não podem ser negados alguns aspectos positivos. Na linha da cientificidade perseguida, permitiu a abertura para a autonomia da cautelar em relação às outras tutelas<sup>1441</sup>, ainda que houvesse divergência a respeito, que foi extirpada completamente somente com o Código de Processo Civil de 1973<sup>1442</sup>. Em face de suas características

---

as “habilitações incidentes nas causas comerciais” (Capítulo VII, arts. 403 a 409) e o “embargo, pendente a lide” (Capítulo VIII, art. 410)”. *In: Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 85/86.

<sup>1439</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Somente em 1890, por meio do Dec. 763, tornara-se aplicável às causas cíveis o regulamento 737. Sucederam a Carta de 1891, autorizando aos Estados legislarem acerca de matéria processual civil. É inegável, nessa fase, a ascendência dos processualistas franceses sobre a doutrina processual pátria”. *In: As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>1440</sup>Em caráter exemplificativo, no Estado de São Paulo: SANCHES, Sydney: “O de S. Paulo, de 1930, tinha no art. 11 a seguinte disposição: “Poderão ser determinadas em caráter provisório: 1- pelo juiz do lugar onde estiver o incapaz as medidas urgentes de proteção; 2- pelo juiz da situação as medidas conservatórias dos bens dos ausentes e heranças jacentes e dos que não tiverem dono conhecido”. *In: Poder cautelar geral do juiz (no Processo Civil Brasileiro)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 15.

<sup>1441</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “O código de 1939 teve o mérito de dispor a lide cautelar como um terceiro gênero de processo, autônomo, conforme Carnelutti apregoava. O maior avanço desse diploma, pode-se afirmar, não foi somente o de ter sedimentado um poder geral de cautela (ainda que com redação infeliz), mas o de ter deferido independência formal à pretensão cautelar”. *In: Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 16.

<sup>1442</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “Pode-se, pois, afirmar, em linhas de conclusão, que é de clareza solar a influência doutrinária italiana na formação da teoria geral da tutela cautelar no Código de 1939. Entretanto, tal influência não se limita somente a este diploma, na medida que o CPC de 1973, objeto de nossos estudos, trouxe no seu bojo, como bem consignou Willard de Castro Villar, o

diferenciadas, o Processo Cautelar não podia ser confundido com o Processo Judicial declarativo do Processo de Conhecimento ou com o Processo Judicial satisfativo de execução<sup>1443</sup>. Porém, ainda que isso lhe afirmasse uma autonomia, naquele momento ainda, no máximo, só poderia ser tido como instrumento de outro Processo, assegurando-lhe a efetividade<sup>1444</sup>, resultando em que, no Código de Processo Civil de 1939, as ações cautelares só poderiam ser antecedentes se fossem nominadas, quaisquer outras exigiam a instauração do Processo “principal”.<sup>1445</sup> Além do que, mesmo antes da Itália, previu no Livro V, art. 675<sup>1446, 1447</sup>, em que pese com problema redacional corrigido com o Código de Processo Civil de 1973<sup>1448</sup>, o poder geral de cautela defendido por Carnelutti, mas que em seu país só foi recepcionado em 1942, pelo novo código de então. No aspecto político, incrementou, em certa medida, o que já ocorria

---

acolhimento inegável das lições fixadas pela doutrina estrangeira peninsular. Esse código apresenta disposição sistemática muito mais precisa e clara, de forma a extirpar de vez qualquer resistência à concepção de caráter não autônomo ao provimento acautelatório”. *In: Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 18.

<sup>1443</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva, ao falar de Chiovenda: “Para F. Carnelutti, a prevenção formaria, ao lado da jurisdição e da execução, uma terceira finalidade do processo, que seria a composição provisória da lide, de modo a tornar efetivo o objetivo final do processo”. *In: As ações cautelares e o novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 14.

<sup>1444</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva: “Daí haver Carnelutti estabelecido a divisão dos processos em definitivos e cautelares, procurando mostrar que estes não teriam uma finalidade em si mesmos e que se justificariam, apenas, como instrumento para assegurar o êxito de um outro processo, qual seja, o definitivo, em relação ao qual o processo cautelar estaria na situação de provisório”. *In: As ações cautelares e o novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 18/19.

<sup>1445</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva: “O próprio Liebmann (notas à trad. das Instituições de Chiovenda, vol. 1º, pág. 280), depois de referir-se à relutância com que a doutrina brasileira admite a figura da ação cautelar, ainda sob a influência do conceito civilístico da ação, manifestava dúvidas quanto à extensão dos poderes concedidos ao juiz pelo artigo 675, para decretar providimentos cautelares inominados, antes da instauração da demanda. Segundo essa opinião que se formou ao longo da aplicação do Código de 1939, as medidas cautelares específicas do art. 676 poderiam ser pedidas antes da instauração da lide. Outras providências, fora das hipóteses clássicas ali disciplinadas, poderiam ser postuladas, com base no art. 675, porém somente depois de instaurar-se o chamado processo principal”. *In: As ações cautelares e o novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 22.

<sup>1446</sup>Reprodução do texto legal: “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes, quando: I) do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes. II) antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, ao direito de uma das partes. III) no processo, a uma das partes for impossível produzir provas, por não se achar na posse de determinada coisa.”

<sup>1447</sup>No mesmo sentido: SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz (no processo Civil Brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 16.

<sup>1448</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “O diploma processual civil de 1973 foi mais sistemático no tratamento das cautelares do que o de 1939, não repetindo a impropriedade de redação referente ao poder geral de cautelar, o qual ficou disposto no art. 798...”. *In: Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, 18.

em alguns códigos dos Estados membros, a tutela dos direitos humanos<sup>1449</sup>, introduzindo a possibilidade da desejada equiparação protetiva dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todo ser humano<sup>1450</sup>. Certo que a iniciativa foi tímida, porém importante, para além da proteção do interesse exclusivamente patrimonial, adentrando na proteção da família, com a previsão, em seu art. 676, de “... VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento; IX – no arrolamento e descrições de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento; X – na entrega de objetos ou bens de uso pessoal da mulher e dos filhos; na separação de corpos e no depósito dos filhos, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento”<sup>1451</sup>. Possível perceber, do rol posto, que o Código de Processo Civil de 1939 introduziu a preocupação do processo cautelar com temas de direito de família. Portanto, em que pese ainda preponderantemente preocupado com o asseguramento econômico e carente de metodologia sistemática<sup>1452</sup>, permitiu a introdução da defesa de novos valores, além dos liberais, através do Processo Cautelar.

O Código de Processo Civil de 1973 atacou a criticada ausência de metodologia do código anterior ao criar um livro próprio para o processo cautelar, o que foi

---

<sup>1449</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Os direitos humanos atenuam os malefícios sociais do capitalismo sem controle por meio da expansão dos “direitos de primeira geração”, aqueles que exigiam do Estado apenas “prestações negativas”, bem como dos direitos econômicos e sociais ou “direitos de segunda geração”, perante os quais o Estado deve realizar “prestações positivas”, e.g., para garantia do trabalho, da remuneração justa e equitativa, proteção social da educação gratuita, pelo menos nos graus elementares, de condições apropriadas de vida, em particular na esfera da saúde”. *In: As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>1450</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Assim, está caracterizada a cidadania no Estado constitucional moderno, consagrada na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que entroniza no mesmo patamar os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de todo ser humano”. *In: As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>1451</sup>MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 86/87.

<sup>1452</sup>MITIDIERO, Daniel: “Vencido o período em que a competência para legislar sobre o processo civil passou aos Estados, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939. Embora já publicada a clássica monografia de Piero Calamandrei durante o período em que tiveram lugar os seus trabalhos preparatórios, é evidente que nenhuma influência teve sobre o pensamento de Pedro Batista Martins, autor do Anteprojeto do Código. A doutrina é unânime em apontar a ausência de “método e sistema” no trato do “processo cautelar” no Código de 1939”. *Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 2014. p. 86.

considerado uma de suas grandes inovações. A sintonia com a doutrina italiana produzida até então também foi resgatada<sup>1453</sup>, acrescentando temáticas que não raro são comuns até os dias atuais e consolidando a possibilidade de tutelas de urgência sobre valores não econômicos<sup>1454</sup>, conforme será aprofundado adiante. De qualquer forma, o Código de Processo Civil de 1939 pode ser considerado um avanço em relação ao sistema legislativo que existia até então<sup>1455</sup>.

Ao desejo de buscar uma sintonia mais fina com a doutrina italiana em relação ao processo cautelar e melhor sistematização a respeito, como supramencionado, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 1973. A adoção da doutrina italiana fez incluir legislativamente o processo cautelar como um terceiro gênero, distinto do processo de conhecimento e de execução<sup>1456</sup>, avançando legislativamente na direção da visão autônoma da cautelar de forma que nem os italianos ousaram fazer<sup>1457</sup>. Inevitável foi também agregar os conceitos de instrumentalidade qualificada do Processo

---

<sup>1453</sup>MITIDIERO, Daniel: “A situação mudaria radicalmente com o advento do Código Buzaid. Sendo o “processo cautelar” uma das grandes inovações do Código, disciplinado em livro próprio ao lado do “processo de conhecimento” e do “processo de execução”, inspirado integralmente e declaradamente na doutrina italiana da primeira metade do século XX, a tutela cautelar chamou sobremaneira a atenção da doutrina desde a sua promulgação”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 87/88.

<sup>1454</sup>MITIDIERO, Daniel: “Como é amplamente sabido, o Código Buzaid disciplinou o processo cautelar como *tertium genus*, sendo sempre “dependente” do processo principal (art 796). Ao lado de “procedimentos cautelares específicos”, o legislador previu a figura do poder cautelar geral do juiz (art. 798). para o Código Buzaid, a tutela cautelar visava à outorga de tutela preventiva, era caracterizada pela sua provisoriedade e tinha por fim a proteção do processo principal. Gozando de autonomia do ponto de vista processual, o processo cautelar poderia tanto prestar tutela cautelar como tutela satisfativa – a possibilidade de pretensão de uma cautelar satisfativa não chegava a causar qualquer estranheza à lógica do legislador.” no Código de 1939”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 88.

<sup>1455</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “O Dec. 1608, de 18.09.1939, resultou de um trabalho elaborado por Pedro Batista Martins, convertido em projeto do Código de Processo Civil. Esse Código de 1939 consagrou princípios de capital relevância que representaram enorme evolução técnica, conquanto houvesse um intrincado sistema recursal e de procedimentos especiais obstaculizadores da almejada celeridade”. *In: As Tutelas Cautelar e Antecipada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

<sup>1456</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “A doutrina italiana, veiculada pelos grandes juristas daquele país foi claramente adotada nesse diploma, sendo que a instrumentalidade, provisoriedade e autonomia, as quais serão objeto detalhado de nossa análise mais adiante, podem ser depreendidas do próprio texto legal, que fixou num Livro inteiro os procedimentos cautelares como verdadeiro *tertium genus* de processo, ao lado dos de conhecimento e execução”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro> Editora Forense, 2003, p. 18.

<sup>1457</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães et al: “O Processo Cautelar foi contemplado pelo Código de processo Civil de 1973, com o Livro III, coisa que nem os italianos ousaram fazer sobre tal matéria”. *In: Tutela de urgência*. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1997, p. 169.

Cautelar, a condição de acessoriedade deste, tendo os demais (conhecimento e execução) como processos principais<sup>1458</sup>. Apesar de toda essa composição tão bem armada, com sólido apoio doutrinário, as exigências sociais exigiram o desvirtuamento do instituto para permitir a celeridade e efetividade em outras situações de urgência diversas da cautelar<sup>1459</sup>. Para tanto, foi atacado o conceito de acessoriedade, para ser permitido o reconhecimento de um direito substancial de cautela, com uma autonomia e independência acentuadas em relação à cautelar asseguratória do Processo principal<sup>1460</sup>.

No Código de Processo Civil de 1973, é digna de nota a introdução legislativa da preocupação com os anseios sociais, especialmente com a celeridade, com a previsão do julgamento antecipado da lide<sup>1461</sup>. Na mesma linha, em momento posterior, em face da insuficiência do instituto do julgamento antecipado da lide e em face da ausência de previsão legal específica de instrumento apto a alcançar tutelas não asseguratórias exigidas pela sociedade de forma mais célere, no texto legal originário do código, a prática forense, secundada pela doutrina e pela jurisprudência<sup>1462</sup>, passou a admitir ações cautelares autônomas, sem objetivo acautelatório do processo

---

<sup>1458</sup> Interessante trazer as palavras postas no anteprojeto Buzaid. SANCHES, Sydney: "O Anteprojeto – continua Buzaid - "reconhecendo o caráter autônomo da função cautelar, reos vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo para designá-la que o adjetivo cautelar. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas e conservatórias, que o Código insere no Livro III, e pelo vigor e amplitude do seu enunciado traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal". **Poder cautelar geral do juiz (no Processo Civil brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 19.

<sup>1459</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da: "A função cautelar, entretanto, não parecia vocacionada a dar efetividade a um direito; a medida cautelar não parecia ter a eficácia de resolver ou pacificar o conflito; não parecia enfim destinada a configurar *un'operazione, mediante la quale si ottiene la composizione della lite*". In: **A Lide Cautelar no Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 1992, p. 33.

<sup>1460</sup> A respeito da reação doutrinária substancialista da cautelar na Itália e no Brasil ver: CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. In: **A Lide Cautelar no Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 1992, p. 56/72.

<sup>1461</sup> No mesmo sentido: BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 58.

<sup>1462</sup> CHIAVASSA, Tércio: "Na experiência nacional, a jurisprudência passou a admitir a possibilidade de os juízes concederem tutelas jurisdicionais cautelares para todas as situações nas quais o requerente demonstrasse a probabilidade da existência de seu direito (*fumus boni iuris*) e o iminente dano que a demora na concessão da tutela reclamada certamente pudesse lhe causar (*periculum in mora*), no intuito de atender à segurança do resultado do processo e até mesmo à antecipação de resultados práticos". In: **Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 47.

principal, que foram denominadas de cautelares satisfativas<sup>1463</sup> ou pseudo cautelares<sup>1464</sup>, tendo sido produzidas em quantidade expressiva<sup>1465</sup>, em face da celeridade e eficácia proporcionada. O Processo Cautelar foi o instrumento utilizado para tal fim porque permitia a celeridade almejada, tanto em razão da sumariedade procedimental, quanto, principalmente, em razão da permissão da técnica antecipatória, singularmente da liminar, ao que era somado o sincretismo, com cognição superficial e auto-executoriedade<sup>1466</sup>, com valorização das eficácias mandamental e executiva<sup>1467</sup>. A mitigação da força dos valores liberais, em atenção aos novos direitos, permitiu a utilização do procedimento cautelar e o gênero das ações cautelares inominadas para a obtenção das tutelas preventivas,<sup>1468</sup> fenômeno que não ocorreu somente no Brasil,

---

<sup>1463</sup> CHIAVASSA, Tércio: “A resposta encontrada pela doutrina e também pela criativa atividade jurisprudencial pátria foi uma solução adequada para um sério problema, que possibilitou, inclusive, a consolidação do que se convencionou denominar tutelas cautelares satisfativas”. In: **Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 47.

<sup>1464</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “portanto, não foi a tutela cautelar que se transformou em tutela inibitória. O procedimento instituído para a viabilidade da obtenção da tutela cautelar, por admitir liminar e a utilização de meios de execução adequados, é que foi utilizado para permitir o alcance da tutela inibitória. Contudo, como a sentença do procedimento que seria cautelar, quando era de procedência, prestava a tutela inibitória, e assim satisfazia a pretensão à tutela jurisdicional do direito, o procedimento que, em princípio, deveria ser seguido pelo procedimento de conhecimento, passou a ter configuração autônoma, fazendo surgir a falsa ideia de “ação cautelar satisfativa”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 57.

<sup>1465</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “Nada obstante a modernidade e os notáveis avanços caracterizados pelo julgamento antecipado da lide, a unificação das vias executivas e o próprio poder cautelar genérico, além da elevação do processo cautelar à condição de livro autônomo, “o Livro IV, dedicado aos procedimentos especiais, manteve, basicamente, a mesma estrutura do estatuto anterior e com ela a mesma deficiência, aliás universal, de não instituir procedimentos e formas de tutela sumária em nível compatível com as exigências sócias que desde o começo do século se fazem presentes”. Mantida a configuração arcaica dos procedimentos especiais e simultaneamente estabelecido o poder geral de cautela com todas as letras, não foi outra a consequência que não a enxurrada de ações cautelares inominadas com pedido liminar, gerando distorções de ordem variada”. In: **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 60/61.

<sup>1466</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Como o procedimento cautelar viabiliza a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas – uma vez que a execução da tutela cautelar nunca se submete ao princípio da tipicidade dos meios executivos -, a prática forense passou a conceber, especialmente em razão das particularidades dos novos direitos, um *uso não cautelar da ação cautelar inominada*”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55.

<sup>1467</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Esse uso não cautelar da ação cautelar inominada consistiu na invocação do procedimento cautelar para atender aquilo que poderia e deveria ser tutelado pelo procedimento comum de conhecimento, desde que tivesse as particularidades técnicas do procedimento cautelar, especialmente a técnica antecipatória e as sentenças mandamental e executiva”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, 55.

<sup>1468</sup> MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Porém, a falta de idoneidade do processo civil clássico para atender às novas situações de direito substancial não impediu a prática forense de utilizar a ação cautelar inominada para obter as tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, bem como

mas em todos os países em que houve o mesmo declínio do paradigma político burguês e o despertar para os novos direitos<sup>1469</sup><sup>1470</sup>.

No entanto, era inegável que havia uma distorção do Processo Cautelar. Uma distorção justificada, portanto, e não abusiva, pois veio a dar efetividade ao Direito material<sup>1471</sup>, mas ainda assim uma distorção técnica. Aprofundados estudos foram elaborados para revelar e resolver a mencionada distorção. De um lado estavam os defensores da depuração técnica do Processo Cautelar, nos moldes da doutrina italiana clássica, especialmente em relação à característica da instrumentalidade, o que era impeditivo da utilização da técnica cautelar para alcançar tutelas satisfativas e autônomas. Do outro lado estavam os defensores da distorção da técnica cautelar em face das exigências do Direito Constitucional e fundamental de ação<sup>1472</sup>. Então, em face de proposta de Ovídio Baptista da Silva, foi redigida a Lei 8.952 de 1994, que

---

a própria antecipação da tutela”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55.

<sup>1469</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Como está claro, a melhor doutrina italiana reconhece que a técnica cautelar passou a ser utilizada de modo distorcido em razão das necessidades concretas que irradiaram das novas situações de direito substancial”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55

<sup>1470</sup>CHIAVASSA, Tércio: “A proliferação das tutelas de urgência é fato incontestável em nosso ordenamento e decorre das garantias da atual CFB e também da experiência principalmente dos ordenamentos europeus”. *In: Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 49.

<sup>1471</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Realmente, as necessidades de direito substancial também impuseram a distorção da técnica cautelar para a obtenção da tutela satisfativa de modo antecipado. Mas não há como pensar que a prestação da tutela antecipada sob o manto protetor da técnica cautelar constituiu um abuso, uma vez que tal forma de tutela se mostrou imprescindível à efetiva proteção do direito material, e, assim, legítima, à luz do direito fundamental de ação”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 60.

<sup>1472</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Ainda que a técnica cautelar tenha sido utilizada para permitir o alcance da tutela satisfativa sob cognição suária – ou da tutela antecipada - importa ter claro que isto não era aceito pelos tribunais e pela doutrina, que não admitiam o uso da técnica cautelar para o fim de satisfação do direito, ainda que tal modo de proceder fosse indispensável á realização do direito fundamental de ação. Bem por isso, a necessidade de tutela antecipada para a efetiva tutela dos direitos levou o legislador a inserir nova norma art. 273) no Código de Processo Civil de 1973. Esta norma, introduzida no Código em 1994, abriu oportunidade para o requerimento de tutela antecipada em caso de perigo de dano diante de qualquer espécie de situação material litigiosa”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

corrigiu a ausência textual da antecipação de tutela, ao modificar o Código de Processo Civil de 1973, em seus arts. 273 e 461, § 3º,<sup>1473,1474</sup>, colocando fim ao problema técnico ao admitir duas formas diferenciadas de tutelas de urgência, aptas, em tese, a prestar adequadamente a tutela preventiva do perigo.

Presente hoje, o Código de Processo Civil de 2015, que extinguiu o livro próprio do Processo Cautelar, mas continua a tê-lo, com concepções doutrinárias, como acessoriedade da cautelar, autonomia da tutela, entre outras, ainda muito ligadas a conceitos do código revogado. Salta aos olhos, nessa linha, especialmente para os ovidianos, a adoção do termo Tutela Provisória para incorporar a Tutela Cautelar<sup>1475</sup>, na medida em que a cautelar seria marcada pela temporariedade, e não pela provisoriedade<sup>1476</sup>. A extinção do livro próprio pôs fim às cautelares típicas e específicas, sujeitando todas as cautelares aos requisitos genéricos do *fumus boni iuris* e *periculum in*

<sup>1473</sup>MITIDIÉRO, Daniel: “Por força do debate conceitual atinente aos exatos contornos da tutela cautelar, à frente a pujante defesa de Ovídio Baptista da Silva de sua inovadora perspectiva a respeito do tema, a ampla reforma empreendida no Código Buzaid acabou por distinguir antecipação da tutela e tutela cautelar. Inspirada em conhecida proposta formulada por Ovídio Baptista da Silva, a Comissão de Juristas que redigiu a lei Teixeira, positivou nos arts. 273 e 461, § 3.º, a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional. A partir daí, iniciou-se um novo capítulo na história da dogmática processual civil, em especial na compreensão do processo como um instrumento para a realização da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos.” no Código de 1939”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 88.

<sup>1474</sup>MITIDIÉRO, Daniel: “por força do debate conceitual atinente aos exatos contornos da tutela cautelar, à frente a pujante defesa de ovidio Baptista da Silva de sua inovadora perspectiva a respeito do tema, a ampla reforma empreendida no Código Buzaid acabou por distingui antecipação da tutela e tutela cautelar. Inspirada em conhecida proposta formulada por Ovídio Baptista da Silva, a Comissão de Juristas que redigiu a lei 8.952, de 1994, capitaneada por Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, positivou nos arts. 273 e 461, § 3º, a possibilidade de antecipação da tutela jurisdicional. A partir daí, iniciou-se um novo capítulo na história da dogmática processual civil, em especial na compreensão do processo como um instrumento para realização da adequada, efetiva e tempestiva tutela jurisdicional dos direitos”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 88.

<sup>1475</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. Volume 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SILVA, Jaqueline Mielke: “Na verdade, quando o legislador reformador adotou a característica da provisoriedade, tanto para a tutela cautelar quanto para a tutela antecipada – tal como já fez na sistemática do Código de Processo Civil de 1973 –, mais uma vez inspirou-se na concepção do jurista italiano Piero CALAMANDREI. A presença deste autor sempre esteve muito forte no cenário jurídico processual brasileiro, e sua influência marcante continua presente no novo Código de Processo Civil”. *In: A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 53.

<sup>1476</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As ações cautelares e o Novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Volume 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SILVA, Jaqueline Mielke: “O NCPC continua com inúmeros equívocos, relativamente ao que denominamos, na sistemática do CPC/73, de tutela de urgência. A primeira das incongruências diz respeito ao título do Livro V da Parte Geral, denominado de “Tutela Provisória”. O artigo 294 do novo diploma legal coloca como espécie do gênero tutela provisória as tutelas de urgência e de evidência. No parágrafo único do mesmo dispositivo legal, refere ainda serem espécies do gênero tutela provisória, tanto a tutela antecipada quanto a tutela cautelar. Do mesmo modo, a tutela da evidência é uma espécie deste mesmo gênero. Do modo como foi

*mora* e aos procedimentos comuns antecedente e incidente, havendo quem veja um avanço no estabelecimento de requisitos genéricos, mas não na extinção dos procedimentos<sup>1477</sup>. A propósito, os requisitos das Tutelas de Urgência, antecipada ou cautelar, passaram a ser comuns, afastando a possibilidade de critérios distintivos, o que potencializaria os seus objetivos<sup>1478</sup>. Há ainda parte da doutrina que entende ter havido uma ampliação do poder geral cautelar para um poder geral de tutela provisória<sup>1479</sup>, com a possibilidade de concessão de ofício da tutela cautelar e antecipada<sup>1480</sup>, o que seria um avanço na linha defendida na tese, da necessidade de um prestígio à atuação judicial, por seu cunho social/democrático. Especialmente, no caso da tese, não há como deixar de criticar a reiteração da exigência da reversibilidade. Contudo, apesar das críticas recebidas, admitidas algumas correções, passa a ser um instrumento apto a novas possibilidades na direção democrática, especialmente em relação

---

sistematizado, o novo texto adota como característica tanto da tutela cautelar quanto da antecipada, a provisoriedade, o que é um grande equívoco”. *In: A Tutela Provisória no Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016. p. 52/53.

<sup>1477</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Fazendo-se o balanço entre os “prós” e os “contras” dessa opção legislativa, pensamos que há mais desvantagens do que vantagens na técnica de estabelecer requisitos específicos nas cautelares típicas. Melhor teria sido a manutenção do regramento dessas cautelares tão somente para regular os aspectos procedimentais específicos, deixando claro que os requisitos para a sua concessão são os genéricos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ou, ainda, registrar expressamente que os requisitos específicos trazidos pelo legislador eram em verdade, um rol exemplificativo para a configuração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Tal solução, ao que nos parece, resolveria o impasse e o debate existentes na doutrina e na jurisprudência a respeito da fungibilidade entre cautelares típicas e atípicas”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 113/114.

<sup>1478</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “O tratamento da tutela cautelar e da antecipação de tutela de forma separatista e isolada pode ter seus méritos acadêmicos, mas acaba por prejudicar, na prática, a adequada utilização desses importantes institutos, que devem ser interpretados em conjunto, num verdadeiro *sistema legal (único) das tutelas de urgência*, extraído-se, com isso, todo o potencial necessário para o seu objetivo: a adequada, tempestiva e proporcional tutela jurisdicional”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 117.

<sup>1479</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Como se vê, as normas em foco deixam claro que o tal “poder geral” do juiz não está circunscrito à tutela cautelar, açambarcando também a tutela antecipada, de natureza satisfativa. Há, portanto, expressamente, no âmbito do Código de Processo Civil de 2015, um *poder geral de tutela provisória*, seja para a hipótese de urgência (cautelar e antecipação de tutela), seja para a evidência”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 112.

<sup>1480</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Uma leitura conjunta do sistema que informa as tutelas de urgência não nos leva a outra conclusão senão pela possibilidade de concessão, de ofício, da tutela antecipada nas situações em que esta for necessária para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. A regra, portanto, é a mesma no que respeita à possibilidade de atuação ex officio do juiz tanto para a tutela cautelar quanto para a antecipatória. A corroborar nossa opinião, vale a informação de que, conquanto tímidos, há julgados nesse sentido, mesmo sob a égide do CPC/73, notadamente em questões previdenciárias”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 159/160.

ao fator “tempo”, tema de especial relevância do processo na sociedade pós-moderna<sup>1481</sup>.

#### 4.2.3 Tutelas de Urgência e as amarras da Modernidade – Superação em prol do objetivo constitucional e democrático

A herança moderna do Processo Civil brasileiro coloca em papel de destaque o criticado processo da ordinariedade, que não mais atende aos anseios constitucionais e democráticos. As tutelas de urgência, com o sincretismo e a técnica antecipatória, são capazes de trazer a celeridade e efetividade exigida pela sociedade contemporânea. Nesse realinhamento jurídico constitucional e social, em busca do fim democrático, a prevenção, qualificadora das tutelas de urgência, é um elemento fundamental para permitir a conservação do direito ou interesse de acordo com sua natureza jurídica, sem ter que recorrer à consumação do dano e monetarização impostas pelo processo iluminista de viés liberal/capitalista.

##### 4.2.3.1. A (não) preventividade do Juízo Declaratório – Pressuposto engessante da cognição exauriente

Revelada a tendência de aproximação das tradições jurídicas do *Civil Law* e do *Common Law*, não foi diferente em relação ao Processo<sup>1482</sup> e, particularmente, em

---

<sup>1481</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “O fator “tempo” tem, atualmente, imenso valor no processo. Não é segredo que na sociedade atual – marcada pela rapidez das informações e das mais diversas relações sociais, econômicas e jurídicas – uma prestação jurisdicional tardia de nada ou pouco adianta àquele que busca a tutela jurisdicional. Além de a morosidade estar diretamente ligada à falta de efetividade da tutela jurisdicional, é certo que a lentidão na justiça desprestigia o próprio Poder Judiciário, gerando uma série de efeitos colaterais indesejáveis. Pense-se, por exemplo, que num ambiente de processos que se arrastam por décadas, não é exagerado supor que as instituições bancárias possam exigir múltiplas garantias para a concessão de empréstimos, no afã de minimizar o risco de serem compelidas a demandar judicialmente para a cobrança ou execução de tais empréstimos. É curial, portanto, que um processo demasiadamente moroso espraia efeitos negativos para toda a coletividade. Pode-se apontar, ainda, como exemplo desses efeitos, que as pessoas se veem desestimuladas a cumprir a lei, na medida em que não veem a solução (e conseqüente punição) para aqueles que a violam, gerando uma impressão de impunidade; a lentidão dos processos favorece ainda os mais poderosos economicamente que podem suportar os custos e a demora de um processo judicial, em detrimento daqueles que precisam da tutela jurisdicional”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 67.

<sup>1482</sup>MITIDIERO, Daniel: “Especialmente no que tange à tutela jurisdicional dos direitos, a difusão de

relação às Tutelas de Urgência<sup>1483, 1484</sup>. Ainda assim, mais próximo do nosso ordenamento jurídico, a partir da era moderna, as Tutelas de Urgência chegaram ao Brasil na modalidade de Processo Cautelar, tendo tido especial influxo da doutrina italiana, da primeira metade do século XX, tendo como precursor Chiovenda, já implementado sob o manto da cientificidade da ilustração<sup>1485</sup>. A mesma corrente também teve influência nos demais países sul-americanos, bem como em Portugal e na Espanha, permitindo uma análise comum das Tutelas de Urgência nos mesmos<sup>1486</sup>, ou seja, há uma fonte comum geradora de uma especial atenção ao tema de tais tutelas, presente inicialmente no Direito italiano a respeito da cautelar<sup>1487</sup>, mas que teve uma expansão digna de nota nos países de língua espanhola<sup>1488</sup>.

---

temas gerais de processo, inclusive em normas internacionais, como aquele atinente à caracterização do direito ao processo justo (*giusto processo, procès équitable, debido proceso, faires Verfahren, fair trial*), aí incluído obviamente o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva dos direitos (*diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, droit d'accès effectif à la justice, tutela judicial efectiva, Recht auf effektiven Rechtsschutz, right to an effective remedy*), facilitou sobremaneira a formação de um verdadeiro novo *jus commune* em matéria processual. Daí à recíproca influência entre as tradições jurídicas e os institutos processuais não foi um passo muito longo”. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 68

<sup>1483</sup>Daniel Mitidiero traz vários pontos comuns que entendeu entre as culturas jurídicas alemã, francesa, italiana, espanhola, portuguesa, inglesa e estadunidense. *In: Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 69/80.

<sup>1484</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Como é óbvio, a preocupação com as tutelas de urgência não é exclusividade dos países da *Civil Law*, podendo também ser notada nos países da *commom law*. Entre as medidas provisórias utilizadas, merece destaque a *interlocutory injunction*, que se traduz num instituto de natureza cautelar, semelhante ao nosso arresto, pois está destinada a preservar bens do devedor par satisfação do credor, concedida no início do processo em caráter provisório”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 187.

<sup>1485</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva: “Sem contar as conquistas dos processualistas germânicos, para os quais a própria lei processual em vigor abria largas possibilidades de pesquisas, G. Chiovenda, na Itália, foi dos primeiros a tratar das ações cautelares sob um prisma sistemático e com critério científico”. *In: As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13.

<sup>1486</sup>MITIDIERO, Daniel: “A respeito do tema da técnica antecipatória, a doutrina italiana da primeira metade do século XX é o elemento que permite amalgamar a tradição jurídica sul-americana e vê-la em grande parte sob uma luz uniforme – assim como ocorre com o direito espanhol e com o direito português. A *técnica antecipatória* é trabalhada em geral a partir da *teoria da tutela cautelar* no direito processual civil sul-americano. O exame do direito argentino, uruguaio e peruano permite essa tranquila conclusão.” **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014, p. 80-81.

<sup>1487</sup>Ver a propósito: SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz (No Processo Civil Brasileiro)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 9-14.

<sup>1488</sup>VERA, Javier Arturo Torres: “Como es sabido, el tratadista español De la Plaza, seguidor de las enseñanzas de Camelutti em la península, ha aplicado las tendencias del maestro italiano em sua obra jurídico procesales. En lo que respecta a la materia que nos preocupa em esta oportunidad, no podía menos de hacer suya la clasificación que del proceso Cautelar hace Camelutti, adaptándola a las instituciones españolas. Dice al autor em referencia...”. *In: Jurisdicción y cautela*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 69.

Apesar da importância do antecedente histórico romano e medieval, visto no capítulo anterior, a doutrina costuma apontar que, como processo próprio e sistematicamente cautelar, a aproximação mais pertinente ocorre já na fase iluminista, por volta da segunda metade do século XIX<sup>1489</sup>, concomitantemente com o desenvolvimento teórico da separação de Direito Material e Processual<sup>1490</sup>. No entanto, a pormenorização do tema implica no reconhecimento do desenvolvimento das Tutelas de Urgência em decorrência da força iluminista codificadora, ainda antes da distinção entre Direito Material e Processual, quando surgiram os Códigos Sardos de 1854 e 1859, a par da previsão em outros instrumentos legislativos, introduzindo tutelas de *inibitiones*<sup>1491</sup>, ao lado da disciplina da nunciação de obra nova, em seus artigos 1505, 1506 e 1507, com inspiração nas inibições *exerciti iuris do codex iuris canonici*, anteriormente mencionadas, do Direito Canônico (cânone 1672). Contudo, não houve especificação expressa dos casos em que o magistrado estava autorizado a impor a proibição de *non faciendo*, se estava limitada à nunciação de obra nova ou se havia arbítrio do juiz na imposição<sup>1492</sup>. A situação era nova e gerou uma certa perplexidade e resistência da doutrina da época, pois ao mesmo tempo em que, herdado dos movimentos revolucionários contra autoritários, havia a necessidade de preservação da liberdade<sup>1493</sup>, da

<sup>1489</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “[...] somente a partir da segunda metade do século XIX, se verifica o esboço dos estudos de um processo verdadeiramente cautelar, é este período o marco inicial de nosso trabalho. Frise-se que, anteriormente a esse momento histórico, existiram, sim, provimentos que podem ser considerados acauteladores, mas não se concebia um processo próprio e sistematicamente cautelar, a ponto de merecer ser alvo dessas considerações”. *In: Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 6.

<sup>1490</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “Liebman também referia, em nota de rodapé da obra Instituições de direito processual civil, de Giuseppe Chiovenda, que a negativa por parte da doutrina nacional à concepção de autonomia do processo cautelar estava adstita a já isubsistente teoria civilista da ação, a qual vinculava a idéia de ação ao direito material em estado de reação”. *In: Do Processo Cautelar Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 17.

<sup>1491</sup>ARIETA, Giovanni: “I codici sardi del 1854 e 1859, accanto alla disciplina della denuncia di nuova opera (negli articoli 1505, 1506 e 1507 del Codice civile), avevano introdotto la figura generale delle inibizioni, senza determinare, peraltro, i casi in cui le medesime potevano essere accordate: il Codice del 1854 stalliva solo la necessità di un giudizio di conferma o di revoca mentre il Codice del 1859 si limitava a disporre che le stesse norme stabilite per i sequestri dovevano osservarsi anche per le inibizioni in quanto a queste fossero applicabili”. *In: I provvedimenti D’Urgenza*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 8.

<sup>1492</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “A doutrina da época se pergunta se o legislador sardo de 1854 teve a intenção de “permitir a proibição de non faciendo em todos os casos nos quais eram admitidas na antiga jurisprudência, entregando-se ao arbítrio do juiz, ou somente para a nunciação de obra nova. Argumentando sobre o disposto no Código Sardo e sobre a relação oficial que o precedeu, a mesma doutrina se pronunciou pela primeira opinião, todavia reconhecendo que, da ampla e arbitrária faculdade conferida ao juiz de conceder proibição *ex decreto*, poderiam derivar “fáceis abusos””. *In: Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 28.

<sup>1493</sup>CHIAVASSA, Tércio: “A restrição de sua liberdade reclama séria ponderação. J.I. BOTELHO DE MESQUITA bem alerta sobre o direito à manutenção na situação de fato em que a parte se encontra até que seja apurado, mediante processo regular, a correção de sua atitude. Trata-se do que se convencionou denominar de direito à liberdade e, portanto, o próprio direito deve conceder – sempre

isonomia formal, através da obediência “objetiva” da lei, era antevisto a possibilidade de (re)instalação da arbitrariedade combatida, agora no âmbito judicial<sup>1494</sup>. Surge, então, o dilema entre o incremento e estímulo das tutelas de urgência e o temor do arbítrio judicial, tanto que no código italiano superveniente de 1865, foram afastadas as possibilidades de *inibitiones*, limitando o tema das tutelas de urgência a provimentos conservativos<sup>1495, 1496</sup>. A par disso, houve, no mesmo período, algum avanço doutrinário, a começar com Adolf Wach, que na Itália, em 1868, desenvolveu estudo sobre o arresto<sup>1497</sup>, não sendo demais lembrar que no mesmo ano Oskar Von Bulow publicava sua obra, marco da distinção de Direito Material e Processual. Digno de nota é também o trabalho de Luigi Matirrollo, no final do século XIX, secundado por Mortara, objetivando destacar as cautelares do Processo Executivo, mais especificadamente o sequestro<sup>1498</sup>. Foram diagnosticados alguns procedimentos de função exclusivamente conservativa que não podiam ser inseridos na seara executiva, divergindo da doutrina alemã da época, que se estendia para os demais ordenamentos jurídicos de origem

---

que possível – mecanismos para a sua proteção”. *In: Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 57.

<sup>1494</sup>ARIETA, Giovanni: “La dottrina dell'epoca si chiese ben presto se il legislatore sardo del 1854 avesse inteso “permettere le inibizioni de non facendo in tutti i casi in cui erano ammesse dall'antica giurisprudenza, affidandosi all'arbitrio del giudice, ovvero soltanto per la denuncia di nuova opera”: argomentando dal letterale disposto del Codice sardo e della relazione ufficiale che lo precedeva, la stessa dottrina si pronunziò per la prima opinione, pur riconoscendo che dall'ampia ed arbitraria facoltà conferita al giudice di concedere inibizioni ex decreto sarebbero potuti derivare ‘facili abusi’”. *In: I provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 8.

<sup>1495</sup>ARIETA, Giovanni: “Il codice di procedura civile del 1865 ha completamente disatteso l'impostazione data in materia di tutela cautelare dalla precedente codificazione e si è limitato a disciplinar nel Libro III (che tratta dei procedimenti speciali), in apposito titolo (.°XI), i c.c. “provvedimenti conservatori”, vale a dire i sequestri (giudiziario e conservativo) e la denuncia di nuova opera e di danno temuto, senza fare alcun cenno all'istituto delle inibizioni”. *In: I provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 10.

<sup>1496</sup>ARIETA, Giovanni: “Alla base di tale netta posizione fu probabilmente l'esigenza di eliminare ogni possibile arbitrio del giudice nell'emettere provvedimenti cautelari atipici ed innominati e, conseguentemente, la espressa adesione ad un sistema rigido di misure cautelari tipiche.” *In: I provvedimenti D'Urgenza*. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982, p. 11.

<sup>1497</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “Na realidade, somente em 1854 verifica-se o primeiro diploma (Código Sardo) de que se tem notícia conferindo, sem muita minúcia e rigor técnico, espaço às ações cautelares, sendo, em 1865, evidenciado espaço idêntico a elas no código italiano. Conforme lembra Nelson Nery Júnior, foi o processualista alemão Adolf Wach que, em 1868, realizou o primeiro estudo científico sobre ações cautelares, mais especificadamente sobre o arresto no direito italiano”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 7.

<sup>1498</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “Nesse período, verifica-se a existência de ações nitidamente cautelares, entretanto, vinculadas ao processo de execução forçada, como mero apêndice, sem qualquer índole de autonomia. Segundo informa Lancelotti, foi Luigi Matirrollo, no final do século XIX, quem primeiramente buscou distanciar o seqüestro e procedimento de denúncia de obra nova da concepção de processo propriamente executivo, linha essa que, algum tempo depois, foi seguida pelo jurista Mortara ao analisar a figura do seqüestro, efetivando o segundo estudo de que se tem notícia em reação à doutrina que se firmava na época, principalmente a alemã, que o considerava enquadrado no processo de execução”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 7.

romana<sup>1499</sup>. Tudo isso foi fundamental para o triunfo da admissão das Tutelas Cautelares e, posteriormente, das Tutelas de Urgência. Contudo, não é de menor importância o fato de haver uma exigência política de proteção das relações mercantis/liberais. As situações de risco a que eventualmente podiam ficar suscetíveis tais relações demandavam proteção do Estado. Ou seja, as forças políticas econômicas forçaram a introdução das cautelares, em decorrência de uma questão pragmática, em face dos danos decorrentes da complexidade e demora do processo científico, dando início à fundamental questão trabalhada na tese referente à temporalidade<sup>1500</sup>.

Não muito distante, em período aproximado e sob a mesma influência liberal, foram os desenvolvimentos das Tutelas de Urgência do Direitos francês, germânico e austríaco, que, no final do século XIX admitiram legislação prevendo medidas processuais preventivas<sup>1501</sup>. Na França surgiu a hoje conhecida *référé*, cuja origem remonta a 1685, com a autorização do lugar-tenente civil de realizar uma série de medidas para buscar a justiça no caso concreto, mas que foi introduzida no velho Código de Processo Civil da França, nos arts. 806 e 812, e que no atual de 1976 está disciplinado em seu art. 484, como jurisdição de urgência, provisória, vinculado ao juízo de mérito<sup>1502</sup>. De início, perspectiva moderna, a *référé* tinha o aspecto da defesa da questão pecuniária por estar agregada a execução<sup>1503</sup>, como também ocorria no Direito aus-

---

<sup>1499</sup>CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da: “Foi a doutrina italiana, do início deste século, que realizou as primeiras tentativas de “enquadramento teórico” da cautela, diante das considerações de que alguns procedimentos de função meramente conservativa não podiam ser reduzidos ao campo do processo executivo, como supunha a doutrina alemã do fim do século XIX, cuja ideologia se projetava para os demais ordenamentos jurídicos de origem romana”. *In: A Lide Cautelar no Processo Civil*. Curitiba: Juruá Editora, 1992, p. 29.

<sup>1500</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva, ao falar de Chiovenda: “Mostrava o grande mestre peninsular os perigos de dano a que ficavam expostos os litigantes desde a propositura da demanda até a obtenção da decisão final, pois que o processo, como toda a ação humana, é essencialmente temporal”. *In: As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 13.

<sup>1501</sup>BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001. p. 44.

<sup>1502</sup>Nesse sentido: RIBEIRO, Darci Guimarães et al. **Tutela de urgência**. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda., 1997, p. 165/167.

<sup>1503</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “De origem não recente, o processo do *référé*, sumariamente disciplinado no velho código de processo civil francês (nos arts. 806-812), é um meio excepcional, instituído nos casos de urgência e para resolver a dificuldade de execução, que consente obter de maneira extremamente rápida (até o espaço de um só dia), do presidente do tribunal, uma decisão que se caracteriza por sua provisoriedade, no sentido de sua absoluta idoneidade para adquirir autoridade de coisa julgada e, portanto, sem nenhum prejuízo com respeito ao juízo ordinário (de mérito)”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001, p. 44/45.

tríaco, que previa Tutelas de Urgência contra situações de perigo que poderiam ameaçar a execução forçada<sup>1504</sup>, e no Direito alemão, que tinha as cautelares pertencentes ao processo executivo<sup>1505</sup>. Porém, a partir disso foram abertas novas possibilidades, como é verificável no ZPO que, em seus arts. 935 e 940, permitiu um poder geral do juiz civil, tanto para permitir medidas conservativas, especialmente vinculadas à execução forçada, quanto para antecipar tutelas<sup>1506</sup> e no Código de Processo Civil francês, que chega a permitir a dispensa da situação de urgência para a concessão da *référé*<sup>1507</sup>.

No início do século XX, surgiu como marco do processo cautelar os estudos de Chiovenda concluindo os estudos sobre a autonomia da ação cautelar e agregando outros conceitos fundamentais para a desejada sistematização como provisoriedade, urgência, execução provisória, entre outros<sup>1508</sup>. Seus estudos levaram-no, em 1909, a elaborar um projeto de reforma do Código de Processo Civil italiano de 1864, que,

---

<sup>1504</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “A *einstweilige Verfügungen* prevista na prescrição de execução austríaca tem também esse caráter residual (no sentido de que não operam lá, onde são disciplinadas outras medidas cautelares) e pode ser invocada uma cautela de qualquer relação substancial ou situação jurídica subjetiva. Tais medidas, contudo, a par daquelas alemãs, são enquadradas não como expressão de um poder geral de cautela do juiz civil ligado a qualquer forma de exercício das funções jurisdicionais, mas na conformidade às orientações da velha doutrina alemã, como remédios contra cada perigo que possa ameaçar a futura execução forçada”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001, p. 43/44.

<sup>1505</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “Em harmonia com a doutrina alemã do fim do século XIX, que enquadrava os procedimentos cautelares no sistema do processo executivo ao qual considerava pertencente, esses provimentos, que não são presumíveis senão à cautela de pretensões que possam ser sucessivamente realizáveis pela via coativa, assumem um caráter tipicamente preparatório e assecuratório relativamente à execução forçada, tanto que podem ser requeridas e concedidas mesmo no curso do processo executivo: em vez disso, como perigo de impedimento ou de dificuldade à realização da pretensão, pode ser considerado também um procedimento de execução forçada, que de qualquer modo incida sobre o objeto da prestação à qual a pretensão mesma seja dirigida”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001, p. 41.

<sup>1506</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “À luz do exposto, pode-se falar, no ordenamento processual alemão, de um poder geral de cautela do juiz civil, em virtude do qual se autoriza este último a intervir sobre uma situação jurídica subjetiva controversa seja para a conservação do direito, seja para a antecipação dos efeitos da futura decisão de mérito”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001, p. 43.

<sup>1507</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “Os arts. 808 e 809 indicam a ampliação da competência do juiz em matéria de *référé* ante o tribunal de superior instância: em particular há casos em que a urgência é uma condição necessária para que o juiz possa emitir o provimento; em outros casos, a urgência é presumida e resulta dos fatos; em outros casos ainda essa não é requerida”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller. Campinas, 2001, p. 45/46.

<sup>1508</sup> CARPENA, Márcio Louzada: “Pode-se afirmar que, no que concerne à tutela cautelar, o grande mérito de Chiovenda foi enxergar o provimento cautelar como mera ação, dissociada do direito acautelado, e concluir sobre o seu caráter nitidamente provisório, reconhecendo que a cognição, face à urgência, tinha que ser sumária, sem prejuízo da responsabilidade objetiva do requerente da demanda, da mesma forma com que se vislumbra na execução anormal (execução provisória), que corria por conta e risco do autor”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 8.

porém, não vingou. Pouco tempo depois, Francesco Carnelutti, estudando o Processo Cautelar, agrega importante elemento relacionado ao poder geral de cautela, entre outros, e apresenta, em 1926, outro projeto de reforma, logrando êxito em incluir o poder geral de cautela, no art. 324 do Código de Processo Civil italiano<sup>1509</sup>. Por fim, em relação à doutrina italiana a respeito do Processo Cautelar, a de maior influência no Direito Pátrio, deve ser lembrado Piero Calamandrei, que em 1936, através de estudo expresso na obra intitulada *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, agregou principalmente a noção de acessoriedade cautelar, trazendo o fechamento da sistematização a respeito do tema buscado pelos seus antecessores<sup>1510</sup>. Independentemente desses estudos, em 1939, foi publicado o projeto do diploma processual italiano, denominado *Proyecto Solmi*, praticamente reproduzindo as disposições vagas e inespecíficas do código de 1865<sup>1511</sup>. Porém, em face das críticas recebidas, o projeto naufragou e foram chamados Calamandrei, Carnelutti e Redenti para a elaboração do novo projeto, resultando na publicação do Código de Processo Italiano de 1942, sedimentando os conceitos introduzidos por Chiovenda<sup>1512, 1513</sup>.

A par disso, aceita a distinção de Direito Material e Processual na construção do conceito de Jurisdição<sup>1514</sup>, houve em relação ao Processo Cautelar quem lhe negasse o caráter jurisdicional, logicamente influenciados pela concepção romana que

---

<sup>1509</sup>Texto legislativo do art. 324 mencionado: “*Quando dallo stato di fatto di una lite sorge ragionevole timore che i litiganti commettano violenza, ovvero che si compiano prima della decisione atti tali da poter ledere in modo controverso, ovvero che nel proceso una delle parti si trovi in condizione di grave inferiorità di fronte all'altra, il giudice può prendere i provvedimenti provvisori ad evitare che il pericolo si avveri*”.

<sup>1510</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “As idéias de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti a respeito do processo cautelar ganharam ainda mais corpo, em 1936, com a concepção de Piero Calamandrei, professor da universidade de Florença, que, em clássica obra, especifica sobre o tema, denominada *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, sustentou com vigor a função instrumental da cautelar diante do processo principal, confirmando seu caráter provisório, nos termos basicamente fixados pelo jurista da universidade de Roma, Chiovenda”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 10.

<sup>1511</sup>CARPENA, Márcio Louzada. *Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 13.

<sup>1512</sup>CARPENA, Márcio Louzada: “A reafirmação da inteligência doutrinária deu resultado, naufragando o Projeto Solmi e sendo nomeado para elaboração de um novo projeto três dos mais renomados processualistas da época: Calamandrei, Carnelutti e Redenti. Em 1942, foi publicado o código italiano, contendo a possibilidade de o juiz conceder medidas urgentes dentro do poder geral de cautela, com a instituição de vez das concepções da alta doutrina peninsular que, de certo modo, já haviam sido aceitas por diplomas de outros países, como o código processual de Portugal em 1939 (art. 405)”. *In: Do Processo Cautelar moderno*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 14.

<sup>1513</sup>No mesmo sentido: BENASSE, Marcos Antônio. *Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 47/56.

<sup>1514</sup>Do desenvolvimento da noção de jurisdição com a cautelar ver VERA, Javier Arturo Torres. *In: Jurisdicción y cautela*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 5/20.

via no poder de *imperium* presente nos interditos uma função de política administrativa<sup>1515</sup>, ou seja, a função cautelar ultrapassaria a órbita da atividade jurisdicional<sup>1516</sup>. Para essa doutrina, a função jurisdicional exigia o objetivo declarativo, próprio do Processo de Conhecimento, com a formação da coisa julgada, ou a satisfação do Direito, própria do processo de execução. Em havendo, no processo cautelar, o objetivo exclusivo da proteção do processo principal, sem aptidão portanto para formar a coisa julgada ou satisfazer o direito, foi tida como atividade meramente administrativa<sup>1517</sup>. Não é demais lembrar que o próprio Processo de Execução foi tido anteriormente como um não-Processo. A execução do próprio título judicial não era tida como continuidade do Processo, a função exercida pelo juiz era outra, em face do caráter administrativo que lhe era imputado. Era a execução tida como mera continuidade administrativa da sentença, denotando a total despreocupação do Processo científico iluminista com os efeitos fáticos sociais. Porém, em um segundo momento foi consolidado o entendimento da sua natureza jurídica jurisdicional, demonstrando a relevância dada ao Processo de Execução, tendo sido lhe agregada a possibilidade de autonomia, nas hipóteses de título executivo judicial, em relação ao Processo de Conhecimento, bem como a possibilidade da execução precedente e concomitante para as tutelas denominadas de cautelares e em procedimentos especiais que utilizavam a

---

<sup>1515</sup>MESQUITA, Eduardo Melo de: “Sobreleva apontar que a ordem fulcrada no poder de *imperium* tinha natureza administrativa ou de política administrativa. Com efeito, daí extrai-se que o fim último, normalmente, era a tutela do estado atual da coisa litigiosa, ressuma o caráter designadamente cautelar do interdito”. In: **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 187.

<sup>1516</sup>VERA, Javier Arturo Torres: “La característica jurisdiccional de la Cautela como poder independiente e implícito dentro de la jurisdicción, es una tendencia procesal que, si bien ha sido aceptada por la doctrina más autorizada, ha suscitado notables discrepancias, no ya em cuanto al punto de vista desde el cual se mira la Cautela – acción, proceso, providencia, sino em cuanto a su ubicación como poder independiente y autonomo. Sí para algún autor, “los procesos cautelares son a pesar de todo, verdaderos procesos jurisdiccionales, em cuanto implican actividad própria de los organismos del Estado encargados de presta la tutela jurídica” para outros, como el professor italiano Lancelloti, el proceso cautelar – la Cautela, diríamos nosotros – excede la órbita de la actividad jurisdiccional para caber dentro de la esfera administrat y ser regida por las normas que informan la mencionada disciplina jurídica”. In: **Jurisdicción y cautela**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 44/45.

<sup>1517</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva: “Em verdade, ainda que o processo cautelar represente uma forma especial de tutela jurisdiccional (em sentido contrário Lancelloti, *Osservazione critiche in torno alla autonomia procesuale della tutela cautelar*, in Rev. Diritto proc. Civil – 1939, para quem a função cautelar corresponde a uma forma de atividade administrativa), não visando ele à satisfação do direito que se pretende ameaçado pela situação perigosa, mas, ao contrário, colimando, tão só, dar-lhe segurança, afastando a situação de perigo, não conduz a jurisdição cautelar a uma posição definitiva sobre a relação jurídica controvertida, produzindo a coisa julgada; e não alcança o resultado normal do procedimento executivo, que é aquela especial modificação do mundo exterior que se traduz na atribuição ao exequente de um bem que lhe pertence”. In: **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 47.

técnica antecipatória<sup>1518</sup>. O Processo Cautelar, portanto, ainda que não pudesse produzir coisa julgada, seguindo os passos percorridos pelo Processo de Execução, teve reconhecida prevalentemente a sua natureza jurisdicional<sup>1519</sup>, com a nota destacada da prevenção, em um primeiro momento<sup>1520</sup>.

A prevenção no paradigma iluminista, inicialmente, por pressupor a “certeza”, a segurança jurídica para a execução, consistente na intromissão estatal na esfera privada do indivíduo, só podia ser delineada nos provimentos judiciais de eficácia declaratória<sup>1521</sup>. Em que pese, tenham tido pontos de contatos, como pode ser visto na

---

<sup>1518</sup>CARNELUTTI, Francesco: “En otros tiempos la ejecución forzada, fuera en materia civil o en materia penal, se creía que no continuaba el proceso; era, sí, una actividad del Estado la del oficial judicial que se llevaba los bienes del deudor renitente o la del carabinero que arrestaba al condenado para ponerlo en prisión; pero se conceptuaba que tenía un carácter distinto de la actividad del juez, y precisamente de carácter administrativo; por eso, entre otras cosas, los institutos penitenciarios estaban bajo la dependencia del Ministerio del Interior, mientras que ahora dependen del Ministerio de Justicia. Hoy, en cambio, se ha reconocido que lo que continúa después de la decisión con esa actividad es propiamente el proceso, es decir, la misma función ejercida por el juez, consistente en administrar justicia, la cual no quedaría hecha si, por una parte, el litigante vencido y relucante no se viese forzado a observar la decisión, y por otra, aquel, a cuyo cargo ha declarado cierto el juez un delito, no fuese castigado. Es, pues, proceso, al lado del proceso de cognición, que se cierra con la decisión, también el proceso ejecutivo. A primera vista, mejor que al lado se diría que el proceso ejecutivo viene después del proceso de cognición; pero no siempre ocurre así. Puede acacer que, en vez de seguirlo, lo preceda o por lo menos lo acompañe. Esto puede ocurrir, ante todo, en los casos en que la ejecución, si hubiera de aguardar a la decisión, llegaría demasiado tarde: por ejemplo, mientras se instruye el proceso civil promovido contra él por el acreedor, el deudor podría vender sus bienes a la luz del día y ocultar después el dinero que ha obtenido; o el imputado, durante la instrucción del proceso penal, pudiera hacerse fugitivo, de modo que la condena del uno o del otro, cuando llegara, resultaría en vano. En tales casos la ejecución se anticipa a la cognición mediante ciertas providencias que se llaman cautelares, y son providencias provisionales tomadas por el juez a fin de garantizar el resultado del proceso; así, el juez podrá ordenar un secuestro a cargo del demandado en el proceso civil o la captura preventiva del imputado en el proceso penal. Esta de las providencias cautelares no es la única hipótesis de anticipación del proceso ejecutivo respecto del proceso de cognición. En particular la tutela del crédito, esencial al bienestar económico de los hombres, ha forjado ciertos procedimientos y ciertos títulos en virtud de los cuales es posible obtener la ejecución forzada aun sin que se haya decidido la litis con el deudor incumplido. Tales son, por ejemplo, *el decreto de inyunción y la letra de cambio*: el acreedor de una suma de dinero que tiene una prueba escrita, si el deudor no la paga al vencimiento, sin necesidad de citarlo puede obtener del juez una providencia con los mismos efectos de una sentencia de condena en orden a la ejecución forzada; y si el deudor le ha librado una letra de cambio, no tiene ni aun necesidad de provocar siquiera esa providencia, ya que basta la letra de cambio para hacer las veces de la sentencia a los fines de obtener la ejecución forzada”. In: **Cómo se hace un Proceso**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia. Editorial Temis, 2007, p. 43.

<sup>1519</sup>Prevalência demonstrada por VERA, Javier Arturo Torres. In: **Jurisdicción y cautela**. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 45.

<sup>1520</sup>Em momento posterior foi instituído debate a respeito do objetivo cautelar. BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>1521</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Na concepção da doutrina processual clássica, a sentença declaratória prestava tutela preventiva. A sentença declaratória era a única técnica processual capaz de outorgar tutela preventiva no processo civil mais antigo. Gian Antônio Micheli, em conferência pronunciada em importante congresso internacional de direito comparado que versou sobre as tutelas preventivas, incluiu a tutela declaratória no gênero tutela preventiva, dizendo que “a primeira figura de ação preventiva é aquela da 'action en fixation de droit' (ação declaratória), admitida para a obtenção da declaração de um direito quando este, embora não tenha sido violado ou judicialmente contestado, torna-se objetivamente incerto em sua existência ou conteúdo, na medida

investigação constante da tese a respeito do berço romano-canônico das Tutelas de Urgência. Até então só havia a prevenção reconhecida como antecedente declaratório formador da coisa julgada<sup>1522</sup>. A declaração judicial podia ser apta a evitar uma nova demanda, um novo processo ou a continuidade do litígio, por exemplo, com o reconhecimento do crédito, poderia ser evitada a necessidade do processo executivo, ou ser com o reconhecimento de uma questão pessoal poderiam ser evitadas discussões futuras, estando, assim, a preventividade presente no provimento jurisdicional declaratório. Por outro viés, a partir do momento em que a natureza declaratória dispensa a violação de direitos, diferentemente da condenatória, foi posta em contraposição a esta, com o que lhe foi atribuída a qualificação de preventiva<sup>1523</sup>, <sup>1524</sup>. Isso tudo demonstra a diferença de concepção de preventividade e Tutelas de Urgência trabalhada na tese, que partirão inevitavelmente da premissa da cognição sumária e perigo.

De qualquer forma, a prevenção, tão importante para o processo democrático, como gizado alhures, adquiriu uma nova roupagem através do Processo Cautelar, ao ultrapassar os limites do conceito clássico anterior, passando a admitir uma intervenção estatal preventiva através de uma técnica apta a permitir o constrangimento da vontade do demandado, a permitir a atuação judicial na esfera jurídica do indivíduo antes da finalização do processo científico, promovendo na realidade um equilíbrio

---

em que é discutido ou não reconhecido pelos outros””. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

<sup>1522</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “A tutela declaratória realiza-se com a prolação da sentença que, contendo um juízo meramente declaratório, é revestida pela coisa julgada material. A sentença declaratória dá ao autor apenas a vantagem de que a relação jurídica, que até então era controvertida, não mais poderá ser discutida” *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

<sup>1523</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Na verdade, a confusão entre tutela declaratória e tutela preventiva, posta à luz pela doutrina chiovendiana, teve origem em uma exigência de construção sistemática. A doutrina utilizou o argumento de que a existência de uma sentença anterior à violação (declaratória) demonstrava o princípio da autonomia da ação, uma vez que, em face dela, o autor não precisaria ter direito violado para exercer o direito de ação. A ação declaratória, por estar em contraposição à condenação, seria preventiva.” *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 49.

<sup>1524</sup>Idêntico sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 53.

entre as partes, primando pela igualdade material<sup>1525</sup><sup>1526</sup>. O Processo Liberal tinha outro viés, primando pela igualdade absoluta e formal, não admitindo qualquer tratamento diferenciado em relação às partes ou interesses postos em litígio, ainda que agregada a eles pudesse haver alguma situação periclitante. Até mesmo porque a cientificidade do Processo permitia a conversão de qualquer dano em indenização, seguindo o paradigma definido pela doutrina liberal de transformação de quaisquer relações jurídicas em relação de débito e crédito<sup>1527</sup>, como deixa bem claro o art. 1.142 do Código Napoleônico, ao gizar que toda obrigação de fazer, ou não fazer pode ser resolvida em perdas e danos, mais juros, em razão da inadimplência<sup>1528</sup>, <sup>1529</sup>. Daí, que é possível afirmar que no Direito Processual moderno anterior ao início do século XX

---

<sup>1525</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Além disto, como a doutrina clássica formou-se sob a influência de um de matriz liberal, marcado por uma acentuação dos valores de liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, ela não podia conceber uma tutela preventiva que dependesse de técnica processual que constrangesse a vontade do demandado. Foi por isto que circunscreveu a tutela preventiva à sentença declaratória. Na verdade, a tutela declaratória, enquanto tutela que regula apenas formalmente uma relação jurídica, já determinada em seu conteúdo pela autonomia privada, era ideal aos valores do Estado liberal. Já a tutela preventiva, vista como tutela capaz de inibir a violação do direito, era incompatível com os pressupostos deste modelo de Estado”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 49.

<sup>1526</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “O processo civil, à época do Estado de Direito de matriz liberal, não tinha preocupação em dar tutela preventiva aos direitos. O direito, nesta época, era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra a ameaça de arbítrio do Estado. O Estado, para garantir a liberdade, era obrigado a tratar todos da mesma forma, independentemente das suas diferenças concretas. Tomava-se em conta o conceito de igualdade formal perante a lei, sendo que qualquer tratamento desigual – ainda que a posições desiguais – era visto como “privilégio””. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

<sup>1527</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “O processo civil, no Estado de Direito de matriz liberal, não foi projetado para dar tutela preventiva aos direitos. O direito, nesta época, era voltado a proteger as liberdades e as conquistas da classe burguesa contra a ameaça de arbítrio do Estado. O Estado, para garantir a liberdade, era obrigado a tratar a todos da mesma forma, independentemente das suas diferenças concretas. Tomava em conta o conceito de igualdade formal perante a lei, sendo que qualquer tratamento desigual – ainda que a posições desiguais – era visto como privilégio inconcebível. Este Estado, porque não podia tratar as posições jurídicas e sociais de forma diferenciada, obviamente não podia desenhar políticas públicas voltadas a dar proteção específica ou mais incisiva a determinadas classes de pessoas, ou espécies de direitos. Além disto, os direitos desta época que importavam ao processo civil eram vistos como coisas dotadas de valor de troca, e, assim, em caso da prática de ato ilícito, entendia-se ser suficiente a prestação da tutela ressarcitória pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida.” In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 46.

<sup>1528</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “O art. 1.142 do Código Napoleão, ao dizer que toda obrigação de fazer e não fazer resolve-se em perdas e danos, mais juros, em caso de inadimplemento, não só expressou as preocupações da economia liberal, como, além disto, refletiu só princípios de liberdade e de defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 47.

<sup>1529</sup>Fala idêntica em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 51.

não existia uma verdadeira tutela preventiva, resumidamente por três motivos: a) possibilidade de redução de qualquer Direito a pecúnia; b) necessidade de um Processo rigoroso para evitar o arbítrio, e c) havia a necessidade de violação do Direito para legitimar o agir do Estado<sup>1530</sup>.

---

<sup>1530</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “tudo isto quer dizer que, no direito processual do início do século XX, não existia tutela realmente preventiva. Seja porque se supunha que os direitos podiam ser ressarcidos em pecúnia, seja porque se entendia que o Estado não podia atuar previamente à violação do direito, seja ainda porque o Estado não podia constringer a vontade do indivíduo”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

#### 4.2.3.2 A preventividade em cognição sumária – Desnudamento da insubsistência do juízo de certeza de pretensão liberal em benefício constitucional democrático

A preventividade buscada no Direito pós-moderno, em que pese a ausência de referência expressa na Constituição atual, da mesma forma como acontece nas demais Constituições latino-americanas, está implícita nas normas referentes ao devido Processo Legal<sup>1531</sup>, com especial destaque, na Constituição brasileira, para os princípios expressos da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo, incisos XXXV e LXXVIII do seu artigo 5º. Há íntima vinculação da efetividade com a celeridade como meio de evitar que a demora usual do Processo de origem liberal iluminista, que acreditava no juízo de certeza apto a evitar o arbítrio do Estado Juiz, permita a prática de ato ilícito, cause danos ao Direito ou impeça a frutuosidade/concretização deste. A celeridade das Tutelas de Urgência torna impositivo o requisito da cognição sumária, ou para utilizar a expressão do código a probabilidade do Direito, que originalmente era chamado de “fumaça do bom Direito”. Ocorre que esse requisito se contrapõe frontalmente à premissa racionalista do positivismo primário de descobrimento da verdade única e imutável, de modo a aplicar a lei, por subsunção, alcançando a resposta exata, oriunda do projeto iluminista/cientificista, guiada por uma concepção teórica de realismo ingênuo ou correspondência da compreensão com a realidade<sup>1532</sup>.

Em face da problemática levantada é possível vincular, ainda, a busca da verdade tratada ao pensamento grego clássico socrático/platônico, metafísico, do mundo das ideias, ou mais modernamente, vinculando o Processo Liberal moderno, do mito

---

<sup>1531</sup>FIX-ZAMUDIO, Héctor: “Las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa a las providencias precautorias o medidas cautelares, pero las mismas deben considerarse implícitas dentro del derecho de defensa de las partes, ya que tales instrumentos, como lo puso de relieve el clásico estudio Del insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, tiene por objeto evitar perjuicios o daños de difícil, y em ocasiones de imposible reparación, que puede ocasionar a las partes el transcurso de la tramitación del proceso”. In: **Constitución y Proceso Civil em Latinoamérica**. México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 89.

<sup>1532</sup>TARUFFO, Michele: “Uno de esos fundamentos, que parece ser el más difundido entre los juristas y no carece tampoco de manifestaciones entre los filósofos, consiste simplemente en dar por descontada la posibilidad de que en el proceso se determine la verdad de los hechos. A menudo esta aproximación parte de alguna forma más o menos consciente de *realismo ingenuo*, es decir, de la presuposición de la existencia de la realidad empírica y de la capacidad del intelecto humano para tener conocimientos verdaderos acerca de esa realidad; no faltan, por otra parte, versiones muy genéricas de la «teoría de la correspondencia» em las que se da por descontado que el conocimiento se «corresponde» con la realidad, siendo precisamente por ello verdadero” In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 57.

da ordinariedade ovidiano, ao racionalismo cartesiano/leibniziano<sup>1533</sup>, onde a linguagem é instrumento de acesso às essências, permissora do assujeitamento ora do sujeito ou ora do objeto<sup>1534</sup>, em detrimento da percepção heideggeriana de buscar a essência da verdade através do desvelamento essencial do Ser e da submissão da filosofia e de todas as ciências à hermenêutica<sup>1535,1536</sup>. Ou seja, urge contrapor, de imediato, à exigência positivista metafísica de transposição da verdade à condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, ao velamento e desvelamento hermenêutico, à compreensão originária intersubjetiva a partir da viragem linguística<sup>1537</sup>. Ademais, ao abandonar o cientificismo<sup>1538</sup> processual positivista é possível estabelecer a relação

<sup>1533</sup>STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle: “Nessa perspectiva, descortina-se um elemento basilar para a sedimentação do mito da ordinariedade no paradigma processual contemporâneo, qual seja, a tentativa leibniziana de um Direito *more geométrico* (CASTANHEIRA NEVES, 1971-72), aproximando as ciências do espírito da metodologia das ciências naturais. Tal esforço metodológico/filosófico de pensar o Direito termina com a construção deste mito no Direito processual civil, denominado de ordinariedade. Com efeito, a partir de tal paradigma o Direito processual civil e, mais precisamente o processo passou a ser pensado como um método universal destinado a chegar a uma espécie de verdade matemática acerca dos fatos e da solução da causa, sendo indispensável, para tanto, que o juiz construísse o objeto do conhecimento através de uma cognição plena e exauriente e de uma linguagem matematicamente organizada”. *In: O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, nº 2, Mai-Ago/2017, p. 2/3.

<sup>1534</sup>STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle: “Conforme o tópico pretérito, no paradigma metafísico a linguagem era considerada um instrumento de acesso às essências, ora utilizada para extrair tal essência do objeto que assujeita o sujeito (objetivismo filosófico); ora para nomear o objeto conforme a consciência do sujeito assujeitador do objeto (subjetivismo filosófico). Tratam-se, na essência, de pensamentos metafísicos ontoteológicos. Aquele denominado de clássico, este de moderno”. *In: O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, nº 2, Mai-Ago/2017, p. 4.

<sup>1535</sup>HEIDEGGER, Martin: “Na medida em que afirmar que a *idéa* é a senhora que permite desvelamento, Platão está fazendo remissão a algo não dito, a saber, que daí em diante a essência da verdade não se desenvolve propriamente como essência do desvelamento a partir da plenitude essencial própria, mas se desloca para a essência da *idéa*. A essência da verdade abandona o traço fundamental do desvelamento”. *In: A teoria Platônica da Verdade. Marcas do caminho*. Trad. de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petropolis: Vozes, 2009, p. 242.

<sup>1536</sup>STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle: “Os pensamentos de Gadamer e Heidegger são muito próximos, uma vez que “para Gadamer, a analítica temporal do ser humano em Heidegger demonstrou convincentemente que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do eis-aí-ser” (OLIVEIRA, 2006, p.225). Em que pese tal encontro, a hermenêutica filosófica gadameriana produz ‘um cenário muito diferente daquele que aparece em Heidegger’ (STEIN, 2015, p. 11-12), pois libertando-se da hermenêutica nas ciências, submete a filosofia à hermenêutica”. *In: O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? Revista Brasileira de Direito*. Vol. 13, nº 2, Mai-Ago/2017, p. 6.

<sup>1537</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Ora, a linguagem, enquanto articulação da compreensão originária se situa na esfera do desvelamento. Isso nos permite apontar para um dizer que é mais originário do que a objetividade que ocorre na sentença”. *In: Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 214.

<sup>1538</sup>A referência ao cientificismo, em nenhum momento, atinge a centralidade do racionalismo. A crítica é dirigida às produções estéreis e à crença na verdade absoluta e imutável. A propósito, PINKER, Steven: “Respeitar o pensamento científico não é, de forma alguma, acreditar que todas as hipóteses científicas atuais são verdadeiras. A maioria das novas não o é. A força vital da ciência é o ciclo de conjecturas e refutações: propor uma hipótese e depois verificá-la e sobrevive às tentativas de falsificação. Esse aspecto escapa a muitos críticos da ciência, que apontam para alguma

da verdade perseguida no processo com outras áreas do conhecimento humano (na presente tese especialmente com a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica), de modo a permitir uma aquisição de profundidade e complexidade inimaginadas pelos processualistas clássicos<sup>1539</sup>.

Na esteira da tese há uma importante faceta da relação de verdade judicial e de verdade fora do Processo que deve ser enfrentada. Na inadmissível dicotomia entre mundo dos fatos e mundo do Direito era possível afirmar que a verdade que interessava ao processo era aquela que estava ditada na sentença. Ao Estado Juiz, cujo objetivo era dirimir os conflitos, tudo o que estava fora dos autos era irrelevante, não lhe interessava qualquer outra afirmação de verdade<sup>1540</sup>. Seria possível dizer, no prisma criticado, guiado pela filosofia da consciência, que o Direito em geral e o Processo, em particular, trabalhavam com realidades distintas, como se fossem possíveis várias realidades, de acordo com as ciências ou com a subjetividade. Com tal premissa, o Processo poderia ter sua atenção focada exclusivamente na resolução de conflitos para a sua realidade. Afinal, os campos de estudo do Direito e de outras áreas de conhecimento humanas, como a Filosofia, completamente dissociados, per-

---

hipótese desacreditada como prova de que a ciência não pode ser confiável, como um rabino da minha infância que rejeitava a teoria da evolução da seguinte maneira: “os cientistas pensam que o mundo tem 4 bilhões de anos. Eles costumavam pensar que o mundo tinha 8 bilhões de anos. Se eles erraram por 4 bilhões de anos uma vez, podem estar errados em 4 bilhões de anos novamente” A falácia (deixando de lado a história apócrifa) é uma incapacidade de reconhecer que o que a ciência possibilita é uma crescente confiança numa hipótese à medida que as provas se acumulam, não uma alegação de infalibilidade na primeira tentativa. Com efeito, esse tipo de argumento refuta a si mesmo, uma vez que os argumentadores devem apelar para verdade das afirmações científicas atuais para lançar dúvidas sobre as anteriores. O mesmo vale para o argumento muito usado de que as afirmações da ciência não são confiáveis porque os cientistas de algum período anterior eram motivados pelos preconceitos e chauvinismos de então. Se isso acontecia, eles não estavam fazendo ciência direito, e é somente a ciência melhorada de períodos posteriores que nos permite hoje identificar seus erros”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 457/458.

<sup>1539</sup>TARUFFO, Michele: “El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad «judicial» o «procesal» especial y la idea o las ideas que se tienen de la verdad fuera del proceso. Esencialmente, se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad del proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por «verdad judicial» y menos aún establecer qué se entiende por «verdad» *tout court*.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.24.

<sup>1540</sup>TARUFFO, Michele: “En resumen, el problema de la verdad de los hechos es eludido em la medida em que la verdad es, de una forma u outra, excluida del conjunto de los objetivos que se atribuyen al proceso em gernal y al proceso civil em particular” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 26.

mitiam o enfoque estanque, tornando os fatos do mundo empíricos irrelevantes, podendo inclusive serem considerados contraproducentes<sup>1541</sup>.

No Direito Processual Civil a admissão de verdades distintas é sustentada pela máxima da preponderância do princípio dispositivo, comumente assumida e declarada na doutrina e jurisprudência de origem continental, como a do Brasil<sup>1542</sup>. Todavia, no Direito costumeiro não foi muito diferente, pela influência do *adversary system*, com o que foi posto em plano secundário o debate da questão da necessária elucidação dos fatos<sup>1543</sup>. De qualquer modo, em face do paradigma defendido da não distinção de mundo do Direito e mundo dos fatos, na linha do reconhecimento da nocividade do menosprezo aos fatos e da ausência de um objetivo social no Direito e no Processo, não é mais possível adotar a classificação de verdade material, absoluta (extra autos) e verdade formal, relativa (intra-autos), pois a essência da concepção da verdade é que está em cheque. Portanto, não há autonomia entre uma e outra, não há elementos diferenciais suficientes a permitir a imunização do Direito e do Processo a uma única realidade<sup>1544</sup>. Não se está, com isso, todavia, negando o princípio dispositivo, mas sim

---

<sup>1541</sup>TARUFFO, Michele: “La oposición entre la concepción del proceso como instrumento de resolución de conflictos y la idea de la búsqueda de la verdad sobre los hechos del caso se manifiesta habitualmente cuando se dice que la búsqueda de la verdad no puede ser el objetivo de un proceso que pretende solucionar conflictos. Se trataría, en efecto, de finalidades distintas e incompatibles: resolver conflictos significa encontrar la composición de intereses más satisfactoria para las partes y, eventualmente, también para el contexto social en el que ha surgido el conflicto, garantizando valores como la autonomía de las partes y la paz social; respecto de esta finalidad, la búsqueda de la verdad no es necesaria, puede ser incluso contraproducente y, en todo caso, representa una función extraña a la que se pretende al individualizar el punto de equilibrio que produzca la solución práctica del conflicto”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 38.

<sup>1542</sup>TARUFFO, Michele: “Nos encontramos, de este modo, em un terreno bien conocido em el ámbito de las ideologías del proceso civil. Los que han sido mencionados son, em efecto, algunos de los puntos principales de la concepción del proceso que em la Europa continental se funda sobre el principio dispositivo y que, em los sistemas de *Common Law*, ha dado lugar al *adversary system of litigation*”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 40/41.

<sup>1543</sup>TARUFFO, Michele: “Sin embargo, son muy significativas, al menos, por dos razones: la primera es que surgen también en la cultura de los sistemas de *Common Law*, em la que la influencia del *adversary system* y de la concepción del proceso como *machinery* destinada exclusivamente a la solución de los conflictos opera em la línea de hacer tendencialmente irrelevante la determinación de la verdad de los hechos”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 66.

<sup>1544</sup>TARUFFO, Michele: “En outros términos: el jurista ya no consigue establecer qué es la verdad de los hechos em el proceso, y para qué es la verdad de los hechos em el proceso, y paa qué sirven las pruebas, sin afrontar elecciones filosóficas y epistemológicas de orden más general. La expresión <verdad material>, y las otras *expresiones* sinónimas, resultan etiquetas sin significado si no se vinculan al problema general de la verdad. Desde este punto de vista, el problema de la verdad de los hechos em el proceso no es más que una variante específica de esse problema más general”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 25.

objetando que o mesmo possa justificar a dualidade de verdades. A admissão de que os fatos são um só e de que o Processo trabalha com eles dentro do limite probatório não é originária de dois mundos, onde, confortavelmente, o juiz possa aplicar a lei ou o Direito por subsunção à verdade do Processo, mas, de modo inverso, impõe uma atividade probatória ativa do juízo, a partir do qual é possível enxergar a necessidade de melhoria da funcionalidade do sistema processual, especialmente em relação à investigação dos fatos trazidos a juízo<sup>1545</sup>. Do mesmo modo, é inaugurada a discordância sobre a possibilidade de transporte objetivo dos fatos para dentro do Processo, em razão da realização de um chamado para o reconhecimento, em um plano diverso, hermenêutico-filosófico, da impossibilidade de acesso direto aos fatos, independentemente do sujeito, com a conseqüente inviabilidade de aplicação objetiva da subsunção.

Não é demais repetir que a compreensão pressupõe o sujeito sempre. A interpretação é fusão de horizontes. Contudo, o objeto da interpretação, o ente da interpretação, é por si subsistente. Portanto, o processo não pode ser limitado ao subjetivismo ou a uma disputa exclusivamente retórica, pois há fatos concretos a ele associados, instalados no mundo da vida a guiar a compreensão. As visões de mundo de cada intérprete são distintas, pois as pré-compreensões também o são, mas não existe unicamente versões de mundo: há um ponto comum, o objeto das interpretações, permissor de padrões de correção, de onde nem todas as versões guardam compatibilidade com o objeto e, conseqüentemente, entre si. Se não fosse assim, não poderia ser reconhecido o Direito, o sistema seria arbitrário, sem quaisquer garantias materiais ou processuais.<sup>1546</sup>As bases teóricas defendidas, desse modo, são incompatíveis com a pretensão iluminista de introdução da verdade objetiva para dentro do

---

<sup>1545</sup>TARUFFO, Michele: “Una cosa es, en resumen, la verificación de la disfuncionalidad de un sistema determinado a los efectos de la determinación de la verdad y otra es afirmar que el proceso civil no puede en ningún caso ser funcional en ese sentido: la primera afirmación puede estar fundamentada en relación con un ordenamiento procesal específico; la segunda no puede ser verificada empíricamente y tiende a ser una toma de posición de tipo ideológico, como las que se han discutido anteriormente, más que una afirmación fáctica sobre los límites funcionales del proceso civil”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.48.

<sup>1546</sup>TARUFFO, Michele: “Finalmente, no faltan explícitas teorizaciones de la verdad judicial de los hechos como garantía o como base para la implementación de las garantías referidas al proceso y a la legalidad. No por casualidad, se ha dicho que *veritas, non auctoritas, facit iudicium* para precisar que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica; está claro, en cambio, que una justicia «sin verdad» equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales.” In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 69.

proceso, tanto quanto da posição solipsística de criação de um mundo jurídico. Em outras palavras, inadmissível tanto a concepção de verdade absoluta objetiva no processo, quanto a da sustentação arbitrária, solipsística, dos fatos. A impossibilidade da transposição objetiva dos fatos não pode permitir que o juiz possa também assenhorar-se dos fatos, fugindo da congruência e do contato com a realidade<sup>1547</sup>.

É possível estabelecer uma íntima vinculação da cognição judicial com a questão da(s) verdade(s), que no Processo desenrola-se tecnicamente na instrução do feito. Comumente a doutrina adota posições vinculadas a concepções filosóficas que desembocam, no Direito, na sempre presente dualidade positivista subjetivista/objetivista<sup>1548</sup>, ao qual pode ser incrementado tópico da admissão do racionalismo a justificar o objetivismo jurídico ou do niilismo a fundamentar a postura judicial solipsista<sup>1549</sup>, bem como a vinculação da correspondência da linguagem ao objeto para estear o

---

<sup>1547</sup>TARUFFO, Michele: “Entre este tipo de aproximaciones se encuentra también la posición del perfeccionista desilusionado, es decir, de quien habiendo constatado que la verdad absoluta no es posible pasa al extremo opuesto y sostiene la imposibilidad de cualquier conocimiento racional. Se trata de una forma de irracionalismo motivada por el abandono de posiciones extremas en el ámbito del racionalismo, bastante frecuentes en los juristas que, viendo frustradas las posibilidades de alcanzar en el proceso la verdad incontestable de los hechos, creen que no se puede hacer otra cosa que negar de raíz la posibilidad de un conocimiento aceptable de los mismos.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 31.

<sup>1548</sup>TARUFFO, Michele: “Obviamente, son numerosas las opciones filosóficas sobre cuya base se puede negar la posibilidad de un conocimiento aceptable de la realidad: basta pensar en los distintos tipos de idealismo y de irracionalismo que recorren toda la cultura occidental para obtener un rico abanico de teorías de las que se derivan formas de escepticismo filosófico más o menos radical acerca del problema del conocimiento y en las que, por tanto, se puede fundamentar teóricamente la negación de la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos en el ámbito del proceso. Por otra parte, no es necesario desarrollar aquí un examen analítico de todas las opciones filosóficas potencialmente orientadas en este sentido, ya que no todas ellas tienen o han tenido una influencia directa sobre la teoría de la prueba y de la verdad judicial. Se puede observar, en todo caso, invirtiendo y simplificando los términos del problema, que las teorías negativas sobre la posibilidad de una determinación verdadera de los hechos dan por descontado explícita o implícitamente la asunción de premisas filosóficas que de alguna manera excluyen la posibilidad de un conocimiento racional. A menudo esta relación es sólo potencial y permanece inarticulada, en el sentido de que el escepticismo «procesal» *podría* remitir a alguna forma de escepticismo *filosófico*.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 29.

<sup>1549</sup>TARUFFO, Michele: “No obstante, esta conclusión no se deriva únicamente de opciones filosóficas de carácter directa y claramente irracionalista. Al contrario es también defendida en el ámbito de opciones filosóficas y epistemológicas distintas y, en particular, en el ámbito de las más recientes y sofisticadas versiones *del idealismo*.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 31.

racionalismo/objetivismo, ou a não correspondência para amparar o niilismo/solipismo<sup>1550</sup>. Contudo, como aprofundado anteriormente<sup>1551</sup>, basta dizer, no viés hermenêutico-filosófico da tese, que a linguagem não é permissiva do niilismo e do solipismo, tanto que no plano apofântico é defendida a resposta constitucionalmente adequada, com coerência e integridade jurídica. Portanto, quando a doutrina processual mais recente defende a relatividade da verdade em qualquer contexto de experiência, inclusive no Processo<sup>1552</sup>, de acordo com a tese é até possível admitir que os fatos são independentes dos intérpretes, mas o conhecimento só é admissível através da intersubjetividade. Com o que há de ser buscada a coerência da decisão ao contexto processual<sup>1553</sup>, de acordo com tais vetores da racionalidade.

O positivismo jurídico mais recente, reconhecendo a relatividade da verdade de forma diversa, sem o aperfeiçoamento dos *standards* levantados na tese, afirma que o Processo deve admitir o que denomina de busca da verdade como correspondência<sup>1554</sup>. A afirmação da não qualificação do conceito de relatividade da verdade decorre

---

<sup>1550</sup>TARUFFO, Michele: “En lo que aquí interesa, esa corriente parte de premisas antirrealistas, es decir, de la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empirico alguno. A partir de aquí, se obtiene un subjetivismo radical de corte idealista, según el cual, precisamente, no se puede hablar de conocimiento objetivo y racional de realidad; en consecuencia, no hay criterios de objetividad en el razonamiento jurídico sino únicamente decisiones individuales y valoraciones subjetivas.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 33/34.

<sup>1551</sup>No capítulo: 2.2.1 A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica filosófica – Inadmissibilidade do positivismo e sua concepção da interpretação como instrumento positivista diante dos fins colimados.

<sup>1552</sup>TARUFFO, Michele: “En resumen, la asunción de la verdad absoluta, como correspondencia total de la determinación de los hechos con la realidad, en la función de valor límite, permite que en el ámbito del proceso se pueda hablar sensatamente de verdad (relativa) de los hechos como aproximación a la realidad, sin caer en los frecuentes círculos viciosos en los que se acaba por llamar «verdadero» a cualquier resultado que se obtenga del modelo procesal que se considera, por otras razones, preferible; o bien -en el otro extremo- se llama no-verdadero a todo aquello que es el resultado de sistemas procesales que, siempre por otras razones, son rechazados.” *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 101.

<sup>1553</sup>TARUFFO, Michele: “Obviamente, en el ámbito del proceso se puede hablar solamente de verdad relativa y contexto-laden, del mismo modo que se puede hablar de procesos más o menos orientados a favorecer la búsqueda de la verdad, pero también la relativización de la verdad opera en cualquier otro contexto de la experiencia (quizás con las únicas excepciones de la teología y la metafísica). Sin embargo, vale la pena precisar que el carácter contextualmente relativo de la verdad que se puede alcanzar en el proceso, no constituye una razón suficiente para afirmar que en el mismo se puede solamente hablar de verdad como coherencia de la decisión final respecto Del contexto procesal y de las enuncia de la decisión final respecto Del contexto procesal y de las enuncia acciones o narraciones que em él se dan”. **La Prueba, artículos y conferencias**. Primera edición. Monografías Jurídicas Universitas. Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 68.

<sup>1554</sup>TARUFFO, Michele: “Resulta entonces que, a pesar de todas las dudas que se puedan tener respecto del concepto general de verdad como correspondência, y todos los problemas que conlleva, este concepto de verdad es el único que resulta sensato em el contexto del processo”. *In: La Prueba, artículos y conferencias*. Primera edición. Monografías Jurídicas Universitas. Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 70.

da não admissão da relação sujeito-sujeito, havendo ainda o apego ao cientificismo da relação sujeito-objeto, ao acreditar que a verdade externa possa ter correspondência dentro do Processo<sup>1555</sup>, como se a verdade dos fatos pudesse ser objetivamente reconstruída no interior deste<sup>1556</sup>, dando margem a criação de fórmulas cartesianas para formação do convencimento, com cálculos estatísticos, taxatividade valorativa das provas, entre outros, que inclusive já encontrava óbice dentro do próprio positivismo<sup>1557</sup>, com reforço inigualável da referência gadameriana na essência de que o conhecimento é antimetodológico.

A condição de possibilidade hermenêutica filosófica tem, sem dúvida, a atividade probatória guiada pelos fatos, porém inadmitindo a metafísica transposição. O julgador deve procurar o maior e melhor aprofundamento possível dos fatos controversos, porém, nos limites da subjetividade, não deixando de atentar que a própria fixação da controvérsia vai depender da descrição dos fatos, para a qual também há subjetividade, o que remete a uma complexidade inerente à investigação<sup>1558</sup>, mas que encontra limites igualmente na hermenêutica filosófica, na premissa da linguagem e da atenção ao texto. Dito isso, quando a doutrina reconhece a imprescindibilidade da ausência de certeza, a relativização da verdade no processo para alcançar a celeridade da Tutela de Direitos, está tratando de um requisito inerente exclusivamente a um menor grau de desenvolvimento de atividades probatórias possíveis dentro de um

---

<sup>1555</sup>TARUFFO, Michele: "Vale la pena realizar um comentário adicional: las consideraciones que preceden tienen sentido em general, com independência Del tipo de hecho Del cual se hable. Em otros términos, la concepción de la verdad procesal como correspondência com la realidad externa y, por lo tanto, como demostrar em juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar". *In: La Prueba, artículos y conferencias*. Primera edición. Monografías Jurídicas Universitatis. Chile: Editorial Metropolitana, 2009, p. 70.

<sup>1556</sup>TARUFFO, Michele: "En realidad, no es sólo la definición de la prueba lo que permanece dudoso: también la forma de entender la estructura de la decisión judicial queda ampliamente indeterminada si no se especifica cuál es la relación entre la decisión y los hechos, es decir, si se puede o no, si se debe o no tender a reconstruir los hechos con el máximo de veracidad posible". *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 27.

<sup>1557</sup>Ver a propósito: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 190/240.

<sup>1558</sup>TARUFFO, Michele: "Es suficiente imaginar la aplicación conjunta de estos dos procedimientos, y observar que no tienen límite teórico alguno, para darse cuenta de que no existe y no es conjeturable ninguna descripción adecuada en abstracto de la situación de hecho y, ni siquiera, de las circunstancias concretas que la componen; en cambio, es conjeturable un número infinito de proposiciones descriptivas, todas ellas susceptibles de ser referidas sensatamente a esa situación. La idea de sentido común según la cual de todo hecho existe una descripción «objetiva» y apropiada parece, pues, evidentemente inaceptable, no sobre la base de aproximaciones subjetivistas, sino porque los niveles de análisis de la misma situación pueden ser muy distintos (en teoría: ilimitadamente)". *In: La prueba de los hechos*. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 94.

determinado processo, que, no código atual, está gizado no art. 300, como probabilidade do Direito.

Não é desconhecido, a propósito, o debate de Calamandrei e Taruffo a respeito da questão da verossimilhança e probabilidade, tendo o primeiro como termos equivalentes e o segundo, primando por uma precisão terminológica, os diferencia<sup>1559</sup>. Porém, basta dizer, para os fins da presente tese, que a análise judicial a respeito das provas e da pretensão autoral pode ser dado sem a completude instrutória, com distintos graus de aproximação do fato/ente, mas sempre intermediado pelo sujeito.

Os primeiros passos no arrefecimento da busca da verdade, do ideal de certeza no processo, foram dados já no século XX, muito por influência da doutrina italiana, houve uma mitigação à exigência do juízo definitivo decorrente do longo e complexo processo de conhecimento para permitir, através de outro não raro moroso e demorado processo de execução, a satisfação do Direito, que de uma forma ou de outra, predominantemente, abrangia questões pecuniárias. Ocorre que as forças sociais e políticas passaram a perceber situações que não podiam ser submetidas aos ditames referidos, sob pena de perecimento dos interesses pecuniários envolvidos. Atento a isso a doutrina deu início à criação de tutelas verdadeiramente preventivas, às quais podiam ser alcançadas através de um terceiro gênero de Processo, distinto do conhecimento e da execução, que foi denominado de Cautelar. Ocorre que, em um primeiro momento, com o que foi evitado um rompimento abrupto com o sistema jurídico processual liberal vigente até então, ainda que a Tutela Cautelar estivesse vinculada a situações de perigo, o alcance de sua preventividade era bem reduzido em comparação com o que é defendido pela doutrina atual, não podendo ir além da proteção ao

---

<sup>1559</sup>TARUFFO, Michele: “La confusión que se produce es, por otra parte, mucho más grave en el plano conceptual, ya que consiste, como es evidente en el ensayo de Calamandrei, en la introducción de una ambigüedad sistemática no resuelta en torno al término «verosimilitud». En efecto, se reconducen al mismo dos significados distintos: a) según el primero, verosimilitud se refiere a algo que tiene «la apariencia de ser verdadero», afecta a la alegación del hecho y es una valoración independiente y preliminar respecto al procedimiento probatorioSS ; b) en el segundo sentido, verosimilitud equivale a probabilidad, advirtiendo, sin embargo, que en el proceso la verosimilitud-probabilidad se usa como «sustituto de la verdad»..” Es posible que los dos significados identificados estén dentro del uso corriente del término «verosimilitud», pero no es ése el problema principal en este punto. El problema es que esos significados son *distintos* y por tanto no pueden ser usados conjunta y alternativamente, como si no hubiese diferencia entre ellos, en un contexto que tenga pretensiones de ser científicamente aceptable. No se trata, como parece creer Calamandrei, de meros matices psicológicos sustancialmente prescindibles; se trata de *conceptos distintos* que no dejan de serlo por el hecho de que alguna lengua, como la alemana, los designe adoptando el mismo término”. In: **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 184/185.

Processo principal. Assim, esse Processo Cautelar tutela indiretamente a relação pecuniária, salvaguardando a efetividade do Processo principal, com o que era indispensável que a Cautelar, como acessória, estivesse sempre atrelada a um Processo de conhecimento ou de execução ou de ambos, pressupondo comumente a ocorrência do ato ilícito e do dano<sup>1560</sup>. Ou seja, no Processo Preventivo Cautelar inicialmente implementado na Modernidade não havia prevenção de Direito, mas de processo. Na sistemática processual liberal do início do período mencionado, não havia para o Processo Cautelar e, menos ainda, para os processos de conhecimento e de execução o sentido de prevenção democrática perseguido na hodiernidade, tal como disponibilizado pela Tutela Inibitória, considerada por Marinoni como a tutela mais preventiva de todas, atinente ao Direito Material e à efetividade da tutela<sup>1561</sup>.

A introdução do Processo Cautelar mitigou o paradigma liberal do Processo Civil, que só admitia a satisfação de direitos, a atuação estatal judicial na esfera do particular, consubstanciados em juízo de certeza. A desconfiança no Estado-Juiz é abrandada para admitir julgamentos e medidas coercitivas fundados em “fumaça do bom Direito”. A crença na objetividade da lei a permitir o tratamento isonômico por parte do Estado exigia que a intervenção estatal só fosse permitida com base no juízo de “certeza”, alcançado após o longo e demorado instrumento científico apto a trazer a “verdade” do fatos, para que o juiz, como boca da lei, não incorresse em equívocos e conseqüente arbítrio<sup>1562</sup>, viabilizando a posterior execução. No Processo, especificadamente, é bem ilustrativo e comunga com o conceito do juiz boca da lei, admitir

---

<sup>1560</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “A tutela cautelar, ao servir à tutela ressarcitória ou à tutela do adimplemento da obrigação pecuniária, era obrigada a aceitar a ocorrência da violação ou do inadimplemento, que legitimavam as próprias ações ressarcitórias e do adimplemento. Ou seja, a tutela cautelar foi pensada para assegurar uma tutela buscada através da ação de conhecimento, que supunha a violação do direito”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 50.

<sup>1561</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “A tutela cautelar, ainda que relacionada com o perigo, foi concebida para assegurar a utilidade da tutela jurisdicional final. A tutela cautelar certamente não poderia evitar a violação do direito, pois nem mesmo o processo de conhecimento clássico foi pensado e estruturado para tanto. Se este processo de conhecimento não tinha como fim evitar a violação do direito, não há como admitir, por lógica, que a tutela que a ele deveria servir pudesse ultrapassar a sua função, outorgando proteção preventiva ou inibitória”. In: **Processo Cautelar**. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 50.

<sup>1562</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “A impossibilidade de se conceder a tutela do direito com base em verossimilhança, isto é, a proibição de antecipação da tutela no procedimento ordinário clássico, fundou-se na suposição de que o único julgamento que poderia afirmar as palavras da lei seria posterior à verificação da existência do direito. Na trilha do direito liberal, o processo, para não gerar insegurança ao cidadão, deveria conter somente um julgamento, que apenas poderia ser realizado após a elucidação dos fatos componentes do litígio. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de “busca da verdade”. A “certeza” do juiz seria pressuposto da sua

que a jurisdição tinha como objetivo fazer atuar a lei. E a atuação da lei só podia acontecer após alcançada a “certeza” objetiva dos fatos (relação sujeito-objeto)<sup>1563</sup>.

Nessa linha o Processo Científico liberal foi trabalhado com base no binômio conhecimento-execução, onde a intromissão da esfera privada não podia ser admitida enquanto não finalizado o Processo de Conhecimento e mediante as medidas executivas expressamente previstas na lei para o Processo de Execução, tanto que não é demais lembrar do brocardo jurídico vigorante então da *nulla executio sine titulo*<sup>1564</sup>. Ademais, não é esquecido que o liberalismo, precipuamente, estabelece contraposição ao autoritarismo estatal. O juiz como representante do Estado, em consequência, era visto com desconfiança<sup>1565</sup>, com o que foram implementados instrumentos controladores do Judiciário e limitadores do autoritarismo judicial, vinculados à ampla defesa e contraditório, reforçando a necessidade de alcançar a certeza do Direito e consequente segurança jurídica na atividade judicial, em contraposição à verossimilhança autorizadora da Tutela Cautelar<sup>1566</sup> e de qualquer juízo provisório ou temporário. Os

---

capacidade de “enunciar a lei”. De modo que a garantia de liberdade e de segurança, neste caso, estariam em um julgamento que, a partir da “descoberta da verdade”, pronunciasse as palavras da lei”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 51/52.

<sup>1563</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Lembre-se que o fim da jurisdição, para a doutrina chiovendiana e pós-chiovendiana, era o de dar “atuação à lei”. A impossibilidade de se conceder a tutela do direito com base em verossimilhança ou antes do exaurimento do processo de conhecimento teve por base, além de outras coisas, a suposição de que o único julgamento que poderia “atuar a lei” só poderia ser posterior à verificação da existência do direito. Na trilha do direito liberal, o processo deveria conter somente um julgamento, realizado apenas após a elucidação dos fatos componentes do litígio. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de “busca da verdade”. A “certeza” do juiz seria pressuposto da sua capacidade de “enunciar a lei”. De modo que a garantia de liberdade e de segurança, neste caso, estariam em um julgamento que, a partir da “descoberta da verdade”, atuasse a vontade da lei”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55.

<sup>1564</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Assim, no processo concebido por Chiovenda e que foi desenvolvido pela doutrina que lhe seguiu, não há sequer como imaginar tutela do direito – e, portanto, execução – na pendência do processo de conhecimento. Isso seria um atentado contra os valores que fundaram a fórmula técnico-jurídica da *nulla executio sine titulo*”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

<sup>1565</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “O processo liberal proibiu os juízos de verossimilhança para permitir o controle do Judiciário e para garantir a liberdade dos cidadãos. A vedação desses juízos derivou da falta de confiança no juiz. Diante desta desconfiança, foram evidenciadas garantias para a participação adequada no processo, que passaram a significar garantias de liberdade do litigante contra o arbítrio judicial. Proibiu-se qualquer tipo de restrição à defesa e ao contraditório e, assim, restou inviável a tutela do direito antes da plenitude da cognição”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55/56.

<sup>1566</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “O direito liberal, diante da desconfiança em relação ao Judiciário, não admitiu qualquer tipo de restrição à defesa e ao contraditório, e assim tornou inviável a tutela do direito antes da plenitude da cognição. Quando a preocupação do direito se centrava na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado, as formas – e assim a rigidez dos

julgamentos em cognição sumária implicam na possibilidade de revogação e alteração da decisão, em face da possibilidade de modificação de convencimento do julgador, com o que, na decisão revogada ou alterada não teria havido a necessária correspondência do julgado com a lei, fato inadmissível no Processo do início do século XX<sup>1567</sup>.

Nos dias de hoje, após alterações trazidas pela Lei 353/90 e Lei 80/05, o Direito italiano em seu art. 700 consolidou o reconhecimento do poder geral de cautela e incrementou a possibilidade de antecipações de tutela. O referido artigo foi utilizado como base legal para suprir a necessidade de Tutelas de Urgência não cautelares. Os tribunais italianos, ao reconhecerem a necessidade de tutela efetiva de direitos diversos do patrimonial, não encontraram outra saída para atendimento dos interesses sociais que não fosse o incremento de uma Tutelas de Urgência diversa da cautelar<sup>1568</sup>. Tanto que reconhece a provisoriedade da tutela antecipada, apta a alcançar definitividade, com o que implicou no distanciamento da teoria clássica da cautelar como instrumento do Processo Principal<sup>1569</sup>. Não é muito diferente no Direito português atual. Após a modificação do Código de Processo Civil Português pela Lei 41/13, com o que o art. 369 passou a prever a “inversão do contencioso”, que possibilita a utilização do

---

conceitos de ampla defesa e de contraditório – possuíam grande importância para o demandado”.  
*In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 53.

<sup>1567</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Não é de estranhar, assim, que a tutela antecipada seja incompatível com o direito processual do início do século XX. Se o juiz é um mero aplicador da lei, pelo mesmo motivo havia de ser proibido de julgar com base em verossimilhança. Dar ao juiz poder para tutelar um direito aparente é o mesmo que dar ao Judiciário o poder para rever, com base em cognição aprofundada, o julgamento baseado em verossimilhança. Porém, se o sistema processual admite que o juiz pode afirmar que não deveria ter concedido a tutela do direito, há aceitação de que a “justiça” do juiz pode não ser a da lei”. *In: Processo Cautelar*. Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55.

<sup>1568</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “No mesmo sentido, após lembrar que o art. 700 – base do poder geral de cautela – do CPC italiano permitiu que os tribunais suprissem a ausência de tutela jurisdicional adequada, o genial Vittorio Denti advertiu que isto ocorreu por ter surgido a necessidade de uma “tutela de urgência com função não cautelar, ou seja, não vinculada instrumentalmente com a tutela que o art. 700 define como ordinária. A necessidade de uma tutela efetiva dos direitos não patrimoniais levou Proto Pisani a insistir na oportunidade de um procedimento sumário não cautelar, o que, segundo Denti, superaria “o equívoco que vicia a atual aplicação do art. 700, submetido a exigências de tutela que não têm a característica da instrumentalidade, própria das medidas cautelares” *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 58.

<sup>1569</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Assim, além da confirmação expressa de que o poder geral cautelar previsto no art. 700 do CPC abarca não só os provimentos conservativos como também os antecipatórios (satisfativos) – o que, aliás, já era reconhecido por grande parte da doutrina – acabou-se por reconhecer que os provimentos cautelares antecipatórios, conquanto tenham caráter provisório, podem assumir feição definitiva, afastando-os, portanto, da definição clássica de instrumentalidade cautelar”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 179.

procedimento cautelar para alcançar decisões provisórias e definitivas<sup>1570</sup>. Na mesma linha, o Código de Processo Civil Francês, acaba por permitir, a definitividade para *l'ordonnance de référé*<sup>1571</sup>. Não destoa muito também, em face da origem comum, nos demais países latinos, podendo ser mencionado o caso argentino, onde apesar da ausência de previsão legislativa nacional, há previsão em códigos regionais, mas, de qualquer modo, não são raras as tutelas antecipadas, por meio das chamadas *medidas autosatisfactivas* e dos despachos interinos de *fondo o anticipatorios*<sup>1572</sup>.

O arrefecimento do viés liberal clássico, tanto no que tange à modificação conceitual, do conteúdo legal e doutrinário das tutelas de urgência, como em relação aos interesses que passaram a ser tuteláveis através do processo permitiram a abertura de novos horizontes<sup>1573</sup>. As mudanças sociais permitiram o reconhecimento de “novos direitos” que não podiam ser reduzidos à relação de débito e crédito, deixando transparecer a insuficiência do Processo clássico, impondo uma adequação do processo civil a essas exigências<sup>1574</sup>. A prática forense passou a utilizar a ação cautelar inominada para atender aos anseios de efetividade e celeridade, tanto por meio da técnica

---

<sup>1570</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Com esta nova figura, permite a lei portuguesa, mediante requerimento da parte, transformar um procedimento cautelar – até então caracterizado por um processo urgente destinado a decretar medidas provisórias – numa decisão definitiva sobre a composição do litígio. Este novo regime veio quebrar o princípio segundo o qual os procedimentos cautelares estão sempre dependentes de uma ação principal, relativizando, por assim dizer, sua provisoriedade e, bem assim, a sumariedade da cognição, pois pode gerar um juízo de certeza”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 181.

<sup>1571</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “É conveniente observar-se que, embora por expressa disposição legal *l'ordonnance de référé* não faça coisa julgada art. 488), justamente porque a cognição não é exauriente, acaba por assumir feição de definitividade, se as partes não manifestarem interesse na instauração do processo definitivo. O tema é comum *référé-provision*, que, no mais das vezes, impõe a antecipação de uma obrigação de pagar; nestes casos, a solução provisória acaba, em muitas situações, tornando-se definitiva.” *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 183.

<sup>1572</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “A Argentina, ao mesmo tempo em que a doutrina e a jurisprudência reconhecem e aplicam tais medidas, carece de um tratamento legislativo geral para as tutelas sumárias satisfativas, as quais são encontradas, de forma esparsa, num ou noutro *Código Procesal* regional (como, por exemplo, no CPC de La Pampa, que prevê a *tutela anticipatoria* no art. 231 e as *medidas autosatisfactivas* no art. 305), mas não no CPC Nacional”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 183.

<sup>1573</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Lembre-se que o desenho do processo depende do objetivo do direito hegemônico, o que significa que a função e a estrutura do processo são consequências do direito e dos valores de uma época”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

<sup>1574</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “A transformação da sociedade e do Estado fez surgir novas situações substanciais carentes de tutela. A necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico, evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade”. *In: Tutela de Urgência*

antecipatória, quanto pela sumarização procedimental, em detrimento da ordinarização do processo. Através dessa distorção era permitido o sincretismo necessário para a efetivação célere e preventiva de tutelas<sup>1575</sup>. Com isso, a teoria ternária das eficácias já não era suficiente para satisfazer as novas demandas, os novos valores e interesses sociais, abrindo espaço para as ações executivas<sup>1576</sup>. Na busca dessa adequação foi permitido um delineamento de prevenção que ia além da proteção do processo principal<sup>1577</sup>, alcançando a busca da adequação da tutela, tanto através da jurisdição cautelar, quanto da jurisdição de antecipação (situação que veio a ser implementada legislativamente com a alteração do art. 273 do Código de Processo Civil revogado de 1973), permissora da satisfatividade como objeto de ambas, alterando o paradigma clássico de nascente italiana mencionada no início do capítulo<sup>1578</sup>.

Não há a pretensão, com isso, de qualquer modo, de buscar uma suposta correção do pensamento clássico italiano a respeito das tutelas de urgência, especialmente da teoria cautelar de Calamandrei<sup>1579</sup>. Deve ser lembrado que para o para-

---

**e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

<sup>1575</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Porém, a falta de idoneidade do processo civil para atender às novas situações não impediu a prática forense de utilizar a tutela cautelar inominada como técnica de sumarização do processo de conhecimento. Como procedimento cautelar viabilizava a concessão de liminar, assim como o uso de meios executivos adequados às diferentes situações concretas, a prática forense brasileira assistiu ao *uso não cautelar da ação cautelar*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 56.

<sup>1576</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “Ademais, a necessidade de maior celeridade de tutela dos direitos, advinda das características dos “novos direitos” e das relações jurídicas próprias à sociedade contemporânea, colocaram em xeque o processo civil clássico – destituído de técnica antecipatória e de sentenças diferentes das declaratórias, constitutivas e condenatórias – evidenciando a imprescindibilidade da adaptação do sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade, o qual era impotente para o alcance da antecipação da tutela final”. In: **Processo Cautelar.** Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 55.

<sup>1577</sup>MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Arenhart: “A transformação da sociedade e do Estado fez surgir novas situações substanciais carentes de tutela. O Estado constitucional, ao afirmar os direitos fundamentais, frequentemente toma em conta direitos de conteúdo não patrimonial, ou prevalentemente não patrimonial, exigindo a sua proteção através de normas de proteção de tutelas jurisdicionais voltadas a impedir a sua violação e a viabilizar a remoção dos efeitos concretos derivados da sua agressão”. In: **Processo Cautelar.** Curso de Processo Civil Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011, p. 54.

<sup>1578</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “A melhor doutrina italiana foi expressa em advertir que, neste caso, ocorreu uma distorção da fisionomia original da tutela cautelar, já que o emprego da técnica cautelar para a obtenção da tutela inibitória fez desaparecer a principal característica da tutela cautelar, isto é, a instrumentalidade”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

<sup>1579</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Não haveria motivo para discutir aqui a doutrina de Calamandrei sobre tutela cautelar. Trata-se de doutrina consolidada nas primeiras décadas do século passado em situação política particular. O que realmente aqui importa é deixar claro algo que costuma ser

digma em que produzido a teoria do mestre italiano cumpriu perfeitamente a sua função. No entanto, não lhe seria exigível que anteviesse todas as modificações sociais ocorridas e o surgimento de novos direitos e pretensões para os quais, por óbvio, a sua teoria não poderia estar preparada. Inadmissível assim buscar de forma não racionalizada, com base em “argumento de autoridade”, como se as respostas para as questões jurídicas estivessem em abstrações universalizantes independentes do mundo da vida<sup>1580</sup>, revisitando a criticada dualidade do mundo do Direito e do mundo da vida. O conhecimento da doutrina de importantes processualistas é fundamental para as respostas da hodiernidade, mas com indispensável contextualização, sem descuidar que escreveram teorias, desenvolveram conceitos e encontraram respostas para problemas de tempos passados, que podem sedimentar a construção da caminhada para as soluções presentes, mas que não admitem mera transposição<sup>1581</sup>.

Hoje os problemas, as perguntas e as soluções não são mais as mesmas. Portanto, não há a necessidade de ressuscitar velhas respostas para as novas perguntas ou disfarçar as soluções novas dentro das velhas respostas<sup>1582</sup>. A criação teórica deve

---

encoberto pela teimosia das pessoas que discutem sobre o direito. Há quem imagine que uma doutrina deve ser discutida a partir dos critérios do falso ou do errado, como se pudesse existir uma teoria certa ou verdadeira. Uma doutrina se submete ao critério do oportuno, na medida em que sempre é elaborada diante de um sistema legal e de uma situação concreta em determinado tempo e espaço, datada de especificidades sociais, culturais, religiosas e políticas. Na verdade, uma doutrina não apenas só pode ser vista como “oportuna”; a doutrina só pode ser assim pensada quando o intérprete ou jurista considera os valores que a inspiraram diante dos valores da época em que se pretende vê-la aplicada. O intérprete não pode abdicar desta análise se não quer perder tempo ou falar no vácuo, sem trazer nada de útil à realidade em que vive”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

<sup>1580</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Sucede que muitos, ainda que sem perceber, valem-se das doutrinas como abstrações teóricas – despidas de contato com a realidade- para sustentar suas teses. É quando a doutrina é usada como argumento de autoridade e não para viabilizar uma elaboração teórica contextualizada. Nesses casos a doutrina é utilizada para falsear a realidade, ou melhor, para conferir a alguma proposição a ser elucidada pelo teórico a qualidade de correta, como se a circunstância de um conceito ter sido formulado por alguém de grande prestígio o credenciasse a “verdadeiro” para a eternidade, sem com que os mortais do porvir pudessem discuti-lo, não obstante vivendo em uma época sequer imaginável àquele que o elaborou”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

<sup>1581</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “A doutrina de Calamandrei é perfeita à Itália de quase cem anos atrás. Obviamente não cabe questioná-la como (in)correta para o Brasil dos nossos dias. Cabe, isto sim, verificar a sua oportunidade para o direito processual brasileiro de hoje. Portanto, é preciso lembrar que Calamandrei escreveu sob a influência de uma cultura jurídico-processual que rejeitava a possibilidade de execução anterior à declaração e num contexto político em que se tinha consciência da necessidade de tutela célere dos direitos contra o *periculum in mora*”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 67.

<sup>1582</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Ademais, ao contrário da legislação processual á luz da qual Calamandrei escreveu, o Código de Processo Civil brasileiro é bastante claro no sentido de que o juiz pode e deve, quando presentes os pressupostos para tanto, conceder tutela do direito com base

partir de uma nova perspectiva, do paradigma de um novo tempo, atrelado a um Direito pós-moderno com fins constitucionais e democráticos. No Processo, é necessária a preocupação com a tutela de todos os direitos, especialmente dos “novos direitos”, de forma efetiva e célere. A partir disso, alcança um patamar nunca antes visto os juízos de cognição sumária com satisfatividade imediata, com todos os elementos que lhe são inerentes, com configuração destacada, do referido cenário, nas tutelas de urgência<sup>1583</sup>.

#### 4.2.2.3 O sincretismo nas Tutelas de Urgência – Técnicas para a superação do modelo procedimental moderno

O Processo Liberal, delineado nos capítulos anteriores, em prol de uma isonomia formal, em face do receio do arbítrio estatal, tinha na técnica processual dicotômica do conhecimento e execução, a fórmula para atingir o reconhecimento do Direito e a sua satisfação com a segurança desejada. No sistema continental, o sucesso da fórmula permitiu a generalização desse modelo científico processual, que muitos doutrinadores denominaram de plenário, por permitir a mais ampla possibilidade de manifestações e produções de prova das partes, especialmente do réu. Nesse modelo plenário, como não poderia deixar de ser, o tempo era fator de menor importância. Era aceitável que as demandas demorassem muito tempo para serem apreciadas pelo Estado-Juiz e, mais que isso, era inevitável que assim ocorresse. A maior celeridade

---

em cognição sumária – seja com fundamento em perigo de dano, seja com fundamento na evidência do direito e na inconsistência da defesa. *Não fosse isso, atualmente ninguém mais precisa escamotear ou falsear suas elaborações para fingir estar respeitando a regra da nulla executio sine titulo.* Essa regra, bem como os valores que a inspiraram, não mais valem em termos de teoria do processo civil. *A teoria do processo civil, em verdade, não pode deixar de encontrar lugar para o tema da tutela dos direitos e, assim, não pode fingir não ver que a tutela do direito – e não apenas a tutela cautelar – pode ser prestada com base na probabilidade.*” In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 68/69.

<sup>1583</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Hoje, no entanto, o processualista vive à luz do Estado constitucional, cujo dever é dar tutela aos direitos fundamentais, e, por consequência, desincumbir-se de sua missão de prestar tutela jurisdicional e efetiva e tempestiva a todos os direitos. Significa que o processo está submetido à ideia de tutela dos direitos”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 68.

alcançável até então, exigindo cognição probatória exaustiva, ocorria por meio da observância do princípio da oralidade, de origem canônica<sup>1584</sup>, permissora da supressão de formalidades que fossem consideradas desnecessárias ao processo plenário. Sem a necessidade de esgotamento instrutório, mas somente utilizável em situações excepcionais, de modo a combater o *periculum in mora*, havia somente o Processo Cautelar, cujo conteúdo, de acordo com a teoria italiana tradicional, especialmente de Piero Calamandrei, estava limitado ao asseguramento do processo principal, visão que só veio a ser combatida, no direito brasileiro, por Ovídio Baptista, já no final do século XX<sup>1585</sup>. De qualquer forma, esse protótipo de Processo, inclusive o Processo Cautelar, sempre teve uma angustiante preocupação precipuamente econômica financeira, assumindo os objetivos prioritários do viés político liberal, resultando na supremacia da tutela judicial da obrigação de pagar em relação a quaisquer outras espécies de tutelas judiciais, tanto que todas as outras possibilidades de tutelas de Direito Material poderiam, no final das contas, ser reduzidas a uma relação de débito e crédito<sup>1586</sup>.

O modelo de Processo Constitucional e Democrático não pode ter os mesmos objetivos do criticado Processo Liberal. Não está mais em cena o monopólio do ideal liberal-iluminista produtor da sociedade industrial e capitalista, com sua filosofia egoística, e do Processo vinculado à tutela preferente da obrigação de pagar, em cima do qual há uma infundável produção positivista jurídica, ressaltando inclusive que tal transformação demonstra uma elevação jurídica, uma ascendência em relação a outros modelos jurídicos e processuais<sup>1587</sup>. É buscado um Processo que ultrapasse o

---

<sup>1584</sup>AROCA, Juan Montero: “En el derecho canónico, el hito fundamental en la aparición de este proceso plenario rápido debe buscarse en la Saepe contingit (año 1306) de Clemente V, em menor medida, en la Dispendiosam (de 1311) del mismo Papa y referida a la apelación, y el derecho civil las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas”. In: **La herencia procesal española**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie C: Estudios Históricos, nº 39. Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 67/68.

<sup>1585</sup>Ver, a propósito: SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

<sup>1586</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Vê-se, então, com bastante clareza, que a generalização da ação condenatória, tanto para o direito de propriedade quanto para os direitos de crédito, exigiu a redução de todo o Direito Material a uma relação obrigacional de débito-crédito”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 49.

<sup>1587</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Se os romanistas entendem como um “preconceito” a ser abandonado a distinção entre direito real e obrigação; se os civilistas e outros juristas e filósofos do Direito aceitam como uma evidência de desenvolvimento e progresso o império do direito obrigacional em todos os setores da vida jurídica; aos que, como nós, estão preocupados com o direito processual e com sua função instrumental e realizadora do Direito Material, essas concepções podem perfeitamente ser consideradas “*res inter alios*”, desde que tais falsificações não penetrem sorrateiramente no campo da doutrina processual civil, para deturpar e aviltar a função peculiar do processo, tornando-o inoperante e carente de efetividade”. In: **Jurisdição e execução na tradição**

objetivo criticado para alcançar um caráter coletivo<sup>1588</sup>, de acordo com o mandamento constitucional democrático, onde deve ser alcançada a efetividade de todas as tutelas de Direito, de acordo com o Direito Material tutelado. Preocupação oriunda do *Common Law*, mas que, da aproximação das tradições, como visto, não pode ter negada sua importância também na *Civil Law*. Essa aproximação permite análises comparatistas para a implementação de instrumentos processuais democráticos, o que significa dizer que tenham uma aptidão maior para resolver as situações substanciais a serem tuteladas<sup>1589</sup>, colocando em plano secundário, a preocupação iluminista/capitalista centrada na questão pecuniária, abrindo espaço para os chamados *non Money judgements*, de acordo com a desejável adequação da tutela às necessidades específicas do caso concreto<sup>1590</sup>. Porém, isso passa pela confiança na atuação judicial, pela interditariade, tanto para as situações temporárias, quanto provisórias e definitivas<sup>1591</sup>, permissoras de uma atuação preventiva, incluída de interesses transindividuais, e sem menosprezar os modelos anteriores e de contextos diferentes, mas,

---

**romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 84-85.

<sup>1588</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Como perdeu-se o conceito de comunidade, pelo predomínio absoluto do indivíduo – ou do individualismo que um filósofo moderno denomina “individualismo possessivo” (C.B. Macpherson, **A teoria política do individualismo possessivo – De Hobbes a Locke**, trad. Bras., 1979), porque, efetivamente, o mundo moderno organizou-se sob o império da filosofia política de Hobbes, a ponto de outro jurista contemporâneo advertir-nos de que a sociedade industrial modelou-se portanto obrigacional – (Franz Wieacker, **Diritto privato e società industriale**, 1974, trad. Ital. De 1983, p. 34), torna-se fácil compreender a grave falsificação dos conceitos romanos, a ponto de Jhering considerar um fenômeno natural o predomínio da obrigação em todos os setores da realidade jurídica: “Cette invasion d’elements obligatoires dans les rapports qui ne son point, s’accentue à mesure que le temps qui s’écoule perfectionne ces rapports eux-mêmes. Les droit ne se perfectionnent qu’em raison de la maîtrise obligatoire qui s’y mêle. A leur apogée, l’obligation domine entièrement; c’est une substance subtile qui s’infiltré partout” (L’esprit du droit romanin, cit., IV, § 64). De resto, já Helmut Coing advertia para a diferença básica entre a “mentalidade jurídica” e o que ele indicava como ‘mentalidade comunitária’”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 83.

<sup>1589</sup>TARUFFO, Michele: “Que o problema das formas de tutela executiva não possa ser considerado isoladamente nos ordenamentos de *Common Law*, mas deva ser abordado em direta ligação com o problema das situações substanciais a serem tuteladas, é o imperativo facilmente verificável, mesmo se se analisa a situação atual”. In: **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, nº 59, p. 75.

<sup>1590</sup>TARUFFO, Michele: “Muito comumente, a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se coloca essencialmente na base do princípio de adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das específicas necessidades do caso concreto”. In: **A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, nº 59, p. 78.

<sup>1591</sup>TARUFFO, Michele: “Também os institutos de equity, portanto, são criados, aproveitando-se dos larguíssimos poderes discricionários que cabem à Chancery Court, em conexão direta com as exigências de tutelas das específicas situações substanciais às quais é concedido o equitable remedy. Isto acontece com relação a uma série de institutos processuais, mas sobretudo com relação a um instituto que tem uma grandíssima importância no que concerne a este assunto, que é a injunction. Trata-se, como se sabe, de uma ordem para fazer (mandatory) ou de não fazer, ou de cessar um comportamento lesivo (prohibitory), que pode ter natureza cautelar ou definitiva, mas que tem como

de modo inverso, buscando inspiração neles para o incessante aperfeiçoamento exigido pelo caráter democrático atribuído ao processo.

Não é demais lembrar que o movimento de constitucionalização do Direito também incorpora o Direito Processual Civil. A premissa da superação da teoria reducionista da Constituição a mero programa político, fenômeno produzido no pós-guerra (segunda grande guerra mundial), está presente na tese. Cumpre lembrar que o fenômeno teve maior impacto naqueles países de regimes políticos totalitários, de modo a reforçar os direitos fundamentais, vindo, conseqüentemente, a colocar em xeque o pensamento positivista legalista. A Constituição como ordenamento jurídico superior, com carga normativa essencial, produzia um reforço aos direitos humanos, aos direitos fundamentais, que resultava em um processo com garantias mínimas imunes à legislação infraconstitucional. A Constituição passa a ser o instrumento para a instauração de uma nova ordem jurídica, tendo nas garantias do Processo os meios pelos quais torna-se possível a efetiva proteção e concretização desses direitos<sup>1592</sup>. Nos dias de hoje, em prol da tese, do intuito constitucional e democrático, tais garantias processuais resultam, de maneira geral, em uma ampliação das faculdades processuais do juiz, da oralidade e da celeridade, em detrimento do processo eminentemente escrito, formalista, produtor de uma sensação irreal de segurança jurídica, para permitir uma tutela efetiva, tanto por meio de processos plenários céleres<sup>1593</sup> quanto, principalmente, por meio de técnicas de antecipação. Repercutem igualmente no combate

---

marcante a característica de adaptar-se no seu conteúdo específico, a uma situação qualquer carente de tutela". *In: A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, nº 59, p. 74.

<sup>1592</sup>AROCA, Juan Montero: "Tras la Segunda Guerra Mundial se produce en Europa, y muy especialmente en aquellos países que tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de las personas, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, em todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional. La Constitución aparece así como el instrumento idóneo para instaurar un nuevo orden político y social y para dar una respuesta válida a los angustiosos interrogantes del momento histórico de la post-guerra. Y dentro de este orden, la verdadera garantía de los derechos de la persona consiste precisamente en su protección procesal, para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia". *In: Constitucionalización del Proceso Civil*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de La Judicatura: Editora Buho, 2005, p. 100.

<sup>1593</sup>GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo: "La recepción del Derecho común a través de las Partidas llevó a configurar el proceso civil como un instrumento complejo, lento y formalista, en que predominaba la escritura y en que las facultades procesales del juez resultaban muy limitadas. Sólo de este modo —se pensaba— se salvaguardaba el derecho de defensa que asistía a las partes y se garantizaba la seguridad jurídica. Se trataba de un proceso ordinario y plenario: lo primero, porque era cauce adecuado para sustanciar cualquier tipo de pretensiones; lo segundo, porque, no estando limitadas

à tirania que o Processo exercia sobre o Direito Material, dando maior atenção a este, impedindo a impositiva sujeição à monetarização das relações de Direito Material e, conseqüentemente, à eficácia condenatória<sup>1594</sup>.

A propósito, reforçando a necessidade de atenção às outras experiências, aos outros ordenamentos jurídicos, de modo a transcender o binômio conhecimento-execução qualificador das eficácias condenatórias, é possível trabalhar o instituto dos *interditos* romanos, contrapondo-o ao processo criticado, buscando uma releitura progressista dos mesmos. O Processo Democrático exige colocar em plano diverso o objetivo liberal-processual de segurança jurídica contra o arbítrio decorrente da admissão do Processo dicotômico (conhecimento-execução), que teve seus méritos decorrentes da originalidade do racionalismo moderno, bem servindo aos interesses burgueses<sup>1595</sup>, mas que em sendo reducionista da jurisdição ao conhecimento, e redutora do Direito Material à relação débito-crédito, não mais atende aos anseios democráticos perseguidos no Processo. Há que priorizar as tutelas judiciais de natureza interdital, que em oposição ao procedimento da *actio*, fundamentava-se essencialmente em juízos de verossimilhança, importando em um *plus* ao Processo racional moderno, de modo a permitir o atendimento dos interesses constitucionais democráticos, ampliando o exercício da jurisdição através do modelo sincrético, observando a primazia da tutela de Direito Material buscada com preventividade. Da desconfiança no juízo, que caracterizava o Processo Liberal, à confiança na atuação judicial democrática é que está a ultrapassagem de paradigma que sustenta a defesa da ampliação do poder de império jurisdicional, de modo a permitir preventividade, efetividade e celeridade.

---

las posibilidades de alegación y prueba, la sentencia desplegaba eficacia de cosa juzgada, haciendo imposible un proceso posterior. Mas junto a este *solemnis ordo iudiciarius* nuestro país también conoció un segundo tipo de proceso caracterizado por la oralidad y por la supresión de formalidades superfluas: los juicios plenarios rápidos. Este segundo modelo procesal encontró campo abonado en el ámbito mercantil, pues la fluidez de las relaciones comerciales demandaba rapidez y ausencia de formalismos en la resolución de los asuntos; ventajas ambas que el proceso ordinario era incapaz de proporcionar". In: **Proceso Civil e Ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 32.

<sup>1594</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "É possível apontar pelo menos dois fatores determinantes da revisão crítica que se esboça atualmente na doutrina, dirigida para o que se considera "crise do processo executivo"; a demanda por efetividade do direito que, como é compreensível, acaba concentrando-se no processo executório; é a tirania exercida pelo Direito Processual sobre os ramos do Direito Material, a ponto de sujeitar todas as pretensões e ações de direito material ao tratamento uniforme e obsoleto da ação condenatória". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 12/24.

<sup>1595</sup>É produto do racionalismo moderno, não se encontra tal modelo anteriormente, nem no direito romano e nem no medieval de inspiração germânica. Nesse sentido; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 149-151.

Ainda que, como não poderia deixar de ser dito, haja o risco de, ao final, ser verificada a ausência do Direito alegado<sup>1596</sup>.

Em socorro ao que poderia causar espanto e mal-estar à doutrina processualista criticada, de permitir a tutela a quem não comprovou o seu direito, é possível, novamente, trazer lição de ordenamento jurídico diverso. No caso, o Direito alienígena germânico entende que um processo judicial é muito custoso, oneroso, em tempo, dinheiro e emocionalmente, como realmente o é, também no Brasil, permitindo seguir uma lógica inversa do modelo de Processo Iluminista. Ao invés de partir da presunção de que o autor não tem o direito alegado, impondo-lhe todos os ônus do Processo, a lógica alemã é no sentido de presumir que o autor teria o direito, pois o autor não se sujeitaria a tais desgastes caso não estivesse firmemente convencido de seu direito. Então, o autor pedia diretamente a tutela de seu direito, e não como no modelo liberal uma sentença de reconhecimento do seu direito do processo de cognição. Assim, havia satisfação do Direito Material de plano, com procedimento extrajudicial e judicial, de modo efetivo e célere, permitindo um posterior, eventual e incidental processo de cognição, sem autonomia, onde, após ouvidas as partes, haveria o reconhecimento (declaração) da existência ou inexistência do Direito<sup>1597</sup>. Há desse modo, a defesa do entendimento de que o Processo Democrático marcha inevitavelmente rumo ao sincretismo, com o que pode ser tido como insuficiente e inadequado, em relação aos

---

<sup>1596</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: Basicamente, como já o dissemos, a eventual decisão judicial, fundada em juízos de simples verossimilhança, pressupõe que o magistrado tenha poder de império para criar alguma forma de tutela processual em favor de alguém que, na realidade, como depois se irá constatar pela sentença de improcedência, não dispunha de direito algum. Esta sem dúvida foi a razão da recusa de Calamandrei a aceitar a natureza executiva das liminares, pois, segundo ele, a execução deverá necessariamente seguir, nunca anteceder, à cognição". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 114.

<sup>1597</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "Ao contrário do que se dá no direito moderno, em que o autor, por presunção legal imanente ao sistema, é tido como não tendo direito, ou considerado como alegando falsamente a sua pretensão, no direito germânico, a presunção tinha sentido inverso: imaginava-se que ninguém se aventuraria a enfrentar os desgastantes aborrecimentos, causados por uma demanda judicial, por mero deleite, sem ter um razoável e consistente convencimento de seu próprio direito. Desta circunstância resultava uma técnica inversa a que hoje universalizou-se: o autor, em vez de pedir sentença, pedia logo aquilo que realmente pretendia do demandado: "Havia quando muito, uma cognição após a execução, ou nesta se enxertava como um incidente no caso em que a outra parte contestasse. Nessa hipótese, contudo, a petição, pela qual tinha início o processo, não consistia no pedido de uma sentença à autoridade judiciária, mas sim, na afirmação à parte contrária, daquilo que se pretendia dela; só depois que as duas partes haviam exposto suas razões é que o autor se dirigia ao juiz e lhe pedia declarar o que fosse de direito. De tal arte, o processo de cognição perdia toda autonomia e reduzia-se a simples fase incidental do procedimento, em parte judicial, em parte extrajudicial, tendente, *em sua complexa unidade, ao ato final de satisfação efetiva*" (grifado por nós) (Embargos do executado, n.17, p. 38-39)". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 151-152.

interesses da sociedade pós-moderna, o Processo dicotômico, marcado pelo conceito romano de jurisdição, com a separação conceitual nítida de *iurisdictio e imperium*<sup>1598</sup> e que remete à teoria tripartite de ação e sentença<sup>1599</sup>. Por isso, o Processo Democrático vai na linha da união da ordem com a declaração do Direito, onde é destacada a interditariedade, reforçando a exigência de um juiz forte, do primado da confiança no Estado-Juiz, e não da desconfiança do arquétipo liberal-iluminista, resgatando, desse modo, na linguagem romana, os interditos na jurisdição, tornando possível a instauração de um novo modelo de jurisdição, de uma jurisdição célere e preventiva, como pretendido nas tutelas de urgência<sup>1600</sup>.

As Tutelas de Urgência proporcionam o resgate do conceito romano de interdito, de modo a superar a rígida binariedade do conhecimento e execução, ao permitir antes do juiz declaratório exauriente, em juízo de verossimilhança, a tutela do Direito Material. É a interditalização da demanda cognitiva, permissora das eficácias mandamentais e executivas. O modelo dicotômico científicista, herdado do Iluminismo, dá lugar a um processo mais vinculado à eficácia do Direito Material, mais célere, mais isonômico em relação às partes e, portanto, mais democrático.<sup>1601</sup> A admissão da

---

<sup>1598</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, traz exemplo elucidativo: “É interessante comparar estas duas premissas, por meio das quais limita-se o conceito de jurisdição apenas à função declaratória, com o que acontece no direito contemporâneo, particularmente no direito brasileiro, por exemplo, com o mandado de segurança que, não obstante ser reconhecido e elogiado como um instrumento de alto valor prático, em nossa experiência judiciária, não foi capaz de estender seu campo de incidência às relações jurídicas privadas, entre particulares. E são amplamente conhecidas as dificuldades com que se debateram nossos primeiros doutrinadores para incluir o mandado de segurança dentre as ações. Para muitos, ele seria apenas um “remédio” ou, no máximo, uma forma de proteção de natureza administrativa, inconfundível com as verdadeiras ações, pois também para a concepção moderna a jurisdição não produz ordens – como produz a sentença de procedência no mandado de segurança -, mas apenas declarações”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 27-28.

<sup>1599</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 12-24.

<sup>1600</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “Para compreender a natureza da sentença condenatória moderna, e seus compromissos com a história, de modo a resgatar a classe das ações executivas e mostrar que as duas espécies não se confundem, é indispensável investigar a genealogia dos respectivos conceitos, revelando as determinantes históricas responsáveis pela universalização das ações condenatórias e o correspondente desaparecimento das ações executivas”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 24.

<sup>1601</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “De qualquer modo, o que mais interessa é resgatar o conceito romano de interdito, a fim de que se possa superar a rigidez do Processo de Conhecimento, cujas sentenças, como se sabe, não podem ter suas eficácias provisoriamente antecipadas, introduzindo-se, no que seria apenas jurisdição declaratória (Celso Neves), outras funções jurisdicionais que possam contar com liminares, legitimando-se, deste modo, os juízos de verossimilhança, que o direito moderno tentou inutilmente suprimir. Este resultado representa, sem dúvida, uma conquista revolucionária, pois subverte conceitos e estruturas firmemente assentadas em nossa tradição doutrinária. Basta ver que, ao interditalizarem-se, nas demandas cognitivas, as eficácias executiva e mandamental, de modo a legitimarem-se os provimentos liminares satisfativos (antecipatórios da

tutela interdital pressupõe sempre o juízo de verossimilhança, com o que a coisa julgada deixa de ser precedente obrigatório para a efetivação da tutela. É a mesma tutela concedida interditalmente, que pode ser, ou não, confirmada ao final, com a diferença de que o juízo é de verossimilhança, permitindo consequências executivas ou mandamentais<sup>1602</sup>, ainda que grande parte da doutrina continue preferindo dizer que apenas os efeitos são antecipados, posto que a tutela pressupõe a coisa julgada, o julgamento final e definitivo<sup>1603</sup>.

As Tutelas de Urgência contém os genes do protótipo ideal do modelo constitucional e democrático da técnica perseguida no Processo, permitindo quiçá, além das tutelas de evidência e antecipações de procedimentos especiais do Código e de outras leis, o incremento de novas possibilidades autorizativas de efetivações céleres, sincréticas e específicas, em uma ampliação crescente apta a combater progressivamente o anacronismo imposto pela ordinariedade e seus consectários, impedindo a acrítica manutenção perniciosa da ideologia do Processo que não mais atende ao atual contexto histórico e social<sup>1604</sup>. Diante da relevância desse instrumento cresce a gravidade do óbice da irreversibilidade, ensejador do solipsismo e/ou instrumento para manutenção do paradigma processual iluminista.

---

futura sentença de procedência), cumpre-se, em termos efetivos, o princípio da igualdade de tratamento das partes, indicado como princípio de paridade de armas, que o Processo de Conhecimento apenas retoricamente proclama, negando-o porém sistematicamente na prática". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 187.

<sup>1602</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "O que mais importa, no entanto, é constatar que somente o juízo de verossimilhança de que se possa extrair consequências executivas ou mandamentais, portanto fora do Processo de Conhecimento, poderá compor a tutela antecipatória, agora introduzida no sistema brasileiro. Todo o provimento antecipatório terá efeito declaratório coo juízo de verossimilhança – posto que o juiz haverá de "declarar" a existência de *fumus boni iuris*, relativamente ao direito afirmado pelo autor – a que se acrescentará efeito executivo ou mandamental". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 191.

<sup>1603</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "Para a doutrina tradicional, a tutela será sempre aquela prestada pelo Processo de Conhecimento, reduzida à declaração e à constituição, contidas na sentença de mérito. Estas formas de tutela não poderiam ser antecipadas, como juízos definitivos de certeza, porque, evidentemente, os provimentos que os contivessem não seriam simplesmente antecipações, ou liminares, mas julgamentos definitivos e finais". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 190.

<sup>1604</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "Voltando à nossa questão principal: a intenção primária desta análise é revelar o conteúdo ideológico e, portanto, segundo nosso ver, anacrônico, que sustenta a ordinariedade e seus pressupostos. Embora se possa dizer, num sentido genérico, que todo o pensamento humano, em certo sentido, será sempre ideológico, cremos que se deve ter como ideologia, ou pelo menos como ideologia perniciosa, aquela que procura perpetuar-se através dos tempos, tentando transferir valores e conceitos que foram úteis a determinadas épocas, para novos contextos históricos e sociais". In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 217.



## CAP 5 – O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO DA (IR)REVERSIBILIDADE – CONEXÕES POLÍTICAS/FILOSÓFICAS/JURÍDICAS

A reversibilidade não ultrapassa o filtro hermenêutico-filosófico. A sua concepção pertence a um paradigma que não mais é sustentável na hodiernidade. Nesse paradigma, a reversibilidade tinha a função de conter a utilização do instituto das tutelas de urgência e permitir o deferimento amparado no arbítrio judicial. Portanto, quando o horizonte constitucional e democrático requer a mudança de paradigma do Processo Civil brasileiro para ampliar a efetividade e a celeridade, as tutelas de urgência devem ser priorizadas, não podendo ficar sujeitas ao decisionismo.

### 5.1 O reflexo do desenvolvimento jurídico e político europeu na produção legislativa atinente ao Processo Civil Brasileiro – Formação do quadro propício para a previsão legal da irreversibilidade

Os traços característicos destacados anteriormente a respeito do *Civil Law*, do Direito Continental, ao qual o Direito e Processo brasileiros têm uma vinculação de maior proximidade, não podem fazer pressupor que o *Civil Law* é um todo unitário que possa ser contraposto ao *Common Law procedure*, ou vice-versa. As referidas correntes e a filiação decorrente do ordenamento jurídico de cada país são fruto de uma aproximação, de uma matriz comum, inclusive no Processo<sup>1605</sup>. Não é demais recordar, no *Civil Law*, especialmente, a relevância do texto legal e da fase de codificação, permissora da percepção da disparidade pelo fato de que cada país tem um código de direito processual próprio. Inclusive, a título ilustrativo, na Itália, de onde o sistema brasileiro, de modo particular no processo, sofreu e sofre grande influência, há três sistemas diversos, um do Código do Estado Italiano, outro do Estado da cidade do Vaticano, e outro da República de San Marino. Indo além, para ressaltar os pontos de dessemelhança, cabe gizar que na Suíça há 25 códigos referentes a cada cantão.<sup>1606</sup>

De qualquer maneira, o Processo Civil Brasileiro tem em sua origem a mesma

---

<sup>1605</sup>Ver a respeito: CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Editora Líder. Belo Horizonte, 2001, p.15-16.

<sup>1606</sup>Ver a respeito: CAPPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Editora Líder. Belo Horizonte, 2001, p.11-12.

fusão dos demais ramos do Direito, qual seja, do Direito Romano e Germânico<sup>1607</sup>. Sem descuidar que o Direito Romano referido pressupõe o amalgamento da herança cristã, do Direito Canônico, particularmente, no período medieval, com a absorção axiológica dos princípios da Igreja, não raro sobrepujando os princípios do Direito Romano clássico<sup>1608</sup>, com o que o Direito ganha uma feição nova designada como romano-canônica<sup>1609</sup>. A propósito, não há diferença das tradições do *Civil Law* e do *Common Law* quanto a isso, desembocando ambas, com o Iluminismo, no cientifismo jurídico, na busca dos resultados universais e seguros, a primeira através do movimento de codificação e o segundo nos precedentes<sup>1610,1611</sup>, ou seja, houve em ambas, através de modelos diversos, a tentativa de utilização dos mesmos métodos certificativos das ciências da natureza e das ciências lógicas objetivando o descobrimento ontológico do objeto de estudo. Essas premissas acabaram por tornar preponderante o ideal da segurança jurídica em detrimento de outros valores jurídicos e sociais<sup>1612</sup>, não descuidando de que a isso tudo estava fundido o gene do capitalismo<sup>1613</sup>.

Dito isso em linhas gerais, a particularização da origem do processo brasileiro

---

<sup>1607</sup>CHIOVENDA, José: "El proceso civil moderno en Italia, como en la mayor parte de las naciones de Europa, es la resultante de la fusión de varios elementos, sobre los que descuellan el romano y germánico **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p.1.

<sup>1608</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "Esta advertência é de extrema importância para os que pretendem investigar a herança romana, na formação dos institutos do direito processual moderno. Ao contrário do que em geral se imagina, nossos vínculos com o direito romano são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano, permeando-o com outros princípios e injetando-lhe novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do direito romano clássico". *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 91.

<sup>1609</sup>CHIOVENDA, José: "Añádase a esto que las formas del proceso romano aceptadas y modificadas por el proceso canónico, por el gran predominio de este último, admitíanse en la práctica general mejor con el nuevo ropaje que con el suyo propio; de ahí que al proceso formado en esta, época suela llamársele también «romano canónico»". *In: Principios de Derecho Procesal Civil*. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 4.

<sup>1610</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: "É interessante observar como o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação" *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 105.

<sup>1611</sup>Mais a respeito: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 105-111.

<sup>1612</sup>Nesse sentido: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, citando a obra de Meymann também utilizada na tese. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 102-104.

<sup>1613</sup>Nesse sentido: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 107.

não pode descuidar de um paralelo continental europeu, precipuamente com o da Itália, em face da sua inegável influência doutrinária.<sup>1614</sup> No século XVIII, nos países europeus de tradição continental e na Itália, de modo geral, em face da multiplicidade de fontes disciplinadoras do processo, havia, principalmente no início do século, muita confusão na organização das jurisdições, criando estruturas desarmônicas, complexas e formalistas<sup>1615</sup>. Em que pese a base romana-canônica, havia uma infundável gama de variações impostas pelas legislações e costumes de cada localidade<sup>1616</sup>. O combate inicial ao problema da diversidade de fontes ocorreu em momentos distintos, através da unificação mediante a consolidação das diferentes legislações locais, primeiro passo para o movimento de codificação. Na Itália, como referido, ocorreu no século XVIII; na França, com a promulgação do *Code Louis*, na segunda metade do século XVII; na Alemanha, as consolidações locais surgem também no século XVIII, com destaque para a *Justizreform* prussiana<sup>1617</sup>. Houve, assim, com as consolidações legislativas, já de influência iluminista, no decorrer dos séculos XVII, XVIII e XIX uma mitigação dos problemas, sendo, posteriormente, com a codificação, melhorada ainda mais a situação, que atentava contra a sua pregada coerência sistêmica científica<sup>1618</sup>. Com efeito, salta aos olhos a guinada metodológica de seu estudo com o advento das

<sup>1614</sup>A propósito, podem ser citados os princípios chiovendianos da oralidade com o Código de Processo Civil nacional de 1939, a sistematização do Código de Processo Civil posterior de 1973 em livros do Processo de Conhecimento, Execução e Cautelar, seguindo as ideias de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman, que continuam a demonstra a sua força no atual código de 2015, especialmente no tema tratado das antecipações, como fonte de inspiração e debate da doutrina nacional. Ver: MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018. p. 15/16.

<sup>1615</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A primeira razão é devida ao fato de que sobre o coro de direito comum (ou melhor, das fontes romanas) imiscuem-se e sobrepõem-se normas de direito processual de natureza e de alcance muito diferentes: das decretais pontifícias aos estatutos comunais; dos princípios constantes das leis, das constituições, dos éditos e assemelhados aos estatutos das corporações; do direito feudal aos costumes e aos usos locais. A primeira consequência disso é que em nenhum Estado a disciplina processual encontra-se integralmente contida em um corpus homogêneo e unitário de normas, resultando antes de um complexo e confuso mosaico de regras com diferentes proveniências, com diferentes origens históricas e com vários significados”. In: **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018. p. 17.

<sup>1616</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A segunda, é que o processo romano-canônico, dominante na Itália e em grande parte da Europa em toda a época do direito comum, constitui um esquema geral que concretamente, no entanto, conhece infinitas variações e derrogações por parte das legislações e dos costumes locais”. In: **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018. p. 17/18.

<sup>1617</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018. p. 63.

<sup>1618</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Nessa matéria, como de resto em outras, o Iluminismo manifesta-se essencialmente como uma exigência de racionalização do direito comum e em parte (*ex parte principis*) como exigência de reorganização administrativa do Estado – e não como uma tendência de transformação radical e profunda da Justiça Civil”. In: **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018. p. 42.

concepções iluministas. A partir delas, o Processo passou a ser disciplina universitária, o que ocorreu no século XVIII e começo do XIX. Iniciou como disciplina de caráter preponderantemente prático, em contraposição à preponderância do estudo do Direito Romano, tornando possível traçar um paralelo no sentido de que o Direito Romano era instrumento fundamental do exercício do poder no período medieval e autoritário<sup>1619</sup>, vindo gradativamente a perder a sua pujança com o avolumamento da ideologia liberal, com a crença na lei e na codificação, donde o principal interesse no estudo do Direito e do Processo passa a ser o de formar operadores aptos a aplicar as leis do direito pátrio<sup>1620</sup>.

De qualquer modo, a crença no conteúdo objetivo da lei, como cerne do Direito e de seu estudo, foi relevante diferencial para as mudanças posteriores, num primeiro momento por espelhar a vontade do monarca e depois como vontade geral do povo, com o implemento da tripartição de poderes<sup>1621</sup>, dando margem ao movimento codificante<sup>1622</sup>. Expressão marcante do referido movimento foi o *Code Napoléon*, garantidor

---

<sup>1619</sup>Nesse sentido, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo traz lição de Michel Foucault. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 129-130.

<sup>1620</sup>AROCA, Juan Montero: “La entrada de la práctica forense en la universidad se produce dentro de un movimiento más general: el intento de formar a los bachilleres y licenciados en leyes en el llamado derecho patrio, frente al anterior dominio casi exclusivo del derecho romano. En este contexto estamos ante una asignatura más, si bien con ella se pretende sustituir a la pasantía y al examen ante las Audiencias. Con todo, esta asunción por las universidades de la enseñanza no supone un cambio sobre las características que hemos indicado antes, especialmente en lo que se refiere a la falta de actitud científica. Lo más novedoso en este inicio del siglo XIX es que doctrinalmente se asiste a un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal, y legislativamente se tiende a la codificación; todo lo cual va a repercutir en las fuentes de los prácticos, que ya empiezan a centrar su consideración en la ley”. *In: Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999, p. 13.

<sup>1621</sup>PICARDI, Nicola: “Um importante corolário da thèse royale – articulada, como se viu, nos princípios da separação dos poderes e da sujeição do juiz à lei – é o artigo 7º do título I, com o qual se tenta vincular os juízes ao texto da lei. No caso de dúvida ou de dificuldade na “exécution” de disposições normativas, o rei proíbe, efetivamente, aos juízes de interpretá-las (“nous leu défendons de les interpréter”) e lhes impõe que se dirijam a ele para conhecer a voluntas principis (“pour apprendre CE qui será de notre intention”). *In: Do juízo ao Processo. Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 92.

<sup>1622</sup>AROCA, Juan Montero: “Si en el Antiguo Régimen la ley emanaba de la voluntad del soberano (*quod principi placuit*), para Rousseau y para los revolucionarios era la expresión de la voluntad general (art. 6 de la *Déclaration des Droits* de 1789). En este cambio radical se encuentra la base de la hipervaloración de la ley, e incluso de su deificación; también de aquella concepción que verá en los códigos la fuente de todo el derecho, la plenitud del ordenamiento jurídico. Desde esta posición ideológica se realizan los códigos napoleónicos, y en concreto el *Code de procédure civile* de 14 de abril de 1806 y el *Code d’instruction criminelle* de 17 de noviembre de 1808, y se afronta su estudio por la escuela de la exégesis. Como reacción se pretende desconocer la práctica de los tribunales y la jurisprudencia, hasta el extremo de que Robespierre pretendía borrar la palabra jurisprudencia de los diccionarios de la lengua”. *In: Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999, p. 15.

da segurança, ideais políticos e culturais da burguesia vitoriosa na Revolução Francesa<sup>1623</sup>. No Código de Processo Civil, de poucos anos depois, 1806, é possível enxergar a influência burguesa com a redução da intervenção judicial, conferindo a iniciativa do processo exclusivamente para a parte, bem como com a racionalização do ordenamento pré-revolucionário<sup>1624</sup>. Em que pese, oriundo do paradigma pré-revolucionário que o tornou inapto para atender o dinamismo dos interesses burgueses, exatamente pela complexidade e lentidão herdados do Code Louis, de 1667.<sup>1625</sup> De qualquer maneira, o pano de fundo da produção legislativa codificadora foi estruturado por força dos ventos iluministas/burgueses. Inevitável ilustração desse segundo momento de importância da lei e da onda codificadora está na célebre frase de Buguet: “Eu não conheço o direito civil, eu ensino o Código de Napoleão”. Então, o estudo do Processo devia consistir na revelação do conjunto de formas previamente expostas no texto legislativo e, com isso, impor o respeito das mesmas pelos cidadãos e pelos tribunais para que a justiça pudesse ser obtida.

Apesar da inclusão do Processo como disciplina específica universitária, o seu estudo esteve, durante muito tempo, limitado às fórmulas legais e pragmáticas, sendo difícil discernir um conteúdo próprio, diverso do direito material. Porém, em meados do século XIX, foi sendo abandonada a noção de mera fórmula prática e fática. Contribuição destacada pode ser atribuída a Oskar von Büllow, que propiciou a sedimen-

---

<sup>1623</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Já se disse, a propósito do Code Civil, que este codifica as “regras do jogo” da sociedade burguesa, que sai vitoriosa da Revolução e apressa-se em manter uma longa hegemonia política e cultural”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 87.

<sup>1624</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Certamente, a configuração de um processo integralmente submetido à iniciativa individual das partes, na qual a intervenção do juiz como longa manus do Estado é reduzida ao mínimo, responde à concepção burguesa e protoliberal das relações jurídicas, podendo ser considerada justamente como a consagração da ideologia liberal-burguesa do processo civil”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 87.

<sup>1625</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “De um lado, na verdade, o desenvolvimento histórico e o modo de formação do Code de 1806 ligam-no mais ao Code Louis de 1667 e, em geral, ao direito comum do que à existência de uma precisa ideologia burguesa da justiça: o Code é mais uma recepção racional do ordenamento pré-revolucionário do que um instrumento projetado conscientemente para a futura tutela dos interesses da burguesia emergente. De outro, os interesses de uma classe dinâmica como a burguesia dos tráfegos e dos empreendedores dificilmente pode encontrar adequada satisfação mediante um processo como aquele já lembrado – salvo em matéria comercial mediante o procedimento sumário diante dos tribunais do comércio – justamente por conta de sua complexidade e lentidão: essas características o tornam inapto para favorecer uma rápida circulação dos bens mediante uma rápida definição da controvérsia, sendo mais idôneo para favorecer simplesmente as situações de fato preexistentes ao processo”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 87/88.

tação do reconhecimento do processo como relação jurídica de Direito Público, diverso do Direito Material, e da polêmica de Windscheid e Muther, na contribuição para agregar noção da ação processual autônoma<sup>1626</sup>. Entendimentos que acabaram por ser difundidos em toda Europa<sup>1627</sup>. A partir das teses alemãs mencionadas<sup>1628</sup>, Chiovenda, na Itália, acrescentou conceitos fundamentais ao conteúdo de direito processual com as noções de ação, processo e jurisdição, classificando o estudo em três partes (Teoria da ação, Teoria dos pressupostos processuais e Teoria do procedimento)<sup>1629</sup>. Aos referidos estudiosos podem ser somados os que, com seus escritos, muito contribuíram para o desenvolvimento de um conteúdo próprio do Processo, podendo ser citados Wach, Kohler, Hellwig, Kisch, na Alemanha, Mortara, Carnelutti, Calamandrei e Redenti, na Itália<sup>1630</sup>.

No Brasil, no século XVIII, sua condição de colônia portuguesa fazia trazer os reflexos dos problemas de discrepância de fontes para o Processo comum<sup>1631</sup>. Em

---

<sup>1626</sup>AROCA, Juan Montero: “Los procedimientos judiciales eran las formas solemnes con que se proponían y resolvían las pretensiones deducidas ante los tribunales (Lastres), pero esas formas no son y alas impuestas por la práctica, por el estilo de la cúria; esas formas son la establecidas por la ley. Ésta describía la forma de los actos procesales y el autor procedimentalista describía, a su vez, como la ley describía los actos. Todo se reducía, pues, a descripciones de formas legales y el mejor sistema para ello era, naturalmente, la exégesis”. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 442/443.

<sup>1627</sup>AROCA, Juan Montero: “El punto de partida fue el concepto de processo, em torno al cual se construyó todo el sistema. Como decía Carnelutti, la doctrina alemana hizo nacer el derecho procesal desde los procedimientos, esto es, una disciplina com técnica artesanal fue elevada al nivel de rama del derecho, y el processo fue reconocido como objeto de esa ciencia”. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 458/459.

<sup>1628</sup>AROCA, Juan Montero: “Fue Chiovenda quien comprendió que el procedimentalismo ya no rendiría más frutos, y que sería necesario buscar por outro lado, lo que em aquel momento sólo podía hacerse em Alemania, y así lo admitió expressamente, reconociendo em Wach a su “segundo formador”. *In: El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 445.

<sup>1629</sup>Ver a respeito: AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 445/446.

<sup>1630</sup>AROCA, Juan Montero: “Desde este planteamiento cabe registrar dos pasos fundamentales: 1.º De la polémica entre Windscheid y Muther (1856 y 1857) resultó la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material, siendo concebido aquél como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener la tutela jurídica. Si el destinatario de la acción no es el demandado, sino el Estado, han quedado distinguidas dos esferas jurídicas; el derecho privado material y el derecho de acción, los cuales tendrán contenido, sujetos y efectos distintos (Capítulo 6.º). 2.º La obra de Bülow (1868) puso de manifiesto que, aparte de la relación jurídica de derecho material que se deduce en el proceso, éste en sí mismo constituía otra relación jurídica, la cual es siempre de derecho público. Esta relación tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la primera, se desarrolla de modo progresivo entre el tribunal y las partes, haciendo surgir derechos y deberes procesales (Capítulo 7.º). A partir de aquí se desarrollará la doctrina procesalista, tanto en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Kisch) como en Italia (Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti), de modo que para todos ellos el concepto clave es el de proceso, em torno al que gira todo lo demás”. *In: Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano*. Lima: Enmarce, 1999, p. 18.

<sup>1631</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Sendo um exemplo de processo comum, o processo civil português das Ordenações é formado por diferentes influências, sendo substancialmente forjado

Portugal e conseqüentemente aqui a resposta veio através das Ordenações Afonsinas de 1446, que objetivavam ordenar e consolidar as fontes; as Ordenações Manuelinas de 1521, que visavam divulgar, e as Ordenações Filipinas de 1603, que tinham por finalidade a identificação do Direito português em face da concorrência com outras fontes. Porém, a onda iluminista apodera a legislação portuguesa somente em 1769, com a Lei da Boa Razão<sup>1632</sup>. A par disso, estava em vigência a organização judiciária portuguesa a amparar privilégios oriundos do *Ancien Régime*<sup>1633</sup>. Nela o cargo de juiz, além de refletir uma proeminência social, era tida como uma propriedade do ocupante, onde ele, conseqüentemente, podia colocar em primeiro plano os interesses pessoais, em detrimento da estrutura institucional objetivada no processo<sup>1634</sup>. Então, ao problema da lentidão oriundo do processo português, ainda eram somados fatores desviantes dos fins racionais do Processo<sup>1635</sup>.

O contexto legislativo e jurídico brasileiro manteve-se praticamente inalterado até o advento da Independência, onde a construção de um novo sistema legislativo

---

pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo. O processo é informado pela concepção de juízo como um ato de três pessoas, o que indica a observância do contraditório e da imparcialidade da decisão da causa, cuja influência romana é notória, ainda que fundamentada a partir do direito natural, além da influência canônica vincada no tom conciliatório que se procura agregar à figura judicial. Do ponto de vista das relações entre o juiz e as partes, o procedimento é regido pelos princípios da demanda e dispositivo, com proeminência das partes em relação ao juiz". *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 64/65.

<sup>1632</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 64.

<sup>1633</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: "A organização judiciária portuguesa dos Setecentos pode ser bem apreendida a partir da organização judiciária francesa do Ancien Régime, cujo valor paradigmático para o restante da Europa é amplamente reconhecido. Partindo do pressuposto de que "toute justice émane du roi", organiza-se a administração da justiça sob três formas distintas: a "justice concédée", a "justice déléguée" e a "justice retenue". *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 68.

<sup>1634</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: "De um modo geral, os juízes utilizam as suas profissões como "um meio de ascensão social". Não pode surpreender, portanto, que uma estrutura a princípio pautada pela racionalidade – como é a estrutura burocrática- tenha servido para viabilizar no Brasil em determinados casos relações pessoais regidas em interesses recíprocos voltados para a obtenção de sucesso econômico-pessoal ilegítimo. O cargo público é visto, portanto, como patrimônio pessoal de quem o exerce. Tem-se aí um paradoxo, o qual foi descrito pela doutrina como o "abrasileiramento da burocracia". As relações pessoais que levam à ascensão social facilmente se degeneram em alguns casos em favorecimento indevidos no campo da Justiça Civil, tornando esse terreno fértil para a parcialidade judicial". *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 72.

<sup>1635</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: "Daí que é possível concluir que o diagnóstico geral da Justiça Civil portuguesa administrada no Brasil nos Setecentos não é dos melhores. Para além do problema da lentidão do processo oriundo da complexa estrutura do procedimento ("velho mal de Portugal") também eram comuns as queixas concernentes à contraposição entre a justiça e o direito escrito, entre o direito dos livros e o direito da vida real, à venalidade dos cargos concernentes aos ofícios judiciais e à corrupção judicial. A Justiça Civil no Brasil Colonial, portanto, esteve muitas vezes muito longe de ser capaz de ser digna desse nome". *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 73.

era corolário. Em 1823 a Assembleia Constituinte e Legislativa promulga uma lei que num primeiro momento preserva a legislação até então vigente. Porém, em seguida, com a Constituição de 1824 há expressa determinação de elaboração de um Código Civil e Criminal, que em face da ausência ainda da concepção autônoma do processo, pressupunha a confecção de regras processuais igualmente<sup>1636</sup>. De qualquer forma, em 1832 é promulgado o Código de Processo Criminal, onde houve a previsão de um anexo, com apenas 27 artigos, para tratar da Justiça Civil. No texto legislativo referido foi privilegiada a celeridade, informalidade, imediatidade, publicidade, concentração de atos processuais, rompendo com o sistema das Ordenações<sup>1637</sup>, em que pese tenha sofrido alterações posteriores (1841 e 1842) por influência de correntes conservadoras, que acabaram praticamente por restaurar o sistema anterior<sup>1638</sup>. De todo modo, o texto processual referido, somado à previsão constitucional, em 1824, de uma nova organização judiciária, com o estabelecimento de garantias ao juiz, visando a independência do Poder Judiciário e a criação das Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, em 1827, constituem-se no marco inicial da nacionalização do ordenamento jurídico processual<sup>1639</sup>. De uma certa forma, já é possível vislumbrar as primeiras luzes oriundas dos movimentos revolucionários iluministas, na medida em que não

<sup>1636</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A Constituição de 1824 determina que se organize o “quanto antes um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases de Justiça e Equidade” (art. 179, inciso XVIII). No clima cultural da primeira parte dos Oitocentos, em que *actio* e *Kagerecht* ainda contavam com o mesmo significado e que o processo ainda não era visto como uma *Rechtsverhältniss* dotada de autonomia, a ausência de alusão constitucional explícita à necessidade de elaboração de um Código de Processo Criminal e de um Código de Processo Civil deve ser debitada à compreensão do processo como simples apêndice do direito material”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 125.

<sup>1637</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “O objetivo do legislador está em proporcionar uma “justiça mais rápida e menos dispendiosa”, abolindo-se “atos e formalidades inúteis” e “recursos excessivos”. Ao procurar consagrar a imediatidade do juiz com a prova, a publicidade da instrução, a simplificação e a concentração do procedimento com a abolição de réplicas, tréplicas e embargos antes da sentença final e a irrecorribilidade em separado das interlocutórias, a Disposição Provisória de 1832 certamente inaugura um modo de conceber o processo civil bem diverso daquele que herdado do sistema das Ordenações”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 127.

<sup>1638</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Assim que os conservadores assumiram o Governo, duas das mais importantes inovações da Disposição Provisória de 1832 são golpeadas: a necessidade de concentração da ação e da defesa (isto é, a regra da eventualidade) e a irrecorribilidade em separado das interlocutórias. O art. 120 da Lei 261, de 1841, revoga o art. 14 da Disposição Provisória de 1832, com o que restabelece as réplicas e tréplicas e os agravos de petição de instrumento. A matéria é posteriormente regulada pelo Regulamento 143, de 1842. Com essas modificações, volta-se praticamente ao processo das Ordenações filipinas”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 129.

<sup>1639</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Em um apanhado geral, é possível observar que a Justiça Civil na primeira metade dos oitocentos no Brasil dá importantes passos: a Constituição de 1824 desenha uma nova organização judiciária, estruturando-a em dois graus de jurisdição

havia uma verdadeira independência jurisdicional antes do Iluminismo, pois os juízes eram dependentes do monarca ou do senhor que os nomeava. A autonomia dos poderes e a consagração da independência jurisdicional efetiva-se, ao menos em teoria, com a Revolução Francesa<sup>1640</sup>. Em seguida merece destaque o Regulamento 737, de 1850, que na mesma linha da Disposição Provisória de 1832, persegue o ideal iluminista da clareza e acessibilidade da lei. Seguida pela Consolidação Ribas, que, aprovada em 1876, foi publicada em 1878, que perdeu espaço para o próprio regulamento 737, de 1850, por força do Decreto 763, de 1890, que impõe a regência do regulamento referido sobre o processo civil e comercial<sup>1641</sup>. Após, a Constituição de 1891 reforça a unidade e independência do Poder Judiciário, dividindo-o em federal e estadual, criando um Supremo Tribunal Federal. Há a previsão de criação de legislações processuais próprias em cada Estado, mas de modo geral é seguido o modelo do Regulamento 737, de 1850<sup>1642</sup>.

---

coroados pela criação do Supremo Tribunal de Justiça, além de procurar cercar os juízes de garantias que visam à independência do Poder Judiciário. Em 1827, são criadas as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, o que viabiliza a construção de um ambiente cultural capaz de dar lugar ao debate jurídico e à formação de atores sociais preocupados com os problemas nacionais. Em 1832, é promulgada a Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil, a qual – nada obstante mutilada em 1841 e 1842 pelas forças conservadoras da praxe – serve como sinal de importantes inovações processuais e como marco inicial do processo civil brasileiro”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 132.

<sup>1640</sup>AROCA, Juan Montero: Hasta la Revolución Francesa la garantía de un Estado de derecho no fue la regla, la justicia independiente, llamada a asegurarlo, era menos que una utopía irrealizable. Los jueces dependían del monarca, a cuyo nombre impartían justicia o del señor que les nombraba. El absolutismo del poder, acentuado en la figura regia, era el principio dominante. Pero si bien la independencia del poder judicial, al menos teóricamente, se logra a partir de la toma de la Bastilla, la proclamación de la República, y la instauración de las ideas de Montesquieu, no menos verdad es que, y hasta bien entrado el siglo XX, y como en el caso nuestro en su postrimería, éste cambio de poder no dejo de ser una mera quimera, en la cual las clases dominantes sólo cambiaron de órgano designador del Poder llamado a administrar o a impartir la Justicia. El congreso de la República trocó el poder monárquico, el cual no deja de ser encamado en la figura del Presidente de la nación, como órgano al servicio de éste, como nominador de los jueces y de los representantes cimeros del poder judicial, reservándosele al Presidente de la República la facultad de nominar a quien había de presidirlo”. *In: Constitucionalización del Proceso Civil*. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de La Judicatura: Editora Buho, 2005, p. 98.

<sup>1641</sup>Mais a respeito em: MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele. *A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 174/183.

<sup>1642</sup>MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Seguindo a orientação de Campo Sales, a Constituição de 1891 prevê não só a divisão da jurisdição em federal e estadual, mas também a pluralidade processual como sua projeção indispensável. Vale dizer: a Constituição de 1891 reservou para a União apenas a competência para legislar sobre o processo federal (art. 34, n.23), facultando aos Estados competência para legislar sobre processo civil perante a justiça local (art. 65, n. 2). os Estados, em sua maioria, fazem uso dessa faculdade. De um modo geral, seguem o modelo do regulamento 737, de 1850, sem aportarem maiores inovações”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 228/229.

No início do século XX, tem destaque o Código Civil de 1916, que abarca questões de natureza processual e de Direito Material, pois a obra de Clóvis Beviláqua, Professor da Faculdade de Direito de Pernambuco, tinha o primeiro como apêndice do segundo, temática aprofundada em solo brasileiro nos anos que lhe seguiram, acabando por preponderar, nos dias de hoje, a visão da autonomia, iniciada pelos estudos do alemão Büllow, anteriormente referido. Os debates doutrinários iniciados com o referido código foram fundamentais na formação do posterior de 2002, em vigor até os dias de hoje e para os códigos de Processo Civil que se seguiram de 1939 e 1973<sup>1643</sup>.

O Código de Processo Civil de 1939 foi fruto de projeto de Pedro Batista Martins, com redação final do Ministro Francisco Campos, auxiliado por Guilherme Estellita e Abgar Renault, teve seu texto aprovado e promulgado pelo Decreto-Lei 1.608, de 1939<sup>1644</sup>. O código é marcado pelo abandono da ideologia lusitana medieval, com a adoção de um perfil mais moderno, expressos pela implementação da oralidade e ampliação dos poderes do juiz na condução do processo. A partir de então, muito pela influência de Liebman, que veio ao Brasil no mesmo ano de 1939 e permaneceu até 1946, difundindo seu conhecimento na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, grupo de estudos, palestras e prodigiosa publicação, foi sendo fortificado o vínculo do Processo no Brasil com a doutrina italiana<sup>1645</sup>.

---

<sup>1643</sup>MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Ressalvada a repartição da disciplina da prova entre o direito material e o direito processual, que ainda persiste, as demais questões ligadas à ação, ao ato ilícito e às obrigações refletidas no Código Civil de 1916 acabarão encontrando adequado equacionamento na doutrina brasileira ao longo dos Novecentos, influenciando inclusive o Código Civil de 2002 e o Código de processo Civil de 2015. É importante perceber, contudo, como essas questões – que marcaram o Código de 1939 e o Código de 1973 – encontram sua origem em primeiro lugar no plano do direito material, sendo o plano do processo nesse particular apenas o seu reflexo”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 232.

<sup>1644</sup>MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Visando à elaboração do Código de Processo Civil, o Ministro da Justiça Francisco Campos nomeia uma comissão para a redação do projeto. Diante das disputas em seu seio, Pedro Batista Martins apresenta um projeto exclusivo. Devidamente aceito como anteprojeto, é publicado em 1939 para receber sugestões. Colhidas e examinadas mais de quatro mil sugestões, a redação final do projeto fica a cargo do próprio Ministro Francisco Campos, que conta com o auxílio de Guilherme Estellita e Abgar Renault. Aprovado o texto, o Código de processo Civil de 1939 é promulgado pelo Decreto-Lei 1.608, de 1939”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 296.

<sup>1645</sup>MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele: “O Código de 1939 e seu entorno constituem período de grande riqueza para a Justiça Civil brasileira. Contudo, é mesmo a sua promulgação – aliada à vinda de Liebman para o Brasil, verdadeiro germe do Código de 1973, e ao caldo cultural daí derivado – que representa o ponto alto do período, na medida em que proporciona o rompimento ideológico com a tradição do processo lusitano medieval com o acolhimento da oralidade e com a ampliação dos poderes do juiz na condução do processo”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 303.

O Código de Processo Civil de 1973, de autoria de Alfredo Buzaid, foi promulgado pela Lei 5.869 de 1973, organizado em cinco livros diferentes, com 1.220 artigos. Adota uma linha conceitual integrada com o desenvolvimento doutrinário europeu da segunda metade do século XIX, especialmente com a italiana e alemã, baseados no cientificismo e conceitualismo<sup>1646</sup>. Em linhas gerais, dispõe a respeito de três modelos de processo, um de conhecimento, outro de execução e, o último, cautelar, através dos quais busca a solução de quaisquer lides, independentemente da natureza do Direito Material em conflito<sup>1647</sup>. O cientificismo que lhe é característico é de origem iluminista, que no Direito Material é retratado pelo Código Civil de 1916, em outras palavras, seria o instrumento do referido código, despontando a influência liberal, de onde a preocupação maior é com os interesses individuais e patrimoniais<sup>1648</sup>. Contudo, o paradigma imposto é alterado com o advento da Lei 8.952, de 1994, que introduz a antecipação da tutela e a ação unitária, as quais permitem a satisfação de juízos provisórios e a unificação do conhecimento e a execução em um único processo. A partir de então e com o incremento de novas alterações legislativas, como as Reformas de 2002, 2005 e 2006 do Código, bem como em relação às legislações especiais, com a previsão do processo coletivo, juizados especiais, processo eletrônico, tutelas diferenciadas para vulneráveis (criança e adolescentes, consumidores, idosos, mu-

---

<sup>1646</sup> MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “A influência da processualística alemã do final dos Oitocentos – a chamada *Konstruktive Prozessrechtswissenschaft* – e mais fortemente da doutrina italiana da primeira metade dos Novecentos – da chamada *scuola sistematica* – é evidente... A repercussão das ideias do conceitualismo europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Igualmente, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material, do mesmo modo predeterminadas pelo clima do cientificismo próprio ao conceitualismo”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 409.

<sup>1647</sup> MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “Com a coordenação do processo de conhecimento, de execução e cautelar o Código Buzaid propicia às partes um procedimento-padrão para tutela dos direitos fundado tão somente em conceitos processuais, isto é, totalmente independentes da natureza do direito material posto em juízo. Qualquer causa pode ser tratada mediante a coordenação dessas atividades e provimentos”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 414.

<sup>1648</sup> MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele: “O Código Buzaid, dado o neutralismo científico que pressupunha, acabou disciplinando o processo civil tendo presente dados sociais da Europa do início dos Oitocentos. As relações sociais e as situações jurídico-materiais pressupostas são as relações do homem do Código Civil de 1916 – não por acaso, considerado uma codificação tipicamente oitocentista. Não pode surpreender, portanto, o fato de o Código Buzaid ser considerado, desde o ponto de vista das suas relações com a realidade social, um Código individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade tendencialmente irrestrita e da segurança jurídica como defesa da manutenção do status quo, pensado a partir da ideia de dano e preordenado a prestar tão somente uma tutela repressiva aos direitos”. *In: A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje*. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 414.

lheres em situação de violência doméstica e pessoas com deficiência), houve aprofundamento do estudo e novas possibilidades processuais em relação às tutelas preventivas e tutela dos novos direitos<sup>1649</sup>.

Todo o referido contexto foi fundamental para a elaboração da Lei 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil atual. A sua sistemática é diversa do Código revogado, contando com uma parte geral sobre as normas fundamentais do Processo Civil e uma parte especial dividida em processo de conhecimento e cumprimento de sentença, processo de execução e recursos. Ainda que as críticas e estudos ainda sejam incipientes, há a abertura para o novo e, de acordo com a tese, com pretensão objetivo constitucional e democrático. É possível vislumbrar o potencial para alcançar a autenticidade da tradição do Processo Civil brasileiro vinculada ao Estado Democrático de Direito, deixando para trás aquela formada pelo Estado Liberal, passando do paradigma jurídico moderno para o pós-moderno<sup>1650</sup>. O perfil liberal racionalista objetado produz um Direito preocupado com uma inatingível busca da verdade através da interpretação, tendo o processo como instrumento apto para tal fim, por tê-lo como atemporal e não histórico<sup>1651</sup>. Contexto em que era traçado previamente o sentido da irreversibilidade de modo a evitar a efetivação de tutelas, mas que, em face da ausência de fronteiras da linguagem, permitem a sua flexibilização, como ocorreu no pensamento doutrinário posterior<sup>1652</sup>. Fato é que o sentido liberal racionalista era amparado metafisicamente, com a mesma obstinação medieval pela busca metafísica das

<sup>1649</sup>MITIDIÉRO, Daniel e TARUFFO, Michele. **A Justiça Civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a Hoje**. Thomson Reuters. Revista dos Tribunais, 2018, p. 439/458.

<sup>1650</sup>HOMMERDING, Adalberto Narciso: “Nessa linha de raciocínio, a tradição do processo no atual Estado Democrático de Direito não tem sido autêntica, pois está ligada ao Estado Liberal de Direito. Isso significa que, para o Estado Liberal, forjado na modernidade, o paradigma processual, em razão dos suportes filosóficos, políticos e científicos daquele Estado e daquela época, era adequado. Hoje, porém, já não é para o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

<sup>1651</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “É singularmente curioso que, tendo nosso século motivos suficientemente poderosos para desconfiar da ingênua esperança de que a humanidade afinal atingiria, em nossos dias, a plenitude do uso da Razão, depois de se ter assistido aos graves cataclismos sociais que marcaram o século XX, apesar de tudo, a surpreendente realidade seja o fascínio pela incansável busca da verdade, como disse Friedrich (Perspectiva histórica da filosofia do direito, p. 268), que persegue o jurista moderno, particularmente o processualista, com a mesma intensidade e obstinação com que os filósofos do século XVII procuravam as “verdades eternas” do Direito, como se a experiência jurídica fosse intemporal e não histórica”. In: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 131.

<sup>1652</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Não se podem reduzir todas as frases de nossa linguagem a um único esquema. Em todo cálculo, como é o caso da linguagem ideal vislumbrada no *Tractatus*, há axiomas básicos e prescrições que determinam, de antemão, o modo de uso dos elementos do cálculo. Essas regras objetivam um comportamento universal em que não há ambigüidades e imprecisões. Mas tais regras só são conseguidas por uma construção prévia dentro de uma linguagem já existente. No entanto, elas não podem conter em si toda a riqueza que constitui a

verdades eternas, desconsiderando a realidade temporal, com inegável liame com o mundo das ideias, o mundo de Platão, o mundo encantado do Direito, criticado por Ovídio, ou qualquer outro mundo onde o tempo é manipulável e/ou evitável.

A irreversibilidade, não é demais repetir, não mais se coaduna com o desejável objetivo democrático, constituindo-se, assim, no germe da manutenção do *status quo*. É possível invocar, a propósito, primado humanista e racional de origem iluminista para afastar o elemento que perdeu sua utilidade<sup>1653</sup>, no caso a irreversibilidade, por não ser mais concebível a presença de Tutelas de Urgência com exclusivo objetivo instrumental, em prol de uma realidade democrática, pragmática, que pressupõe correções incessantes das construções racionais, exigindo, desse modo, que o mundo,

---

linguagem do dia-a-dia. No cálculo, as regras já têm, de antemão, fronteiras claramente definidas, enquanto no jogo de linguagem só o uso lhes dá o sentido verdadeiro e suas fronteiras, que nunca são definitivas. Precisamente essa falta de precisão é que permite certa flexibilidade no jogo, de tal modo que se pode dizer que, de fato, só na realização do jogo existem, realmente, as regras. É sabendo operar com as figuras do jogo que aprendemos suas regras". *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 145.

<sup>1653</sup>PINKER, Steven: "O outro motivo pelo qual o humanismo não precisa se envergonhar de sua sobreposição com o utilitarismo é que essa abordagem da ética tem um histórico impressionante de aprimoramento do bem-estar humano. Os utilitaristas clássicos – Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e John Stuart Mill – apresentaram argumentos vitoriosos contra a escravidão, o castigo sádico, a crueldade com os animais, a criminalização da homossexualidade e a subordinação das mulheres. Até mesmo os direitos abstratos, como a liberdade de expressão e de religião foram amplamente defendidos em termos de benefícios e danos, como quando Thomas Jefferson escreveu: "Os poderes legítimos dos governos e estendem a tais atos somente quando são prejudiciais a outros. Mas não me causa dano que meu vizinho diga que existem vinte deuses ou deus nenhum. Também não rouba minha carteira nem quebra minha perna". A educação universal, os direitos dos trabalhadores e a proteção ambiental também foram defendidos por motivos utilitários. E, pelo menos até agora, os Monstros da Utilidade e as fábricas de gratificação de coelhos não se tornaram um problema concreto. Há uma boa razão por que os argumentos utilitaristas foram tantas vezes bem-sucedidos: todos podem apreciá-los. Princípios como "nenhum dano, nenhum problema", "se ninguém não prejudica ninguém, não pode ser errado", "o que os adultos fazem em privado não interessa a ninguém" e "sem me der na cabeça/pular no oceano/não é da conta de ninguém" podem não ser profundos ou excepcionais, mas, depois que são declarados, as pessoas podem entendê-los com facilidade, e quem se opuser deve arcar com o ônus da prova. Não quero utilitarismo seja intuitivo. O liberalismo clássico chegou tardiamente à história humana, e as culturas tradicionais acreditam que aquilo que os adultos fazem em privado lhes interessa muito. O filósofo e neurocientista cognitivo Joshua Greene argumentou que muitas convicções deontológicas estão enraizadas nas intuições primitivas de tribalismo, pureza, repulsa e normas sociais, enquanto as conclusões utilitaristas decorrem da cogitação racional. (Ele até mostrou que os dois tipos de pensamento moral envolvem, respectivamente, sistemas emocionais e racionais do cérebro.) Greene também sustenta que, quando pessoas de diversas origens culturais têm de entrar em acordo sobre um código moral, de diversas origens culturais têm de entrar em acordo sobre um código moral, tendem a ser utilitaristas. Isso explica por que certos movimentos de reforma, como a igualdade jurídica para as mulheres e o casamento gay, derrubaram séculos de precedentes de um modo surpreendentemente rápido (capítulo 15): tendo apenas o costume e a intuição por trás, o status quo desmoronou diante de argumentos utilitaristas". *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 487/488.

o fenomenológico, corrija o processo, em detrimento da produção estéril e/ou inadequada do dogmatismo cientificista processual<sup>1654</sup>. Desse modo, é golpeada a estagnação, a inefetividade e a morosidade tão criticados nos dias atuais, que ocorreria ao ser verificado que nenhuma tutela é reversível, o que tornaria ineficaz o importante instrumento das Tutelas de Urgência, da mesma maneira que é atacado o solipsismo judicial antidemocrático, permitido em face da ausência de conexão com o mundo, de correspondência fática, com o que cria uma grande margem de arbítrio ao julgador, ao lhe ser permitido compor de modo exclusivamente subjetivo o que lhe parece reversível, ou não.

---

<sup>1654</sup>Inclusive um dos primados da racionalidade científica, muito distante da cientificidade inútil, está no reconhecimento da mudança, permitindo reconhecer se um instrumento perdeu sua função ou não ou se a ideia científica produzida é ou não verdadeira de acordo com o que o mundo revela. PINKER, Steven: “o segundo ideal é que devemos permitir que o mundo nos diga se nossas ideias sobre ele estão corretas. As causas tradicionais da crença – fé, revelação, dogma, autoridade, carisma, sabedoria convencional, análise hermenêutica de dogma, autoridade, carisma, sabedoria convencional, análise hermenêutica de textos, o brilho da certeza subjetiva – são geradoras de erros e devem ser descartadas como fontes de conhecimento. Em vez disso, nossas crenças sobre proposições empíricas devem ser calibradas por sua adequação ao mundo. Quando são pressionados a explicar como fazem isso, os cientistas em geral apelam para o modelo de conjectura e refutação de Karl Popper, segundo o qual uma teoria científica pode ser falsificada por testes empíricos, mas nunca é confirmada. Na realidade, a ciência não se parece muito com tiro ao alvo, com uma sucessão de hipóteses lançadas ao ar como pombos de barro e abatidas em pedacinhos. Ela lembra antes o raciocínio bayesiano (a lógica usada pelos superprognosticadores que conhecemos no capítulo anterior). Concede-se a uma teoria um grau prévio de credibilidade com base em sua coerência com tudo o que sabemos. Esse nível de credibilidade é então aumentado ou diminuído de acordo com a probabilidade de haver uma observação empírica, se a teoria for verdadeira, em comparação com a probabilidade de haver essa observação se a teoria for falsa. Independentemente de Popper ou Bayes ter razão, o grau de crença de um cientista numa teoria depende de sua coerência com evidências empíricas. Qualquer movimento que se diga “científico” mas que não promova oportunidades para testar suas próprias crenças no caso mais flagrante, quando mata ou aprisiona pessoas que não concordam com ele) não é um movimento científico”. *In: O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 460.

### 5.1.1 A origem da (ir)reversibilidade no Direito Comparado – Premissas ultrapassadas na concepção da irreversibilidade impeditiva da análise do mérito

O tema da (ir)reversibilidade não tem precedente no Direito Material. Foi uma expressão originada no período científico iluminista, na França, e utilizada exclusivamente no âmbito processual. Na linha da adoção do conceito de acessoriedade da Tutela de Urgência (cautelar), a dominante doutrina francesa era no sentido de que a Tutela Cautelar, ao não repercutir no mérito, ao atender o disposto no art. 809 do anterior Código de Processo Civil da França<sup>1655</sup>, que registrava que o *référé* não podia causar *préjudice au principal*, tinha objetivo exclusivamente processual, portanto não era apta a causar prejuízos irreversíveis ao réu<sup>1656</sup>. Em outras palavras, a decisão de Tutela de Urgência Cautelar não atingia diretamente o Direito Material, diferentemente da decisão definitiva do processo principal, com o que não tinha irreversibilidade. Corolário lógico, a irreversibilidade sempre esteve presente, desde a sua origem, e não podia ser diferente, no denominado mundo dos fatos/da vida<sup>1657</sup>. No mundo do Direito, onde eram operados os efeitos da jurisdição cautelar, ao assegurar o processo principal, os atos jurídicos e judiciais eram perfeitamente reversíveis. Na tese, há integral concordância de que os fatos são irreversíveis, inclusive isso é o que está sendo trazido na crítica do texto legal que exige a reversibilidade. Porém, há oposição à visão de ausência de efeitos práticos irreversíveis nas Tutelas de Urgência cautelares, o que há nelas, e que não guarda relação com o sentido de reversibilidade fática é a revogabilidade das decisões, em razão do caráter temporário que lhes é inerente<sup>1658</sup>.

---

<sup>1655</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “É interessante chamar a atenção para o fato de que a doutrina francesa absolutamente dominante interpretava a disposição do ab-rogado art. 809 num sentido que atribuía um significado tipicamente formal ao conceito de prejuízo *au principal*. Na verdade, o limite indicado na norma não resguardava os efeitos da *référé* e a valoração de sua eventual incidência irreversível no âmbito da esfera jurídico-patrimonial da parte [...]”. In: **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 82.

<sup>1656</sup> Sem dar-se conta de que, mesmo as medidas cautelares, produziam efeitos práticos irreversíveis. Como por exemplo o arresto, como primeira medida cautelar prevista e trabalhada em grande parte das legislações modernas, que consistia no desapossamento de bens do réu, em caráter provisório, mas que faticamente produz efeitos irreversíveis, já que os mesmos bens não podem voltar a ser como eram.

<sup>1657</sup> Utilizada a criticada dualidade mundo do direito e mundo da vida comumente utilizada pelo positivismo jurídico.

<sup>1658</sup> Ver a propósito a visão de Ovídio que distinguindo provisoriedade de temporariedade, da mesma forma que Piero Calamandrei, diferentemente do último, pregou que a cautelar seria temporária. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

No entanto, para a época, em face da doutrina dominante, a lógica era correta. Não tendo o processo cautelar objetivo satisfativo<sup>1659</sup>, não atingindo diretamente o Direito Material, por estar circunscrita ao âmbito do processo, não era apta a produzir efeitos irreversíveis na esfera jurídica do réu, pois, como acessório, apenas assegurava o processo principal<sup>1660</sup>, com o que a reversibilidade continha apenas conteúdo processual, assemelhado à revogabilidade.

O dispositivo do Código de Processo Civil Francês mencionado propiciou a doutrina francesa de que o *référé* não poderia prejudicar a decisão final de mérito, reconhecendo a desvinculação da decisão de mérito da decisão do conteúdo do *référé*<sup>1661</sup>. Constatação que reforçou a concepção de autonomia do processo cautelar, que, de forma inédita, propiciou a criação de um livro próprio cautelar no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973. No entanto, conforme crítica de Ovídio, sempre teve limitada a verdadeira autonomia, em face da concepção de provisoriedade qualificadora da cautelar dada por Calamandrei, quando a verdadeira autonomia do processo e jurisdição cautelar só seria possível com o reconhecimento da temporariedade da tutela<sup>1662</sup>.

O Direito e a sociedade de então, de qualquer modo, ainda distantes das críticas postas, primavam pela cientificidade do Processo, no sentido de reforçar a dualidade mundo do Direito e mundo da vida, com preocupação menor com o que estava

<sup>1659</sup>Conteúdo satisfativo que está presente na possibilidade de realização do direito material cuja tutela é buscada através do processo. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

<sup>1660</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “No direito francês, o ab-rogado art. 809, que afirmava que o *référé* não pode causar “préjudice au principal”, foi interpretado no sentido de que a tutela de cognição não pode incidir de modo irreversível na esfera jurídica do demandado. A interpretação ecoou também na Itália e – como alerta Tommaso – ainda é responsável por algumas decisões que negam a possibilidade da concessão de um “provvedimento d'urgenza” que, antecipando os efeitos da sentença de mérito, conduza á satisfação integral da pretensão do require, reintegrando o trabalhador no emprego ou, ainda por exemplo, restituindo antecipadamente o bem”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 120.

<sup>1661</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “[...] a disposição vinha interpretada no sentido de que o instituído sobre a *référé* não podia prejudicar a decisão da causa no mérito e, portanto, não podia vincular a cognição do juiz nela investido”. In: **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 82.

<sup>1662</sup>Temática da distinção entre temporariedade e provisoriedade da tutela cautelar e a opção de Ovídio pela temporariedade. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

fora do Processo. As tutelas de Direito tinham que ultrapassar inevitavelmente o binômio do processo de conhecimento e do processo de execução. Em sendo assim, as determinações judiciais cautelares que permitiam medidas judiciais que viriam a interferir na esfera do particular só poderiam ser admitidas em caráter excepcional, baseadas na situação de urgência, do risco à efetividade do processo principal. Tecnicamente, assim, somente as tutelas reversíveis, que não alcançavam o mundo da vida, por limitadas ao asseguramento do Processo, por terem objetivo distinto, é que podiam fugir da regra do exaurimento cognitivo a permitir atos constritivos do Estado Juiz. Portanto, não pode ser estranho que o Direito italiano de outrora, onde elaborado conceito de instrumentalidade da Tutela de Urgência, tenha aderido ao posicionamento, reconhecendo que o Processo e a jurisdição cautelar guardava autonomia, com características próprias, em relação aos processos e jurisdições de conhecimento e de execução ao vedar o esgotamento da pretensão de mérito através dos *provvedimento d'urgenza*<sup>1663</sup>. Posicionamento, aliás, não muito diferente do que já havia no Código Processual da Itália (§ 1º, art. 177) em relação à questão probatória, cujas medidas judiciais instrutórias não podiam interferir na decisão de mérito<sup>1664</sup>. A esse respeito, Carnelutti lecionava que o provimento judicial cautelar poderia gerar a mutabilidade ou imutabilidade da situação fática, dependendo do tipo de decisão, de acordo com a cognição judicial, com o que é reforçado o vínculo da noção de irreversibilidade fática decorrente da execução de uma decisão definitiva transitada em julgado, enquanto que a reversibilidade estaria presente na possibilidade de modificação da decisão cautelar, em face do requisito da fumaça do bom Direito que lhe é inerente, com sua consequente reversibilidade<sup>1665</sup>. Então era dado ter a Tutela Cautelar como um

<sup>1663</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “No direito francês, o ab-rogado art. 809, que afirmava que o *référé* não pode causar “*préjudice au principal*”, foi interpretado no sentido de que a tutela de cognição não pode incidir de modo irreversível na esfera jurídica do demandado. A interpretação ecoou também na Itália e – como alerta Tommaso – ainda é responsável por algumas decisões que negam a possibilidade da concessão de um “*provvedimento d'urgenza*”, que, antecipando os efeitos da sentença de mérito, conduza à satisfação integral da pretensão do requerente, reintegrando o trabalhador no emprego ou, ainda por exemplo, restituindo antecipadamente um bem”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 120.

<sup>1664</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “Ao termo *préjudice* vem, portanto, atribuído um significado perto daquele expresso na etimologia da palavra e idêntico àquele utilizado no art. 177, § 1º, do código de rito italiano, que contém a conhecida disposição pela qual as ordenações instrutórias não podem jamais prejudicar a decisão da causa”. In: **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 82.

<sup>1665</sup>CARNELUTTI, Francesco: “La mutabilidad o inmutabilidad de la providencia cautelar depende, por tanto, de la forma de la providencia misma, a propósito de lo cual en este punto de la exposición no es posible decir más: el lector comprenderá más adelante la importancia que bajo este aspecto tiene que la cautela sea ordenada por medio de sentencia (cfr. arto 682) o por medio de decreto o de

acessório, sem aptidão para gerar efeitos irreversíveis, porquanto a revogação da decisão exigiria o retorno à situação anterior. Onde é revelado, igualmente, que os efeitos práticos da decisão cautelar são de menor importância, em face do objetivo de proteger um outro processo.

Ocorre que novos interesses, novas exigências sociais demandaram uma nova forma de provimento de urgência: a tutela antecipada. As tutelas antecipadas desmontam a lógica até então existente para a Tutela de Urgência, forçando um novo pensar e uma nova construção jurídica. Na França, de modo a buscar o implemento dessa tutela de urgência diversa, houve a ampliação do alcance da mencionada *référé*, passaram a ser autorizadas medidas satisfativas, com o que, inevitavelmente houve vinculação com o mérito. O engendramento científico processual para admitir a ausência de eficácia fática foi o de classificar o mérito em provisório e definitivo, onde a tutela antecipada, por ser provisória, não prejudicava o mérito principal definitivo. Na tutela antecipada o juiz laborava em cognição sumária, havendo provisoriedade da tutela, e, diferentemente, por ocasião da decisão final, definitiva, o juiz laborava em cognição exauriente. As cognições judiciais por serem diversas, em face do conteúdo probatório, não implicavam em prejuízo da decisão de mérito pelo *référé*. Entendido, nesse posicionamento, o mérito como decisão final definitiva do processo de conhecimento, até nesse momento, como ocorreu no Direito brasileiro, durante grande parte da vigência do Código de Processo Civil de 1973 e anterior a ele, em todo período anterior à previsão do julgamento parcial de mérito, era comum na unidade e unicidade do julgamento da causa, a confusão de mérito com julgamento definitivo<sup>1666</sup>. De todo modo, essa construção jurídica permissora da nítida distinção entre mérito e definitividade, de mérito cautelar, mérito antecipado e mérito definitivo, guiado pela tradição do *Civil Law*, de sua origem continental, não podia prescindir de uma correspondência legislativa. Foi assim que, de modo a acompanhar o posicionamento permissor de tutela antecipada, houve alteração do dispositivo do art. 809 do código francês. Não só isso, como houve o reforço do posicionamento doutrinário

---

ordenanza (cfr. arts. 689 y sigtes.), così como también que las normas a este propósito hayan sido dictadas sin ninguna clara visión del problema, al secuestrario la cosa secuestrada". *In: Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de La Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 159.

<sup>1666</sup>MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 380.

quando o Código de Processo Civil da França veio consolidar a diferenciação do julgamento provisório, com inaptidão para a imutabilidade, do julgamento definitivo, apto a produzir coisa julgada, ao prever, em seus arts. 488 que *l'ordonnance de référé n'a pas au principal l'autorité de la chose jugée*, tornando indubitosa a provisoriedade como atributo do *référé* e a desvinculação com o julgamento final de mérito<sup>1667, 1668</sup>. De qualquer forma, a admissão da análise do mérito provisório foi distinguido da revogabilidade, de seu cunho jurídico processual, passando a ser perceptível que a Tutela de Urgência atendia ao Direito Material, podia ser satisfativo de direito, e não meramente asseguratório do processo principal, com o que já não poderia mais ser admissível enxergar a reversibilidade das Tutelas de Urgência, por estarem atreladas inevitavelmente a modificações das situações fáticas. Aliás, às quais sempre estiveram e continuam a estar, mas que admitiam alguma justificação enquanto reconhecido um caráter eminentemente processual à tutela cautelar.

A propósito, a incorporação da tutela antecipada e os aprofundamentos teóricos a respeito, permissores da adoção das classificações referidas, estenderam-se pelo Direito Continental. No Direito Processual Italiano, com a reforma de 2005, não houve mais espaço para a concepção de acessoriedade e instrumentalidade das tutelas de urgência como características gerais de quaisquer Tutelas de Urgência<sup>1669</sup>. Houve

---

<sup>1667</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “O novo Código de Processo Civil francês eliminou os equívocos que a antiga fórmula do “préjudice au principal” havia feito surgir. Considera-se agora o art. 488, que diz que “l’ordonnance de référé n’a pas au principal l’autorité de la chose jugée”. A interpretação que se dá a esta regra é no sentido de que a tutela de cognição sumária não pode prejudicar a cognição exauriente do mérito ou não pode vincular o juízo final; não pode, em resumo, prejudicar a decisão da causa. A tutela antecipada, assim como o *référé* francês, não pode causar “préjudice au principal”, ou “n’a pas au principal l’autorité de la chose jugée”. Porém, não há contradição entre provisoriedade da decisão, em vista da cognição sumária que lhe é própria, e tutela antecipada ou realização antecipada do direito. A tutela é provisória apenas e tão somente porque o juiz, ao concedê-la, não afirma que o direito existe e, portanto, *não pode prejudicar a decisão sobre o direito com base em cognição mais aprofundada*. A decisão que concede a tutela antecipada não pode produzir efeito capaz de impedir outro juízo sobre o direito ou mesmo um efeito que, embora possa admitir decisão com sentido contrário, *é incompatível com a situação de direito substancial tutelanda*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 120/121.

<sup>1668</sup>BENASSE, Marcos Antônio, comentando o Código Francês de 1976: “[...] estatuiu que as medidas urgentes apresentem um caráter provisório (art. 484) e, especialmente, não podem, em nenhuma hipótese, resolver as decisões inspiradas pela autoridade do julgado *au principal* (art. 488) e, portanto, sobre a cognição do mérito da controvérsia”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 82/83.

<sup>1669</sup>Parte da doutrina ainda reconhecia as referidas características para as cautelares, enquanto outros já reconheciam a satisfatividade da cautelar. Porém, era inegável a incompatibilidade com a tutela antecipada. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

uma ampliação do poder geral de cautela para incorporar as tutelas antecipadas, próximo ao padrão do *référé*<sup>1670</sup>. O poder geral de cautela, com isso, passa a ser autorizativo de ações cautelares satisfativas autônomas, que na classificação de Ovídio Baptista, seriam pseudo cautelares, onde as medidas antecipatórias ficam limitadas à cognição sumária e têm autonomia em relação a qualquer outro processo. Todavia, não alcançam cognição exauriente em momento algum, com o que, o interesse no exaurimento cognitivo e produção da coisa julgada exigiriam a propositura de nova ação, novo processo permissor da amplitude do contraditório e ampla defesa, respeitando o devido processo legal. Ou seja, em procedimento muito semelhante ao da tutela antecipada antecedente, hoje presente no Direito brasileiro, prevista no art. 303 do atual Código de Processo Civil, é possível no Direito italiano destacar a tutela antecipada da tutela definitiva, sem prejuízo da rediscussão futura do mérito, em processo ordinário, apto a alcançar a cognição exauriente e a *res iudicata*, em face do reconhecimento da cognição sumária na decisão final de encerramento do procedimento utilizado na técnica antecipatória e ausência de preclusão nessa decisão final<sup>1671</sup>. Então, em que pese não tenha havido preocupação, diferentemente do que aconteceu no Brasil, com a distinção legal entre tutela antecipada e cautelar, seguindo a expressão Tutela de Urgência como sinônimo de cautelar<sup>1672</sup>, com a atribuição do conteúdo satisfativo, com o reconhecimento da intromissão no Direito Material através das Tutelas de Urgência, não seria mais possível reconhecer a reversibilidade nestas.

---

<sup>1670</sup>SILVA, Jaqueline Mielke: “A reforma ocorrida no Direito Processual Civil italiano, no ano de 2005, abandonou o padrão acessório que tradicionalmente caracterizava a tutela de urgência nesse respectivo sistema, para adotar um sistema similar ao do *référé* francês, onde prevalece a autonomia e a sumariedade das ações cautelares satisfativas”. In: **A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 49/50.

<sup>1671</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As Ações Cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. SILVA, Jaqueline Mielke: “Ao invés de preparar o futuro provimento de um processo principal, a ação cautelar antecipatória, por não produzir *res iudicata* material, não gera preclusão em torno de seu provimento, nem adquire autoridade de coisa julgada, Em razão dessa circunstância, a instauração de um futuro processo ordinário, de cognição plena, não fica prejudicada, se alguma das partes entender de buscar novo pronunciamento judicial sobre o mesmo litígio”. In: **A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 52.

<sup>1672</sup>SILVA, Jaqueline Mielke: “Embora qualificando-as como modalidade do poder geral de cautela, o direito italiano retira das medidas antecipatórias o papel de instrumentalizar ou preparar ulterior prestação definitiva em processo principal. Trata-se, evidentemente, de um caminho bastante diferente daquele trilhado no Código brasileiro, onde tutela cautelar e tutela antecipada são traçadas como fenômenos distintos, sendo submetido, por essa razão a regime processual diverso. Para o Código Italiano, a antecipação de tutela surge como ampliação do poder geral de cautela, continuando sob o rótulo de medida cautelar, mas com papel distinto a cumprir no âmbito da jurisdição”. In: **A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 51.

Seguindo essa perspectiva, a propósito, mesmo em face da grande influência no Direito Continental da doutrina de Calamandrei, Chiovenda, Carnelluti, dentre outros tantos processualistas italianos mundialmente reconhecidos, que pregavam a não satisfatividade do processo cautelar, a doutrina estrangeira, comumente, não exige a irreversibilidade dos efeitos práticos da decisão, tratando apenas dos requisitos da aparência do bom Direito e perigo na demora processual<sup>1673</sup>.

Por outro enfoque, com um viés mais político, em face das premissas iluministas, foi possível perceber uma certa hesitação na admissão da tutela antecipada. A isso está intimamente vinculada a questão da (ir)reversibilidade. Na linha da racionalidade iluminista/científica que primava pela ordinariedade, não seria possível admitir que a Tutela de Urgência pudesse ter conteúdo de concreção do Direito. A concreção do Direito só seria aceitável após percorrido todo o longo, complexo e demorado processo de conhecimento e um posterior processo executivo. Então, o máximo que se podia admitir era um asseguração de urgência, que, em não sendo satisfativo, não adentrando no Direito Material, atendo-se à proteção do processo principal, poderia ser produtor de efeitos reversíveis dentro do Processo. Ou seja, seguindo o posicionamento da doutrina italiana<sup>1674</sup> e germânica<sup>1675</sup> de que a Tutela de Urgência é outra coisa (*aliud*) e sempre menos (*minus*) do que a tutela buscada no processo principal, não poderia ser, a Tutela de Urgência, apta a produzir irreversibilidade, adágio da análise do mérito no final do Processo, com a sua satisfação. Então, quando é inserida a exigência legal da reversibilidade, pode ser permitido o silogismo de que há o desejo de restauração do modelo iluminista do processo, baseado no esgotamento do processo de conhecimento e de execução para permitir a satisfação irreversível. Há um

---

<sup>1673</sup>Ver a respeito: AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil**. 10ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 666/668.

<sup>1674</sup>BENASSE, Marcos Antônio: "A jurisprudência, especialmente aquela menos recente, tendia com uma certa frequência a negar que os provimentos de urgência pudessem apresentar um conteúdo antecipatório. Tal orientação, em parte inspirada pela doutrina que atribuía uma função meramente conservativa à tutela cautelar, vinha justificada pela exigência de não consentir uma aplicação dos provimentos como o do art. 700 do CPC italiano, para satisfazer integralmente o interesse da parte que se afirma meritória da tutela, exigência que vinha advertida de modo particular com referência à demanda voltada a antecipar, em sede urgente, os efeitos da sentença constitutiva". In: **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 87.

<sup>1675</sup>BENASSE, Marcos Antônio: "O tema é particularmente desenvolvido na doutrina alemã por aqueles que distinguem a necessidade de as *einstweilige Verfügungen* respeitem ao conteúdo do pedido e, portanto, do presumível conteúdo da sentença de mérito. A doutrina do *minus* e do *aliud* enquadra-se no quase unânime convencimento expresso pela doutrina germânica de que as medidas urgentes, entre as quais as dos §§ 935 e 940 Z.P.O., não podem conduzir à satisfação integral da pretensão". In: **Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 85.

permissivo sustentável, com isso, oriundo da formação histórica da expressão, para o indeferimento de quaisquer Tutelas de Urgência, prezando pela satisfação e irreversibilidade mediante o atendimento do binômio do conhecimento e da execução, o que contraria, inclusive, posições científicas, no mínimo, de meados do século passado, quando Carnelutti vislumbrava a possibilidade de tutela satisfativa alimentar do esposo para a esposa, a que denominou de cautelar, como prática possível, sem trazer qualquer menção a impedimento decorrente da impossibilidade de retorno à situação fática anterior<sup>1676</sup>. Exigir, portanto, a irreversibilidade é reconhecer que a tutela de urgência não pode produzir efeitos no mundo da vida, sujeitando esses efeitos ao pressuposto do binômio do processo de conhecimento e de execução, tornando inúteis os instrumentos de Tutela de Urgência, prejudicando a preventividade e o objetivo constitucional de efetividade da tutela e de celeridade do processo.

---

<sup>1676</sup>CARNELUTTI, Francesco: “Para la constitución de la cautela basta a veces la cognición, a veces, en cambio, hay que agregar la ejecución procesal; por ejemplo, la providencia con la cual el presidente del tribunal, en pendencia del proceso de separación personal de los cónyuges, dispone que el esposo pague a la esposa una suma periódica a título de alimentos (art. 708), es suficiente para la cautela si el obligado obedece a la orden; en caso contrario, la cautela no se obtiene sin la expropiación forzada. Igualmente, el secuestro judicial (art.670) puede exigir o no el libramiento forzado según que la parte a cargo de la cual se lo ordena se preste o no a entregar espontáneamente al secuestratario la cosa secuestrada”. *In: Instituciones del Proceso Civil*. Traducción de La Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950, p. 157.

### 5.1.2 A recepção da (ir)reversibilidade no ordenamento jurídico brasileiro – Crítica ao sentido do retorno ao *status quo*

No início do período cientificista/iluminista da produção processual a respeito de Tutela de Urgência houve o reconhecimento de uma reversibilidade processual que posteriormente migrou para a reversibilidade fática atacada na tese. Havia o reconhecimento do processo cautelar como a única forma de tutelar a urgência, tendo o objetivo exclusivo de asseguramento do Processo principal. O Processo cautelar, a Tutela de Urgência, nessa visão, sequer tinham mérito, na concepção de mérito materialista, que numa visão inicial permitia a confusão com o próprio Direito Material<sup>1677</sup> e em outra, mais sofisticada, era tida como a afirmação do Direito Material, não se confundindo com ele<sup>1678</sup>, de qualquer modo vinculada com a lide do processo assegurado, mas sem afetar-lhe. Ter mérito era tido pela doutrina clássica como exclusividade do processo principal, com o que a satisfatividade e a irreversibilidade também só poderia ser encontrada ali. Com efeito, ainda que se reconhecesse uma pretensão cautelar, sua natureza era exclusivamente processual, somente o mérito do Processo principal é que poderia produzir efeitos irreversíveis. A lógica era a de que o Processo cautelar não poderia produzir efeitos materiais irreversíveis, até porque o Processo cautelar não tinha conteúdo satisfativo. Nessa linha de pensamento, a reversibilidade (não afetação ao mérito) vinculou-se à tutela cautelar provisória (característica atribuída pela doutrina clássica), aproximando-a das noções de modificabilidade processual da decisão de natureza cautelar. Porém, com o reconhecimento e admissão das Tutelas de Urgência de antecipação dos efeitos do mérito, inclusive com o reconhecimento do

---

<sup>1677</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Dentro desta perspectiva, e sem a intenção de esgotar o tema, pois excederia os limites deste trabalho, existem basicamente duas grandes orientações que procuram definir a natureza jurídica deste instituto: a primeira é a chamada *concepção material*, porque não separa o objeto do processo do direito material; a segunda é a chamada *concepção processual*, exatamente porque desvincula o objeto do processo do direito material, mantendo assim uma postura eminentemente processual”. **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 23.

<sup>1678</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “A opinião mais significativa dentro da concepção material do objeto do processo é a desenvolvida por LENT. Para este autor, o núcleo do objeto do processo (*Streitgegenstand* ou, como ele prefere denominar, *Prozessgegenstand*) é “*l'affermazione di un diritto da parte dell'attore*”, pois, “*in ogni domanda giudiziale, dietro la richiesta di unadeterminada decisione sta l'affermazione che all'attore spetta un corripendente diritto sostanziale*”. Como podemos perceber, o direito material adquire especial relevância dentro desta concepção, porém não se confunde com ele, conforme tem demonstrado o próprio autor, ao dizer que o “*oggetto del processo non è un diritto in quanto effettivamente esistente, ma un diritto in quanto soltanto affermato. Ed infatti, se quel diritto sussista o meno, può risultare súbito nel corso del procedimento*”. In: **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 23/24.

mérito cautelar, levando em conta inclusive a concepção majoritária da contemporaneidade de que o mérito é puramente processual<sup>1679</sup>, mas não baseada em mera afirmação mas em um querer, voltado para a situação fática, para a concreção eventual do Direito, para a tutela jurídica requerida<sup>1680</sup>, não foi possível mais admitir que as Tutelas de Urgência não tivessem mérito satisfativo, ensejando a adoção da criticada reversibilidade de fato. A partir disso, parte da doutrina passou a classificar a reversibilidade em processual e de fato, onde a processual fica muito próxima dos efeitos processuais decorrentes da reforma da decisão de urgência através do recurso<sup>1681</sup>, ou da revogabilidade, temas sobre os quais não incide a crítica da tese, que pode ser limitada, nessa visão, à reversibilidade de fato, ou retorno à situação fática anterior, como se o fato jurídico fosse imune ao tempo, onde está centrada a crítica da tese. De qualquer forma, grande parte da doutrina limita a questão da reversibilidade à situação fática. E, talvez tentando seguir a mesma trilha, o novo Código de Processo Civil de 2015, alterando a terminologia do Código de Processo Civil de 2013, deixou expressa a necessidade de “irreversibilidade dos *efeitos*”<sup>1682</sup> da decisão”, parecendo optar pelo terreno do desenvolvimento fático da (ir)reversibilidade ao abandonar a dicção “irreversibilidade do provimento antecipado”, aparentemente mais vinculada ao

---

<sup>1679</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Após analisar as diversas posturas doutrinárias acerca do objeto litigioso, podemos deduzir que desde o início do século a doutrina do *Streitgegenstand* está empenhada em liberar-se dos antigos esquemas conceituais criados em termos de direito material, não se podendo negar hoje que a noção de objeto do processo é puramente processual.” *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 26/27.

<sup>1680</sup>RIBEIRO, Darci Guimarães: “Esta declaração petitoria (rectius, declaração de vontade feita através de uma petição) não nos permite aceitar como ideia-base do objeto do processo a expressão “*afirmación del derecho*” (*Rechtsbehauptung*). Em primeiro lugar, porque sendo a pretensão processual uma declaração de vontade, não uma declaração de ciência, nem de sentimento, “*en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente*”, conseqüentemente o fato que caracteriza a declaração de vontade é o ‘*querer*’, enquanto o que caracteriza a declaração de ciência é o ‘*saber*’, logo quem *quer*, pede, *peticiona*, e quem *sabe*, *afirma* não pede nem *peticiona*. E, em segundo lugar, porque o núcleo da expressão “*afirmación del derecho*” está relacionado ao conteúdo da petição, sendo assim, ao direito ou à relação jurídica afirmada pelo autor em juízo, e não à petição mesma, como “*espécie de forma de tutela jurídica*”, nos termos de Schwab. Daí que seja preferível para identificar a ideia-base do objeto do processo, a força expressiva do conceito de *petição* (*Begehren*) ao da afirmação do direito”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 30.

<sup>1681</sup>SILVA, Jaqueline Mielke: “Ou seja, não mais refere a reversibilidade do provimento como requisito (até porque todos os provimentos antecipatórios são reversíveis, porque agraváveis e porque é da própria essência da antecipação de tutela a provisoriedade). Entretanto, o novo dispositivo legal não menciona se a expressão se refere à reversibilidade dos efeitos fáticos ou jurídicos da decisão. Trata-se de uma discussão travada no CPC/73 e que persistirá na interpretação do NCPC”. *In: A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 76.

<sup>1682</sup>Grifo meu.

campo processual<sup>1683</sup>. Na crítica à reversibilidade dos efeitos práticos é que trilha a tese. Portanto, de modo a evitar qualquer equívoco conceitual é importante registrar que qualquer alteração prática, ainda que determinada por decisão judicial provisória, é irreversível. Essas alterações fáticas não se confundem com elementos do Processo. Em que pese a reversibilidade fática criticada guarde relação com terminologias processuais como provisoriedade, temporariedade, definitividade, revogabilidade, reformabilidade, entre outras técnico-jurídicas, com elas são inconfundíveis, de acordo com o discurso jurídico adotado.

O legislador pátrio poderia ter evitado o problema se estivesse atento ao fático, aos ensinamentos filosóficos. Nisso talvez esteja um dos trunfos que fizeram de alguns doutrinadores expoentes de sua época. Apesar do aprisionamento ao paradigma e ao contexto de sua época não deixavam de ter uma visão mais aberta de mundo. A propósito, podem ser lembradas outras lições de outros processualistas, mas calha bem as lições de Carnelutti para quem, sobre a inevitabilidade do tempo, refere ser o homem prisioneiro do tempo<sup>1684</sup> e em outra passagem reconhece que a relação da história com o Direito, que a história está na decisão e a decisão está na História, onde é inevitável a realidade, a existência, o texto e o contexto, a parte e o todo<sup>1685</sup> e, conseqüentemente, o tempo. Nessa linha, não é demais reafirmar, na mesma direção, que produzidos os efeitos há necessariamente uma modificação temporal insuscetível

---

<sup>1683</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “O ponto crucial, por isso, consistente na valoração da possibilidade de que a antecipação satisfativa, característica dos provimentos de urgência possa contradizer a regra segundo a qual o efeito da tutela assegurada pelo provimento de urgência deve ser necessariamente provisório”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 81.

<sup>1684</sup>CARNELUTTI, Francesco: “En la raíz de esa intuición está, aun para los no creyentes, la palabra de Cristo: no juzguéis. Si supiesen qué quiere decir juzgar, se darían cuenta de que es lo mismo que ver en el futuro; pero el hombre es prisionero del tiempo y el juicio es una evasión imposible”. *In: Cómo se hace un processo*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 2007, p.15.

<sup>1685</sup>CARNELUTTI, Francesco: Se ha dicho que el juez hace historia; no es todo lo que se debe decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor el de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y acaso no suficientes. El historiador escruta en el pasado para saber cómo ocurrieron las cosas. Los juicios que él pronuncia, son por tanto juicios de realidad, o más exactamente juicios de existencia; en otras palabras, juicios históricos. Un hecho ha ocurrido o no, Ticio ha robado o no, Cayo ha engendrado o no a Sempronio, Cornelio ha librado o no una letra a Mevio. El juez, al principio, se encuentra ante una hipótesis; no sabe cómo ocurrieron las cosas; si lo supiese, si hubiese estado presente en los hechos sobre los que debe juzgar, no sería juez, sino testigo y si decide, precisamente, convierte la hipótesis en tesis, adquiriendo la certeza de que ha ocurrido o no un hecho, es decir, certificando ese hecho. Estar cierto de un hecho quiere decir conocerlo como si se lo hubiese visto. Para estar ciertos de un hecho que no se ha visto, es necesario ver otros hechos”. *In: Cómo se hace un processo*. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 2007, p. 21.

de retorno ao *status quo ante*. Aqui está, portanto, a revelação de uma das batalhas da combatida guerra da dualidade do mundo do Direito e do mundo da vida aprofundada alhures. A decisão a respeito da Tutela de Urgência pode ser provisória em face da superveniência da decisão definitiva. Há, então, uma característica estrita da decisão processual que utiliza a técnica antecipatória, que não pode ser confundida ou transmitida para a faticidade. Com efeito, a provisoriedade é uma característica de interesse da Tutela de Urgência e do Processo, como tal tem consequência no mundo dos fatos<sup>1686</sup>, de onde podem ser trabalhadas formas mais efetivas de reparação de danos ao réu pela concessão indevida de Tutelas de Urgência, mas que absolutamente não pode ser estendida à admissão da reversibilidade fática.

De modo diferente, ignorando os fatos e centrando apenas na suposição do científico dado desde sempre, grande parte da doutrina continua a reproduzir a proposição da reversibilidade fática. A proposição reiterada implica no reconhecimento de que a revogação ou reforma da decisão judicial provisória importa em reversibilidade dos efeitos práticos. Isto é, a doutrina reconhece que haveria reversibilidade quando o bem, objeto da medida judicial, voltasse para o detentor anterior do bem; quando pudesse haver a recomposição financeira, ou seja, bem nos moldes da axiologia liberal, no sentido de que a indenização permitiria a recomposição da situação fática na sua integralidade, tal como se o ato ilícito e o dano não tivessem ocorrido; e, mais recentemente, reconhecendo a reversibilidade nas composições químicas, como do gelo para água e vice-versa<sup>1687</sup>. Porém, no Direito lidamos sempre com um estado

---

<sup>1686</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “Segundo o jurista peninsular, parece oportuno notar que a provisoriedade da tutela pode ser avaliada sob dois diversos, e ainda concorrentes, pontos de vista. De um lado, na verdade, precisa referir-se à duração no tempo do provimento, duração que depende das regras processuais sobre as relações entre medida urgente e sentença de mérito; do outro lado – e é um ponto particularmente importante – a provisoriedade pode ser determinada por uma série de valorações sobre a natureza dos efeitos derivados do provimento urgente”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 81/82.

<sup>1687</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca: “Na linguagem jurídica, o termo “reversível” pode ter três sentidos: (a) lógico-jurídico (= possibilidade de um bem retornar à esfera jurídica de seu titular anterior mediante reconsideração legal ou voluntária de um ato, que passa a tornar-se ineficaz) (ex.: pacto de retrovenda, revogação de doação por ingratidão do donatário, exercício de direito de arrependimento, resgate de enfiteuse por foreiro, resgate do imóvel sujeito a prestações de renda, pagamento integral da dívida pelo devedor fiduciário); (b) empírico-fático (= possibilidade de uma transformação ser feita quer nun sentido, quer no inverso, dê-se que na transformação indireta o corpo ou o sistema passe pelos mesmos estados que se transpuseram quando da transformação direta) (ex.: a reação química  $\text{CaCO}_3 - \text{CaO} + \text{O}_2$ , em que é possível tanto  $\text{CaCO}_3 \S \text{CaO} + \text{CO}_2$  quanto  $\text{CaO} + \text{CO}_2 \S \text{CaCO}_3$ ); (c) econômico-financeiro (= disponibilidade patrimonial ou pecuniária bastante para custear a transformação inversa) (ex.: descontos mensais limitados nas folhas de vencimentos de servidores que se beneficiaram de liminar revogada que ordenara reajuste remuneratório – cf. Lei n. 8.112/90, art. 46)”. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 413.

de coisas, onde o objeto está inserido, e não apenas com o objeto em si<sup>1688</sup>, de onde decorre a irreversibilidade consequente da efetivação de qualquer decisão em Tutela de Urgência. Então, a crítica atinge o isolamento atomístico das coisas, muito comum nas investigações das ciências da natureza, mas que no Direito mostra-se descabida<sup>1689</sup>. Enfim, a crítica atinge a dualidade de mundos, mais especificamente, no plano do Direito. O retorno no tempo de modo a restaurar fatos pretéritos, a situação anterior, da forma como se não tivesse havido a decisão judicial e a produção de seus efeitos lesivos aos interesses do réu<sup>1690</sup>, crença que fez surgir a exigência da reversibilidade nas Tutelas de Urgência<sup>1691</sup>. A restauração ou recomposição, ignorando que sempre há um contexto fático envolvido, interesses que mesmo em face da excepci-

---

<sup>1688</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Essa categoria foi usada na tradição principalmente por Aristóteles, para significar o princípio de determinação do real e em Kant, significa a atividade doadora de sentido do entendimento ao material proveniente de sensibilidade. No *Tractatus*, a categoria forma exprime a “relacionalidade” como a especificidade dos objetos, de tal modo que, embora um objeto não esteja, em princípio, preso ao estado de coisas, ele é, simplesmente, impensável sem uma referência a um estado de coisas possível, de tal modo que conhecer os objetos significa conhecer os estados de coisas em que eles podem aparecer, como o contrário. O aparecer num estado de coisas é a condição de possibilidade do falar sobre um objeto enquanto tal: um objeto, portanto, encontra-se sempre no espaço de possíveis estados de coisas”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. Edições Loyola. São Paulo, 1996. p. 98/99.

<sup>1689</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Há o atomismo dos fatos e o atomismo das coisas ou objetos, isto é, dos elementos de um estado de coisas. Resta notar que a categoria coisa não designa simplesmente o que nós, na vida comum, assim denominamos, pois o conceito de coisa em Wittgenstein é essencialmente relacional, isto é, a coisa só é coisa enquanto elemento de um estado de coisas, enquanto configurada de um ou de outro modo. Um estado de coisas é, precisamente, um determinado tipo de associação de coisas ou objetos. Ontologicamente, a associação tem o primado em relação às coisas embora o estado de coisas seja aqui pensado como uma espécie de objeto concreto composto. Nesse sentido, pode-se falar do atomismo das coisas apesar da dimensão relacional já vislumbrada por Wittgenstein. O mundo não é, pois, uma coisa nem um amontoado de coisas, pois do mesmo amontoado de coisas podem ser construídos os mais diversos mundos. Nosso mundo real é, apenas, um ponto no espaço lógico onde são pensáveis outros pontos, isto é, outros mundos possíveis. Nesse espaço lógico estão os fatos que constituem o mundo real, mas poderiam estar outros, pois é possível pensar em outras configurações de objetos”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. Edições Loyola. São Paulo, 1996. p. 100.

<sup>1690</sup> CHIAVASSA, Tércio: “O verdadeiro significado da indenização é o de recompor a situação fática ao momento em que estaria se o dano não houvesse ocorrido. Ou seja, proceder da forma necessária para que se retorne no tempo e se restitua ao lesado a situação em que se encontraria se não houvesse ocorrido a indevida lesão em seu patrimônio. Trata-se de recompor ou preencher a “lacuna” ocasionada pela ação ilegítima de alguém, retornar ao *status quo ante*, tornar indene”. *In: Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004, p. 74.

<sup>1691</sup> BENASSE, Marcos Antônio: “Sobre este segundo ponto de vista, a provisoriedade se concretiza numa circunstância diversa daquele que considera a mera delimitação temporal da eficácia do provimento cautelar. Essa, na verdade, é considerada como a necessidade de que os efeitos antecipados com a medida urgente criem uma situação objetivamente reversível de modo a impedir aquele *préjudice au principal*, que pelo ab-rogado *code de procédure civile* era o limite, expressamente enunciado, dentro do qual deveriam estar contidas as medidas urgentes de *référé*”. *In: Tutela Antecipada em caso de irreversibilidade*. Capinas: Bookseller, 2001, p. 82.

onal hipótese de reversibilidade do objeto, como no caso da transformação e recomposição química do mesmo, serão irremediavelmente atingidos, depõe contra premissas filosóficas inerentes à inevitabilidade do tempo. Então, o mais adequado juridicamente é reconhecer a irreversibilidade fática de qualquer concessão de tutela de urgência e trabalhar a melhor forma de recomposição<sup>1692</sup> a partir da inevitável premissa. Sobretudo, não admitir a denegação da tutela de urgência, ou reforma da decisão concessiva, amparada no argumento de que seus efeitos práticos seriam irreversíveis, como argumenta parte da doutrina<sup>1693</sup>, sob pena de recair na problemática da inviabilidade das tutelas de urgência ou do arbítrio para a concessão. Certo que a análise da temática na tese é impeditiva da exigência da reversibilidade fática da situação concreta, sob o enfoque político democrático (vedação de Tutelas de Urgência ou arbítrio judicial), hermenêutico-filosófico (negação da temporalidade) e pós-positivista (dualidade mundo do Direito e mundo dos fatos).

Corolário lógico da admissão da criticada tese da reversibilidade fática consiste em admitir que a situação fática oriunda de uma decisão definitiva seria irreversível enquanto que a situação fática decorrente de uma decisão provisória poderia ser restaurada tal como era. Porém, na realidade, qualquer situação fática será sempre irreversível, seja decorrente da decisão provisória, seja decorrente da decisão definitiva, sendo que a situação fática que fica submetida à decisão provisória permite, pela simples revogação ou reforma da decisão concessiva da Tutela de Urgência, a recomposição de eventuais danos.

Após a introdução da exigência da reversibilidade no Direito alienígena houve no Brasil a atribuição de sentidos cada vez mais distantes do original, como visto, vinculado à noção de sinonímia de Tutela de Urgência e tutela cautelar, tendo a mesma com a natureza exclusiva de proteção do Processo principal. Ou seja, a ausência de um porto seguro na questão contribui para as incompatibilidades das conceituações, incongruências das classificações, divergências de posicionamento, o que constitui abertura para o arbítrio judicial. Oportunamente pode ser lembrada, a título

---

<sup>1692</sup>Aprofundamento em recomposição em CHIAVASSA, Tércio. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. Edições Loyola. São Paulo, 1996. p. 111/294.

<sup>1693</sup>SILVA, Jaqueline Mielke: “De um lado, parte da doutrina posiciona-se no sentido de que se trata de reversibilidade dos efeitos fáticos do provimento, que nada mais é do que a possibilidade de retornar-se as coisas ao status quo anterior. De outro, parte da doutrina e da jurisprudência, a qual compartilhamos, afirmam que a irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir obstáculo para a concessão da tutela antecipada”. In: **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 76.

de exemplo, a incerteza da doutrina pátria sobre o alcance da reversibilidade em relação à reparabilidade. Alguns doutrinadores distinguindo a reversibilidade da reparabilidade<sup>1694</sup> e outros estabelecendo ligação íntima da reversibilidade com a reparabilidade<sup>1695</sup>. Não muito distante também, como aprofundado em capítulo anterior, está o equívoco da vinculação da irreversibilidade processual com o efeito constitutivo e declaratório, mas que no final das contas tem como critério exclusivo a imutabilidade decorrente da coisa julgada material, pressupondo cognição exauriente e definitividade. Desse modo, objetivando estabelecer uma referência de segurança deve ser dito que a tese crítica, precipuamente, a significação da reversibilidade como retorno à situação anterior, como se fosse possível impedir o tempo, ao que chamaremos de reversibilidade fática, ou simplesmente reversibilidade.

A significação posta tem sua crítica, de forma imediata no processo, no obstáculo em que se constitui para a efetivação das Tutelas de Urgência e rápida concretização de direitos, amparada na crença da necessidade de aperfeiçoamento e ampliação das técnicas antecipatórias como caminho para o objetivo democrático. O delineamento histórico da origem e do vínculo político ensejador da exigência da reversibilidade é revelador de uma adequação à concepção tradicional do processo cautelar, vinculado ao liberalismo cientificista, que lhe atribuía um objetivo precípuo processual, não satisfativo, que não pode ter mais guarida com o implemento das cautelares satisfativas ou pseudo cautelares, ou antecipações da tutela definitiva. De igual modo, quando, adotada a concepção ovidiana, é reconhecida uma natureza satisfativa cautelar, um objetivo de asseguramento do Direito, uma situação acautelanda, diversa daquela dada por Piero Calamandrei<sup>1696</sup>. Ou seja, o reconhecimento da ausência de objetivo estritamente processual na tutela cautelar, a inserção da natureza satisfativa

---

<sup>1694</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto: “Como é óbvio, não pode justificar a medida excepcional do art. 273 a vaga possibilidade de a parte prejudicada ser indenizada futuramente por aquele a quem se beneficiou com a medida antecipatória”. *In: Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 47ª ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2011. p. 691. No mesmo sentido, apenas atualizando a regra para o art. 300, § 3º do atual Código de Processo Civil: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 633.

<sup>1695</sup>AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei: “Ora, essa é outra forma de limitar o poder do magistrado de, em situações altamente particulares, conceder medidas urgentes, ainda que correndo o risco de esta ser irreversível se o bem da vida em jogo for mais relevante. A ideia da efetividade absoluta do processo para a consecução da pacificação social não pode vir limitada pela ideia de irreparabilidade por vezes inevitável”. *In: Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484.

<sup>1696</sup>Ver mais em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As ações cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

impediria a exigência da reversibilidade. Em sendo assim, a admissibilidade da reversibilidade sempre foi em sentido diverso do retorno ao *status quo ante*, a reversibilidade possível sempre necessitou estar atrelada ao campo processual. Nos dias atuais, para evitar confusão terminológica a reversibilidade processual encontra significação mais propícia e consolidada nas expressões atinentes à revogabilidade ou modificação da decisão, onde a irreversibilidade seria a decorrência da definitividade<sup>1697</sup>, porém, em ambas, as situações fáticas criadas pelas decisões serão sempre irremediavelmente irreversíveis, com o que é retomada a lição de que os fatos são irremediavelmente e incessantemente irreversíveis. O aprofundamento da temática é revelador, portanto, de que sempre foi inaceitável a reversibilidade fática e, com mais razão, em face da crítica à dualidade mundo da vida e mundo do Direito, pregando a unidade, em razão do objetivo de buscar tutelas efetivas e céleres, em contraposição ao cientificismo processual inútil, deve ser rechaçada a exigência antifenomenológica.

A doutrina majoritária brasileira, contudo, continua a tratar da matéria sob o prisma da dualidade, segue admitindo casos reversíveis e casos irreversíveis. Em princípio, nos casos reversíveis seria possível a concessão da tutela de urgência desde que presentes os demais requisitos e seria caso de denegação quando a situação fosse irreversível. E, mesmo nos casos irreversíveis, excepcionalmente, poderia haver a Tutela de Urgência em algumas hipóteses<sup>1698, 1699, 1700</sup>. Certo é que o reconhecimento da irreversibilidade de todas as situações fáticas seria impeditivo de qualquer

---

<sup>1697</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “Conceder uma tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o devido processo legal e o contraditório, cujo exercício, ‘ante a irreversibilidade da situação de fato, tomar-se-ia absolutamente, inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo’”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 613.

<sup>1698</sup>SILVA, Jaqueline Mielke: “Diante do exposto, entendemos que a reversibilidade dos efeitos fáticos deva ser afastada sempre que a ação tiver por objeto a tutela de direitos fundamentais (v.g. nas ações que tenham por objeto o direito fundamental à saúde)”. In: **A tutela provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 88.

<sup>1699</sup>AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei: “Por fim, resta, ainda, outro requisito genérico, qual seja, a reversibilidade da medida concedida pelo magistrado em caráter antecipado. Para nós, também nesse ponto, teria pecado o legislador, já que muitas das medidas urgentes podem não ser reversíveis de imediato, se e quando forem concedidas (p. ex.: inscrição em concurso, realização ou impedimento de uma viagem, apreensão de menor, realização de uma cirurgia etc.). A lei, tal qual está, então, impediria que essas tutelas fossem concedidas antecipadamente”. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 484.

<sup>1700</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto: “Só é realmente reversível, para os fins do § 2º do art. 273, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso... O que, a nosso ver, não pode deixar de ser levado em conta é a irreversibilidade, como regra da antecipação de tutela, regra que somente casos extremos, excepcionálíssimos, justificam sua inobservância”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. Volume

técnica antecipatória em Tutela de Urgência, de natureza cautelar ou não, razão pela qual é buscado o reconhecimento da invalidade do dispositivo legal no seu sentido de retorno à situação fática anterior.

A doutrina e a jurisprudência pátria não se deram conta ainda da invalidade do sentido criticado, e continuam admitindo dualidades contrárias ao físico, ao fenomenológico, exigindo a incessante produção de aporias jurídicas e teses novas para afastá-las, de modo reconectar tão importante instrumento às exigências sociais de efetividade do processo. Não é demais repetir que a reconexão trazida parte da inevitável incidência temporal para todos os fatos, inclusive os jurídicos. Sempre haverá irreversibilidade dos efeitos fáticos decorrentes de qualquer decisão que interfira na esfera de interesses da parte e tal situação não pode ensejar a inviabilidade de Tutelas de Urgência. Necessário que o juiz assuma sua responsabilidade reconhecendo que a decisão sobre Tutela de Urgência sempre afetará interesses das partes, causará prejuízo ao autor se tinha o Direito Material e não foi lhe concedida a tutela em situação de urgência, ou prejudicará o réu se não existia o Direito Material e teve contra si uma antecipação de tutela<sup>1701</sup>.

A par disso tudo, há de ser destacado que a doutrina nacional continua a defender a constitucionalidade do sentido do retorno ao *status quo* da reversibilidade. Prega que a exigência do retorno à situação anterior revela a excepcionalidade da Tutela de Urgência, que a regra é a da prevalência do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa<sup>1702,1703</sup>. Há, como já revelado anteriormente, a abertura para

---

2. 47ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 691. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 633.

<sup>1701</sup>GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios: “Sempre que há o requerimento de tutela de urgência, o juiz defronta-se com um dilema: ele não sabe, ainda, se o direito alegado pela parte existe e se, ao final, o provimento ao qual ela pede proteção será deferido. A medida sempre pode trazer algum prejuízo para o réu, mas o indeferimento poderá prejudicar o autor. Não há nos autos elementos suficientes para verificar qual das partes tem razão”. In: **Novo curso de Direito Processual Civil**. Volume 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

<sup>1702</sup>THEODORO JÚNIOR, Humberto: “Determina o art. 300, § 3º, do NCPD que “a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Quer a lei, destarte, que o direito ao devido processo legal, com os seus consectários do contraditório e ampla defesa, seja preservado, mesmo diante da excepcional medida antecipatória”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 633.

<sup>1703</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “A justificativa mais profunda para a exigência da reversibilidade se situa no plano constitucional da garantia do *due process of law*, hoje reconhecido explicitamente, entre nós, pelo art. 5º, inciso LIV da Carta de 1988: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. In: **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 144.

o subjetivismo. Em nenhum momento exigir o retorno à situação anterior implica necessariamente em dar prevalência para a ordinariade do Processo. A doutrina está a adjudicar, assim, sentidos arbitrários à expressão, há uma abertura idêntica àquela que é conferida ao julgador e, não raro, passam despercebidos pelo jurista. Possível enxergar no caso da doutrina censurada um talvez inconsciente aprisionamento ao processo científicista liberal, e que no caso do julgador pode ter inúmeras outras influências. De qualquer forma, ao permitir o fundamento arbitrário, a adjudicação de sentidos desvinculados do jurídico, para criar obstáculos às técnicas antecipatórias presentes nas Tutelas de Urgência acaba ocorrendo um desprezo ou menosprezo ao objetivo da efetividade célere, que vai ao encontro do processo democrático.

Além disso, em que pese não conste em nenhum texto legal, há uma ampliação doutrinária da exigência para todas as Tutelas de Urgência, quer dizer, como se já não fosse ruinsuficiente a previsão para a tutela antecipada é somado o requisito negativo também para a tutela cautelar<sup>1704</sup>. Em cima disso, conscientemente ou não, há uma desconfiança da atuação judicial, bem na linha do paradigma racionalista/iluminista do Processo. A exigência da reversibilidade seria, dessa maneira, um conveniente limitador da atuação judicial, na medida em que, especialmente no Brasil, não poderia haver um poder tão ampliado ao juiz que permitisse a relativização da ordinarização do processo para a concessão da tutela judicial. Ocorre que tanto nos países de tradição do *Common Law* quanto do *Civil Law* há a previsão de tal poder, ou seja, o Direito democrático caminha para a técnica antecipatória no Processo. A negação de semelhante poder no Brasil estaria, portanto, na contramão democrática<sup>1705</sup>, estaria

---

<sup>1704</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “O § 3º do art. 300 do CPC/2015 repete a mesma regra que estava prevista no § 2º do art. 273 do CPC/1973, qual seja: não será concedida a tutela antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. A mesma advertência, embora não prevista expressamente nem no Código de Processo Civil de 1973, nem tampouco no Código de Processo Civil de 2015, vale também para a tutela cautelar, mercê da visão unitária que deve ser feita em relação às tutelas de urgência”. In: **Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 150.

<sup>1705</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Alguém poderia dizer que não é conveniente dar ao juiz um poder tão amplo. Entretanto, se o juiz da Itália, da França, da Alemanha, da Inglaterra e de outros países – em que os jurisdicionados, em tese, podem suportar com mais facilidade o tempo de demora da Justiça – podem conceder tutelas antecipadas ou sumárias que causem prejuízos irreversíveis ao réu, por que o juiz brasileiro estaria impedido de assim proceder? *Na verdade, aqueles que temem o juiz brasileiro com o poder necessário para bem cumprir a sua função partem de uma premissa – não revelada – não apenas preconceituosa, mas também ofensiva à Magistratura. Está por detrás do raciocínio que pretende ver o juiz amarrado a ideia de que a Magistratura brasileira não é suficientemente preparada para ter poder*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 125.

na direção do resgate do juiz burocrata do liberalismo europeu, ideia infelizmente ainda presente em nosso cotidiano<sup>1706</sup>, mas que não pode mais corresponder ao de juiz pós-moderno, um juiz com responsabilidade social<sup>1707</sup> e prima pelo atendimento dos objetivos constitucionais e democráticos no Direito. Certo é que não há na atualidade, no Direito Comparado dos países mencionados, óbices legislativos arbitrários de vedação das Tutelas de Urgência, com o reconhecimento, como há no Brasil, de que é imprescindível que a Tutela de Urgência produza situação fática reversível, que se volte no tempo, ou seja, impossibilitando qualquer tutela que siga à risca o sentido do termo. Na tese, como dito, há o reconhecimento da importância da Tutela de Urgência, que não pode ficar sujeita a limitações arbitrárias, ao mesmo tempo em que há a defesa da ampliação e reforço da atuação do Poder Judiciário, no limite do Direito, como forma de aproximação dos objetivos democráticos do Processo.

---

<sup>1706</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Na realidade, não se está dando nada ao juiz, já que o poder para a prestação da tutela jurisdicional efetiva é inerente à sua função. O que acontece é que alguns querem um juiz que não é “juiz”, *mas um simples burocrata*. A ideologia que se esconde atrás dessas ideias é bastante antiga, podendo-se dizer que deita raízes no liberalismo europeu do século XIX. O juiz francês anterior à Revolução Francesa, como se sabe, tinha mais semelhança com o juiz inglês do que com o seu outro parceiro do direito continental europeu. Basta lembrar que o sistema judicial francês era considerado rival do direito do governo central de Paris. A Revolução Francesa e o dogma da separação de poderes é que restringiram a função do juiz francês, tornando-o um mero servidor público. Essa imagem do juiz burocrata, construída sobretudo pelo direito liberal clássico, enraizou-se pelo direito continental europeu e no direito da América Latina e ainda é a responsável pela passividade e pela falta de poder do juiz”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 125/126.

<sup>1707</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social imitada. O juiz pode tomar consciência da sua responsabilidade perante a sociedade quando tem poder”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 126.

5.1.3 O quadro atual da (ir)reversibilidade no Direito Pátrio – Ultrapassagem da teoria da irreversibilidade recíproca para o aprofundamento de soluções preventivas e reparatórias

O Código de Processo Civil atual em seu art. 300 giza: “A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” E complementa no parágrafo terceiro: “A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.” Na expressão textual referida há a exigência da reversibilidade para a Tutela de Urgência antecipada, da mesma forma que havia no Código de Processo Civil anterior. Em que pese haja quem defenda que a reversibilidade perdeu a condição de requisito da Tutela de Urgência em face da alteração do parágrafo terceiro, ao não referir mais que “*não se concederá a antecipação de tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*”, que constava no parágrafo segundo, do art. 273 do revogado Código de Processo Civil de 1973<sup>1708</sup>, bem como exista os que entendem que o novo Código continua tratando do mesmo requisito ou pressuposto negativo do Código anterior<sup>1709</sup>, partindo da premissa da reprodução da previsão legislativa do Código anterior e aplicando o mesmo entendimento<sup>1710</sup>, de todo jeito, para fins da tese, considerar a reversibilidade como requisito ou não é indiferente, na medida em que continua previsto no texto legal a exigência de não haver a irreversibilidade para a concessão da

---

<sup>1708</sup>Entendimento divergente, no sentido de que a nova regra teria retirado a condição de requisito da reversibilidade. SILVA, Jaqueline Mielke: “O § 3º do artigo 300 do NCPC corrigiu a impropriedade do artigo 273 do CPC/73 relativamente ao requisito reversibilidade, na exata medida em que expressamente refere que a tutela de urgência antecipada *‘não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão’*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 76.

<sup>1709</sup>BUENO, Cassio Scarpinella: “De acordo com o § 3º do art. 300, “A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Trata-se de previsão que se assemelha ao § 2º do art. 273 do CPC atual e do “pressuposto negativo” para a antecipação da tutela a que se refere aquele artigo e que estava prevista no art. 302 do Projeto da Câmara e, felizmente, sem par no Projeto do Senado”. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219.

<sup>1710</sup>MORAES, Voltaire de Lima: “O novo Estatuto processual estabelece um comando normativo somente aplicável à tutela antecipada, que não se aplica à cautelar, no sentido de que ela não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º). Essa disposição não constitui novidade, pois semelhante regramento consta do CPC de 1973, em seu art. 273, § 2º, que estatui: *‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’*”. In: **Novo Código de Processo Civil Anotado**. Porto Alegre: OAB/RS. ESA. 30 anos, 2015, p. 239.

tutela antecipada. Contudo, chama a atenção o fato de que a alteração do texto legislativo reforça o sentido da exigência da reversibilidade fática em detrimento da reversibilidade jurídica, o que reforça a necessidade da crítica posta na tese.

Aprofundando a exposição cumpre salientar que a doutrina não tem, de regra, trazido temas de alta indagação em face da alteração do parágrafo gizado, tanto que praticamente todos os doutrinadores continuam dando o mesmo tratamento doutrinário para a questão da (ir)reversibilidade. Com isso são reiterados o debate e a divergência doutrinária sobre a aplicabilidade do dispositivo legal, onde uma parte não tece nenhuma crítica ao referido dispositivo, enquanto que outra tece considerações críticas, porém sem a aproximação hermenêutica-filosófica pretendida através das considerações seguintes. Inclusive o mesmo problema é reproduzido na jurisprudência, sem maior aprofundamento, seguindo ora um posicionamento doutrinário, ora outro.<sup>1711</sup>

A parcela crítica da doutrina argumenta primeiramente que não deveria ter havido a recepção do mesmo dispositivo prevendo a irreversibilidade no Código atual, pois no Código anterior a jurisprudência majoritariamente entendia cabível a concessão de Tutela de Urgência em situações de irreversibilidade. A propósito, Daniel Amorim Assunção Neves entende que os tribunais têm sistematicamente afastado a aplicação do texto em face da teoria anteriormente mencionada, flexibilizando em muito a regra. Portanto, os legisladores não deveriam fingir nada estar acontecendo e ter evitado a repetição<sup>1712</sup>. Ou seja, pressupõe de qualquer forma, diferentemente da tese, situações de reversibilidade e irreversibilidade.

Não muito distante, Cássio Scapinela Bueno, por igualmente admitir a viabilidade da reversibilidade fática, vislumbra a inconstitucionalidade do dispositivo. Porém, concebe a inconstitucionalidade nos valores de maior relevo que, no caso concreto,

---

<sup>1711</sup>V.g. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Agravos de Instrumento: 700717561/50 de 11/01/17; 70071594881 de 15/12/16 e 70070958475 de 15/12/16), BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Ag Interno REsp 2496845 de 04/10/16; REsp 1615687 de 16/08/16 e Ag Rg no AREsp 626816 de 07/06/16) e Brasil. Supremo Tribunal Federal (AI 739371 Ag r – Ag R – segundo de 01/09/15; AI 831740 ED de 27/03/12 e AC 2383 MC-QO 27/03/12).

<sup>1712</sup>NEVES, Daniel Amorim Assunção: “Segundo o art. 298, § 3.º, do Novo CPC, a tutela de urgência não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, seguindo-se inexplicavelmente a regra consagrada no art. 273, § 2.º, do CPC/1973, já que esse requisito negativo para a concessão da tutela de urgência é sistematicamente afastado diante da análise da irreversibilidade recíproca, como ocorre na liberação de medicamentos por meio de tutela antecipada. Diante da constatação empírica de afastamento rotineiro do requisito negativo, chega a ser surpreendente que o legislador finja que nada está acontecendo e se limite a prever norma legal significativamente flexibilizada”. In: **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 7ª ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015, p. 1493.

poderiam restar prejudicados, em face da não concessão da Tutela de Urgência antecipada nos casos de efeitos irreversíveis da decisão. Portanto, sugere “contornar” a inconstitucionalidade substancial, com a admissão da exigência da reversibilidade, de modo a vedar a concessão da tutela, somente quando o perigo de dano fosse maior ao réu do que ao autor. Defende, portanto, uma “interpretação” em que se aplicaria o princípio da proporcionalidade, para afastar o rigorismo legal. O julgador não poderia ficar limitado à irreversibilidade em face de outros interesses preponderantes a serem tutelados<sup>1713</sup>. A inconstitucionalidade argumentada, portanto, vai na linha do criticado pamprincipiologismo, passando longe da crítica levantada na tese, de enxergar que a previsão no texto legislativo é uma porta aberta para o antidemocrático e inconstitucional arbítrio judicial.

Em seguida é possível trazer as lições de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, partindo da premissa da oposição reversibilidade e irreversibilidade, diferentemente da tese que inadmite a reversibilidade fática, criticam o mesmo texto legal por ilogicidade. Atestam que não se poderia admitir o sacrifício de um Direito provável pela possibilidade de prejuízo irreversível ao Direito improvável. Centram sua lógica, portanto, na questão da cognição vertical<sup>1714</sup> onde o direito provável sempre admitiria o prejuízo irreversível ao direito improvável<sup>1715,1716</sup>.

Ao que contrapõe a doutrina de Cândido Dinamarco no sentido que não seria

---

<sup>1713</sup>BUENO, Cássio Scapinella: “Deve prevalecer para o § 3 do art. 300 do novo CPC a vencedora interpretação que se firmou a respeito do § 2 do art. 273 do CPC atual, única forma de contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, implícito ao sistema- porque isso decorre do “modelo constitucional”- o chamado “princípio da proporcionalidade”, a afastar o rigorismo desejado pela nova regra”. *In: Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217.

<sup>1714</sup> Expressão advinda dos estudos de Kazuo Watanabe sobre a cognição no processo civil. *In: Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>1715</sup> MITIDIERO, Daniel: “No exato momento em que o art. 300, § 3.o, veda a concessão de antecipação da tutela quando “houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”, ele vai a contramão da lógica do provável que preside a tutela provisória (Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d’Urgenza – Struttura e Limiti della Tutela Anticipatoria* cit.). Justamente por essa razão, tendo a técnica antecipatória o objetivo combater o perigo na demora capaz de produzir um ato ilícito ou um fato danoso – talvez irreparável – ao direito provável, não há como não admitir a concessão dessa tutela sob o simples argumento de que ela pode trazer um prejuízo irreversível ao réu. Seria como dizer que o direito provável deve sempre ser sacrificado diante da possibilidade de prejuízo irreversível ao direito improvável – o que é obviamente um contrassenso”. *In: Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Organizadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. Eduardo Talamini. Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 735

<sup>1716</sup> “Ipsis literis”. *In: Novo Código de Processo Civil comentado*. Marinoni, Luiz Guilherme. Sérgio Cruz Arenhart. Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015. p. 313. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 64-65.

possível tolerar sacrifício de Direito algum, mas sim assumir algum risco de lesão<sup>1717</sup>. Na medida em que se a Tutela Provisória for revogada por ocasião do juízo definitivo é porque nunca houve Direito na concessão. Porém, Luiz Guilherme Marinoni responde que o Direito provável tratar-se-ia de figura processual inconfundível com o Direito Material posto em juízo, que não pode ser provável ou improvável, pois existe ou não existe<sup>1718</sup>.

De outra banda, no viés acrítico, seguido por boa parte da doutrina, continua havendo a defesa da irreversibilidade como requisito ou pressuposto negativo<sup>1719</sup>, portanto tão importante quanto a “*probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo*”<sup>1720</sup>. Seria um requisito negativo porque não pode haver irreversibilidade para se ter a Tutela de Urgência antecipada, enquanto que os demais

---

<sup>1717</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 64-65.

<sup>1718</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “No caso da tutela antecipada, é claro, ainda não se sabe se o direito afirmado pelo autor existe ou não existe. É por isso que há tutela do direito *provável*. Falar de sacrifício do direito improvável não seria correto para Dinamarco porque “o direito improvável é direito que talvez exista e, se existir, é porque na realidade inexistia aquele que era provável”. Ora, a alusão a um direito improvável já traz em si a ideia de que o direito pode existir. O que poderia ser dito, e com razão, é que o direito material não pode ser qualificado de “provável” ou de “improvável”, pois ele existe ou não existe. Porém, a “existência” do direito é algo que pertence ao plano do direito material. Quando se está diante do processo civil e, em particular, do juízo sumário, está em jogo a probabilidade da existência do direito afirmado e, portanto, o “direito provável”, que é uma categoria, assim como a do “direito líquido e certo”, pertencente ao direito processual. A razão que impediria alguém de falar em sacrifício do direito improvável também estaria banindo, para sempre, a já consagrada locução *fumus boni iuris*. Afinal, *se é impossível sustentar que um direito improvável pode ser prejudicado porque o direito pode existir é também impossível falar em tutela de direito com base em “fumus boni iuris” porque o direito pode inexistir*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 123.

<sup>1719</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “De acordo com o art. 300, § 3º, CPC, ‘a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão’. Cumulativamente com o preenchimento dos pressupostos vistos no item anterior, exige-se que os efeitos da tutela provisória satisfativa (ou antecipada) sejam reversíveis, que seja possível retornar-se ao status quo ante caso se constate, no curso do processo, que deve ser alterada ou revogada. Essa é a marca da provisoriedade/precariedade da referida tutela”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 612.

<sup>1720</sup>Expressões utilizadas no texto legal e que não se distanciam muito dos consagrados ‘*fumus boni iuris*’ e ‘*periculum in mora*’. Também não se desconhece a crítica a respeito do risco ao resultado útil do processo vinculada a uma concepção *carrelluttiana* de asseguramento de um processo principal e de instrumentalidade ao quadrado. Porém, pedindo vênias, deixa de se adentrar mais profundamente sobre o tema por fugir dos limites do presente trabalho. Porém, sugere-se a leitura de Darci Guimarães Ribeiro e Ovídio Baptista a respeito”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. RIBEIRO, Darci Guimarães. **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As ações cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Volume 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

requisitos positivos devem estar presentes<sup>1721</sup>.

Há lição inclusive de que o texto legal mencionado tem um objetivo constitucional, processual e prático defensável. Para referida doutrina a concessão deveria ser segura de modo a possibilitar, após o atendimento dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório uma necessária restauração do *status quo ante*, de modo a evitar qualquer prejuízo prático decorrente da concessão indevida<sup>1722,1723</sup>. Com base nesse entendimento é que se justificaria a reiteração legal da irreversibilidade no Código atual.<sup>1724</sup>

A partir dessa defesa da regra legal, o ensinamento da doutrina e a aplicação jurisprudencial passa a ser no sentido de buscar uma restauração da situação fática anterior<sup>1725</sup>. O julgador deveria analisar a situação fática originária, isto é, anterior à

---

<sup>1721</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas: “Além dos dois requisitos já examinados (probabilidade de existência do direito e perigo de dano iminente), a tutela de urgência satisfativa exige mais um requisito para ser concedida. Trata-se de um requisito negativo: não se admite tutela de urgência satisfativa que seja capaz de produzir efeitos irreversíveis (art. 300, § 32)”. *In: O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 159.

<sup>1722</sup>O presente trabalho tem como premissa a superação de qualquer confusão entre reversibilidade e revogabilidade ou reformabilidade. Tendo bem presente de que a irreversibilidade diz respeito à situação fática gerada a partir da decisão. A propósito Daniel Amorim refere: “[...] a doutrina majoritária entende que a irreversibilidade não diz respeito ao provimento que antecipa a tutela, e sim aos efeitos práticos gerados por ele.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 7ª ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015, p. 1492.

<sup>1723</sup>Em decorrência da nota anterior também não se pode admitir qualquer vinculação entre as características da provisoriedade ou da temporariedade com a reversibilidade e da definitividade com a irreversibilidade, como, data vênua, defende Alexandre Freitas Câmara: “É que não se revela compatível com uma decisão baseada em cognição sumária (e que, por isso mesmo, é provisória) a produção de resultados definitivos, irreversíveis”. *In: O novo Processo Civil brasileiro*. São Paulo. Editora Atlas, 2015, p. 159.

<sup>1724</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção: “A norma tem nobre preocupação com o direito ao contraditório e a ampla defesa, servindo como salvaguarda do direito à segurança jurídica do réu, mas deve ser interpretada à luz da efetividade da tutela jurisdicional. Na realidade, a correta interpretação desse dispositivo legal é essencial para a tutela antecipada ser um efetivo instrumento no acesso à ordem jurídica justa ou mais uma previsão que em razão de suas limitações terá pouca aplicação prática e ainda menos relevância jurídica[...]”. *In: Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 7ª Ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015, p. 1492.

<sup>1725</sup>Não se desconhece o entendimento de que a reversibilidade poderia ser resolvida em perdas e danos. Porém, tal posicionamento é indiferente ao objeto do estudo, embora com ele não se concorde, por se ver nítida diferença entre reversibilidade e reparação, pois se defende que todas as situações fáticas são irreversíveis. No entanto, para ilustrar o referido posicionamento citado: “Caso haja real perigo de irreversibilidade ao estado anterior, a medida não deve ser concedida. É o caso, por exemplo, de antecipação determinando a demolição de prédio histórico ou de interesse arquitetônico: derrubado o prédio, sua eventual reconstrução não substituirá o edifício original. Aqui existe a irreversibilidade de fato, que impede a concessão da tutela antecipada. Quando houver irreversibilidade de direito, ou seja, quando puder resolver-se em perdas e danos, a tutela antecipada pode, em tese, ser concedida”. *In: Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 13ª edição revista, atualizada e ampliada. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2013, p. 638. Em sentido contrário: “Na realidade, esse entendimento faz do dispositivo legal letra morta, porque todos os prejuízos se convertem em perdas e danos; ainda que em algumas situações não seja o ideal a compensação pecuniária, ela é sempre possível”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito**

concessão da tutela e as consequências decorrentes do deferimento. Se percebesse a viabilidade do retorno à situação fática anterior, em face de uma futura revogação da tutela concedida, haveria a reversibilidade<sup>1726</sup>, viabilizando a Tutela de Urgência, na hipótese de estarem presentes os requisitos autorizadores.

Na crença da legitimidade da classificação de situações reversíveis e irreversíveis, a doutrina investigada admite casos em que, apesar da situação de irreversibilidade, deve ser concedida a Tutela de Urgência, confiando na *prudência* do julgador para distinguir quais seriam as hipóteses e quais valores devem preponderar na situação prática<sup>1727</sup>. A conclusão, destarte, é a de que a imposição da reversibilidade deve ser mitigada em alguns casos, de modo a não tornar letra morta os dispositivos legais autorizadores da tutela de urgência<sup>1728</sup>, fiando-se, habitualmente, no protagonismo judicial de modo a superar o legalismo. Nos referidos casos costuma, a doutrina, enxer-

---

**Processual Civil.** Volume único. 7ª Ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015, p. 1493.

<sup>1726</sup> Neves, Daniel Amorim Assumpção: “Tomando-se por base a irreversibilidade fática, deve-se analisar a situação fática anterior à concessão da tutela antecipada e aquela que será criada quando a tutela for efetivada. Sendo possível após sua revogação o retorno à situação fática anterior à sua concessão, a tutela antecipada será reversível, não sendo aplicado o impedimento do art. 273, § 2.º, do CPC. Caso contrário, haverá irreversibilidade, sendo, ao menos em tese, vedada pela lei a concessão da tutela antecipada”. In: **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 7ª Ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015, p. 1492/1493.

<sup>1727</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca: “Todavia, para o juiz poder flexibilizar o rigor do § 3º do art. 300, cabe-lhe aferir o grau de proporcionalidade entre dois riscos; os decorrentes do deferimento e os consequentes do indeferimento da tutela. Se, no mesmo caso, o indeferimento da tutela gerar risco de dano irreversível ao direito do autor e o seu deferimento gerar perigo de irreversibilidade a uma reposição in natura da situação fática anterior, deverá o juiz sacrificar o direito improvável: não há sentido em sacrificar-se o direito provável ameaçado pelo dano iminente em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, se além da bilateralidade do risco de dano irreparável houver equivalência entre os índices de probabilidade dos direitos que se encontram em conflito, deverá o juiz sacrificar os interesses de menor relevância para o ordenamento jurídico. Exemplo: Se os dados fáticos da petição exordial de uma ação demolitória incutirem a probabilidade de ser iminente a ruína de um edifício vizinho, e se o mesmo grau de probabilidade colorir a contestação quanto à segurança dessa construção, deverá o juiz antecipar a tutela sob a máxima de que o direito à vida do autor sobrepõe-se ao direito de propriedade do réu. Do mesmo modo, se forem igualmente verossímeis, tanto a afirmação do paciente hipossuficiente com risco à saúde de que tem pretensão a que o Estado lhe forneça os medicamentos essenciais, quanto a alegação do Estado de que esta obrigação não lhe assiste, deverá o juiz conceder a liminar fundada na superioridade dos direitos à vida e à saúde sobre os interesses estatais. Note-se, portanto, que a solução para esses conflitos não tem qualquer guarida no sistema positivo de direito processual civil (plano das normas jurídicas), mas decorre de um juízo ético-processual (plano dos valores jurídicos), que destrona o juiz dos seus arquétipos legalistas para lançá-lo no exercício quase desterrado da prudência”. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 414.

<sup>1728</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “Mas essa exigência legal deve ser lida com temperamentos, pois, se levada às últimas consequências, po de conduzir à inutilização da tutela provisória satisfativa (antecipada). Deve ser abrandada, de forma a que se preserve o instituto”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 613.

gar direitos constitucionais mais relevantes e menos relevantes, um embate axiológico-jurídico no caso concreto, a ser resolvido pelo princípio da proporcionalidade, onde, na seara processual, também provoca o choque da efetividade e celeridade com a segurança jurídica<sup>1729</sup>, de forma a permitir excepcionalmente a concessão da tutela de urgência na presença da irreversibilidade, considerando haver uma irreversibilidade recíproca<sup>1730,1731</sup>. Inclusive, é importante dizer que a referida ponderação dá margem à combatida subjetividade do juiz, na linha do direito nacional, inclusive do Supremo Tribunal Federal, ignorando a tradição da Teoria da Argumentação de Robert Alexy, permissora de uma atividade jurisdicional abusiva, de uma pseudo ponderação<sup>1732</sup>, na mesma linha da lição de Streck sobre a previsão da Ponderação do § 2 do artigo 489 do Código de Processo Civil atual<sup>1733</sup>. Não é encontrado na doutrina processual nacional a utilização ou ao menos a mera menção da teoria de Robert Alexy

<sup>1729</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “Diante desses direitos fundamentais em choque – efetividade versus segurança – deve-se invocar a proporcionalidade, para que sejam devidamente compatibilizados”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 614.

<sup>1730</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “Isso porque, em muitos casos, mesmo sendo irreversível a tutela provisória satisfativa – ex: cirurgia em paciente terminal, despoluição de águas fluviais etc. - o seu deferimento é essencial para que se evite um “mal maior” para a parte/requerente. Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis desfavoráveis ao requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis em desfavor do requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida. Não conceder a tutela provisória satisfativa (antecipada) para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante. Existe, em tais situações, um conflito de interesses. Em razão da urgência e da probabilidade do direito da parte/requerente, é imprescindível que se conceba a tutela provisória satisfativa (antecipada), entregando-lhe, de imediato, o bem da vida, de forma a resguardar seu direito fundamental à efetividade da jurisdição”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 613.

<sup>1731</sup>BUENO, Cassio Scarpinella: “Deve prevalecer para o § 3º do art. 300 do novo CPC a vencedora interpretação que se firmou a respeito do § 2º do art. 273 do CPC atual, única forma de contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade *substancial*: a vedação da concessão da tutela de urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é *qualitativamente* mais importante para o requerente do que para o requerido. Subsiste, pois, implícito ao sistema – porque isso decorre do “modelo constitucional” - o chamado “princípio da *proporcionalidade*”, a afastar o rigor *literal* desejado pela nova regra”. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219.

<sup>1732</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A pergunta fundamental é: *É disso que trata o NCPC?* Ou é de uma ponderação tupiniquim de que fala o legislador? Uma ponderação *fake*? Uma gambiarra hermenêutica? Uma ponderação “tipo-o-juiz-escolhe-um-dos-princípios-ou-regras-em-colisão” e... *fiat lux*, eis-aí-o-resultado-ponderativo? Parece, assim, que a ponderação do NCPC está a quilômetros-luz do que propõe Alexy (e também à mesma distância da ponderação inventada originalmente no início do século XX por Philippe Heck, na sua *Jurisprudência dos Interesses*”). In: **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 145.

<sup>1733</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Se estivermos entendidos, podemos estar certos de que, quando o legislador fala em “ponderação”, está se referindo à longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada), em *terrae brasiliis*, da ponderação (*Abwägung*) da Teoria da Argumentação proposta por R. Alexy. Com certeza, nosso legislador, ao invocar uma “colisão entre (sic) normas” (sic), reportou-se a isso, o que acarreta gravíssimas consequências. Já falei muito e

que, para os casos fáceis, prega a positivista subsunção do caso à regra e, para os casos difíceis, tenta estabelecer um procedimento para a ponderação de princípios, aos quais qualifica como mandamentos de otimização, o que lhes impele ao choque nos casos concretos<sup>1734</sup>. Para resolver essa colisão sugere um procedimento composto por três etapas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>1735</sup>, onde na máxima da proporcionalidade em sentido estrito (fórmula do peso) haverá graus (leve, moderado ou forte) atribuídos aos princípios colidentes para estabelecer qual deva prevalecer no caso concreto<sup>1736</sup>. O resultado do procedimento é a criação de uma nova norma de Direito fundamental a ser aplicada por subsunção como a regra<sup>1737</sup>. Todavia, talvez em grau mais moderado, por trabalhar com um critério racional para as hipóteses de colisão de princípios, mas ainda permissora do

---

já critiquei sobremaneira o *ab-uso* disso que por aqui chamamos de “ponderar”. Posso afirmar, com dados empíricos, que seu (ab)uso – em terras brasileiras – tem sido problemático. Para termos uma ideia, Fausto de Moraes, Prêmio Capes 2014, sob minha orientação na Unisinos, mostrou, em tese doutoral, que a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, *em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos por seu criador alemão*”.  
*In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 142.

<sup>1734</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Assim, o ponto central sobre a relação entre Direito e Moral em Alexy se dá a partir da incorporação de direitos fundamentais ao sistema jurídico, uma vez que se trata de enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas. Desenvolve, assim, uma teoria dos direitos fundamentais que tem como uma de suas características centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplica-se a técnica da subsunção (casos fáceis); no entanto, devido à abertura semântica das normas de direitos fundamentais, o autor acrescentará a noção de que estes se tratam de princípios com natureza de mandamentos de otimização, *tendo em vista que podem entrar em colisão* e, para resolver o conflito, deve o intérprete recorrer a uma ponderação (nos casos difíceis)”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 143.

<sup>1735</sup>STRECK, Lenio Luiz: “O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há *colisão de princípios* (atenção: *é colisão de princípios e não, genericamente, de normas*) sendo um procedimento composto por três etapas: a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (atenção juristas pindoramenses: *há um procedimento composto por três etapas*). Enquanto as duas primeiras se encarregam de esclarecer as possibilidades fáticas, a última será responsável pela solução das possibilidades jurídicas do conflito, recebendo do autor o nome de lei do sopesamento (ou da ponderação) que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro””. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 143.

<sup>1736</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Recorrendo ao simbolismo lógico, o autor vai elaborar, então, a sua “fórmula do peso”, uma equação que representa a máxima da proporcionalidade em sentido estrito e através dela permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderado ou sério-forte) a cada um dos princípios a fim de estabelecer qual prevalecerá (*atenção Pindorama: entenderam como é “simples” isso?*). A resposta obtida pela ponderação resultará numa *norma de direito fundamental atribuída* (*zugeordnete Grundrechtsnorm*) que, fruto da resolução dessa colisão, será uma regra aplicada subsuntivamente ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos)”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 144.

<sup>1737</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Aliás, levada a ferro e fogo, em Alexy sempre haverá subsunção (tanto nos

combatido arbítrio judicial<sup>1738</sup>. Novamente haverá, o que não se admite para a concepção do Direito pós-moderno sugerido na tese, a afetação da autonomia do Direito, com a sua correção pela moral<sup>1739</sup>. Ainda que possa ser admitida uma moral racional e democrática<sup>1740</sup>, sempre haverá a limitação da correção segundo critérios exclusivamente jurídicos. A doutrina costuma justificar a concessão da Tutela de Urgência em situações irreversíveis no sacrifício dos interesses relacionados a um Direito improvável do réu, em prol de um Direito provável do autor. Com isso, é permitida a

---

casos fáceis, resolvidos por regras, como nos casos difíceis quando ao final é uma regra atribuída que será aplicada também por subsunção). Entretanto, Alexy reconhece que os direitos fundamentais não são passíveis de serem logicamente refinados a ponto de excluir impasses, admitindo, de fato, que há uma discricionariedade interpretativa, tanto do Judiciário como do Legislativo, para chegar ao resultado do impasse”. In: **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 144.

<sup>1738</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Refutando a objeção de que a tal ponderação seria um procedimento realizado de forma precipitada ou que consistira em uma “fórmula vazia”, Alexy sustenta que mesmo que a ponderação não estabeleça um parâmetro pelo qual se termine com a discricionariedade, ela oferece um critério racional ao associar a lei de colisão que deveria ser conjugado com uma teoria da argumentação jurídica racional que inclui uma teoria da argumentação prática geral. Essas considerações fazem Alexy assumir uma teoria do discurso jurídico não apenas analítica, mas também normativa, uma vez que não restringe à análise formal da estrutura lógica das proposições em questão, marchando em direção da busca por “critérios para racionalidade do discurso”.” In: **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 144.

<sup>1739</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Dessa forma, tendo em vista que a argumentação jurídica depende de argumentos do discurso prático geral, a sua incerteza não ode nunca ser eliminada por completo, ainda que ocorra sob “condições que elevam consideravelmente seus resultados”. Alexy conclui que “a racionalidade da argumentação jurídica, na medida em que é determinada pela lei, é por isso sempre relativa à racionalidade da legislação”, encontrando seus limites no âmbito de um ordenamento jurídico que pressupõe como válido um conceito de Direito vinculado a uma moral que atua como pretensão de correção de ofensa a impedir situações de notória injustiça”. In: **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 144.

<sup>1740</sup>PINKER, Steven: “Em outras palavras, a visão de mundo que orienta atualmente os valores morais e espirituais de uma pessoa instruída é a visão de mundo que a ciência nos deu. Embora os fatos científicos por si próprios não determinem valores, certamente reduzem possibilidades. Ao despojar a autoridade eclesiástica de sua credibilidade em questões factuais, lançam dúvidas sobre suas pretensões de certeza em questões de moral. A refutação científica da teoria dos deuses vingativos e das forças ocultas enfraquece práticas como o sacrifício humano, a caça às bruxas, a cura pela fé, o julgamento pela provação e a perseguição de hereges. Ao expor a ausência de propósito nas leis que governam o universo, a ciência nos obriga a assumir a responsabilidade pelo bem-estar de nós mesmos, de nossa espécie e de nosso planeta. Pela mesma razão, enfraquece qualquer sistema moral ou político baseado em forças místicas, buscas, destinos, dialéticas, lutas ou eras messiânicas. E, em combinação com algumas convicções irrefutáveis – que todos nós valorizamos nosso próprio bem-estar e que somos seres sociais que se influenciam uns aos outros e que podem negociar códigos de conduta –, os fatos científicos militam em defesa de uma moral defensável, ou seja, princípios que maximizem o desenvolvimento dos seres humanos e outros seres sensíveis. Esse humanismo (capítulo 23), que é inseparável da compreensão científica do mundo, está se tornando a moral de facto das democracias modernas, organizações internacionais e religiões liberalizadoras, e suas promessas não cumpridas definem os imperativos morais que enfrentamos hoje”. In: **O novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A., 2018, p. 462.

preponderância da efetividade e celeridade em detrimento da segurança jurídica<sup>1741</sup>.

De todas as maneiras, tanto pelo viés crítico, quanto pelo acrítico, há admissão de situações reversíveis e irreversíveis, ao que é levantada objeção, na linha da defesa do escrito. O óbvio obnubilado metafisicamente é no sentido de que não pode ser admitida a premissa da reversibilidade para qualquer caso, na medida em que todo e qualquer efeito prático será sempre irreversível. Dizer, assim, que para a concessão da Tutela de Urgência é necessário volta no tempo, seria impor uma exigência impossível, com o que haveria a inutilização de instrumento processual democrático de grande monta. Ou, talvez tão ruim quanto, por atentar contra o objetivo democrático constitucional do Direito, admitir que o juiz pela sua consciência classifique casos de reversibilidade e irreversibilidade, negando ou permitindo a Tutela de Urgência de acordo com seu arbítrio.

Há ainda quem tente harmonizar o referido dispositivo com o sistema posto ao afirmar que na realidade o dispositivo impede o prejuízo ao julgamento definitivo, na linha do posicionamento trazido na *référé* e que há alguns efeitos jurídicos que seriam incompatíveis com a provisoriedade que estariam vedados, consubstanciando-os em irreversibilidade. É o que aconteceria com algumas decisões constitutivas e declaratórias que pressupõem a coisa julgada para adquirirem todos os efeitos desejáveis. Em que pese não exista real empecilho para a provisoriedade da constituição e da declaração, não costuma ser bem vista tal possibilidade na cultura jurídica, com o que distinguem novamente a irreversibilidade prática e jurídica, dando viabilidade para os efeitos práticos de decisões constitutivas e declaratórias, mas não para a jurídica<sup>1742</sup>.

---

<sup>1741</sup>DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de: “Como regra, sempre que forem constatados a probabilidade do direito e o perigo da demora da prestação jurisdicional resultantes da sua não-satisfação imediata, deve-se privilegiar o direito provável, adiantando sua fruição, em detrimento do direito improvável da contraparte. Deve-se dar primazia à efetividade da tutela com sua antecipação, em prejuízo da segurança jurídica da parte adversária, que deverá suportar sua irreversibilidade e contentar-se, quando possível, com uma reparação pelo equivalente em pecúnia”. In: **Curso de Direito Processual Civil**. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 614.

<sup>1742</sup>ABELHA, Marcelo: “Contudo, a dificuldade de se antecipar a tutela da própria pretensão constitutiva ou declaratória permanece porque culturalmente não admitimos que as situações jurídicas constitutivas ou declaratórias possam ser uma eficácia provisória em razão dos riscos de “irreversibilidade” e “instabilidade” que tais provimentos possam causar às relações sociais delas dependentes. Exatamente por isso, construiu-se a argumentação jurídica de que até mesmo nas ações constitutivas positivas ou negativas, bem como nas declaratórias positivas ou negativas, a tutela de urgência antecipatória de mérito se mostra viável na medida em que o que será antecipado não será o mérito *stricto sensu*, isto é, o próprio provimento constitutivo ou declaratório (efeito jurídico do pedido), *mas sim seus efeitos práticos que estejam intimamente relacionados com a situação de urgência a ser debelada*”. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 426.

A doutrina costuma citar, como impossibilidade de tutela antecipada, em face da irreversibilidade do efeito constitutivo negativo, o exemplo do divórcio.<sup>1743</sup> No mesmo sentido, a doutrina prega a inviabilidade, de forma generalizada, da antecipação de tutela constitutiva do estado ou capacidade das pessoas.<sup>1744</sup> Quando na verdade a pregada inviabilidade da Tutela de Urgência em face da irreversibilidade jurídica da declaração e da constituição estão atreladas ao exaurimento cognitivo do juiz, quando ao final do processo ordinário, ultrapassadas todas as suas fases lógicas necessárias, seria alcançado o juízo de certeza apto a produzir coisa julgada atinente à declaração e constituição<sup>1745</sup>. De qualquer modo, tal conteúdo doutrinário relevante, inerente às tutelas provisórias, não guarda relação direta com o criticado retorno no tempo inerente à reversibilidade, à restauração do *status quo* ou efeito prático. Ademais, houve uma sutil modificação no texto legal, que muitas vezes passa despercebida. O código anterior gizava que o perigo era de “*irreversibilidade do provimento antecipado*”, enquanto que o atual menciona o perigo de “*irreversibilidade dos efeitos da decisão*”,

---

<sup>1743</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “O que o § 3º do art. 300 veda quando afirma que a tutela de urgência “não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão” é, além de prejuízo ao juízo final, a criação de determinados efeitos jurídicos incompatíveis com a situação de direito substancial objeto de tutela jurisdicional. Mais claramente, o que se proíbe são determinadas constituições provisórias. Como é evidente, não há como decretar provisoriamente o divórcio ou desconstituir provisoriamente o casamento, embora seja adequado ordenar, também por exemplo, que um cônjuge se afaste do outro em vista de decisão de separação de corpos”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

<sup>1744</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Portanto, ao falar em perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a norma proíbe, por exemplo, a *antecipação da constituição de uma relação de filiação ou a antecipação da desconstituição de um casamento*. É certo que é possível, na perspectiva técnico-processual, a antecipação da constituição. Porém também não há dúvida que é impossível admitir, *de forma generalizada*, a antecipação da constituição, já que é inconcebível a tutela antecipada nas ações relativas ao estado ou à capacidade das pessoas”. *In: Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

<sup>1745</sup>ABELHA, Marcelo: “Assim, por exemplo, numa ação declaratória de inexistência de título, não poderá ser antecipada a “certeza da inexistência ou existência da obrigação apresentada pelo título executivo”, que se constitui no próprio pedido da ação declaratória, posto que seria causador de uma enorme instabilidade das situações jurídicas derivadas dessa antecipação (argumenta-se que na cognição sumária não se mostraria coerente ou lógica a obtenção antecipada de uma “certeza provável”). O mesmo se diga quanto à impossibilidade de se antecipar o efeito jurídico constitutivo positivo ou negativo reclamado nas ações constitutivas, como por exemplo, numa ação para anular um concurso público. Todavia, isso não elide a possibilidade de obtenção por via de antecipação de tutela dos efeitos práticos ou concretos da tutela pretendida. Assim, naquela ação declaratória citada acima, poderia se obter a sustação do título protestado por meio da decisão mandamental. O mesmo raciocínio se aplica às ações de natureza constitutiva, quando o que se permite antecipar é a possibilidade de o autor participar do certame enquanto não anulado o concurso. Na verdade, o que se antecipa é a eficácia social (efeitos práticos) no mundo prático e concreto de uma situação específica que esteja em risco pela urgência, mas não se antecipa a eficácia jurídica do próprio provimento constitutivo ou declaratório, que só virá ao final”. *In: Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016. p. 427. Ver mais em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 65-66.

adotando um posicionamento preferentemente do sentido da reversibilidade prática, pois atinente a efeitos da decisão, em detrimento da construção doutrinária da reversibilidade jurídica. Portanto, a modificação não foi suficiente, indo além do entendimento de Marinoni, para quem poderia ter sido expresso no texto legal que a Tutela de Urgência *pode* produzir efeitos práticos irreversíveis<sup>1746</sup>, a tese advoga que melhor seria reconhecer que todas as tutelas de urgência *sempre* produzem efeitos práticos irreversíveis. E, veja bem, quando é dito Tutela de urgência não há limitação à tutela antecipada como no texto legal, mas sim ampliação para tutela antecipada e cautelar<sup>1747</sup>.

A análise realizada do tratamento dado à questão processual da (ir)reversibilidade mostra que, mesmo na visão crítica, em nenhum momento qualquer doutrina chega a combater a dualidade alienante do mundo do Direito e do mundo da vida, preso à concepção objetiva do Direito e do Julgamento (Juiz boca da lei), de origem liberal iluminista<sup>1748</sup>, atrelada inevitavelmente na crença metafísica do retorno no tempo. Ao travar esse combate a tese vencedora não pode ser outra que não aquela de reconhecimento de que todos os efeitos práticos são inevitavelmente irreversíveis, como defendido. Então, a partir dessa premissa, quando os efeitos indelévels do tempo forem prejudiciais, devem ser trabalhados e aperfeiçoados os instrumentos processuais das tutelas de urgência<sup>1749</sup>, e não ignorar o tempo e a irreversibilidade.

Em busca do aperfeiçoamento dos instrumentos, na linha da tese, caberia à doutrina e à jurisprudência aprofundar a questão decorrente da fatalidade da irreversibilidade dos efeitos decorrentes de qualquer decisão jurídica que enfrente o mérito,

---

<sup>1746</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Contudo, para a adequada interpretação do § 3º do art. 300 não basta afirmar que a tutela antecipada não pode prejudicar o juízo de cognição exauriente nem criar determinadas situações jurídicas. É também necessário deixar claro que a tutela antecipada *pode produzir efeitos fáticos irreversíveis*”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 122.

<sup>1747</sup>MARINONI, Luiz Guilherme: “Não há razão para não admitir tutela antecipada que possa gerar efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos”. In: **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções processuais diante do tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 123.

<sup>1748</sup>BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 297-320.

<sup>1749</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel: “A realidade sobre as quais todos esses dispositivos operam é o tempo como fator de corrosão dos direitos, à qual se associa o empenho em oferecer meios de combate à força corrosiva do tempo-inimigo. Quando compreendermos que tanto as medidas cautelares como as antecipações de tutela se inserem nesse contexto de neutralização dos males do decurso do tempo antes que os direitos hajam sido reconhecidos e satisfeitos, teremos encontrado a chave para nossas dúvidas conceituais e o caminho que há de conduzir à solução dos problemas práticos associados a elas”. In: **A nova era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 55.

que tem na concreção fática corolário lógico. Todavia, seguindo a tendência de massificação da hodiernidade, onde não há preocupação com o aprofundamento, mas apenas com a reprodução, tal tarefa acaba não sendo realizada. seja pelo deferimento, seja pelo indeferimento, na medida em que o deferimento e cumprimento tutela interesse do autor, passando o tempo a lhe ser benéfico, ao mesmo tempo em que agride interesse do réu, tendo o tempo em seu desfavor, enquanto que o indeferimento obsta interesse do autor, com o que o tempo corre contra ele e favorece interesse do réu, que tem o tempo a seu favor. Com essa consciência, não é demais reiterar, há a necessidade do juiz constitucional democrático reassumir suas responsabilidades, reconhecendo que não é um mero boca da lei, que não pode fugir para o conforto do mundo jurídico encantado do cientificismo positivista, aguardando que o processo técnico lhe traga a solução, favorecendo convenientemente, em qualquer caso, o chamado juízo de “certeza”. O juiz com o perfil constitucional e democrático defendido na tese deve saber que do exercício da sua função sempre resultarão interesses prejudicados, seja do autor pelo não deferimento, seja do réu pelo deferimento e deve ter coragem de decidir da forma e no momento adequado sempre que instado para tanto. Tão importante quanto essa conscientização é o aprofundamento a respeito da responsabilidade processual das partes tanto pela satisfação do interesse indevido através da Tutela de Urgência, quanto pela não satisfação do interesse devido pelo indeferimento do pedido da tutela. Dessa forma, cresce o interesse pelas formas preventivas do referido prejuízo, como através de caução real ou fidejussória em favor do réu ou do autor, oferecidas ou exigidas tanto por um quanto por outro, denominadas de caução contracautela<sup>1750</sup> ou caução substitutiva, sem prejuízo de outros e novos institutos aptos a cumprir tais objetivos. Sem perder de vista também as possibilidades indenizatórias do art. 302 do Código de Processo Civil, inclusive com reconhecimento

---

<sup>1750</sup>ABELHA, Marcelo: “Frise-se que esta contracautela pode e deve ser vista pelo juiz tanto sob os olhos do requerido quanto do requerente da medida. Assim, pode o magistrado exigir, excepcionalmente, a contracautela, respeitados os limites previstos no dispositivo. Por outro lado também pode o requerente pleitear a medida de urgência ele mesmo oferecendo se tiver condições para tal, a referida caução como forma de diminuir a tensão e o *risco de prejuízo de uma decisão fruto de juízo provável*”. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 398.

da responsabilidade objetiva, a favor do réu<sup>1751,1752</sup>.

A propósito, o entendimento minoritário, encabeçado por Ovídio<sup>1753</sup>, defendendo uma responsabilização subjetiva, entendendo excessiva a responsabilização objetiva, tem a aquiliana em maior conformidade com o sistema de responsabilidade por dano processual<sup>1754</sup>, evitando um temor indevido de pedidos de Tutelas de Urgência, o que, no final das contas, acaba obstaculizando o direito de ação<sup>1755</sup>. Esse posicionamento minoritário, se fosse o prevalente, tornaria desnecessário o dispositivo criticado da irreversibilidade, proporcionando um tratamento de maior isonomia<sup>1756</sup>.

A adoção da tese da responsabilidade objetiva só pode prejudicar ao autor, e não ao réu. A isonomia impõe a criação de um correspondente legal equivalente, favorável ao autor, o que demandaria um estudo próprio indispensável dentro do que

---

<sup>1751</sup>ABELHA, Marcelo: “O referido artigo 302 prevê a incidência da responsabilidade objetiva (dano + nexos de causalidade). Trata-se de regra que fixa a responsabilidade processual objetiva em relação aos danos causados pela execução indevida da tutela – ou seus efeitos – que foi fruto da técnica de sumarização. Há dois aspectos fundamentais que não podem ser olvidados: é preciso que a tutela provisória não seja confirmada pelo provimento exauriente final e que da sua execução tenham resultado danos ou prejuízos à parte que a ela se submeteu. Verificados esses dois aspectos – o primeiro pela simples observação objetiva e o segundo pela comprovação da existência de prejuízos –, proceder-se-á ao ressarcimento nos próprios autos sempre que isso for possível. Veja-se que não há propriamente uma “liquidação”, pois ter-se-á de alegar e provar os danos sofridos. Apenas a antijuridicidade pode ser verificada pelo descompasso entre a medida antecipada (evidente ou urgente) e o provimento final exauriente”. *In: Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 398/399.

<sup>1752</sup>No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23ª ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2006, p. 186

<sup>1753</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do Processo Cautelar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>1754</sup>GRECO, Leonardo: “Com pouco relevantes diferenças de redação, o artigo 301 impõe a responsabilidade do requerente da tutela de urgência pelos danos que causar a efetivação da medida, caso a sentença final lhe seja desfavorável, se obtida em caráter antecedente, não tiver ele promovido a citação do requerido no prazo legal, se a medida caducar ou se o juiz acolher a alegação de decadência ou de prescrição. Sempre me rebelei contra o entendimento da doutrina dominante na vigência do Código de 73 de que essa responsabilidade fosse objetiva. No silêncio da lei, entendo que a norma deva ser interpretada em consonância com o sistema de responsabilidade por dano processual, que impede que o cidadão tenha inibido o seu direito de acesso à justiça por riscos imprevisíveis, salvo se tiver agido com dolo ou culpa”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 165.

<sup>1755</sup>GRECO, Leonardo: “Mas a responsabilidade objetiva vulnera também o direito de acesso à Justiça do requerente (Constituição, artigo 5º, inciso XXXV), criando obstáculo imensurável ao exercício do direito de ação. Com efeito, os riscos que o litigante de boa-fé enfrenta em decorrência do ingresso em predeterminados e módicos, limitando-se aos encargos da sucumbência, para que, devidamente sopesados pelo autor antes do ajuizamento da demanda, influam objetivamente na decisão de vir a juízo, refreando apenas o litigante temerário, e não criando efeito intimidativo excessivo em relação àquele que tem convicção do seu direito”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 166.

<sup>1756</sup>BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do Processo Cautelar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 219.

está dito. Porém, é fácil perceber de plano que, adotada a tese da responsabilização objetiva do autor, também deveria haver a previsão da responsabilização objetiva do réu, quando o indeferimento do pedido de tutela, por insurgência do réu, tivesse confirmação ao final, na tutela definitiva, em face da presença dos requisitos, inclusive, com liquidação nos mesmos autos. Sem descuidar que a tese da responsabilização objetiva deve levar em conta que a origem do tratamento desigual das partes, prevendo a responsabilização objetiva somente para o autor que tivesse revogada a sua Tutela de Urgência, está nas medidas executivas e cautelares do processo do réu, do processo cientificista, iluminista, herdado da burguesia, com o que tem a técnica antecipatória como excepcionalidade, pois a regra do processo referido pressupõe medidas constrictivas ou satisfativas somente após o juízo de certeza (conhecimento-execução)<sup>1757</sup>. Como dito, tema merecedor de aprofundamento próprio a ser realizado oportunamente.

---

<sup>1757</sup>GRECO, Leonardo: “Parece-me que a doutrina europeia, alemã e italiana, que difundiu a tese da responsabilidade objetiva do credor na execução e no processo cautelar, fundou-se numa premissa que hoje não merece mais acolhida, qual seja a de que essas modalidades de tutela jurisdicional seriam excepcionais e complementares, em relação à tutela jurisdicional de conhecimento. Daí o recurso à teoria do risco judiciário, como se anormal fosse a situação em que o credor colocava o devedor por força da execução, ou em que o requerente colocava o requerido da medida cautelar”. *In: Desvendando o Novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 165.

## 5.2 O Processo Constitucional Democrático – Incompatibilidade com a reversibilidade em face da abertura para o arbítrio judicial

As Tutelas de Urgência têm fundamental importância para o objetivo democrático perseguido através do processo, de modo a possibilitar o reconhecimento e o combate da crise do Direito e do Processo. Nesse escopo é fundamental o empenho no desnudar do limite da atuação judicial que, como referido, no caso brasileiro, em especial, deve ser buscada uma atuação permissiva do resgate, ainda que em caráter subsidiário, de forma comumente tardia, em relação ao que já deveria ter sido implementado pelo Estado, das promessas democráticas insatisfeitas. Em sendo assim, os obstáculos inconvenientes, ainda que implementados por outros órgãos exercentes de funções do Estado, como no caso o Legislativo, com um texto legal inadequado e inoportuno, devem ser reparados pelo Juiz. Está aí, no reforço da autoridade judicial, na capacidade de efetivação de suas decisões, um dos grandes pilares da força do Direito. Obviamente, com decisões com fundamento racional, limitado ao Direito, sem espaço para o solipsismo judicial, de modo a permitir somente o arbítrio dos cidadãos, e não dos ocupantes do cargo de magistrado, dentro do limite jurídico, possibilitando o convívio social com liberdade<sup>1758</sup>, o viver em comunidade, com o asseguramento do impeditivo de retrocesso social e, ainda mais que tudo isso, possibilitador da transformação em prol da senda democrática. Afinal, o Direito e o Processo pós-positivistas defendidos devem ter condições para cumprir um papel transformador da sociedade, adjudicando sentidos da Constituição, em face da sua nova dimensão, ampliação e alcance no sistema jurídico. A Constituição, o Direito e o Processo desse modo despem-se da roupagem refratária e imobilista que vestiram outrora<sup>1759</sup>, assumindo um comprometimento social, impositivo de interações e

---

<sup>1758</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “El derecho se reduce, pues, a regular las acciones externas de los hombres y a hacer posible su coexistencia, principios estos que tienen su imperativo correspondiente, el que se enuncia diciendo: “Procede exteriormente de tal modo, que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”, de donde se ha inferido una definición del derecho atribuida a Kant que dice que el derecho “es el conjunto de las condiciones por las cuales, el arbitrio de cada cual puede coexistir con el arbitrio de los demás según una ley universal de libertad”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 159.

<sup>1759</sup>CRUET, Juan: “A lei marca uma paragem do direito; ora, se o direito pára, é necessariamente excedido, porque enquanto o legislador repousa sobre um código, sociedade vai trabalhando sempre. D’ahi, nos textos jurídicos, tantos anachronismos flagrantes. Pode-se dizer que os efeitos legislativos sobrevivem às causas sociais: é o segundo aspecto do atraso das leis sobre os factos”. *In: A vida do direito e a inutilidade das leis*. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908, p. 244.

intercâmbios individuais e políticos, nos mais variados níveis, com seus incessantes desafios e dificuldades nos mais diversos graus, em prol de um fim indisfarçadamente libertário e igualitário<sup>1760</sup>, vivificador de avanços quantitativos e qualitativos da sociedade<sup>1761</sup>.

Em assim sendo, a respeito do objeto específico da tese, deve ser registrado que a inconsistência fenomenológica da exigência do sentido do texto legal de exigir a reversibilidade é tão grave que torna imperativo o reconhecimento da inconsistência, pelo juiz, em qualquer decisão a respeito de Tutela de Urgência, independentemente de insurgência da parte eventualmente prejudicada, sem descambar para o solipsismo ou arbítrio antidemocrático. Muito pelo contrário, o combate da crise jurídica em geral e do Processo em particular com a (re)legitimação democrática<sup>1762</sup> está nessa trilha. O Poder Judiciário democrático no Brasil pressupõe o fortalecimento da atuação do juiz<sup>1763</sup>, na linha do que já ocorre em vários países desenvolvidos, mas que aqui talvez adquira maior importância ainda em razão da menor fortificação democrática dos países periféricos, como o Brasil, onde a social/democracia parece ser a mais apropriada, especialmente porque não alcançada a condição do Estado Social como

---

<sup>1760</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Assim, vendo o Direito como algo inevitavelmente comprometido com as tensões, interesses, lutas e conflitos, porém tendo que optar no exercício da função judicial, e desde o ponto de vista da ética crítica, por uma ou por outra das possíveis soluções – dentro da Constituição – se orientam em maior ou menor medida, porém com graduais formas mistas, em relação a um ou outro modelo ou “tipo ideal” de justiça: sobre um que recorta liberdades, direitos e participação e resultados, ou sobre outro que impulsiona o câmbio social desde perspectivas de progresso e de reais liberdades e igualdades”. *In: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 90.

<sup>1761</sup>STRECK, Lenio Luiz tem o Direito “como impulsionador de transformações sociais qualitativas e quantitativas, característica que exsurge do plus normativo exurgente do Estado Democrático de Direito”. *In: Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 90.

<sup>1762</sup>HABERMAS, Jürgen. “Pero tan pronto como desaparece la creencia en la legitimidad de un ordenamiento existente, la coacción latente contenida en el sistema de instituciones se libera, en la forma de una coacción manifiesta ejercida desde arriba (lo cual sólo es posible temporariamente) o en la de un ensanchamiento del campo de participación de oportunidades de satisfacción legítima de las necesidades, es decir, el grado de represión ejercido por el poder): <Desde luego, la “legitimidad” de un poder social sólo puede considerarse como chance de que se lo mantenga y se lo respete en la práctica. En modo alguno se trata de que toda obediencia a un poder social se oriente primariamente según es creencia. Individuos o grupos enteros pueden fingir esa obediencia por razones oportunistas, pueden llevarla a la práctica en vista de sus intereses materiales o aceptarla como algo inevitable por debilidad y desvalimiento individuales. Pero ello no es decisivo para la clasificación de un poder social. Lo decisivo, en cambio, es que su propia pretensión de legitimidad “rija”, por su propia índole, en grado considerable, refirme su persistencia y contribuya a determinar el tipo de los medios de dominación escogidos>”. *In: Problemas de legitimación en el Capitalismo tardío*. Colección Teorema. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999, p. 163.

<sup>1763</sup>O fortalecimento da atuação judicial como afirmado, por óbvio, diante de tudo que já foi exposto, não compactua com arbitrariedade ou solipsismo.

dos países desenvolvidos<sup>1764</sup>. Não se está afirmando que o papel democrático do juiz possa ser encontrado em uma fórmula universal, pois as peculiaridades do desenvolvimento político e social de uma nação é que darão o norte necessário para o delineamento desejado. Em sendo assim, o juiz pode vir a desempenhar um papel mais ativo ou menos ativo, e de qualquer forma atender ao objetivo democrático. Em linhas gerais, quanto maior for o nível de desenvolvimento social, ou seja, quanto mais próximo da condição de autossuficiência democrática, menor necessita ser a intervenção judicial. No Brasil, portanto, como dito, há uma maior necessidade de empoderamento judicial a fim de melhor se aproximar dos objetivos democráticos. Porém, como dito, somente em princípio, pois o empoderamento também pode transbordar para um solipsismo que remonta ao autoritarismo<sup>1765</sup> e a democracia é contraposta ao autoritarismo. Todavia, a democracia do Brasil atual não pode abrir mão do exercício legítimo do poder, do prestígio e respeito ao Poder Judiciário e àqueles que exercem o cargo de juiz. Essa salvaguarda do Poder Judiciário e da atuação do juiz não ocorre em razão da necessidade de proteção da autoridade pela autoridade, mas com o referido fundamento democrático, mesmo que, já há algum tempo, se reconheça uma crise de autoridade que acaba repercutindo inevitavelmente no declínio e desconsideração a tão elevada função do Estado e daqueles que exercem o cargo correspondente<sup>1766</sup>.

Na linha do fortalecimento do Poder Judiciário, calha lembrar que muitos países desenvolvidos enxergam legitimação democrática no agir de ofício do julgador em diversas ocasiões. Sempre em caráter de excepcionalidade, mas quando justificável, não pode ser negada tal via. O reconhecimento da irreversibilidade fática pode ser feito de pronto pelo juiz tanto pelo critério da prevenção formal quanto, da material. Na prevenção material está a necessidade de fazer prevalecer a efetividade da Tutela

---

<sup>1764</sup>Tema enfrentado no capítulo primeiro.

<sup>1765</sup>Discussão interessante a respeito *In*: AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil e Ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

<sup>1766</sup>CARNELUTTI, Francesco: “En verdad, y desde este punto de vista, en los últimos tiempos se ha hecho algo pero no todo. Queda en pie, y tiene aun máxima importancia, la cuestión del prestigio. Es este un aspecto del problema del cual no se puede ocultar que vivimos en un período de alarmante decadencia. Al juez se le escatima, no ya solo el prestigio, sino hasta el respeto. La función judicial, que es la más elevada de las funciones del Estado, más alta incluso que la función legislativa, debiera estar aureolada de veneración, como lo está el sacerdocio. Desgraciadamente, la multitud no venera ya ni al sacerdote ni al juez. De tal modo, que a este le faltan, el ambiente propicio y aquella elevación espiritual, condiciones imprescindibles para que pueda superar las dificultades extremas de su oficio”. *In*: **Cómo se hace un proceso**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá, Colômbia: Editorial Juris, 2007, p. 51.

de Urgência em detrimento da questão processual. No caso de tão relevante instrumento como das Tutelas de Urgência, onde é possível inclusive a concessão de liminares, isto é, a concessão da tutela sem que a outra parte seja previamente ouvida, conforme regra do inciso I, parágrafo único do art. 9º do Código de Processo Civil<sup>1767</sup>,<sup>1768</sup>, não é possível também deixar de ser estendida para a questão intrínseca a elas o reconhecimento de plano da inconsistência, sob pena de fazer prevalecer a formalidade sobre a efetividade, até porque o referido rol não é taxativo<sup>1769</sup>. Significa que não é cogitável o ferimento do postulado democrático previsto expressamente no atual Código de Processo Civil, em seu art. 10<sup>1770</sup>, de inadmissão de decisões surpresas, uma vez que não é regra absoluta<sup>1771</sup>. Certo é que não parece razoável fazer perecer eventual direito sob o argumento arbitrário de que a Tutela de Urgência está sendo indeferida por ser irreversível. Na prevenção formal está o dever do juiz de reconhecer de ofício o vício consistente na exigibilidade da reversibilidade para concessão das tutelas de urgência, contribuindo para o aperfeiçoamento técnico das formulações processuais, com o que, no final das contas, estará trabalhando em prol da primazia do julgamento de mérito, da cooperação com as partes, contribuindo para

---

<sup>1767</sup>Estabelece ort. 9º mencionado: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência...”

<sup>1768</sup>CUNHA, Leonardo. Art. 9º.: “Exceções à regra. A regra que impõe a audiência prévia da parte adversa para que seja proferida decisão contrária comporta algumas exceções previstas no próprio art. 9º do CPC. Nos casos de tutela provisória de urgência, a fim de atender à situação emergencial e garantir a efetividade da jurisdição, o juiz pode dispensar a oitiva prévia e conceder a medida, diferindo o contraditório para um momento posterior”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

<sup>1769</sup>CUNHA, Leonardo. Art. 9º.: “Rol exemplificativo: As exceções previstas no art. 9º do CPC constituem um rol exemplificativo. São casos em que o legislador, já se antecipando a uma ponderação de interesses que pudesse ser feita pelo juiz concretamente, faz prevalecer a efetividade em detrimento do contraditório prévio. Além dessas hipóteses, é possível que surja qualquer outra não imaginada pelo legislador que exija apreciação imediata, não havendo tempo para se instaurar o prévio contraditório, sob pena de suprimir do provimento jurisdicional a efetividade que dele possa resultar. Nesse caso, e para garantir a efetividade do comando judicial postulado, poderá o juiz, imediatamente, deferir o pedido formulado pela parte, dispensando o prévio contraditório”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

<sup>1770</sup>Dispõe o art. 10 mencionado: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

<sup>1771</sup>NUNES, Dierle. Art. 6º.: “Perceba que a regra sempre será a do contraditório preventivo e que mesmo as exceções do art. 9º, parágrafo único, que viabilizam o contraditório sucessivo (diferido) não excetam a anterioridade de oitiva, salvo quando esta inviabilize a fruição de direitos ou a eficácia de uma medida judicial”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo(Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

a efetividade do Direito<sup>1772</sup>. Essa modalidade de prevenção encontra guarida nos arts. 4 e 6º<sup>1773</sup> do Código de Processual Civil, bem como podem ser vistas especificadas para algumas situações em vários outros artigos, como o 76, 317, 932, parágrafo único, 1.017, §3º, e 1.029, §3º<sup>1774</sup>.

Sobre a questão do fortalecimento do Poder Judiciário, inclusive com admissão do agir de ofício, evitando extensão demasiada, é possível tratar da questão elegendo alguns países desenvolvidos de perfis democráticos como o suíço, francês, inglês e alemão, para ao final chegar no Brasil. Com efeito, na Suíça há lei reguladora do processo civil federal que, desde 4 de fevereiro de 1947, em seu art 37 giza que “*Le juge n’est pas lié par les offres de preuve des parties; Il ne retient que les preuves nécessaires. Il peut ordonner des preuves que les parties n’ont pas offertes*”<sup>1775</sup>. A França, em 1975, promulgou o novo “Code de procédure civile”, que fazia constar respectivamente, em seu art. 16, “*Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles*”<sup>1776</sup>e, em seu art. 143, “*Lês faits dont*

---

<sup>1772</sup>CUNHA, Leonardo. Art. 4º.: “Princípio da primazia do julgamento do mérito, o princípio da cooperação e o dever de prevenção. A decisão de mérito a ser proferida no processo deve ser fruto de uma comunidade de trabalho entre o juiz e as partes justamente porque, nos termos do art. 6º do novo CPC “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O processo deve ser cooperativo ou participativo. Várias regras processuais são condições de aplicação do princípio da cooperação, dentre as quais as que exigem o atendimento de deveres pelas partes e, igualmente, pelo juiz. Um dos deveres que se atribui ao juiz é o de prevenção, consistente no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. O juiz deve prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos e incorreções que devem ser sanados, a fim de possibilitar o exame do mérito e a solução da disputa posta ao seu crivo”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 36.

<sup>1773</sup>Giza o art. 4: As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” E, o art. 6º : “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>1774</sup>CUNHA, Leonardo. Art. 6º.: “Dever de prevenção. Consiste no convite, feito pelo juiz ou tribunal, ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. Não se trata de um dever recíproco. É um dever do órgão jurisdicional para com as partes. O dever de prevenção “...vale genericamente para todas as situações em que o êxito da acção a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas fundamentais em que a chamada de atenção decorrente do dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos poucos claros, o carácter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa actuação. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado, de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado, de referir as lacunas na descrição de um facto, de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de se convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro” (SOUZA, Miguel Teixeira de, Estudos sobre o novo processo civil. Cit., p. 66). O CPC, em diversos dispositivos (arts. 76, 317, 932, parágrafo único, 1.017, §3º, e 1.029, §3º) concretiza o dever de prevenção, reforçando o modelo cooperativo adotado no sistema brasileiro”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 41/42.

<sup>1775</sup> Tradução: “O juiz não fica vinculado às provas requeridas pelas partes. Admite as provas necessárias e pode ordenar a produção de provas que as partes não requereram.”

<sup>1776</sup>O juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas de instrução legalmente admissíveis.

*dépend La solution Du litige peuvent, à La demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible*<sup>1777</sup>. A Inglaterra, em 1998, adotou as *Civil Procedure Rules*, onde, em que pese não fosse adotado o poder expresso de agir de ofício, em matéria probatória, conferia uma série de regras<sup>1778</sup>, que acabaram por reforçar o comando do processo nas mãos do juiz<sup>1779</sup>. Finalmente, a Alemanha, com a reforma da ZPO, de 2001, no par. 142, alíneas 1ª e 2ª, foram alargados os poderes instrutórios do juiz no sentido do mesmo poder exigir da parte adversa e de terceiros documentos<sup>1780</sup>. No Brasil, já sob a égide da Magna Carta, que tem como preceito fundamental o Estado Democrático de Direito, a lei que instituiu os juizados especiais, Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, em seu artigo 5º, prevê que o “juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. No Código de Processo Civil de 2015, art. 370, está expresso o agir de ofício na hipótese instrutória, pois “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. No entanto, como se verá mais aprofundadamente adiante, não há regra idêntica no atual Código de Processo Civil em relação às Tutelas de Urgência, razão pela qual é defendida a tese da possibilidade como a resposta adequada ao Direito, desde já trazendo a defesa de conformidade com o que já ocorre e ficou expressamente posto na legislação, em relação à instrução do feito.

A defesa do reforço do papel do juiz, permitindo-lhe agir de ofício, deve ser conjugado com a preocupação legislativa de garantia de influência e não surpresa da decisão<sup>1781</sup>, conforme entendimento do STJ 1782. Sempre que possível o juiz deve

<sup>1777</sup>Os fatos dos quais dependem a solução do litígio podem, a requerimento das partes ou de ofício, serem objeto de qualquer medida de instrução legalmente admissível.

<sup>1778</sup> Rules: 32.1- juiz pode emitir instruções sobre o limite da prova, a sua natureza e a forma como deve ser apresentada em juízo; 18.1- ordenar a qualquer momento o esclarecimento de matéria discutida no processo; 35.7 e 35.8 – especificações e contornos delimitados pelo juiz da produção da prova pericial e 35.15 – a nomeação de assessores para aconselhamento no julgamento.

<sup>1779</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI. n. 34. Mar-Abril, 2005. p.9.

<sup>1780</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI, nº 34, Mar-Abril, 2005, p.9

<sup>1781</sup>Regra geral, sem prejuízo do reconhecimento de regras específicas, no Código de Processo Civil, art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

<sup>1782</sup>RECURSO ESPECIAL Nº 1.676.027 - PR (2017/0131484-0); AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1044597 – MS (2017/0012005-0); AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1241261 – PR (2018/0022789-2); entre outros.

antes de decidir, mesmo quando a questão for de ordem pública e possa ser reconhecida de ofício<sup>1783</sup>, garantir a possibilidade de participação das partes, na linha do processo cooperativo constitucional brasileiro<sup>1784</sup>. Na esteira da evolução social e jurídica, de ultrapassagem da figura restritiva e limitada da Constituição, própria do modelo positivista, para uma ampliação e ativação em face das normas infraconstitucionais, no perseguido modelo pós-positivista democrático, o Código de Processo Civil de 2015 objetiva favorecer a efetividade constitucional<sup>1785</sup>. Em especial, na hipótese tratada, favorecer o contraditório e a ampla defesa, ao adotar o contraditório dinâmico, substancial ou coparticipativo<sup>1786</sup>, inevitavelmente inserido na dialética perseguida no processo racional/jurídico, pelo menos desde Aristóteles, e que ainda não encontrou algo que pudesse lhe suplantá-lo<sup>1787</sup>. Porém, quando a

---

<sup>1783</sup>NUNES, Dierle: “O contraditório, nessa ordem de ideias, deixa de ser diálogo somente entre litigantes, já que nele se insere também o juiz que fica impedido de resolver questões que não tiverem passado pelo crivo da audiência dos principais interessados no conflito, ainda que se trate de matérias apreciáveis de ofício. Incluiu-se no conceito de contraditório a garantia de não surpresa como resguardo do direito de todos os sujeitos de não serem surpreendidos no resultado decisório”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

<sup>1784</sup>NUNES, Dierle: “O processo constitucionalizado brasileiro representa uma garantia de participação e de limites às atividades de todos aqueles que dele fazem parte, devendo proporcionar um ambiente cooperativo no qual o debate seja ampliado com a finalidade de obtenção de decisões bem fundamentadas, em todos os graus de jurisdição, pelo obrigatório respeito ao devido processo constitucional”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

<sup>1785</sup>LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal: “Respondendo a demandas trazidas pela evolução histórica, que demarca uma potencialização da figura dos direitos fundamentais (notadamente a partir do segundo pós-guerra), e que, conexamente, implica um processo de ampliação da extensão e da importância jurídico-política atribuída à figura da Constituição (enquanto documento privilegiado de registro e de consolidação das conquistas e das expectativas sociais), percebe-se que a jurisdição constitucional tem evoluído, ao longo do tempo, no sentido de superação de sua compreensão tradicional originária, identificada por uma dimensão notadamente jurídica e de limitação do poder – reforçada e levada a efeito, dogmaticamente, por uma compreensão formalista e exegética de operacionalização do Direito -, passando, assim, de uma postura restritiva e limitada no contexto do Estado liberal a uma competência ampla e ativa no Estado Democrático de Direito”. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. EDUNISC. Santa Cruz do Sul, 2006, p. 1563/1564.

<sup>1786</sup>NUNES, Dierle: “Ao se perceber este ambiente, o CPC/2015, contrafaticamente, com a finalidade de normativamente melhorar o debate processual, oferta maior concretude a vários princípios constitucionais e, com muito destaque, no ora comentado art. 10, adota a concepção de contraditório dinâmico, substancial ou coparticipativo”. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

<sup>1787</sup>VILLEY, Michel: “Quão perfeitamente adaptado à arte judiciária esse método dialético, que está voltando a ser prestigiado, em particular na escola de Chaïm Perelman! Os modernos lhe reprovaram ser incerto, gerador de discussões vãs e intermináveis. Nossos tratados de lógica do direito substituem-no por outro método. Copiando das matemáticas seus modelos de raciocínios estritos, gostariam que o juiz deduzisse suas soluções de leis impostas arbitrariamente por um poder soberano; tendo a dialética, ao contrário, aos olhos deles, o defeito de não resultar em nada. Mas essas críticas não têm fundamento. Assim como nas discussões da escolástica medieval um mestre põe um termo ao debate dando-lhe uma conclusão firme, *a fortiori*, é o caso desse procedimento. Não se concebe a operação sem a presença ativa do juiz, dotado do poder de dirimir. Ele encerra o

efetividade estiver em risco, em caráter de excepcionalidade, a decisão pode vir a ser antecedente à participação das partes, sem eliminação do contraditório dialético<sup>1788</sup>. Então, o contraditório é postergado quando a efetividade da tutela, mormente a sua finalidade preventiva, puder vir a ser prejudicada<sup>1789</sup>. Só assim, estaremos aptos a abandonar o paradigma da ordinariedade, resgatando as tutelas interditas romanas, reveladas nas eficácias executivas lato-sensu e mandamentais, de modo a permitir a instalação dos fins constitucionais e democráticos no Processo Civil<sup>1790</sup>.

A supremacia da Constituição, corolário dos Estados democráticos, exige um rompimento com a perspectiva positivista liberal assentada no legalismo, ensejador do movimento codificador, para permitir a interação do âmbito público e privado, para,

---

processo com uma sentença. Uma “sentença” é uma *opinião* não cientificamente demonstrada, entretanto fundamentada, esclarecida pela controvérsia dialética, que levou em consideração, sobre uma mesma causa, os pontos de vista de múltiplos interlocutores. É assim que o juiz chega a sentenças particulares e a dialética produz *hóroi* – essas regras gerais, indispensáveis à vida judiciária. Não entro nos detalhes. Retenhamos este ponto: segundo a análise de Aristóteles, descobre-se o direito mediante a observação da realidade social e confrontação de pontos de vista diversos sobre essa realidade, porque o direito, objeto da justiça no sentido particular da palavra, é precisamente esse meio, a proporção certa das coisas partilhadas entre membros do grupo político”. *In: O Direito e os Direitos Humanos*. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 51/52.

<sup>1788</sup> NUNES, Dierle: “Este é o contraditório como garantia de influência e não surpresa no qual se consagra o conteúdo substancial do comando normativo constitucional (art. 5º, LV) que impede, salvo exceções legais, que o juiz profira decisões com conteúdos que as partes não tenham podido debater. Assim, o contraditório não poderá mais ser aplicado tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência (oitiva antecipada de ambos os lados – art. 9º, caput), ou como garantia de simétrica paridade de armas, que asseguraria a necessidade de igualdade de meios para fazer seus direitos/interesses. A estas perspectivas se soma a necessária aplicação do princípio como uma garantia da possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) e de debates sobre o desenvolvimento do conteúdo a ser julgado (mérito), os aspectos processuais e a formação de decisões racionais com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa (NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*. Vol. 5, nº. 29. p. 73-85, maio/jun. 2004)”. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

<sup>1789</sup> A propósito, o próprio autor que defende a excepcionalidade do agir de ofício independentemente da contraditório prévio somente em casos excepcionais previamente definidos na lei, em um segundo momento, admite o contraditório referido em prol de um direito fundamental, deixando antever a supremacia constitucional em detrimento da exigência da legalidade. NUNES, Dierle: “Nesse sentido, o Enunciado n. 30 do FPPC ao aduzir que “o juiz deve justificar a postergação da análise liminar da tutela antecipada de urgência sempre que estabelecer a necessidade de contraditório prévio”, deve ser interpretado em face da necessária fundamentação de qualquer decisão. No entanto, a regra no sistema do Novo CPC será a da oitiva prévia, somente se justificando o contraditório diferido, como dito acima, quando um direito fundamental for mais adequado na hipótese de aplicação”. *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 54.

<sup>1790</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo: “De modo que a crise do iluminismo terá inevitavelmente de determinar a crise de seu símbolo processual, o Processo de Conhecimento, com a recuperação das tutelas executiva e mandamental e, através delas, o resgate dos antigos interditos romanos, forma superior de tutela jurisdicional, em que o juiz, longe de ser um “poder nulo e invisível”, participa, responsabilmente, da criação jurisprudencial do Direito, como de resto sempre o fez, em maior ou menor proporção”. *In: Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 214.

diferentemente do paradigma criticado, que sequer admitia a comunicação do público e do privado, priorizar o primeiro<sup>1791</sup>. Por isso, que a tese não permite o eventual perecimento do Direito em face da inconsistência fática de uma expressão legal. Há a defesa de um reforço jurídico constitucional em consonância com o texto legal, onde não é bem-vindo o juiz passivo do modelo positivista, mas, diferentemente, é desejável um juiz reativo, permissor da indispensável atuação das partes, mas preocupado em garantir uma prestação jurisdicional de qualidade, objetivo do processo democrático.<sup>1792</sup> Nesse direcionamento, o agir judicial democrático está umbilicalmente vinculado com o agir constitucional, consistente em atribuir e/ou potencializar o sentido constitucional dos textos infraconstitucionais em qualquer legislação e/ou ato normativo<sup>1793</sup>. No assunto vertente as premissas alcançarão concretização com a permissão excepcional de reconhecimento de ofício, independentemente da prévia oitiva das partes, bem como de permissivo infraconstitucional legislativo específico, para o reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência da possibilidade de retorno ao *status quo ante* em situações aptas a prejudicar a efetividade da tutela.

A permissão do aumento do poder e responsabilidade do juiz, resguardando o

---

<sup>1791</sup>LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal: “Significa dizer que, em face do processo de constitucionalização que marca o atual estágio de desenvolvimento da ciência jurídica ocidental, rompe-se com a perspectiva liberal assentada numa noção de interpretação legalista e codicista, em que os âmbitos público e privado não interagem, cabendo, antes, uma prevalência a este último”. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1565.

<sup>1792</sup>DAMASKA, Mirjan: “En este sentido, los funcionarios jerárquicos podrían aparecer, en su función de resolver conflictos, como un protagonista relativamente activo del proceso judicial. Pero en notable contraste con su posición en el proceso de implementación de políticas, no tiene impulso propio; porque el comienzo y el final de los litigios, tanto como la definición de los temas, son asuntos en los cuales la resolución de conflictos implica soberanía de las partes, él debe ser impulsado por los litigantes. Cuando se ha puesto en movimiento, está lejos de ser un investigador que sondea rigurosamente con la curiosidad de un conserje que muestra en el modo de implementación de políticas. Atampoco habría de esperarse que sondee con celo por propia iniciativa si sus esfuerzos, en cierto momento, pueden volverse inútiles por las admisiones y estipulaciones inviolables de las partes. Por lo tanto, saltando de nociones de prerrogativas burocrática, su responsabilidad primaria con algunos pasos procesales (por ejemplo, el interrogatorio de testigos) carece de impulso y tiende a ser tratado relajadamente y ser inerte. En este sentido más profundo, en realidad es pasivo, en una posición reactiva, y necesitado de impulso por las partes”. *In*: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 353.

<sup>1793</sup>LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal: “Assim, segundo essa perspectiva, nenhuma norma pode ser interpretada de forma contrária ao sentido do texto constitucional, impondo-se uma interpretação que potencialize os seus conteúdos, realizando os fins por ela propostos. Resulta daí uma vinculação de todo o ordenamento ao que estabelece a Constituição, abrindo-se espaço, dessa forma, para a construção da idéia de “interpretação conforme a constituição”, aqui analisada, e que passa a ser compreendida como imperativa para a compreensão e aplicação de qualquer legislação e/ou ato normativo.” *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1565.

caráter democrático, só pode ocorrer na linha da moderação heróica, garantindo a justiça, na sua atribuição constitucional.<sup>1794</sup> Não é democrático a atividade judicial hierarquizada, de cima para baixo, na atuação judicial em desconformidade com o Direito. Inegável a presença de uma circularidade caracterizadora do perfil democrático no reconhecimento da inconsistência antijurídica, na medida em que as partes terão oportunidade de manifestação, através de petições e recursos, que serão vitais para a legitimação ou não do ato resultante da atuação judicial, atendendo, assim, o pressuposto de que o poder emana da base, dos próprios cidadãos e através do Judiciário volte a repercutir neles atendendo os fins constitucionais e democráticos, alcançando a justificativa formal por meio do consentimento do interessado na tutela deferida e materialmente em razão da vantagem na prevenção do dano<sup>1795</sup>.

De modo a espancar definitivamente a tese do vínculo do aumento dos poderes do juiz com o autoritarismo é preciso aprofundar um pouco mais a questão. Nos governos de perfil autoritário, como ocorria no absolutismo, o fortalecimento estatal perceptivelmente era da função executiva, ou o governante, era detentor de todos os poderes ou tornava a função judicial subserviente. O engrandecimento do poder jurisdicional, muitas vezes impedindo a própria atuação arbitrária na função executiva, não resulta, portanto, em retorno ao autoritarismo e supressão de garantias individuais.<sup>1796</sup> Na história relativamente recente do Brasil, para confirmar a tese, por ocasião da instalação do regime autoritário em 1964, autointitulado como revolucionário, mas que na realidade instalou a ditadura, através do AI 5, de 5 de abril

---

<sup>1794</sup>HÖFFE, Otfried: “Na verdade, dois argumentos de ética democrática estão de acordo com uma heroização moderada do Estado. Por um lado, conforme seu conceito legitimatório o Estado garante a justiça, possuindo, na realidade, enquanto cumprir esta tarefa, dignidade ou, com Kant e voltado para a legislação, “majestade” (Crítica da razão pura, discurso introdutório A, obs.). Por outro lado, o Estado angaria aquela medida de onipotência não-absoluta, mas relativa, de que necessita para o objetivo da verdadeira justiça e que dele faz um “deus mortal”. Portanto, a deseroização só se fá necessária ali onde se reprimem estes dois fatores: a relacionalidade do poder estatal, isto é, seu comprometimento com a justiça, e a relatividade, ou seja, o poder estatal só pode ser competente pelo bem-estar coletivo de forma restrita”. *In: A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 178 e 179.

<sup>1795</sup>HÖFFE, Otfried: “Na verdade, o poder adquire uma outra estrutura e uma outra qualidade. Em vez de simplesmente ser aceito sob a alegativa de intercessão divina ou graças a uma superioridade de poder, o poder estatal deverá se justificar perante os indivíduos afetados: formaliter (fomalmente), por meio de consentimento, materialiter (materialmente), por meio das respectivas vantagens”. *In: A democracia no Mundo de Hoje*. Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 182.

<sup>1796</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa: “Convém pôr em evidência o equívoco fundamental da suposição de que governos autoritários costumem inclinar-se ao fortalecimento de juizes. Os poderes que eles empenham em fortalecer são geralmente, os do Executivo, não os do Judiciário”. *In: O Neoprivativismo no Processo Civil*. Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil. Ano VI. n. 34. Mar-Abril, 2005. p. 7.

de 1964, passou o representante do executivo a poder, “mediante investigação sumária”, a dispensar os magistrados, bem como através do AI 3, de 5 de fevereiro de 1966, há previsão expressa no artigo 6º, da vedação de apreciação pelo Poder Judiciário dos atos que fossem praticados com fundamento nele próprio e nos respectivos atos complementares. Isso tudo a indicar que o autoritarismo recente não busca aumentar os poderes do Judiciário, mas muito antes ao contrário, enfraquecê-los<sup>1797</sup>.

Na mesma linha de raciocínio, também não é possível diagnosticar uma incompatibilidade do agir de ofício defendido com o perfil liberal-democrático do Estado. O Direito em Estados com a referida orientação política tem como característica permitir que a sociedade promova de forma independente seus objetivos, tendo, portanto, a fonte do Direito independente do Estado<sup>1798</sup>. O Estado não tem qualquer papel de orientação social, cumprindo papel de facilitador e apoiador, para tanto, necessita de mecanismos fortalecedores das relações privadas<sup>1799</sup>. Em que pese não responda diretamente pela consecução dos fins sociais, indiretamente, através do processo judicial, deve garantir que os acordos e contratos sociais de indivíduos e associações voluntárias possam ser atendidos, em face de oposição injustificada ao cumprimento, com o que, em caráter residual, o Estado cumpre sua função e permite a consecução dos objetivos primeiros político-sociais<sup>1800</sup>. Em consequência, de um Estado juiz qualificado e forte de modo a ser

---

<sup>1797</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI, nº 34, Mar-Abril, 2005, p. 7-8.

<sup>1798</sup>DAMASKA, Mirjan: “Alli donde el Estado celebra la autorregulación por miembros de la sociedad civil, la fuente del derecho tiende a estar fuera o “encima” del Estado”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 132.

<sup>1799</sup>DAMASKA, Mirjan: “La relación entre el derecho estatal y la misión del Estado ya tendría que estar clara: el derecho facilita y apoya una reglamentación autónoma por miembros de la sociedad civil en su creación de “instrumentos de negociación” de transacción entre los ciudadanos. Los participantes en las negociaciones se dan cuenta de que a menos que lleguen a acuerdos, una parte puede invocar el foro del Estado, apto para imponer el acuerdo “modelo”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 134.

<sup>1800</sup>DAMASKA, Mirjan: “Ya se ha señalado que en la óptica de la ideología reactiva, todas las actividades estatales se hacen inseparables de la resolución del conflicto. Siendo meramente reactivo, un Estado no puede responder legítimamente a una crisis de la sociedad civil a menos que – y hasta que- los contendientes civiles hayan comprometido su foro; su proceso judicial presupone necesariamente una situación de disputa real. En la medida en que el Estado se comprometa en una administración residual, ello también se entremezcla con el litigio. Si la administración desea actuar de un modo que provoque oposición de alguien, ha de iniciar algún tipo de acción “civil” ante un tribunal, y no limitarse a llevar a cabo sus planes y dejar el peso de la acción en el ciudadano afectado”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 136.

capaz de garantir o respeito e cumprimento destas relações e ao se permitir, que em situações de exceção, o juiz possa, de modo a evitar o perecimento do Direito decorrente das referidas relações privadas, estar se reforçando o cerne político liberal.

No viés democrático-social há a crença na capacidade do Estado de formular políticas públicas aptas a atender aos interesses sociais. O Estado é fonte do Direito, na medida em que lhe incumbe o bem-estar material a todos os cidadãos. Em consequência, há imposições estatais ao cidadão de como agir e de comportamento<sup>1801</sup>. A criação do Direito estatal resulta na criação de obrigações, de modo a permitir uma relação mais isonômica entre os indivíduos, promovendo respeito e harmonia<sup>1802</sup>. Não pode ser diferente quando está sendo tratado do Estado-juiz. A preocupação menor do Estado-juiz inserido em tal paradigma é com a solução do conflito entre os indivíduos, tendo por fundamental importância a instituição de Direito para situações futuras, cumprindo sua função primordial através da implementação da política estatal<sup>1803</sup>. O agir de ofício, em caráter excepcional, consolida o viés democrático do perfil social na medida em que se torna apto a permitir a melhor consecução do Direito, refletindo o objetivo social e político. Como se viu anteriormente, em sendo desejável a atuação de ofício, em caráter excepcional, para permitir a atuação do caráter preventivo da

---

<sup>1801</sup>DAMASKA, Mirjan: “En la medida que el objetivo del Estado sea crear bienestar material, sus decretos son programas, asignan tareas, o distribuyen porciones del pastel común a los ciudadanos. Cuando el Estado pretende promocionar el bienestar moral, sus decretos son una colección de directivas de conducta y actitudes correctas, o ejemplos cautelares de mala conducta y tendencias objetables. En contraste con el derecho en los Estados reactivos, cuyo énfasis reside en definir formas en las cuales pueden intentar alcanzarse los objetivos libremente elegidos, el derecho activista es imperativo, incluso amenazante: indica a los ciudadanos lo que deben hacer y cómo comportarse”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 143.

<sup>1802</sup>DAMASKA, Mirjan: “Por el momento podría concederse que la identificación de derechos con obligaciones puede expresar aspiraciones más que realidades. Pero en la medida en que su nivel de conciencia siga creciendo, los ciudadanos comenzarán a llevar a cabo sus obligaciones con casi buena disposición como el ejercicio de sus derechos”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 147.

<sup>1803</sup>DAMASKA, Mirjan: “Pese a que la administración de justicia en un Estado auténticamente activista puede implicar una disputa oficial o privada, en realidad es independiente de la resolución de disputas en sí misma. El auténtico objetivo procesal es aplicar el derecho en el contexto de circunstancias contingentes: ha de ser reafirmado si existen las condiciones que requieran una asistencia oficial y de ser así, han de elegirse las medidas que mejor favorezcan los intereses del Estado. En tanto que el derecho activista refleja la política estatal, puede decirse que el propósito último de la justicia activista es implementar una política de Estado en los casos que llegan ante el órgano decisorio”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 152.

Tutela de Urgência, eliminando uma exigência que conduz ao arbítrio, para o paradigma liberal-democrático também é perceptível a presença de um fundamento de necessidade reconhecimento da objeção à exigência legal da reversibilidade, na medida em que ambos têm interesse na plena e eficaz tutela do Direito Material. Isso significa que, independentemente do viés predominantemente, liberal ou social, o cunho democrático a ele agregado torna impositivo o agir de ofício do juiz, independentemente de prévio contraditório, na hipótese narrada. Uma visão perfunctória poderia levar à falsa conclusão de que o Estado de cunho liberal não poderia permitir o agir de ofício do juiz por primar pela autonomia das partes e que somente o Estado de cunho social, por pressupor um Estado prestacional, incentivaria o agir de ofício do juiz. Talvez até seja assim no Estado puro de *laissez-faire* ou social, porém outra conotação deve ser alcançada quando é perseguido um fim democrático, na medida em que a regulamentação jurídica não pode ser vedada no âmbito socioeconômico, quando comedida e justificada pela necessidade de regularização, clareza e segurança jurídicas imprescindíveis para o atingimento dos fins constitucionais<sup>1804</sup>. Não se pode ignorar que muitos antagonismos, baseados nas premissas de competição liberal e implementação política social têm implicações importantes no Processo e de que a adoção de um objetivo político exclusivo levaria a processos diferentes<sup>1805</sup>. Contudo, não é o que acontece quando, como defendido na tese, no Estado pós-moderno brasileiro é inescapável o intuito democrático para qualquer atividade política, com o que,

---

<sup>1804</sup>VERDÚ, Pablo Lucas: “A regulamentação jurídica se aplica também a fatores socioeconômicos. Ainda que estes ofereçam particular resistência a processo de juridificação, aquela regularização implica a garantia jurídica de que, a partir de agora, esses fatores atuarão de acordo com normas e instituições pré-estabelecidas. Toda institucionalização ajustada ao Direito consagra as qualidades típicas do Estado de Direito: regularidade, clareza e segurança jurídicas, além da submissão das realidades normativas e institucionalizadas ao Direito. Porém, não se pode exagerar em relação à virtude impositiva, reguladora do Direito, ou seja, em relação à capacidade que este possui de submeter todas as realidades ao seu império. Isso significaria o império pleno do Direito, possível apenas nos esquemas de Krabbe (soberania do Direito) e de Kelsen (identificação entre Estado e Direito)”. In: **A Luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora forense, 2007. p. 147/148.

<sup>1805</sup>DAMASKA, Mirjan: “Ya se han diseñado dos formas de concebir el Estado, que general dos ideas contrastantes acerca del objetivo del proceso.. De acuerdo con una forma, el proceso sirve para resolver conflictos; de acuerdo con la otra, sirve para poner en vigor la política estatal. He mostrado que estas ideas contrastantes están preñadas de implicancias para la elección de la forma procesal: mientras una favorece la morfología de la competición, la otra prefiere la morfología de la investigación. Por el contrario, la opinión común es que un proceso organizado alrededor de la imagen clave de la competición y otro organizado alrededor de la imagen clave da investigación, de hecho no son alternativas estructurales para alcanzar el mismo objetivo. Cada uno, en forma pura, está dirigido a una finalidad diferente”. In: **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 154.

apesar das diferenças do sentido liberal e social, ao lhe ser agregado o intuito democrático, no Processo Civil há de ser possível, ainda que em caráter excepcional, o agir de ofício, sem prévio contraditório, para reconhecer a inconsistência fenomenológica da exigência da reversibilidade<sup>1806</sup>.

Não é demais esclarecer que o reforço da atuação judicial defendido vai ao encontro da Constituição. Está, assim, muito distante do ativismo judicial, onde o juiz ignora a construção jurídica para acima dela decidir conforme sua consciência<sup>1807</sup>. No ativismo judicial está a autorização do agir arbitrário do juiz. E isso é combatido na tese em face de seu caráter antidemocrático. Em nenhum momento o fortalecimento do Judiciário de modo democrático pode resvalar para o protagonismo judicial sem quaisquer freios ou amarras jurídicas. A admissão da exigência da reversibilidade, é de ser reiterado, é que permite o ativismo judicial, o arbítrio judicial, na medida em que a inconsistência fática configura a porta de entrada para o juiz indeferir a tutela de urgência conforme a critério exclusivo de sua consciência, pois se todas as consequências fáticas não de ser sempre irreversíveis, haverá abertura para escolha de situações para ele consideradas reversíveis, como já identificado pela doutrina<sup>1808</sup>.

Nas linhas postas foi buscado o delineamento de uma racionalidade de Direito, de uma racionalidade constitucional e democrática permissora da correção de um problema legislativo presente na revelação de uma inconsistência fenomenológica propiciadora do arbítrio judicial. E ao se permitir que o juiz tome a iniciativa de correção de problemas e omissões criados pelos outros poderes não há ativismo judicial<sup>1809</sup>, há

---

<sup>1806</sup>DAMASKA, Mirjan, refere que há muitas variantes que podem alterar as características e objetivos do processo: “Para resumir, si em estos vagabundeos de cultura em cultura, um comparativista tuviese que emplear El estrecho concepto analítico de adjudicación, se escaparían muchas actividades amplamente percibidas como instancias de adjudicación. Del mismo modo debe ajustar sus conceptos y expandir la Idea de adjudicación: para él la justicia ha de tener las caras de jano. En su visión, los objetivos del proceso judicial han de comprender no sólo la resolución de disputas, sino también el cumplimiento del derecho, o –en última instancia- la implementación de la política del Estado”. *In: Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 157.

<sup>1807</sup>A propósito sobre o tema, reiterado: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

<sup>1808</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “Aliás, a experiência demonstrou que muitos juízes vislumbram nessa irreversibilidade – muitas vezes mais aparente que real – razão bastante para não outorgar a tutela liminar”. *In: Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 139.

<sup>1809</sup>TEIXEIRA, Anderson Vichikeski: “No entanto, a omissão, seja administrativa ou legislativa, do gestor público ou do legislador frente ao dever de dar efetividade à Constituição não pode ser corroborada pela omissão também do Judiciário frente a tal dever. Não se fala aqui em ativismo judicial no caso, no qual o juiz ultrapassa os limites entre racionalidade jurídica e racionalidade política, valendo-se somente dessa última”. *In: Ativismo judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. Revista Direito GV*. São Paulo, 2012. p. 49.

atuação legítima de um Poder Judiciário cujo fortalecimento de modo a fazer cumprir o Direito eficazmente é indispensável para a consecução dos fins democráticos constitucionais especialmente nas Tutelas de Urgência.

### 5.3 Vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos – Desvelamento da armadilha impeditiva de uma Tutela de Urgência com coerência e integridade

Todo o escrito está a revelar as indisfarçáveis imbricações da crise do Direito, com a crise social e política do Estado, vinculados a um modelo liberal-egoístico, produtor de um processo cientificista e repressivo, que não mais se coaduna com a sociedade pós-moderna, a ser implementado com referência democrática-plural, a exigir um processo preocupado com as situações concretas, em seus múltiplos interesses e infindáveis complexidades. Há uma inarredável correlação, em nível diverso, com a crise filosófica, consistente na superação da metafísica-objetificante pela hermenêutica-filosófica, com sua condição intersubjetiva para o interpretar. Pressupostos que permitirão, no Direito e no Processo, o acontecer da Constituição<sup>1810</sup>.

No diagnóstico da crise do Processo é proposta a superação através de um Direito pós-positivista, que tem a hermenêutica-filosófica como condição de possibilidade do Direito e, conseqüentemente, de si mesmo<sup>1811</sup>. O modelo jurídico assumido na tese não pode desconhecer a autonomia do Direito, o que lhe enseja um discurso teórico, uma linguagem com especificidade própria<sup>1812</sup>. Todavia, as expressões jurídi-

---

<sup>1810</sup> STRECK, Lenio Luiz: “.Por isso, mais do que a superação das crises do Estado, torna-se imprescindível superar a crise do Direito, calcada em uma crise de paradigmas de dupla face: de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstacularizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito; de outro, uma crise de cunho hermenêutico, a partir da qual os juristas continuam submersos num imaginário metafísico-objetificante, no interior do qual ainda ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem lingüística ocorrida no século XX. Essa crise de dupla face obstaculiza o acontecer da Constituição, perdendo-se dia a dia a especificidade do Direito, tão cara aos propósitos da idéia de Estado Democrático de Direito”. In: **Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p 87.

<sup>1811</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Então, se a fenomenologia tinha feito da filosofia uma teoria do sentido, trata-se, agora, de tematizar o *sentido dos sentidos*, pois, “sentido-fundamento” de qualquer sentido. A filosofia faz-se, assim, uma ontologia hermenêutica, isto é, interpretação do sentido de ser, enquanto sentido, que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo. A fenomenologia é a pesquisa daquilo que se mostra a partir de si mesmo. Ora, o que se revela, em última análise, o que se mostra como fonte última de todo mostrar-se é o ser”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 207/208.

<sup>1812</sup> STRECK, Lenio Luiz: “Devo dizer, desde logo, que o direito se constitui em e com uma linguagem que adquire especificidade própria. Assim, se a lei diz que três pessoas disputarão uma *cadeira* no (para o) Senado, nenhum jurista pensará que a disputa se travará sobre o *sobre o móvel de quatro pernas*. Então, a palavra *normas* não pode ser lida como sinônimo de leis ou regras. Elementar, pois não? Eis o valor da ciência jurídica. Poder dizer coisas que se pode comprovar e que estão consolidadas na e pela tradição (no sentido hermenêutico da palavra). Do mesmo modo, parece evidente que a palavra *ponderação* também não pode ser entendida como simplesmente alguém dizendo “*ponderando* melhor, vou fazer tal coisa[...]””. In: **Desvendando o novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 142.

cas devem ter uma tradição (no sentido filosófico) a lhe dar o caráter de especificidade<sup>1813</sup>, tradição que inexistente para a irreversibilidade, visto que o sentido criticado, de retorno ao *status quo ante*, como visto, deriva de um equívoco na incorporação de elemento de ordenamento jurídico alienígena<sup>1814</sup>. Não é possível admitir expressões que antes de trazer qualquer utilidade para o Direito e para o Processo estão a autorizar o arbítrio judicial antidemocrático, como revelado no capítulo antecedente, e encontram vários óbices filosóficos a serem trabalhados neste.

No combate dos conceitos metafísicos pré-iluministas está, no fundo, o empoderamento do homem. Houve a descentralização dos valores guiados metafisicamente pelo divino para a centralização social do homem, onde toda e qualquer construção científica advinha do homem, pelo homem e para o homem. Isso implicou na adoção do esquema metafísico científico da relação sujeito-objeto nos métodos científicos em substituição às respostas metafísicas divinas pré-iluministas. O modelo iluminista baseado na relação sujeito-objeto tem a linguagem como uma terceira coisa interposta entre o intérprete e o objeto da interpretação, supondo equivocadamente ser capaz de levar ao intérprete a essência daquilo que é interpretado<sup>1815</sup>. O alcance do conteúdo essencial do objeto de análise de forma metodológica, consentiu na adoção da clássica separação de mundos, de conteúdo originariamente aristotélico-tomista, com contribuições helênicas, principalmente de Platão. Em um passo seguinte, guiado, entre outros, por Kant, Hegel e Nietzsche, especialmente a partir do século XX, foi robustecido o papel do sujeito, permitindo que

---

<sup>1813</sup>STRECK, Lenio Luiz, observável a relevância das expressões legais ao criticar a ponderação gizada no Código de Processo Civil: “Se ao fim e ao cabo disseram que a tal “ponderação do NCCP” não é aquilo que se vem falando do que seja a “ponderação”, fica a pergunta: então por que não substituem a palavra “ponderação” por “escolha”, “discricionarismo”, “consciência do julgador”... ou, simplesmente, coloquem qualquer palavra no lugar, por exemplo, “canglinton”? Não vai mudar nada mesmo. Do jeito que está, é a porta para a arbitrariedade interpretativa. Meia volta, volver!” *In: Desvendando o novo CPC*. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 150.

<sup>1814</sup>Ver a propósito o capítulo anterior: “3. 3. 1. A (ir)reversibilidade nas Tutelas de Urgência – A origem no Direito Comparado como impeditiva da análise do mérito à incorporação no Direito brasileiro como retorno ao *status quo*.”

<sup>1815</sup>STRECK, Lenio Luiz: “Daí que, de forma resumida, sempre correndo os riscos que definições resumidas e classificações provocam na ciência, é possível afirmar que a concepção central no pensamento metafísico ocidental pressupõe um conhecimento visto como um processo de adequação do olhar ao objeto, buscando a similitude entre pensamento e coisa, desvendando as essências próprias das coisas. Em consequência, a verdade se caracteriza-se exatamente pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, como a fórmula aristotélica e medieval. A linguagem é apenas um instrumento que comunica/transporta essências e/ou conceitos verdadeiros”. *In: Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 127.

a concepção da relação sujeito-objeto deixasse de ser objetificante para ser assujeitadora. O sujeito deixou de ser assujeitado pelo objeto para, com o engrandecimento do eu, passar a ser assujeitador das coisas. Os primeiros passos de todo esse desenvolvimento ocorreram ainda no Medievo, no embate entre os realistas e nominalistas<sup>1816</sup>, sendo que a superação do realismo pelo nominalismo foi permissora da subjetividade assujeitadora, fortemente presente ainda nos dias de hoje e contra a qual a tese trabalha.<sup>1817</sup>

Todo o desenvolvimento filosófico referido, como não poderia deixar de ser, desembocou no Direito, acarretando o surgimento e desenvolvimento do positivismo jurídico, que sempre foi marcado pela presença da relação sujeito-objeto, fazendo prevalecer a paralisia legal ou, com a constatação da insuficiência jurídica, política e social, uma dominação do subjetivismo judicial. No Direito brasileiro, de matiz eminentemente continental, foi criado campo propício para o desenvolvimento do

---

<sup>1816</sup>BODENHEIMER, Edgar: “Um dos temas constantes da filosofia medieval foi a célebre questão dos “universais”, que versava sobre o caráter das nossas idéias gerais e a sua relação com os objetos particulares existentes na realidade. Duas correntes de pensamento mais importantes apresentavam soluções para esse problema, pôsto que dentro delas se adotassem pontos de vistas radicais ou moderados, e algumas vêzes se fizessem esforços para estender uma ponte sobre o golfo aberto entre as posições mais extremadas, de lado a lado. Os grandes partícipes dessa controvérsia foram os “realistas” e os “nominalistas”. Na opinião dos pensadores medievais realistas existe estrito paralelismo entre o mundo do nosso pensamento e o mundo da realidade exterior. Aos conceitos gerais a que chegamos, às representações mentais que fazemos para nós mesmos dos objetos e fenômenos do mundo exterior, corresponde algo de objetivo e extramental, no mundo real. Idéias universais assim com as de verdade, virtude, justiça e humanidade são, portanto, não apenas construções do espírito humano, mas substâncias reais e coisas em si mesmas, existentes independentemente das suas manifestações concretas no mundo empírico. Os nominalistas medievais, por outro lado, negavam a realidade dos universais. Para eles as únicas substâncias reais na natureza eram as coisas individuais que apreendemos pela observação e pela percepção sensorial. As generalizações e classificações que usamos para descrever o mundo exterior são apenas nomina isto é, nomes, que não têm cópias diretas e fiéis ou correspondentes na natureza exterior. No mundo real não pode haver justiça fora de atos justos, não pode haver humanidade fora de seres humanos, de existência concreta. Na opinião desses pensadores, nenhuma representação universal, abstrata, pode refletir adequadamente um mundo em que a individuação é o princípio dominante”. In: **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 41.

<sup>1817</sup>STRECK, Lenio Luiz: “A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inegável (pode-se dizer, inclusive, que o positivismo jurídico inicia com o nominalismo de Ockham), passa pela ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito objeto sofre uma transformação: surge a subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando o século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio epocal cartesiano, denominado cogito; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade do poder (*Wille Zur Macht*) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade do poder. E toda correção deve ser ajustada em relação à vontade do poder”. In: **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 136.

positivismo jurídico, onde atualmente tem presença mais marcante a segunda fase do positivismo descrita. Porém, uma nova perspectiva decorre da viragem linguística<sup>1818</sup>, com a qual pretende tratar a tese.

Em sendo assim, mais precisamente em relação à reversibilidade, primeiro, é preciso desmistificá-la, não podendo ser admitida como dogma, nos moldes pré-positivistas. A esse respeito, com o positivismo, com o reconhecimento da cooriginalidade, da autonomia do Direito, passa a ser prevalente o científico sobre o já dado desde sempre, sobre os dogmas metafísicos. Ainda que a reversibilidade seja posta como exigência legal e boa parte da doutrina acolha o sentido da reversibilidade como retorno ao *status quo ante*, reproduzido-o irrefletidamente como dogma, não há como admiti-lo. No pressuposto da prevalência positivista mencionada não poderia ser negada qualquer correção que se fizesse necessária. Não é demais lembrar que o positivismo já era marcado pelo desenvolvimento científico do Direito, onde os tópicos dogmáticos, mais fortemente presentes pela influência religiosa, cederam espaço para as teorias científicas. Enquanto o dogma é inatingível, as teorias permitem correção, em prol de sua qualificação. Esse primado anterior positivista continua valendo para a proposta pós-positivista aventada. Há, com isso, o objetivo de revelar a equivocidade da irreversibilidade no sentido criticado por implementar uma significação metafísica própria do dogma. Não é possível restaurar faticamente qualquer situação: acreditar nisso depõe contra elementos físicos, depondo contra o positivismo jurídico e contra o pós-positivismo adotado na tese. A crença é barrada por vetores filosóficos, não contribuindo em nada para o aperfeiçoamento do Direito, ao contrário, na medida em que sua investigação é aprofundada é revelada a sua incongruência jurídica, constitucional e democrática<sup>1819</sup>.

---

<sup>1818</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "O primeiro passo nessa nova experiência consiste em superar a *postura objetivante* na consideração da linguagem: a linguagem não é simplesmente um objeto presente que está diante de nós, mas todo pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço lingüisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas". In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. Edições Loyola. São Paulo, 1996, p. 205/206.

<sup>1819</sup>MORIN, Edgar: "Então, o que faz que uma teoria seja científica, se não fora sua "verdade"? Popper trouxe a idéia capital que permite distinguir a teoria científica da doutrina (não científica): uma teoria é científica quando aceita que sua falsidade possa ser eventualmente demonstrada uma doutrina, um dogma encontram neles mesmos a autoverificação incessante (referência ao pensamento sacralizado dos fundadores, certeza de que a tese está definitivamente provada). O dogma é inatacável pela experiência A teoria científica é biodegradável. O que Popper não viu é que a mesma teoria tanto pode ser científica (aceitando o jogo da contestação e da refutação, isto é, aceitando sua morte eventual), quanto doutrina auto-suficiente: é o caso do marxismo e do freudismo. A partir daí, o conhecimento progride, no plano empírico, por acrescentamento das "verdades" e, no plano teórico, por eliminação dos erros. O jogo da ciência não é o da posse e do alargamento da verdade,

Foi visto que na origem estrangeira da expressão houve a dicotomização da irreversibilidade fática da jurídica, de modo a evitar que as Tutelas de Urgência cautelares não se confundissem com a tutela definitiva do Processo liberal. Não podia então ser concedida tutela satisfativa definitiva sob o manto da cautelar, pois isso implicaria em irreversibilidade própria do provimento definitivo. Nessa linha de ideias a doutrina também reconheceu a irreversibilidade jurídica distinta da fática, onde defendia que os efeitos declaratórios e constitutivos, por serem irreversíveis, não poderiam ser objeto de tutela antecipada. O que se admitia era a reversibilidade processual, relacionada à concepção da época de ausência de satisfatividade da tutela cautelar, de ausência de preclusão e coisa julgada em processo cautelar, tornando possível a reversibilidade da tutela, o que equivaleria à revogabilidade ou modificação da decisão concessiva da tutela cautelar. Contudo, não há qualquer ganho técnico científico na adoção da reversibilidade nos dias de hoje. Primeiro porque há forte doutrina encabeçada por Ovídio Baptista<sup>1820</sup> reconhecendo a satisfatividade da tutela cautelar, com o que a cautelar também produz necessariamente efeitos irreversíveis, tanto quanto a tutela antecipada. Ao ser admitido isso não haveria porque defender a irreversibilidade baseada na premissa da concepção teórica anterior de Piero Calamandrei<sup>1821</sup>. Inclusive, reconhecer a satisfatividade e irreversibilidade da situação fática vai ao encontro da realização do Direito<sup>1822</sup>, da efetividade da tutela jurisdicional do Processo democrático

---

mas aquele em que o combate pela verdade se confunde com a luta contra o erro". *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 23.

<sup>1820</sup>SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **As ações cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

<sup>1821</sup>A par das obras dos referidos autores Ovídio e Calamandrei, há obra específica tratando da comparação das teorias de Jaqueline Mielke. *In: Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

<sup>1822</sup>OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro: "O problema fundamental da filosofia é o existir na condição humana, vale dizer, com a consciência da própria finitude 1. Para o direito, o " *to be or not to be*" é a questão da sua própria realização. Mesmo que não se concorde com a *Zweckjurisprudenz* de R. Jhering, não se pode deixar de atribuir plena razão ao jurista alemão quando proclamava que "O direito existe para se realizar. A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito. O que não passa à realidade, o que não existe senão nas leis e sobre o papel, não é mais do que um fantasma de direito, não são senão palavras. Ao contrário, o que se realiza como direito é o direito...". 2 E, como bem ressalta Castanheira Neves, "há uma razão essencial para que as coisas se compreendam assim. É que também no direito - e sobretudo no direito como entidade prática - a determinação da "essência" não comprova a "existência": o direito não é (não é direito) sem se manifestar na prática e como prática. Não temos direito só porque pensamos a essência jurídica ou a juridicidade, ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica - teremos quando muito a possibilidade (ideal) do jurídico e nada mais. Só o cumprimento histórico-concreto, naquele modo de ser que é a vigência e que lhe permite afirmar-se como efetiva dimensão da prática humano-social, transforma a juridicidade em direito". *In: Efetividade e tutela jurisdicional*. **Revista**

constitucional<sup>1823</sup>. Segundo porque a reversibilidade no plano processual, no sentido de reconhecer a provisoriedade e/ou temporariedade<sup>1824</sup> encontra outros termos mais apropriados na revogabilidade/cassação e modificabilidade/readequação do ato judicial concessivo<sup>1825</sup>. A introdução do elemento reversibilidade com significação próxima, para não dizer idêntica, causaria mais confusão do que geraria aperfeiçoamento técnico.

De igual modo, depõe contra a efetividade processual perseguida a admissão da separação de mundo dos fatos e mundo do Direito para fins de admitir a reversibilidade do mundo do Direito. Pior, com isso, é criada uma contradição. É afirmada a reversibilidade como possível no mundo do Direito, mas a exigência é que a situação fática seja restaurada tal como era antes da decisão. Possível bem enxergar aqui a filosofia da consciência distribuindo as cartas. O sujeito através do Processo poderia assujeitar a realidade se adotada tal premissa, com o que esbarra em vetores de racionalidade hermêutico-filosóficos referidos, vinculados à

---

**dos Tribunais.** São Paulo: Thomsom Reuters, Vol. 836/2005, 2005. p. 11.

<sup>1823</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro: "Nesse aspecto, diga-se em primeiro lugar, que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5.o, XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com a garantia da efetividade e de um processo justo (art. 5.o, XXXVII, LIII, LIV e LV, LVI), determina também uma garantia "de resultado", ressaltando o nexo teleológico fundamental entre "o agir em juízo" e a "tutela" do direito afirmado. Essa mudança de perspectiva não permite mais referência à ação como tal - nem à demanda ou à exceção em si, "instrumentos" tecnicamente neutros - mas, sim, aos tipos de pronunciamento e de tutela, que com o exercício de seus poderes as partes podem obter do processo. Perdeu sentido, portanto, falar *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, ou recorrer à tradicional tipologia das ações, visto que a tipicidade e a classificação tipológica constituem atributos ou prerrogativas sistemáticas do "resultado" de mérito (e não do meio processual garantido pela norma constitucional). Põe-se assim em destaque os efeitos jurídicos e os conteúdos variáveis das diversas formas de tutela jurisdicional, que dão resposta ao objeto variável da demanda jurisdicional". *In: Efetividade e tutela jurisdicional.*

**Revista dos Tribunais.** São Paulo: Thomsom Reuters, Vol. 836/2005, 2005. p. 22.

<sup>1824</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **As ações cautelares e o novo Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Outro autor, mais recente, que preocupa-se com a provisoriedade e a temporariedade é, por exemplo, Eduardo José da Fonseca Costa: "Como já se viu, a tutela antecipada é provisória, visto que é providência que há de ser substituída por sentença definitiva; logo, é natural que os seus efeitos perdurem enquanto pendente o processo. Nesse sentido, os efeitos da tutela antecipada se regem por um princípio de inércia. Já a tutela cautelar é temporária, na medida em que a sua eficácia persiste enquanto perdura a sua serventia. Ou seja, a permanência dos efeitos da tutela cautelar subordina-se à continuidade do estado de coisas no qual se assentou". *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 406.

<sup>1825</sup> COSTA, Eduardo José da Fonseca: "Logo, a tutela cautelar e a tutela antecipada possuem regimes de conservação eficaz distintos e, por isso, regimes diferentes de revogação e modificação. Se ao longo do tempo a utilidade cautelar desaparecer ou transformar-se, poderá o juiz – *ex officio* ou a requerimento da parte interessada – cassar ou readequar a medida. Em contrapartida, não pode o juiz revogar ou modificar a tutela antecipada sem que haja requerimento expresso da parte, visto que tão só a sentença é capaz de absorver ou substituir a decisão antecipatória...". *In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2016, p. 407.

indispensabilidade do ente, ao ser no mundo, à temporalidade, entre outros. A tese busca reforçar a unidade de mundos, sem afetar a autonomia do Direito obviamente, ao afastar o combatido cientificismo inócuo. A exigência da reversibilidade, no final das contas, acaba atrapalhando a relação do Direito com os fatos, quando os termos técnicos deveriam servir para a obtenção de uma melhor comunicação entre os dois planos. As teorias jurídicas, com tais proposições, adjetivariam a capacidade do Direito de trabalhar com as complexidades da realidade<sup>1826</sup>, sem negar, mas, pelo contrário, reforçando a autonomia do Direito, com a capacidade de afinamento constitucional democrático, atendendo os anseios da sociedade democrática pós-moderna.<sup>1827</sup>

O texto legal que exige a reversibilidade seria, na premissa positivista legalista, concebido como algo que vige e tem validade, sem qualquer possibilidade de correção extrínseca, sem necessidade, portanto, de interferência de vetores de racionalidade filosóficos. O sentido a ser extraído metodologicamente (instrumento), através da interpretação acessível e manipulável apenas pelo operador técnico jurídico, ganha uma correspondência exclusivamente afeta ao Direito, como sói acontecer<sup>1828</sup>. Ocorre

---

<sup>1826</sup>MORIN, Edgar: “Os princípios ocultos da redução-disjunção que esclareceram a investigação na ciência clássica são os mesmos que nos tornam cegos para a natureza ao mesmo tempo social e política da ciência, para a natureza ao mesmo tempo física, biológica, cultural, social, histórica de tudo o que é humano. Foram eles que estabeleceram e são eles que mantêm a grande disjunção natureza-cultura, objeto-sujeito. São eles que, em toda parte, não vêem mais do que aparências ingênuas na realidade complexa dos nossos seres, das nossas vidas, do nosso universo. Trata-se, doravante, de procurar a comunicação entre a esfera dos objetos e a dos sujeitos que concebem esses objetos. Trata-se de estabelecer a relação entre ciências naturais e ciências humanas, sem as reduzir umas às outras (pois nem o humano se reduz ao biofísico, nem a ciência biofísica se reduz às suas condições antropossociais de elaboração). A partir daí, o problema de uma política da investigação não se pode reduzir ao crescimento dos meios postos à disposição das ciências. Trata-se *também* — e sublinho o *também* para indicar que proponho não uma alternativa, mas um complemento — de que a política da investigação possa ajudar as ciências a realizarem as transformações-metamorfoses na estrutura de pensamento que seu próprio desenvolvimento demanda Um pensamento capaz de enfrentar a complexidade do real, permitindo ao mesmo tempo à ciência refletir sobre ela mesma”. *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 30-31.

<sup>1827</sup>MORIN, Edgar: “A ciência se autoproduz nesse processo, porém, quando digo “ela se autoproduz”, também quero dizer que ela não se autoproduz entre quatro paredes: ela se auto-ecoproduz, já que sua ecologia é a cultura, é a sociedade, é o mundo. A ciência é um fenômeno relativamente autônomo na sociedade, e não é uma pura ideologia social, e sim, a ciência é auto-ecoprodutora. Por que eu digo um “processo recursivo”? Porque a idéia de recursão, no sentido que eu uso, indica um processo cujos efeitos ou produtos se tornam produtores e causas”. *In: Ciência com consciência*. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 61.

<sup>1828</sup>TARELLO, Giovanni: “il fatto che, nelle opere giovanili, Leibniz assume il diritto – quello vigente o che gli pare essere vigente – come un dato indiscutibile, che non há bisogno di essere dimostrato o fondato. Il diritto vigente (cioé il diritto tou court) è un fatto; e anche quando, nelle opere della maturità, Leibniz si è dedicato alla ricerca dei fondamenti del diritto, tale ricerca appare pur sempre come la ricerca dei fondamenti di una realtà naturale. La ricerca di certezza che anima le prime

que ao se deparar com a realidade, quando da normatização, no caso concreto, a fuga da realidade cria aporias. Em cima disso, são criadas novas teorias jurídicas e a ciência do Direito vai se concentrando em si mesma, em um processo que pode ser considerado autofágico em se reconhecendo um objetivo constitucional democrático, como na tese. Não é incomum, como ocorre no caso da (ir)reversibilidade a criação de uma teoria (teoria da irreversibilidade recíproca) para reaproximar os sentidos, tornando viável a produção de efeitos práticos. Dessa forma, escamoteando a necessidade da correção hermenêutica-filosófica, o Direito e o Processo vão caminhando, com amplos espaços para deslizamentos indesejáveis. Por isso, na tese é escancarada a necessidade de reconhecimento da irreversibilidade fática sempre, de que qualquer decisão envolvendo Tutela de Urgência, deferindo, indeferindo ou deferindo em parte seu pedido, sempre produzirá efeitos irreversíveis, como é patente na Filosofia.

Enfim, os elementos filosóficos e científicos admitidos na atualidade são no sentido do reconhecimento de que a irreversibilidade é imanente ao mundo da vida, tornando a introdução da reversibilidade no campo jurídico incoerente com a proposta pós-positivista em desenvolvimento, com destaque para a abertura voluntarista combatida na tese. O ser-aí não é refém da filosofia da consciência, em face do pressuposto do uno do ente<sup>1829</sup>, ainda que o *dasein* seja indelevelmente significativo e ressignificativo na historicidade do ser, as proposições devem se guiar pelo ente linguístico para assumirem validade e, em seu conjunto, expressarem a realidade<sup>1830</sup>.

---

opere giuridiche di Leibniz, non è diversa della ricerca di certezza che anima le sue ricerche matematiche o scientifiche". In: **Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976, p. 134-135.

<sup>1829</sup>MORIN, Edgar: "Assim, a ciência não é somente a acumulação de verdades verdadeiras. Digamos mais, continuando a acompanhar Popper é um campo sempre aberto onde se combatem não só as teorias, mas também os princípios de explicação, isto é, as visões do mundo e os postulados metafísicos. Mas esse combate tem e mantém suas regras de jogo: o respeito aos dados, por um lado; a obediência a critérios de coerência, por outro. É a obediência a essa regra por parte de debatentes-combatentes que aceitam sem equívoco essa regra que constitui a superioridade da ciência sobre qualquer outra forma de conhecimento". In: **Ciência com consciência**. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005, p. 24.

<sup>1830</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "Segundo as teorias ontológicas da verdade (de Aristóteles a Tarski), as proposições só são verdadeiras quando se deixam guiar pela realidade, quando reproduzem ou mesmo copiam a realidade. Ora, para Habermas, essa perspectiva é insatisfatória, porque a correspondência entre proposição e realidade, por sua vez, deve ser explicitada em proposições. Não podemos dar ao termo realidade nenhuma outra significação do que aquela que temos, implicitamente, em proposições verdadeiras a respeito de estados de coisas existentes. Não podemos falar do conceito realidade independentemente do termo proposição verdadeira. Realidade é a soma

Não é incomum que o positivismo reconheça que a irreversibilidade leva necessariamente a dois caminhos. Como visto, a relação sujeito-objeto encravada no positivismo, parece indicar a ausência de escapatória na adoção da relação sujeito-objeto<sup>1831</sup>, ou é abraçado o objetivismo paralisante ou o subjetivismo antidemocrático. Com o primeiro, objetivismo paralisante, em face da sempre presente irreversibilidade fática/temporal a resposta judicial pelo indeferimento seria padrão em todas as tutelas antecipadas. O outro caminho, também supostamente objetivista, mas que camufla a voluntariedade do juiz, é o da utilização dos métodos interpretativos, em se reconhecendo que a irreversibilidade é fática e temporalmente inafastável do mundo<sup>1832</sup>. O intérprete permitiria, assim, a denegação ou concessão da Tutela de Urgência invocando, através do instrumento/método de interpretação, o espírito da lei, ou qualquer entidade física equivalente<sup>1833</sup>, ou ainda uma vontade ou intencionalidade do texto legal<sup>1834</sup>. E o terceiro caminho seria na linha da filosofia da consciência, como ocorre há algum tempo no Brasil<sup>1835</sup>, com a banalização dos princípios<sup>1836</sup>, ou talvez

---

de todos os estados de coisas sobre os quais proposições verdadeiras são possíveis". In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 309/310.

<sup>1831</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "A experiência da linguagem como informação se faz a partir de determinado paradigma: o paradigma da subjetividade, da consciência, que encontrou sua realização plena na atual fase de nossa civilização. Não é possível experimentar a linguagem desde outro paradigma, para além da relação sujeito-objeto, consciência-mundo?". In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 205.

<sup>1832</sup> BENASSE, Marcos Antônio: "Nada obstante o contido no § 2º do art. 273 do CPC, não se pode entender que "a denegação é sempre obrigatória", ou que seja, a rigor, "uma impossibilidade jurídica odiosa criada pela lei", como entende Luiz Fux". In: **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 173.

<sup>1833</sup> BENASSE, Marcos Antônio: "Esse preceito, nos termos em que vazado, mantida a interpretação restritiva acima, vai contra o espírito da reforma, e contra o espírito da própria Justiça". In: **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 173.

<sup>1834</sup> BENASSE, Marcos Antônio: "Daí, resulta cristalina a intenção da lei de colocar à disposição do juiz, mediante criteriosa valoração das provas, o poder de antecipar, ou não, a tutela pretendida, tomando efetiva a prestação jurisdicional – o que não era possível até então". In: **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 174.

<sup>1835</sup> NEVES, Marcelo: "Em 2003, ao retornar ao Brasil, após alguns anos de atividade de pesquisa e ensino na Europa, deparei com uma ampla recepção do debate em torno de princípios e regras, ponderação e otimização, principiologia, constitucionalização do direito e temas conexos. Um tanto surpreso, observei que essa linguagem não se restringia à teoria do direito e da Constituição, mas se espalha na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial, sem limites". In: **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2013, p. IX.

<sup>1836</sup> NEVES, Marcelo: "Por um lado, a invocação aos princípios (morais e jurídicos) apresentava-se como panaceia para solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional. Por outro, a retórica principialista servia ao afastamento de regras claras e "completas", para encobrir decisões orientadas à satisfação de interesses particularistas. Assim, tanto os advogados idealistas quanto os astutamente estratégicos souberam utilizar-se exitosamente da pompa dos princípios e da ponderação, cuja trivialização emprestava a qualquer tese, mesmo as mais absurdas, um tom de respeitabilidade. Isso tudo, parece-me, em detrimento de uma concretização jurídica constitucionalmente consistente e socialmente adequada". In **Entre Hidra e Hércules. Princípios**

invocando o Direito Natural, para admitir de uma forma mais clara o arbítrio judicial e a ultrapassagem do texto legal, de modo permitir a denegação ou concessão da Tutela de Urgência<sup>1837</sup>.

A adoção dos elementos filosóficos e científicos em prol da inerente irreversibilidade ao mundo, extraído de alguns ensinamentos da filosofia hermenêutica de Heidegger e hermenêutica-filosófica de Gadamer, como ser-no-mundo, ser-com... (ente, ser), ao ser temporal, entre outros, determina a correção do dispositivo legal. A presença dos planos distintos em nada prejudica a correção, como referido anteriormente, pois se comunicam<sup>1838</sup>. No plano do Direito o sentido constitucional e democrático a ser perseguido é que levaria à extirpação da exigência da reversibilidade. Em face de toda a problemática jurídica revelada no decorrer da tese a solução no plano jurídico constitucional estaria em reconhecer que o texto da lei processual tem vigência, mas carece de validade ou, no mínimo, a decretação da nulidade parcial sem redução de texto, afastando, no caso concreto, o sentido incompatível do retorno ao *status quo ante*<sup>1839</sup>.

Alheio a tudo isso, não se dando conta sequer da ausência de faticidade da ação do tempo no ser e ente, o Direito Pátrio continua a conceber tutelas faticamente reversíveis e irreversíveis. Não é demais repetir<sup>1840</sup> que a saída da doutrina, comumente, passa pela permissão de tutelas faticamente irreversíveis, em caráter excepcional, em face do grande mal que poderia ser gerado pela não concessão de uma tutela irreversível quando se tem uma questão muito importante em risco, a doutrina cria uma saída através da ponderação, que dá ensejo à teoria da irreversibilidade recíproca,<sup>1841</sup> com a valoração dos males que podem advir, tanto para a parte autora quanto para a parte ré, devendo o julgador escolher evitar o mal maior. Assim, em casos excepcionais que tratem de dignidade da pessoa humana, vida,

---

**e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2013, p. IX/X.

<sup>1837</sup>BENASSE, Marcos Antônio: “Entendemos que o parágrafo 2º do art. 273 quis reforçar o poder do juiz de indeferir a antecipação da tutela, quando entendesse, com base nessa valoração – que indicasse, mediante um juízo proporcional -, que maior risco corre o réu que o autor, ou seja, o dano é irreversível de qualquer maneira, apenas a pessoa prejudicada é que é diferente”. *In: Tutela antecipada em caso de irreversibilidade*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 173.

<sup>1838</sup>Capítulo 2.1. O nível anterior da Hermenêutica Filosófica como pressuposto para o fornecimento de standards de fatorialidade no Direito e no Processo.

<sup>1839</sup>STRECK, Lenio Luiz. *In: Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

<sup>1840</sup>Capítulo: 3.3.2 O quadro atual da (ir)reversibilidade no Direito Pátrio – Ultrapassagem da teoria da irreversibilidade recíproca para o aprofundamento de soluções preventivas e reparatórias.

<sup>1841</sup>Carneiro. Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 87.

saúde, etc., haveria a possibilidade de não ser aplicada a exigência legal<sup>1842</sup>.

Esse posicionamento, como regra, comumente recepcionado acriticamente na doutrina e na jurisprudência, admite a irreversibilidade como requisito negativo. No entanto, em face dos inúmeros casos em que o dano pode ter uma expressão mais rigorosa em face da ausência de celeridade, o posicionamento dominante defende uma aplicação caso a caso. E, na referida análise, costumeiramente o enfrentamento tem ocorrido na linha da suposta ultrapassagem do texto legal pelo princípio da proporcionalidade (que na falta de critérios jurídicos, dá margem ao combatido arbítrio judicial), da comparação dos interesses que podem vir a ser lesados, tanto com a concessão quanto com a denegação da Tutela de Urgência<sup>1843</sup>. É, assim, curiosamente, como regra, o principiologismo subjetivista ou pamprinciologismo, o recurso utilizado para afastar a metafísica da reversibilidade fática encobridora do próprio subjetivismo<sup>1844</sup>. O que reforça a afirmação anterior de que o ordenamento jurídico brasileiro dos últimos tempos, majoritariamente, move-se, consciente ou inconscientemente, pela filosofia da consciência, através de instrumentos encobridores do subjetivismo ou admitindo-o abertamente<sup>1845</sup>. De todas as formas,

---

<sup>1842</sup>NEVES, Daniel Amorim Assumpção: “Ocorre, entretanto, que, mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão”. *In: Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 7ª ed. São Paulo: Gen/Editora Método. 2015, p. 1493.

<sup>1843</sup>RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva: “Existem situações em que a aplicação do princípio da proporcionalidade demanda uma análise mais detida da situação concreta e dos bens em jogo, porque não há uma prevalência clara de status entre um direito e outro. Nessas hipóteses, os tão temidos efeitos irreversíveis surgem tanto para a hipótese de se conceder a tutela de urgência quanto para a de negá-la, dependendo do olhar sob a ótica do requerente ou do requerido”. *In: Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015*. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017, p. 151.

<sup>1844</sup>TESSER, André Luiz Bauml: “O § 3º do art. 300 consagra a irreversibilidade do provimento como requisito negativo de concessão da tutela de urgência antecipada (de natureza satisfativa, portanto, e não cautelar), proibindo que a medida seja concedida quando houver perigo de tornar-se irreversível. Tal regra já era prevista no CPC/1973, no art. 273, § 2º. Em razão disso, a par das divergências doutrinárias sobre a natureza dessa irreversibilidade (se ela é fática ou jurídica) e qual seu alcance, a jurisprudência já vem determinando que esse requisito deve ser analisado caso a caso pelo juiz, mediando-se os interesses postos em juízo, especialmente quando há o perigo de irreversibilidade recíproca. Essa se faz presente quando a concessão da medida causar perigo de irreversibilidade ao réu ao mesmo tempo em que seu indeferimento cause perigo de irreversibilidade ao autor. Nesses casos, adotando-se critérios de proporcionalidade, o juiz deve sopesar as circunstâncias específicas do caso concreto para decidir se concede ou não medida, não devendo significar de forma taxativa que, existindo perigo de irreversibilidade para o réu com o deferimento da medida, a antecipação de tutela não pode ser concedida”. *In: Código de Processo Civil anotado*. Coordenadores: José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti, Sandro Gilbert Martins. AAsp e OAB/pr, 2015, p. 503.

<sup>1845</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

não há a ultrapassagem do obstáculo epistemológico diagnosticado. O positivismo jurídico aposta na objetividade que, na realidade mascara a subjetividade “instauradora do mundo”<sup>1846</sup>, sendo inescapável ver aí as duas faces da mesma moeda<sup>1847</sup>. Então, o apelo da tese é pelo abandono da superficialidade e das amarras referidas, permitindo ao ser alcançar a sua verdade<sup>1848</sup>, o que advirá do abandono da premissa filosófica da relação sujeito-objeto<sup>1849</sup> para a admissão, na hermenêutica filosófica, da relação sujeito-sujeito<sup>1850</sup>.

A exigência da reversibilidade no Direito Pátrio é cabível, em princípio, em um mundo jurídico completamente indiferente e dissociado da realidade, seguindo o modelo positivista que admite a dualidade de mundos, onde os casos são levados para dentro do mundo do Direito lá são encontradas as soluções, onde as consequências dessas soluções atinentes ao mundo prático são de menor ou nenhuma importância ao mundo técnico. Onde é possível admitir e desenvolver uma linguagem hermética do Direito e para o Direito. Porém, o mesmo positivismo jurídico, de forma inversa, ao primar pela técnica da subsunção ao caso concreto encontraria dificuldades na busca do “verdadeiro” sentido imanente ao texto legal, supondo metafisicamente que o intérprete pode ter acesso direto ao sentido e à essência das coisas, com o que, restaria mais exigente a supressão do problema pelo voluntarismo do intérprete<sup>1851</sup>. Na medida em que não há o acesso direto ao sentido do texto, o que acaba acontecendo é o subjetivismo do intérprete. Por trás da suposta vontade da lei ou se utilizando de qualquer outra entidade metafísica o sujeito (consciente ou inconscientemente) está,

---

<sup>1846</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 39.

<sup>1847</sup>STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, nº 52, p.128, jan/jun. 2008.

<sup>1848</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Em suma, a superação decisiva da filosofia da consciência e da representação, isto é, da filosofia moderna da subjetividade, está aqui: não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama. Nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado. O ser emerge, assim, como a instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 220.

<sup>1849</sup>Em Kaufmann o esquema sujeito-objeto é aquele “*conforme al cual em el conocimiento está el objeto rigurosamente separado del sujeto, o sea que nada subjetivo se introduce em el conocimiento*”. *In: KAUFMANN, Arthur. Filosofia del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998, p. 41.

<sup>1850</sup>Ver mais a respeito da relação sujeito-objeto da hermenêutica romântica em oposição a relação sujeito-sujeito da hermenêutica filosófica. *In: STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

<sup>1851</sup>STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, nº 52, p.146, jan/jun, 2008, p.128.

na realidade, fazendo valer a sua vontade. Em não havendo uma âncora fática na expressão, então, com maior desenvoltura pode ser exercido o arbítrio, usando da usual camuflagem da objetividade do texto<sup>1852</sup>. Ilustrativamente, as crenças positivistas na “vontade concreta da lei”<sup>1853</sup>, no “espírito da lei”, em uma entidade consciente anterior mítica<sup>1854</sup> a dar sentidos aos textos, são reforçadas, pois se não há parâmetro físico o sentido poderá ter engrandecida e redimensionada a sua amplitude de arbítrio. As crenças referidas têm por imprescindível o “intérprete jurídico” para ser o seu porta-voz do sentido do Direito, cuja tarefa consiste na utilização de um processo interpretativo, que fatia metodologicamente a compreensão, a interpretação e a aplicação (“*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*”), mas que, no final das contas, tem para si a formação do ambiente de liberdade para o exercício de um arbítrio acentuado.<sup>1855</sup> Ou seja, a exigência da reversibilidade deixa ainda mais explícita a ausência de fundamento<sup>1856</sup> do sentido da norma inerente exclusivamente ao texto legal.

Não é distante a identificação da reversibilidade como obstáculo à consecução da perfeita separação de poderes de modo a controlar o exercício autoritário do poder, de nascente positivista/iluminista. Se na premissa positivista/iluminista está o controle do arbítrio judicial, através da aplicação objetiva da lei, não é possível admitir uma expressão que não permita a subsunção da lei ao caso concreto. O objetivo perseguido pela subsunção consistia em (ingenuamente) tentar suprimir a atividade interpretativa do juiz, de modo que bastaria a aplicação do conteúdo legal sem qualquer influência volitiva do aplicador, para que a vontade do povo, expressa na lei, pudesse

---

<sup>1852</sup>Como reiterado em outras oportunidades anteriores com referência às obras mais recentes de Streck.

<sup>1853</sup>Concepção ainda vigente, mas que já fora identificada no século XVI por Montaigne, e que foi muito influente durante todo o período, como se percebe da passagem de Raselli: “*Chiamasi applicazione di una norma giurídica l’attività diretta a verificare se La fattispecie, ipotizzata in astrato dalla nora si verifici in concreto in un determinato caso, per sabilire consequentemente quale debba essere La volontà concreta di legge, Che disciplina Il caso stesso*” In: **Il potere discrezionale del Giudice Civile**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1927, p. 151.

<sup>1854</sup>Zagrebelsky relata, a propósito, um projeto de lei apresentado em 2004 ao Congresso dos Estados Unidos que tinha como base “*el reconocimiento de Dios como fuente soberana del derecho, de la libertad o del gobierno*”. In: **Contra la ética de la verdad**. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, S/A., 2010, p. 95.

<sup>1855</sup>No mesmo sentido era a usual busca do alcance do espírito ou vontade do legislador. Grossi refere: “A lei torna-se uma forma pura, ou seja, um ato sem conteúdo, um ato ao qual nunca será um determinado conteúdo a dar o crisma: da legalidade, mas sempre e somente a proveniência do único sujeito soberano. O qual se identifica cada vez mais em um legislador, em um legislador embaraçante, unindo à própria pessoa e a sua supremacia”. In: **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p.44.

<sup>1856</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 412.

ser cumprida à risca. Era a predominância do Poder Legislativo, expressada pela busca da chamada interpretação autêntica. Ocorre que não havendo uma correspondência possível do texto legal com a realidade fática ficaria obstada a tarefa do juiz de aplicar a lei, sem interpretar. A objetividade perseguida restaria obstada, não havendo outro caminho ao juiz que não fosse “interpretar” (subjeter) <sup>1857</sup>, em face da imprestabilidade do texto legal. Contudo, o solipsismo judicial é mascarado pela interpretação de acordo com a vontade do legislador ao criar a lei, como se, metafisicamente, tal conteúdo pudesse ser transposto do legislador para o juiz. Isso denota que o cuidado com as palavras do texto legal é mais relevante para o positivismo objetificante/estagnante do que para o positivismo subjetivista/aberto. De qualquer forma, a previsão da reversibilidade, quando, na realidade, os fatos são irreversíveis, acabaria por afrontar a premissa iluminista/positivista jurídica de evitar a interpretação do julgador na aplicação da lei, para dizer o mínimo, na medida em que o juiz boca da lei apenas a aplica e não a interpreta <sup>1858</sup>.

Apesar do entrave da reversibilidade para o positivismo legalista, não é demais repetir que a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica inadmito o referido fatiamento metodológico, não sendo possível retirar do texto um sentido e passar a reproduzir sentidos, pois o interpretar é produzir sentidos (*sinngebung*) <sup>1859</sup>, inadmitindo, porém, sentidos arbitrários no plano jurídico constitucional democrático, encontrando,

---

<sup>1857</sup> Já no ano de 1977 de Francisco Ramos Mendez parte dessa premissa entificante da lei referindo que: “La resolución del problema juez/ley há sido centrada certeramente por la doctrina em el estudio de la interpretación jurídica (628). La interpretación designa precisamente el acto de enfrentamiento de La actividad jurisdiccional y la ley. Mediante esta operación, em su inmensa complejidad, se produce el tránsito de lo universal a lo particular...” In: **Derecho y Proceso**. Biblioteca Procesal. Barcelona: Libreria Bosch, 1979, p. 194. Porém, reconhece a insuficiência do pensamento em diversas passagens, v.g., a enxergar que “a actividade jurisdiccional es irreductible a um mero esquema lógico” p. 178. e, em outro momento, reconhece que “es congruente acentuar el carácter constitutivo de toda resolución jurisdiccional em cuanto que hace nacer una realidad que no existía com anterioridad” p. 203.

<sup>1858</sup> MERRYMAN, John Henry. Rogelio Pérez-Perdomo: “A legislatura proveria então uma interpretação autêntica para guiar o juiz. Neste sentido, os defeitos da lei seriam sanados, e estaria livre da ameaça da tirania judicial. Para os fundamentalistas da civil law, a interpretação autêntica do legislador era a única forma de exegese permissível”. In: **A tradição da Civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 69.

<sup>1859</sup> Expressão utilizada em várias outras oportunidades no decorrer da tese, sempre com referência a: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009, p. 112. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 439/440. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 53/54.

o julgador, de acordo com sua consciência, situações mais reversíveis ou menos reversíveis, de modo a permitir ou não a concessão das Tutelas de Urgência, daí porque não é possível negar a relevância do texto na construção da norma também na proposta pós-positivista<sup>1860</sup>, na medida em que parte de uma unidade indissociável entre palavra e coisa<sup>1861</sup>. Onde ao ser não é dado assenhorar-se da palavra e da coisa, pois antes o ser é quem pertence a um mundo de sentidos. O círculo hermenêutico é na linguagem da história, com incessante renovação na interação com ela, da significação do ente nesse contexto<sup>1862</sup>. Aqui se poderia, então, falar de uma aliança estratégica<sup>1863</sup> entre a matriz analítica e a hermenêutica-filosófica, para o reconhecimento do equívoco da reversibilidade presente no texto legal. Tanto para o positivismo legalista quanto para o pós-positivismo cabe bem o alerta de Zagrebelsky a respeito das palavras em relação ao seu cuidado e qualidade, “las palabras deben respetar – no corromper – los conceptos”<sup>1864</sup>, e só pode haver a ultrapassagem da exigência legal da reversibilidade corrompendo o conceito. Em complemento, valendo da lição do processualista Carnelutti, que invocando Heidegger e Bergson, reconhece que o objeto se refere ao sujeito, permitindo concluir a sua ultrapassagem do paradigma da relação objetificante para a intersubjetiva, prega o olhar com atenção ao objeto da compreen-

---

<sup>1860</sup> Kaufmann, Arthur: “El derecho no resulta ni de una naturaleza concebida como siempre, ni simplemente de la formulación general-abstracta de la ley. Estas son, em cierta forma, solo *matéria prima*, de la cual, em um acto de formación procesal (la jurisprudência y em general la actividad jurídica), debe surgir el derecho concreto”. In: **Filosofia del derecho em la posmodernidad**. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998, p. 43.

<sup>1861</sup> Gadamer ensina: “O intérprete não se serve das palavras e dos conceitos como o artesão que apanha e deixa de lado suas ferramentas. É forçoso reconhecer, antes, que toda compreensão está intimamente penetrada pelo conceitual e rechaçar qualquer teoria que se negue a aceitar a unidade interna de palavra e coisa”. In: Op. Cit. **Verdade e Método**, p. 587

<sup>1862</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “O sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de se sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular de toda compreensão, ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos. Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 230.

<sup>1863</sup> De forma análoga Streck trata da aliança com o positivismo no reconhecimento da autonomia do Direito. In: STRECK, Lenio Luiz. **Aliança estratégica com o positivismo**. Conjur: maio/2016.

<sup>1864</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, S/A., 2010, p. 109.

são, de onde é forçoso admitir que também ao texto legal há de se ter a mesma atenção, e o jurista, ao deparar com a exigência do texto legal da reversibilidade, não poderia deixar de criticá-lo<sup>1865</sup>. Tudo a ressaltar a importância da questão terminológica no Direito, a necessidade de levar a sério o texto legal, permitindo que ele possa dizer algo ao jurista. Ou seja, as palavras, em que pese as duras críticas da tese ao positivismo legalista objetificante, não podem deixar de ter a sua importância reconhecida na proposta pós-positivista apresentada, não sendo equivocado reconhecê-las como critério distintivo das ciências da natureza, exatas ou físico-químicas<sup>1866</sup>. A apuração da precisão técnica do vocabulário jurídico também é relevante na proposta pós-positivista, porém buscando critérios racionais construtivos dentro do Direito, sem espaço para métodos interpretativos que dão margem para o solipsismo<sup>1867</sup>, sem admitir igualmente a dissociação da realidade, na medida em que a teoria do Direito deve abolir abstrações inúteis, não pode, como referido, voltar-se exclusivamente para si mesma, esquecendo-se dos fatos e de alcançar na sociedade uma transformação democrática, mas sem também, por outro lado, negar com isso, a sua condição de campo científico autônomo<sup>1868</sup>. Em sendo assim, o legislador deveria ter tido cuidado

---

<sup>1865</sup>CARNELUTTI, Francesco: “¡Bella palabra! Aliquid jacet ob. Algo yace delante. El objeto se refiere al sujeto; y tuvimos ya ocasión de ver que en tanto el hombre merece el nombre de sujeto, en cuanto debe observar. ¿Qué es, pues, lo que yace delante? El mundo, se contestará. Verdad. Pero el mundo es demasiado para poderlo ver. Los sentidos del hombre se parecen a las ventanas de una casa, donde el mundo entero no puede penetrar. El cuadro que se presenta ante la ventana: he ahí el objeto. Es decir que el objeto se determina mediante la atención. Éste sí es un concepto que la filosofía moderna últimamente elaboró: aludo, ante todo, a HEIDEGGER, bajo el aspecto lógico, y a BERGSON, bajo el aspecto fisiológico. El paradigma de la atención se encuentra en la actitud del cazador, cuando cierra uno de los ojos para mirar al pájaro. Para ver una cosa es necesario no ver las demás. El mundo se divide, así, en una muchedumbre de objetos. Y objeto es lo que del mundo podemos mirar”. *In: Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1948, p. 45.

<sup>1866</sup>ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Sin poner una vez más sobre el tapete el viejo tema de la cientificidad Del derecho, que em los últimos años llegó a preocupar a Carnelutti, puesto que su examen nos llevaría muy lejos – aunque, eso sí, afirmando de manera rotunda que la índole científica de las disciplinas humanísticas no puede medir-se con los mismos criterios e idéntico rasero que la de las exactas, fisiocoquímicas o naturales, es evidente que uno de los factores que más complica el estudio de qué es el de la imprecisión terminológica, tanto más sensible em un mundo de concimientos que, a fin de cuentas, se reduce o se traduce, como diría Hamlet, em “palabras, palabras y palabras” (acto II, escena II), com las que se aspira a captar y a encapuzar, mediante normas, el ámbito de las relaciones humanas em todas sus innumerables facetas necesitadas de sujetarse a régimen jurídico”. *In: Cuestiones de Terminología Procesal*. Primeira edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p.9.

<sup>1867</sup>ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. A propósito, formula criterios para a mais adequada utilização terminológica. *In: Cuestiones de Terminología Procesal*. Primeira edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 11/14.

<sup>1868</sup>ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto: “Rechazar o, mejor dicho, encuadrar em sus justos limites tales derroteros, no significa, em modo alguno, imaginar el derecho desligado de la realidade circundante, puesto que como fruto de la convivencia humana, viene condicionado por factores políti-

para não inserir arbitrariamente um conceito inexecutável no texto legal. Salvo se o legislador, equivocadamente conforme a tese, confiasse no protagonismo judicial como caminho democrático, com o que objetivaria a continuidade do fomento do faticamento interpretativo e da arbitrariedade que lhe é decorrência.

A proposta pós-positivista da tese não chega, no entanto, apesar da aliança mencionada no combate da exigência textual legal da reversibilidade, a ter na subsunção o método para alcançar o sentido, havendo antes a admissão do círculo hermenêutico, que em relação ao texto reside na compreensão da parte para o todo e do todo para a parte, com antecipação de sentido que será filtrada e permitirá um sentido diverso, através de uma circularidade concêntrica <sup>1869</sup>, onde a “tradição” e o “pré-conceito” são indispensáveis na produção jurídica <sup>1870</sup>. A aliança com o positivismo, dessa forma, não afasta a crítica ao modelo que também foi responsável pela admissão da reversibilidade no texto legal, que é aquele centrado excessivamente em si, criador de um mundo diferente e completamente autônomo ao mundo da vida, na medida em que a hermenêutica filosófica não permite que se perca tal referência no Direito, na mencionada unidade entre palavra e coisa, com o que é destacado o mundo da vida para síntese hermenêutica consubstanciada em “[...] la transcendencia del juicio jurisdiccional em su papel creador del derecho”<sup>1871</sup>. Todavia, a transcendência hermenêutica admitida na tese é sempre em face de uma tradição. No texto entregue há a comunhão do passado com o presente, o texto é passado que se torna presente no ser-

---

cos, sociales, económicos, históricos, religiosos o antirreligiosos y hasta, em ocasiones, por desgracia, raciales, que no han escapada a la acuciosidade de los juristas, si bien entrañaria subversión manifiesta invertir los términos del problema y pretender, por ejemplo, reabsorber el derecho em la sociología o reducirlo a siervo o satélite suyo. Bueno será destacar a este propósito que salvo expositores pertenecientes a la patología y no a la fisiología del fenómeno, el teórico del derecho no es un ser que ande por las nubes de las abstracciones inútiles o de pudro adorno, sino el investigador que con los pies afianzados sobre la tierra y el cerebro limpio de telarañas, extrae del análisis paciente de casos concretos, enseñanzas que eleva a la categoría de dogmas, nociones y principios”. In: **Cuestiones de Terminología Procesal**. Primeira edição. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972, p. 10/11.

<sup>1869</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 436-437.

<sup>1870</sup>Kaufmann, Arthur: “Bajo el império de este formalismo también prevaleció em la metodología jurídica el concepto de que la creación del derecho sería un simple proceso lógico, concretamente la subsunción de un conjunto de circunstancias vitales bajo la norma legal. Pero que el proceso de creación jurídica muestra una estructura esencial más complicada, que contiene también momentos productivos, dialécticos, posiblemente intuitivos, em todo caso no exclusivamente lógico-formales, y que el juez nunca infiere la decisión solo de la ley, sino que llega al caso siempre com um determinado preconcepto, establecido principalmente por la tradición y la situación se ignora simplemente”. **Filosofía del derecho em la posmodernidad**. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998, p. 28.

<sup>1871</sup>Mendez, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Biblioteca procesal. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 219.

aí, crescendo ao ser novas possibilidades de mundo<sup>1872</sup>, advindo disso, como produto final, um Direito e Processo efetivos<sup>1873</sup>. Principalmente, não é possível olvidar que qualquer forma de positivismo jurídico ignora a viragem linguística (*linguist turn*), enquanto que a presente proposta jurídica tem a linguagem como pressuposto para a compreensão, não admite compreensão sem linguagem<sup>1874</sup>, com o que, ao mesmo tempo, também vira limite, reconhecendo que “[...] a apreensão da natureza é completamente diversa da natureza<sup>1875</sup>”. Isto é, em outro nível mais profundo a linguagem é condição de possibilidade da compreensão, portanto, condição de possibilidade do ser, da ciência e do Direito<sup>1876</sup>. Não há metafisicamente a transposição da essência do objeto da interpretação, a linguagem não é um objeto de “per si” que pode ser interpretado, por ser elemento da própria interpretação precedente a qualquer conhecimento do ente<sup>1877</sup>. De modo diverso da concepção positivista clássica, onde a entificação da lei parte da admissão da relação sujeito-objeto, na hermenêutica filosófica sempre foi concebida a relação sujeito-sujeito, da relação do sujeito consigo

---

<sup>1872</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. A escrita traz, assim, algo novo para a situação hermenêutica, pois na forma da escrita o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. Pela escrita, qualquer presente pode ter acesso ao transmitido, pode, assim, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. A escrita realiza a transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 233.

<sup>1873</sup>Junoy, Joan Picol: “El derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos exige también que el fallo judicial se cumpla em sus propios términos, pues solo de esta manera el Derecho al Proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a La paz y seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada em um proceso anterior entre las mismas partes, com faticidade para se alcançar uma tutela judicial efetiva”. In: **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997, p. 37.

<sup>1874</sup>Ver a propósito: ENGELMANN, Wilson. No princípio era o Verbo... A linguagem como condição de possibilidade para o acontecer do princípio da igualdade a partir dos direitos humanos. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de pós-graduação Stricto Sensu em Ciência jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 3, nº 3, 3º quadrimestre de 2008.

<sup>1875</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 75.

<sup>1876</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A filosofia, precisamente, enquanto teoria da ciência, não pode deixar para a ciência a tematização da linguagem, pois a linguagem não é um objeto qualquer, mas a problemática da linguagem é a problemática dos fundamentos de qualquer formação conceitual e teoria da ciência e de suas proposições; ou seja, trata-se aqui, nada mais nada menos, da formulação plena de sentido e intersubjetivamente válida, do conhecimento enquanto tal”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 266.

<sup>1877</sup>GADAMER, Hans-Georg: “A lingüisticidade da nossa experiência do mundo precede a tudo quanto pode ser reconhecido e interpelado como ente. A relação fundamental de linguagem e mundo não significa, portanto, que o mundo se torne objeto da linguagem. Aquilo que é objeto do conhecimento e de seus enunciados se encontra, pelo contrário, abrangido sempre pelo horizonte do mundo da linguagem. A lingüisticidade da experiência humana do mundo como tal não inclui a objetivação do mundo”. In: **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 653.

mesmo<sup>1878</sup>, contudo não de forma solipsista tendo na linguagem o meio para o acordo entre os intérpretes e a compreensão do ente<sup>1879</sup>. O Direito, nesse contexto, é revelado obviamente pela linguagem. A linguagem é, portanto, o acesso ao texto legal, aos julgados, aos precedentes e todas as manifestações do Direito. Nessa concepção de Direito, sucintamente em face de explanações anteriores, a interpretação é, pois, um evento, um fato inevitável, um fenômeno original,<sup>1880</sup> consistente em uma “fusão de horizontes”<sup>1881</sup> guiada pela “tradição”<sup>1882</sup>, nem assujeitado e nem assujeitador em face da sua relação com os outros homens e com as coisas<sup>1883</sup>.

É desarrazoado, dessa maneira, um texto que ignora o os acontecimentos fáticos, em nada auxiliando na apreensão do contexto. Nesse sentido que é reiterada a necessidade de correspondência fenomenológica, diverso portanto de outros sentidos que a expressão fenomenologia possui na Filosofia, como a referida em Streck e Stein a respeito do nível diverso da fenomenologia do conhecimento, do espírito, da mesma forma que difere da busca da essência da verdade em oposição à aparência, bem como, em confronto com a metafísica, anterior a Husserl<sup>1884</sup>, da mesma forma que, a partir do filósofo, postulando uma objetividade científica, considerando válida a reflexão que provém do objeto e não a que se aplica a ele, incluindo a compreensão do

---

<sup>1878</sup>KAUFMAN, Arthur: “Es así que em este campo no hay la separación sujeto-objeto, como em la forma empírica de observación (de la “modernidad!”), más bien el hombre es em este mundo siempre indisolublemente sujeto-objeto al mismo tiempo. La hermenêutica filosófica vio esto así desde siempre, mucho antes del surgimiento de la posmodernidad”. *In: Filosofía del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998, p. 36.

<sup>1879</sup>Texto mencionado em nota anterior. *In: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método*. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.559-560.

<sup>1880</sup>HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 71.

<sup>1881</sup>Texto mencionado em nota anterior. *In: GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método*. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 457.

<sup>1882</sup>HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 78.

<sup>1883</sup>Kaufmann, Arthur. “Lo que se busca solo puede ser el hombre, pero no el hombre puramente empírico, ni tampoco el hombre meramente como noumeno, sino el ombre como persona, es decir, como el conjunto de relaciones em que se encuentra el hombre com los otros hombres o com las cosas”. *In: Filosofía del derecho em la posmodernidad*. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S.A., 1998, p. 67.

<sup>1884</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: “La expresión “fenomenologia” tiene un sentido antes de Husserl y otro sentido, sustancialmente diferente, después de él. Antes de Husserl, la expresión es utilizada por E. Lambert, para quien la fenomenologia es la disciplina encargada de distinguir la verdad de la apariencia. Parte Lambert del planteamiento de cuatro cuestiones vinculadas al problema de la verdad, que resuelve con cuatro distintas actitudes, sistematizadas por sendas disciplinas, y una de ellas es la fenomenología, que tiene por objeto distinguir la verdad de la apariencia. Kant también se refiere a la fenomenologia, como una disciplina que debiera preceder a la metafísica, trazando la diferencia entre el mundo sensible y el mundo inteligible, para evitar ilegítimas transosiciones del uno al otro. Hegel, después, emplea el término referido a la fenomenologia del espíritu, como la introducción al sistema total de la ciencia”. *In: Manual de filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 176.

objeto real e do irreal<sup>1885</sup>. A fenomenologia referida aposta na metodologia para descobrir a essência das coisas, revelando a crença na relação sujeito-objeto<sup>1886</sup>, bem ao encontro dos ideais iluministas e positivistas de cientificidade, reforçada pela linguagem tecnológica<sup>1887</sup>, porém distante da linha hermenêutica-filosófica da tese<sup>1888</sup>. De modo que a referência à fenomenologia do trabalho, sem fugir tanto da origem kantiana da expressão, em oposição à metafísica, está vinculada à observação do mundo sensível, às ocorrências do mundo natural. De onde flui que a existência ou subsistência estão dadas e quando são ignoradas pelo texto legal acabam demandando um grande esforço como na tese, que remete à base<sup>1889</sup>, à tradição jurídica, à Constituição para a real solução do problema. O que está a se defender, portanto, é que o texto e o contexto tenham compatibilidade de modo a facilitar através da Constituição o desejado atendimento das expectativas sociais pelo Direito<sup>1890</sup>.

---

<sup>1885</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "El punto de partida de Husserl es el de los objetos ideales, negados por el positivismo, y que tienen asimismo todas las características de la objetividad, toda vez que pueden ser identificados, intuitos y mentados. Objetos no son solamente las cosas para la fenomenología, sino todo aquello que puede ser sujeto lógico de una predicación. Ahora bien, todo objeto, real o irreal, tiene una esencia que es posible describir en la medida en que esa esencialidad no sea trascendente del sujeto cognoscente, ya que Husserl niega el ser absoluto de los objetos, con prescindencia del ser de la conciencia pura desligada de toda contingencia. Descubrir y describir esa esencialidad, es sólo posible a través de un actitud metódica que depure al conocimiento de toda contingencia psicofísica, y el adecuado instrumento para conseguirlo es el método". In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 177.

<sup>1886</sup>ALVAREZ GARDIOL, Ariel: "Nos interesa detenernos un momento en Husserl, por cuanto la fenomenología es en este autor un método y un modo de ver las cosas al mismo tiempo. Ambas significaciones están estrechamente conectadas, pues el método se configura mediante un modo de ver las cosas y este modo de ver las cosas sólo se hace posible mediante la utilización del adecuado método". In: **Manual de filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998, p. 177.

<sup>1887</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: "A compreensão, enquanto um dos existenciais do eis-aí-ser (*Da-sein*) e a linguagem pertencem à mesma esfera: a esfera do desvelamento dos entes que radica na essência da linguagem enquanto casa do ser. Em outras palavras, a tecnologia da informação é uma, a que hoje é dominante, das maneiras de revelação da linguagem a nós, mas que, enquanto absolutizada, oculta-nos a verdadeira essência da linguagem". In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 206/207.

<sup>1888</sup>

<sup>1889</sup>ZAGREBELSKY Gustavo. "En el Estado de derecho, la separación se supera no sometiéndose a autoridades dogmáticas ni guiñando el ojo a presuntos sentimientos populares, sino tomando conciencia de los principios, llenos de historia, de significado y de civilización, que están en la base del derecho y lo justifican: la democracia, la libertad, la igualdad, la justicia social, la paz, etc. Son principios que están en los confines y tiene dos caras: una dirigida a la ley; la otra a la cultura em a que está inmerso el derecho". In: **Contra la ética de la verdad**. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, S/A., 2010, p. 109.

<sup>1890</sup>ZAGREBELSKY, Gustavo: "Esta duplicidad funciona como el cordón umbilical mediante el cual el derecho puede recibir el alimento que le permite no secarse y renovarse conforme a las expectativas de la sociedad em la que opera. Los juristas y los jueces conscientes de su difícil tarea deberían colocarse sobre aquel confín que divide – pero que al mismo tiempo une – derecho y cultura, respondiendo así más apropiadamente a la necesidad – incontestable em cualquier momento y sociedad – de una jurisprudência abierta a la sociedad". In: **Contra la ética de la verdad**. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Editorial Trotta, S. A., 2010, p.101.

A irreversibilidade, portanto, está no aí do ser, em tudo e para todos, a condicionar desde sempre o comportamento humano<sup>1891</sup>, então não há razão para ignorá-la. O tempo, a finitude e a irreversibilidade igualmente estão no Direito, no Processo. Os sujeitos processuais, autor, réu, juiz, advogados, devem suportá-los e saber lidar com tais inevitabilidades da melhor forma possível. A fuga para o mundo mágico ou encantado do Direito apenas agrava o problema social ao permitir a falsa noção de tranquilidade. Fundamentalmente, o operador jurídico não se pode deixar encantar pela superficialidade positivista, ignorando a viragem linguística, o ser como fundamento de qualquer compreensão, o desvelamento do mundo através do ser, devendo ser reafirmado o *Dasein*<sup>1892</sup>. Ainda que o texto legal diga que é possível a reversibilidade, o mundo se mantém tal como é<sup>1893</sup>, para nós, para o outro<sup>1894</sup> e para o Direito, de nada adiantando a ilusão da admissão da marcha inversa ao tempo. O cair em si do jurista, o chamado à realidade, proclamado de modo inverso, permite o diagnóstico da crise e a busca de caminhos para o combate. São evitadas aporias jurídicas, de teorias em cima de teorias, até que se alcance por meio transversal o reconhecimento da inevitabilidade do tempo, da finitude e da irreversibilidade, mediada pela linguagem no ser-aí. Portanto, a previsão legislativa criticada em nada contribui para a construção da norma<sup>1895</sup>.

Negar a irreversibilidade é negar o tempo, a história<sup>1896</sup>, a compreensão<sup>1897</sup>, a própria hermenêutica. Muitos poderiam ser os *standards* de racionalidade filosóficos trazidos para buscar o aperfeiçoamento do Direito processual no caso vertente, mas de acordo com a tese, o início parte da lembrança de que Gadamer expressa que o homem é “filho do seu tempo”<sup>1898</sup>. Uniformemente, o processualista Carnelutti discorre

<sup>1891</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 94.

<sup>1892</sup>OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Ser emerge, aqui, como o sentido-fundamento que possibilita toda significação. E é esse sentido-interpelação, dádiva, que nos constitui como homem (*Dasein*), o lugar da interpelação do dom. Somos enquanto interpelados, nós mesmos. Na idade da ciência, o ser é reduzido ao empiricamente constatável, e o todo enquanto mundo de sentido e o ser enquanto sentido-fundamento desaparecem como fruto da ilusão”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 220.

<sup>1893</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 98.

<sup>1894</sup>HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 100.

<sup>1895</sup>Seguindo a mesma visão de Rafael de Asis Roig: “Para nosotros la creación normativa judicial es consecuencia del carácter del Derecho y del proceso de decisión basado em el”. In: **Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento**. Madrid: Marcial Pons Ediciones jurídicas S. A., 1995, p. 281.

<sup>1896</sup>Texto mencionado em nota anterior. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 449.

<sup>1897</sup>Texto mencionado em nota anterior. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 445.

<sup>1898</sup> Expressão utilizada por Gadamer. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed.

sobre a marcha inexorável do tempo em direção ao futuro, asseverando que no plano físico há uma sujeição à irreversibilidade do tempo enquanto que no plano espiritual, metafísico, é possível ir além, ao futuro, e voltar ao passado. Invoca inclusive um Deus, na metáfora escolhida por ele, um pintor do tempo e da eternidade<sup>1899</sup>. Não se pode, assim, permitir que o homem, mais especificamente o legislador, passe a ser o senhor do tempo, que possa dizer “*qualquer coisa sobre qualquer coisa*”<sup>1900</sup>, que nomeie aleatoriamente as coisas de acordo com o seu arbítrio, como sujeito solipsista. Parece relevante chamar a atenção do jurista para o tempo, sua importância que se funde com o próprio Direito, para a carga que lhe é inerente e que as partes devem suportar<sup>1901</sup> e não negar a temporalidade, trazendo um conforto<sup>1902</sup> irreal para o julgador, na medida em que pode fazer a situação fática voltar ao que era antes. Em consequência, não pode ser a melhor opção, inserir no texto legal, uma exigência inexecutável.

Perceptível, pois que a admissão da “reversibilidade dos fatos” seria ter o texto legal, e em consequência, o Direito e o jurista assujeitadores do mundo. Porém, é de

---

Petrópolis: Vozes, 1999, p. 577.

<sup>1899</sup>CARNELUTTI, Francesco: “Aquí, todavía, la diferencia entre el retrato y el paisaje como formas de pintura. No dudo de que la primera de estas formas sea más espiritual. Y querría, si no me exigiera una excesiva digresión, explicar lógicamente lo que me gusta llamar el redoble del movimiento o de la mudanza cuando desde el cuerpo se pasa al espíritu; redoble, precisamente, porque, mientras el cuerpo no hace más que progresar hacia el futuro, el espíritu, por el contrario, progresa y regresa, hacia el futuro o hacia el pasado, es decir que no está sujeto a la irreversibilidad del tiempo. El cuerpo, en una palabra, vive dentro y el espíritu fuera del tiempo. No solamente los hombres comunes, sino también los hombres de ciencia y, sobre todo, los hombres de filosofía y también de teología encuentran tales dificultades para separar el espíritu del cuerpo que acostumbran a referir al uno y al otro, indiferentemente, la irreversibilidad, es decir el tiempo: y no se detienen en esta confusión, tampoco delante de Dios. Acaso tan sólo los juristas hallan en sus experiencias más precisas al menos la impresión de que si el cuerpo no puede, el espíritu tiene la posibilidad de hacer, al contrario, su camino, y de que así su vida es más vida que aquella del cuerpo. Por tanto, según que represente la naturaleza o el hombre, hay un pintor del tiempo o un pintor de la eternidad”. *In: Arte del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948, p. 52...

<sup>1900</sup> Expressão de Streck em várias de suas obras (**Verdade e consenso, o que é isto: decido conforme minha consciência, Hermenêutica jurídica em crise**, etc) e palestras.

<sup>1901</sup>Ribeiro, Darci Guimarães, inclusive citando Carnelutti: “El tiempo fue considerado siempre una carga que las partes deben soportar, aunque el gran desafío está em distribuir esta carga entre las partes. Sabiamente Carnelutti afirmo que “el valor que el tiempo tien em el proceso es inmenso y em gran parte, desconocido”, pues “el ehcho, em último análisis, no es outra cosa que tiempo, precisamente porque el tiempo, a su vem, em último análisis, no es sino cambio. Por tanto, que el juez opere sobre el hecho, quiere decir que opera sobre el tiempo”. *In: La garantía constitucional del contradictorio. Estudio sobre las medidas cautelares em el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente*. Coordinador: Renzo Cavani Brain. Normas Legales, 2010, p.358.

<sup>1902</sup>Conforto esse que vai na contramão da preocupação com a celeridade da prestação jurisdicional, como ressalta José Almagro Nosete: “...la prestación de justicia se vincula a La razonabilidad del tiempo empleado em su administración, pues, uma justicia tardía deja de ser justicia”. *In: Responsabilidad judicial*. Série: Derecho y Justicia 10. Córdoba: Ediciones El Almendro, 1984, p.91.

se reiterar que, na realidade, na linguagem, inclusive no Direito, há de se dar o acontecer da vida, do mundo<sup>1903</sup>, no mesmo direcionamento, já alertava Wittgenstein<sup>1904</sup>, sobre a importância do nome para as coisas, com o que parece contraproducente nomear e exigir para o Direito uma impossibilidade fática. O mundo existe independentemente do intérprete, mas a sua aceção de mundo está condicionada pela linguagem. E no texto legal sobre as Tutelas de Urgência não há justificativa para a inserção desse obstáculo contrafático a dificultar o desvelamento<sup>1905</sup> em que se constitui a interpretação. A árdua tarefa de julgar, especialmente se adotada uma concepção monista<sup>1906</sup> que pode ser remontada a Aristóteles<sup>1907</sup> dispensa a criação de novos entraves pelo legislador, em especial pelo texto legal processual, como na previsão de reversibilidade.

De certo modo, a própria pré-compreensão resta afetada de forma prejudicial pela exigência do texto legal e é sabido que não há interpretação sem pré-compreensão. A pré-compreensão permite uma concepção prévia a ser afetada em face da alteridade. “Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com a coisa em questão”<sup>1908</sup>. E a regra legal está a exigir que o intérprete descarte o fenomenologicamente possível para admitir no “mundo do direito” uma imunidade ao tempo. Ocorre que não é dado ao intérprete (inclusive, por óbvio, no fenômeno jurídico) abandonar suas pré-compreensões na busca da significação do texto, nem tampouco, que ele possui arbítrio em relação as

<sup>1903</sup>Texto mencionado em nota anterior. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 647.

<sup>1904</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. Investigações filosóficas. Petrópolis: vozes, 1994, in verbis: “Assim, e de modo mais ou menos semelhante, um nome designa uma coisa, e é dado um nome a uma coisa. – Ser-nos-á freqüentemente útil se dissermos quando filosofamos: denominar algo é semelhante a colocar uma etiqueta numa coisa”, p.32.

<sup>1905</sup>HEIDEGGER, Martin: “A manifestação do ente é um desvelamento”. In: **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 82.

<sup>1906</sup>Perceptível o viés monista adotado, “pois é através do processo como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não a lei. Sem falar no grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles”. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. Op. Cit. **Da Tutela Jurisdicional às Formas de Tutela**, p. 104-105.

<sup>1907</sup>VILLEY, Michel: “Corolário: para Aristóteles, é da natureza do direito (no sentido estrito) ser “político” (*tò dikaion politikón*): acabamos de ver que o funcionamento da justiça particular pressupõe a existência de juízes. Recentes estudos fenomenológicos (penso no livro de Kojève) repetiram a demonstração: ninguém pode, racionalmente em suas relações com os outros, afirmar-se titular de um “direito”, se sua pretensão não se fundamenta na sentença de algum “terceiro desinteressado”, poder-se-ia tratar de um árbitro livremente escolhidos pelas partes, mas suas decisões correriam o risco de ser ineficazes. Não há direito sem juízes; não existem juízes, e juristas para aconselhá-los, senão em cidades organizadas”. In: **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

<sup>1908</sup>GADAMER, Hans-Georg. In: **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 441.

suas pré-compreensões ou à significação do texto, há uma pré-compreensão que com a abertura à alteridade do texto formula uma nova pré-compreensão em direção ao sentido do texto. Por isso, que se está a criticar as “interpretações” de parte da doutrina tradicional com conteúdo acrítico, meramente acolhedor da fala autorizada. Na hermenêutica filosófica toda interpretação é produção de sentidos, dentro dos limites subjetivos, de onde não pode resultar uma compreensão mais clara ou menos clara, nem melhor e nem pior, apenas diferente<sup>1909</sup>. E auxiliaria em muito nessa tarefa a composição do texto legal com nomeações adequadas.

A pré-compreensão, do mesmo modo, indica que a “vontade da lei” não pode estar acima ou ignorar os referidos standards de racionalidade hermenêuticos filosóficos. Não há um grau zero de sentido a partir do qual quaisquer objetivos são possíveis de serem alcançados através dos métodos interpretativos jurídicos. A abertura à alteridade é indispensável para a interpretação, com o que não se podem admitir, no Direito, impossibilidades fenomenológicas que acabam, na realidade, a dificultar tal tarefa<sup>1910</sup>.

A viragem linguística, impeditiva da relação sujeito-objeto, permite a relevância das construções científicas, de formulações válidas em plano diverso. No entanto, não é possível perder de vista a dimensão anterior linguística alcançável pela reflexão filosófica e não pelo método científico<sup>1911</sup>, apta a trazer vetores de racionalidade não menosprezáveis. Então, no Direito, ao lidar com um texto legal, há de ser considerada uma dialética textual a impossibilitar a limitação de sentidos do Direito ao texto legal. A dialética textual impõe a consideração do sentido do texto e do contexto, da palavra falada e calada, do dito e do não dito. O enigma dialético do uno e do múltiplo não se resolve a partir da significação da palavra sozinha e no falar articulado, mas na linguagem, na experiência de mundo<sup>1912</sup>, onde a apropriação da tradição enseja ressignificações linguísticas na linguagem, o *Dasein*, inexoravelmente produtor de sentidos,

---

<sup>1909</sup> Texto mencionado em nota anterior. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 444.

<sup>1910</sup> Texto mencionado em nota anterior. In: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 405.

<sup>1911</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Toda a metafísica ocidental se orienta na sentença e, com isso, se fez incapaz de detectar a verdadeira essência da linguagem. A dimensão da sentença é uma dimensão válida -, é nela, por exemplo, que se situam as ciências -, mas não constitui a dimensão mais radical da linguagem que é atingível não por meio do método científico, mas pela reflexão filosófica”. In: **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 214.

<sup>1912</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “A linguagem é, assim, o evento da finitude do homem. Esse evento de finitude constitui o “centro da linguagem” a partir de onde se desenvolve a totalidade de

será inevitavelmente reinterpretação da mesma coisa<sup>1913</sup>. A palavra, mesmo possuindo uma multiplicidade de sentidos, têm os significados finitos, ao passo que o não dito traz consigo uma infinitude de sentido a ser trabalhada hermenêuticamente<sup>1914</sup>. A falta de relação da palavra com a faticidade permite a aproximação da reversibilidade com o não dito, onde cabe uma infinitude de sentidos, facilitador, no plano apofântico, do solipsismo jurídico combatido na tese.

Não é desconhecido que o Direito, como as outras ciências, utiliza termos técnicos que adquirem significados diversos do linguajar comum, mas esse vocabulário especial decorre de investigações científicas, geralmente introdutórias de elemento inéditos, mercedores de nova designação ou da utilização de expressão já conhecida em sentido diverso<sup>1915</sup>. Porém, não é o que ocorre com o requisito da reversibilidade, onde impera o sentido comum a impor uma exigência não concretizável fenomenologicamente, não tendo qualquer sentido técnico específico a lhe dar sustentação. Se o interesse é destacar o caráter provisório da decisão, com a consequência de efeitos modificáveis, como muitas “interpretações jurídicas” sustentam, não há motivo para não levar o texto a sério, com a utilização de expressão(ões) legal(is) adequada(s),

---

nossa experiência de mundo. Esse centro da linguagem é aberto à totalidade dos entes, e medeia o homem histórico-finito consigo mesmo e com o mundo. Só aqui encontra chão e fundamento o enigma dialético do uno e do múltiplo, trabalhado pela tradição”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 240.

<sup>1913</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de: “Toda apropriação da tradição é uma apropriação historicamente diferente, cada uma é experiência do em-si da coisa mesma, uma outra experiência da mesma coisa. O especulativo aqui é precisamente isto: ser uma e a mesma e, ao mesmo tempo, uma outra, nesse sentido cada apropriação é uma nova criação de compreensão”. *In: Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 244.

<sup>1914</sup> GADAMER, Hans-Georg: “Cada palavra irrompe de um centro e tem relação com um todo, e só é palavra em virtude disso. Cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence, e deixa aparecer o conjunto da acepção do mundo que lhe subjaz. Por isso, cada palavra, como acontecer de seu momento, faz que aí esteja também o não dito, ao qual se refere, respondendo e indicando. A ocasionalidade do falar humano não é uma imperfeição eventual de sua capacidade expressiva, mas, antes, expressão lógica da virtualidade viva do falar que, sem poder dizê-lo inteiramente, põe em jogo todo um conjunto de sentido. Todo falar humano é finito no sentido de que, nele, jaz uma infinitude de sentido a ser desenvolvida e interpretada. Por isso também o fenômeno hermenêutico deve ser esclarecido a partir dessa constituição fundamentalmente finita do ser, que desde o seu fundamento está construída lingüisticamente”. *In: Verdade e método*. Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.664.

<sup>1915</sup> KLIMOVSKY, Gregorio: “En el transcurso de ciertas investigaciones científicas, y en particular cuando se introducen nuevas teorías revolucionarias, se emplean ideas que no tienen precedente histórico al momento en que surgen, y para ello es necesario introducir un vocabulario especial, específico de la disciplina o la teoría. Los términos específicos tendrán que adquirir su significado mediante definiciones o procedimientos peculiares que nos permitan entender de qué estamos hablando cuando los empleamos. No siempre se trata de una palabra nueva, pues se puede emplear de una manera diferente un término que anteriormente se utilizaba con un sentido distinto o impreciso”. *In: Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. 3ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora S. A., 1997, p. 61.

sob pena de ser perdido o contato com a realidade, algo inaceitável para qualquer ciência, mas de modo mais agudo para as ciências do homem, para o Direito<sup>1916</sup>. Outrossim, de modo especial nas ciências do homem, as expressões polissêmicas ou vagas já são capazes de trazer dificuldades à eficácia de institutos, devendo haver a busca por um linguajar mais rigoroso, com termos técnicos cujo poder semântico seja mais adequado ao desenvolvimento da própria ciência<sup>1917</sup>, então, quando não há qualquer correspondência fática com a exigência da expressão legal, mais clamorosa há de ser a busca pelo rigor textual<sup>1918</sup>.

Tudo isso, todavia, também por uma questão epistêmica relacionada especialmente com o círculo hermenêutico, pré-compreensão que remete ao subjetivo, ao entranhamento do estranhamento que permitirá um desentranhamento de conformidade com padrões de correção extrínsecos, decorrentes de um todo componente da alteridade, foi possível, no plano apofântico, com base nas teses positivistas que acabaram por criar formas de contornar que a inviabilidade fática presente no texto legal, evitando que a exigência textual se tornasse um impeditivo peremptório para a utilização

---

<sup>1916</sup> TODOROV, Tzvetan: "Se quiere imitar con esto lo que pasa con las ciencias exactas, cuyos resultados modernos se sitúan, en efecto, a una, distancia cada vez mayor de la evidencia sensible, y se formulan en un lenguaje particular? Pero esas ciencias basan sus resultados en un encalderamiento de experiencias difíciles y de deducciones abstractas que las alejan del conocimiento y lenguaje comunes, y les permite prescindir de los profanos. La literatura, por el contrario, se basa en experiencias subjetivas ampliamente compartidas; forma parte de las relaciones ordinarias de la humanidad. implica una comunicación amplia. Al asumir un estatuto allá ligo al de las ciencias, la crítica literaria corre peligro de arruinar su propia verdad y de perder el contacto con su objeto". *In: Crítica de la Crítica*. 1ª ed., Traducción de José Sánchez Lecuna. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1991, p. 131.

<sup>1917</sup> KLIMOVSKY, Gregorio: "Además, como ya lo temos señalado a propósito del psicoanálisis, cuando la vaguedad y la polisemia atenen contra la eficacia de una teoría, ésta podrá ser reemplazada por otras cada vez más rigurosas, con términos teóricos cuyo poder semántico será más adecuado que el del lenguaje ordinario". *In: Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología*. 3ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora S. A., 1997, p. 402.

<sup>1918</sup> VATTIMO, Gianni, inclusive refere o temor pelo desenvolvimento anormal da linguagem na ciência: "A mi juicio, es ésta la dirección que indica el desarrollo de la hermenéutica después de Heidegger y especialmente el desarrollo de la hermenéutica gadameriana. Para Gadamer no se trata de mirar a un más allá de la metafísica, sino, sabiendo que "el ser que puede comprenderse es lenguaje" (y ninguna otra cosa, podríamos agregar), el pensamiento recogerá los mensajes de la Ueberlieferung sólo con el objeto de reconstruir siempre de nuevo la continuidad de la experiencia individual y colectiva. Esta continuidad, por lo menos en nuestra sociedad de hoy, no está tanto amenazada por factores de interrupción de la comunicación como por el desarrollo anormal de los lenguajes especializados, en particular los lenguajes de la ciencia. De manera que en Gadamer la hermenéutica no es sólo tornar a las transmisiones provenientes del pasado sino volverse también hacia todos aquellos contenidos lingüísticos que se nos manifiestan remotos y extraños, impenetrables como culturas lejanas en el tiempo y en el espacio". *In: El Fin de la Modernidad. Nihilismo y Hermenéutica em la Cultura Posmoderna*. Colección Hombre Y Sociedad. Serie Mediaciones. Traducción: Alberto L. Bixio. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa S. A., 1987, p. 157.

das tutelas antecipadas de urgência. Foram alcançados sentidos, muitas vezes conflitantes, outros tantos arbitrários acobertados pela fala autorizada, mas foram alcançados, de modo a evitar a inefetividade das tutelas de urgência. Contudo, muito mais simples seria a tarefa sem tal nomeação indevida, atentando-se para o pragmático, para a vida<sup>1919</sup>

A posição jurídica trazida pela doutrina nacional, de regra, ignorando os referidos vetores de racionalidade caminha ora admitindo a reversibilidade e usando métodos para ultrapassar o obstáculo e ora criticando o dispositivo legal, em face da dificuldade de subsunção, porém sem conseguir fugir do lugar comum positivista, desvelado na tese, que é o da inadmissível entificação do texto legal, objetada por Heidegger e Gadamer. A entificação textual pressupõe uma realidade ôntica a ser alcançada. A partir do texto legal há, assim, a busca das “interpretações”, de sentidos imanes e obnubilados a serem desvendados pelo hermenauta<sup>1920</sup>. A partir da busca de sentidos intrínseco da lei irrompe a interpretação como instrumento apto a alcançá-los, na crença de que o texto legal é apto a produzir sentidos por si mesmo, independentemente do intérprete. A linguagem jurídica alicerçada desse modo produz uma completude e autonomia do Direito, nos moldes da ascensão positivista do século XIX<sup>1921</sup>, muito diferente da autonomia defendida na tese que permite o afinamento constitucional democrático.

O enfrentamento, com a proposta pós-positivista, ganha novas possibilidades. O primeiro atinente à persecução do fim constitucional democrático, com o desvelamento do solipsismo escondido na exigência da reversibilidade. Ao ser agregado um fim social ao Direito há um apelo para que os juristas, em geral, e o legislador, em

<sup>1919</sup>Expressão já utilizada anteriormente. In: RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, contra-capá.

<sup>1920</sup>Há aqui a busca do *sentido-em-si-mesmo* trazido no capítulo: 2.2.1 A viragem linguística e a condição de possibilidade hermenêutica filosófica – Inadmissibilidade do positivismo e sua concepção da interpretação como Instrumento positivista diante dos fins colimados. Onde foi registrada a referência a STRECK, Lenio Luiz. In: **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p.39.

<sup>1921</sup>PENA, Hugo: “A ascensão do positivismo jurídico no século XIX impulsionou o recurso à codificação do Direito, representada pela edição do código civil francês de 1804. A novidade não está na existência de direito codificado, mas no surgimento do dogma da completude do ordenamento jurídico positivo (Bittar, Almeida, 2004, p.330). O objetivo era o de sintetizar nos códigos as normas jurídicas existentes sobre determinado tema, com a pretensão de cobertura das soluções para os problemas jurídicos possíveis. Em outros termos, firma-se como ideal que todo o Direito estivesse codificado como modo de favorecer a máxima segurança jurídica. Procura-se atingir, por meio da codificação, a descrição objetiva das normas jurídicas. Ao menos ao mundo do *Civil Law*; o Direito passa a ser identificado com a lei: é Direito aquilo que está na lei”. In: *Direito subjetivo na era dos códigos e das constituições: o problema da indefinição de conteúdo, em perspectiva histórica. Quaestio Iuris*. Vol. 7, nº 2, Rio de Janeiro, 2014, p. 846.

especial, abandonem o seu mundo encantado<sup>1922</sup>. Na proposta da tese, tendo a condição de possibilidade hermenêutica filosófica, é possível admitir um viés democrático constitucional, que nas Tutelas de Urgência traduz-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da exigência da reversibilidade, de modo a permitir a coerência e integridade na construção jurídica e impedindo o arbítrio antidemocrático.

De qualquer modo, como há a pretensão de um novo olhar sobre tema técnico processual importante há, como não poderia deixar de ser, a abertura para opiniões alheias. Em uma perspectiva pós-positivista, a crença é de que com isso se alcance melhores padrões de correção<sup>1923</sup>. Portanto, todo o trabalho é no sentido do aperfeiçoamento do Direito em Geral e do Processo Civil em especial<sup>1924</sup>.

---

<sup>1922</sup>Expressão repetida diversas vezes no decorrer da tese e utilizada a partir da seguinte lição de Ovídio: “A alienação dos juristas, a criação do “mundo jurídico” – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre “fato” e “direito””. *In*: BAPTISTA, Ovídio. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 298.

<sup>1923</sup>“O pós-positivismo não é um retorno ao jusnaturalismo (Barroso, 2009 a, p. 66, Sarmento, 2009, p. 146). Não apela para a existência de uma ordem jurídica paralela à positiva. Há, no entanto, uma exigência de corretude (ou correção), tanto das normas abstratamente concebidas, como das decisões judiciais – normas para casos concretos”. *In*: PENA, Hugo. *Op. Cit.* p. 852.

<sup>1924</sup>Apoio em Gadamer: “Quando se ouve alguém ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueçam todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias. O que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto. Mas essa abertura já inclui sempre que se ponha a opinião do outro em alguma relação com o conjunto das opiniões próprias, ou que a gente se ponha em certa relação com elas. Claro que as opiniões representam uma infinidade de possibilidades mutáveis (em comparação com a univocidade de uma linguagem ou de um vocabulário), mas dentro dessa multiplicidade do opinável, isto é daquilo em que um leitor pode encontrar sentido e enquanto tal pode esperar, nem tudo é possível, e quem não ouve direito que o outro está dizendo, realmente, acabará por não conseguir integrar o mal-entendido em suas próprias e variadas expectativas de sentido. Por isso também aqui existe um padrão. A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado na coisa, e já se encontra sempre determinado por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão.” Por isso, ainda, há de se “aprender a ver mais além do próximo e do muito próximo, não para apartá-lo da vista, senão que precisamente para vê-lo melhor, integrando-o em um todo maior e em padrões mais corretos”. *Op. Cit.* **Verdade e método**, p. 456.

## 6 - CONCLUSÃO

As tutelas de urgência cumprem papel importantíssimo no intuito democrático do Processo Civil. Elas são capazes de combater o mito da ordinariedade, levantado por Ovídio Baptista, de cunho paradigmático liberal-iluminista, guiado pela metafísica relação sujeito-objeto. No paradigma da ordinariedade criticado o processo é o método para alcançar a essência do ente (a verdade dos fatos), por meio de uma extensa e complexa dilação probatória e procedimental. Enquanto que as tutelas de urgência, através de técnicas antecipatórias trazem a celeridade, admitindo um juízo cognitivo mais superficial, quebrando o mito, introjetando um viés democrático, pós viragem linguística da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, a trazer a (re)aproximação de Direito, sociedade e homem, na medida em que seus vetores de racionalidade tem a capacidade de afastar óbices à efetividade da tutela e concretização de interesses legítimos.

O novo olhar de uma posição pós-positivista é desvelador de um processo que foi utilizado como instrumento para alcançar os fins desejados pelo Estado-Juiz, ora para a pretensa aplicação objetiva da lei, ora para o assenhramento do processo e subjetivismo na aplicação. Mesmo quando é pretendida a aplicação objetiva da lei, por meio da subsunção, através de métodos interpretativos há uma arbitrariedade inerente. Então, não há escapatória, no positivismo jurídico, do solipsismo. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, própria do pós-positivismo, esclarece que o *Dasein* é produtor de sentidos de maneira não solipsista, pois guiada pela tradição e historicidade. Inexiste escolha do ser em interpretar ou não, bem como em utilização de um dentre vários métodos interpretativos. Aliás, não há métodos interpretativos, o ato de interpretar é unitário, o que significa dizer, ao mesmo tempo, compreensivo e aplicativo. A viragem linguística, como arauto de novos tempos, no Direito, estabelece um novo panorama de Processo. O Processo é concebido como condição de possibilidade para a garantia dos direitos dos cidadãos, no exercício da jurisdição constitucional e democrática.

A investigação pós-positivista jurídica sobre o tema da irreversibilidade propicia o diagnóstico de que o sentido do retorno *ao status quo ante* não guarda correspondência fática, não tem subsistência hermenêutica. A aplicação positivista da subsunção redonda, ao ser adotada a perspectiva positivista objetificante (objetivismo

filosófico), em que o objeto assujeita o sujeito, impedindo a concessão de qualquer tutela de urgência e na perspectiva positivista solipsista, em que o sujeito assujeita o objeto (filosofia da consciência), permitindo o arbítrio do julgador para a concessão ou não da tutela de urgência. Não é demais dizer que as duas alternativas positivistas não enveredam pela trilha constitucional e democrática. A primeira, precipuamente, por contribuir para a paralisia estagnante do Direito, que se perfaz no processo com a prevalência da combatida ordinariiedade do processo, em detrimento das técnicas antecipatórias, e a segunda por permitir soluções individuais, da consciência do julgador, utilizando a inalcançável exigência da restauração à situação anterior como dispositivo para que o juiz, de acordo com sua consciência, defina os casos de restauração ou não, deferindo ou não, em consequência, ao seu arbítrio as tutelas de urgência. Há um assenhramento judicial do processo, por consequência, em detrimento do interesse democrático.

Por outro viés, o combate à crise do Direito e do Processo Civil está a exigir a ultrapassagem do paradigma liberal-capitalista dominante no Direito, com a desmonetização das tutelas judiciais. Sob o manto do paradigma censurado foi possível vincular a irreversibilidade às perdas pecuniárias. Então, quando não houvessem perdas pecuniárias para o réu poderiam ser concedidas tutelas de urgência, mas em havendo, na perspectiva da desconfiança da atuação judicial, não poderia ser deferido o pedido de tutela de urgência. Sucede que, a par da vinculação arbitrária de sentidos, na construção pós-positivista da tese, devem prevalecer os interesses democráticos em detrimento dos capitalistas. Nos dias de hoje, com maior transparência, é possível perceber que as tutelas judiciais não podem ficar limitadas à sua monetização, situação que perdurava no paradigma processual da ordinariiedade, do liberalismo, da relação sujeito-objeto. As tutelas de urgência e a técnica antecipatória que lhe é ínsita, inclusive, tiveram relevante contribuição no lampejo de que a atuação judicial deve ir muito além da proteção do interesse exclusivamente pecuniário para alcançar outros interesses individuais e transindividuais. Em sendo dessa maneira, no sentido dado pelo viés liberal-capitalista ou por qualquer outro viés, apanhado pela doutrina nacional, a exigência da reversibilidade é empecilho para as tutelas de urgência de modo particular e para o Processo Civil e o Direito como um todo.

Ao ser agregado um objetivo constitucional e democrático às tutelas de urgência é revelada a inutilidade da disposição legal da exigência da reversibilidade.

A adequada prevenção a danos que não possam ter tradução monetária depõe contra a exigência da reversibilidade tal como posta, na medida em que se constitui em obstáculo para a ampliação de hipóteses de interesses tuteláveis, celeridade, e efetividade das tutelas de urgência. Com efeito, o Direito, o Processo Civil e as tutelas de urgência não podem ficar submetidos a mecanismos pertencentes a matrizes e paradigmas anteriores não mais condizentes com as exigências da sociedade contemporânea, com as pretensões constitucionais e democráticas, como o da exigência da reversibilidade. Ao contrário, deve ser maximizada a potencialidade das tutelas de urgência em prol do interesse constitucional e democrático, especialmente em razão da preventividade. O atributo da preventividade das tutelas de urgência é propiciador do resguardo de interesses individuais e transindividuais, podendo impedir o ato ilícito, o dano e a sua extensão nas hipóteses de dano continuativo, indo além da atuação jurisdicional clássica. Há, desse modo, uma tutela mais adequada e eficaz à gama complexa de interesses juridicamente defensáveis, na medida em que evita ter que trabalhar com as hipóteses de dano consumado e sua reparação indenizatória, ou seja, com a tradução monetária do direito lesado.

A análise amparada pela evolução social, política e jurídica do texto legal que exige, para a concessão da tutela de urgência antecipada, a ausência de perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, constante do parágrafo 3º, art. 300 do Código de Processo Civil vigente e que praticamente repetiu a disposição que constava do parágrafo 2º, art. 273, do Código de Processo Civil revogado de 1973 e que foi estendida doutrinariamente também para a tutela cautelar, como *periculum in mora inverso*, revelou a inconsistência do dispositivo e a ausência de contribuição relevante para os fins democráticos do processo. Muito pelo contrário, foi demonstrada que se constitui em obstáculo ensejador da vedação de tutelas de urgência ou abertura para o decisionismo na análise do caso concreto, pelo que não guarda consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e democrático, ambicionável na hodiernidade.

A reversibilidade exigida resulta, no sentido consolidado doutrinariamente no Brasil, na necessidade de que, no caso de revogação da decisão concessiva da tutela de urgência, seja restaurada a situação anterior, tal qual estaria caso não tivesse havido a intervenção judicial. Isso é, o tão reiterado retorno ao *status quo ante*. Ocorre que os *standards* de racionalidade filosóficos e hermenêutico-filosóficos, de Heráclito a Heidegger e Gadamer, não permitem admitir o referido fenômeno. O Juiz, ao analisar

um pedido de tutela de urgência, ao se deparar com o requisito criticado e sua impossibilidade fenomênica tem dois caminhos. No primeiro ele conclui que não há reversibilidade naquele caso (como não há possibilidade de reversibilidade em qualquer caso) e, portanto, descumprida a exigência legal indefere o pedido de tutela de urgência, da mesma forma que fará em qualquer outra situação e pretensão de tutela de urgência, dando conta de agir dentro dos limites legais paralisantes, com o que extermina o importante instrumento processual das tutelas de urgência. No outro, ao se deparar com a inevitável irreversibilidade fática poderá assujeitar o evento fático e, conforme sua consciência, dizer quando haveria reversibilidade ou não. Calha que o positivismo, com sua autonomia e absoluta indiferença a tudo que lhe ocorre no entorno, tanto em relação aos fatos, ao social, ao político, quanto em relação a outros campos de conhecimento, inclusive a filosofia e a hermenêutica-filosófica, permitiu construções e proposições que só teriam validade para si, sem perceber o quão contraproducente, em termos de finalidade social, eram os produtos dessa idealização. Então, deve ser admitido um novo paradigma jurídico, com um processo civil distinto, produtor de um olhar crítico sobre seus institutos, sobre as tutelas de urgência e de modo específico, para a (ir)reversibilidade.

A paralisia do Direito, do viés positivista objetificante, produz um Processo Civil e um Direito voltados para eles mesmos, com construções jurídicas que, a pretexto de produzir conhecimento científico e técnico, acabam na realidade criando aporias fáticas. Porém, os juristas inseridos em tal paradigma não são capazes de enxergar qualquer problema nisso, pois foram doutrinados a pensar o Direito exclusivamente para o Direito. Eles estão em uma zona de conforto proporcionado pelo mundo do Direito distanciado e indiferente ao mundo da vida. Não se dão conta de que estão contribuindo para o aprofundamento da crise diagnosticada por outros olhares, afinal para eles não há crise. De outro lado, o protagonismo judicial, reconhecendo um objetivo externo ao Direito, de modo a combater a paralisia objetificante, busca soluções além do Direito, predatórias ao Direito, na medida em que permitem a ultrapassagem das construções jurídicas, em nome de um elemento externo mais relevante, cuja definição fica dependente de uma capacidade subjetiva especial, tornando, formalmente, o juiz, o porta-voz desse elemento. Nessa conduta, o sujeito protagonista exterioriza a sua própria voz, em prejuízo de construções racionais legítimas e consolidadas juridicamente, por ser o pretense portador da significação excelsa capaz de submeter a tudo e a todos. Todavia, pelo viés democrático que

orienta a tese, nenhuma construção científica legitimada, mormente nas ciências do espírito, pode ficar a mercê da vontade de um em detrimento da vontade da maioria. Na contraposição entre a vontade individual e a vontade decorrente de maioria qualificada e democrática, pressupondo a condição de suficiência na definição dos rumos da coletividade, a última, sem dúvida, é prevalente em um ambiente democrático. Não pode ser diferente no Direito, onde as construções racionais com objetivos constitucionais e democráticos, tendo esses fins como resultado da vontade da maioria, são prevalentes sobre a vontade individual do juiz.

A produção jurídica nacional, de regra, não se aprofunda, no Processo Civil, de forma especial, e no Direito em geral, na precisão democrática das construções técnicas jurídicas, acreditando nas crenças metafísicas positivistas. Na doutrina pesquisada foi verificado que há quem defenda a importância e a utilidade da previsão do retorno ao *status quo ante*, com fulcro basilar no legalismo, permitindo prudência na utilização do instrumento processual das tutelas de urgência. De outra banda, há uma parte da doutrina que critica, porém por fundamentos diversos da tese, reconhecendo a desnecessidade da previsão legislativa, apontando essencialmente a não utilização prática, com casos de flagrante irreversibilidade onde a tutela judicial de urgência foi deferida e perfectibilizada. Disso, ocorre que há a admissão de ambos os lados, da verificação de situações reversíveis e de modo a contornar o problema nos casos de irreversibilidade dos efeitos da tutela surge a teoria da irreversibilidade recíproca.

A filtragem filosófica e hermenêutica filosófica, no entanto, não é permissora da admissibilidade de qualquer reversibilidade fática, revelando o seu reconhecimento como um embuste. O positivismo tem na teoria da irreversibilidade recíproca a fórmula jurídica criada e admitida para sair da armadilha, permitindo que o jurista admita a irreversibilidade em uma série de casos e, mesmo assim, possa ter a tutela de urgência concedida, bem como fica sujeito a casos em que o indeferimento da tutela de urgência possa ocorrer por não haver a reversibilidade fática. É, portanto, uma estratégia criada para sair da aporia apontada pela força da realidade, permitindo que não seja vedada a tutela de urgência para todos os casos, mas que não tem força suficiente para impedir o solipsismo, na medida em que ainda resta a abertura para o reconhecimento judicial dos casos em que haveria ou não reversibilidade. Então, se já não fosse suficiente para a inadmissibilidade da teoria da irreversibilidade recíproca a abertura solipsística para admitir casos de reversibilidade, ainda que a teoria

proporcionasse uma melhor e maior aproximação da realidade física, não haveria porque admitir um mecanismo jurídico que afasta do mundo da vida para depois ser admitida necessariamente uma outra estruturação jurídica para a reaproximação.

O coerente e o adequado é o reconhecimento, como pregado na tese, da inadmissibilidade da reversibilidade e, conseqüentemente, a desnecessidade da teoria da irreversibilidade recíproca. Não sendo demais repetir que a imposição jurídica da exigência legal da reversibilidade fática, em razão de sua inconsistência, acaba por vedar as tutelas de urgência ou permitir o arbítrio judicial. Então, o positivismo não é capaz de trazer uma solução definitiva para o problema por seguir percursos contrários ao perfil democrático constitucional do Processo Civil e do Direito. É proposta através da tese, dessarte, um olhar diferente e inovador na temática da (ir)reversibilidade, desaprovando orientações de produções jurídicas sem fins úteis, elucubrações postas para um Direito ensimesmado. Há elementos permissores de uma crítica ancorada em diretrizes que extrapolam jurídico, de modo mais minudente, o Direito Processual, tendo na condição de possibilidade hermenêutico-filosófica a chave para a conservação da autonomia e progresso do Direito. O não fatiamento positivista da compreensão, interpretação e aplicação torna inquebrantável o elo entre Processo, Estado e Constituição, afastando a concepção de que a autonomia do Direito é sinônimo do seu imobilismo, com o que há uma evolução, um aperfeiçoamento possível no Direito, que passa pela conservação das conquistas sociais e o impulso para serem agregados e protegidos novos interesses em prol do bem comum, tudo por meio da Constituição, dando o traço jurídico democrático ao Processo Civil.

O processo hermenêutico-filosófico indiviso da compreensão demonstrou ser imprescindível para permitir a evolução do Direito e do Processo Civil, agregando um fim democrático, de acordo com a Constituição, sem que, ao mesmo tempo, pudesse haver uma abertura do Direito, a uma predação por qualquer outro elemento extrínseco. É negado que o político, a moral, os valores sociais ou qualquer outro elemento não pertencente ao Direito possam ser critério corretivo do mesmo. Então, também não é dada guarida ao escamoteamento desses fatores externos através de quaisquer nomenclaturas pseudo jurídicas, tais como Direito Natural ou Direito Alternativo, que tiveram, dentro do positivismo, a sua utilidade no combate à estagnação prejudicial à sociedade como um todo e ao cidadão em particular, mas que é desvendado que acabam, na realidade, admitindo o solipsismo (predação

moral/política). De maneira que a evolução constitucional e democrática do Direito não pode ser admitida pelo protagonismo judicial, pela consciência individual de justiça, equidade, ou qualquer termo equivalente, de quem quer que seja. A tese certifica que é possível combater a estagnação positivista do Direito sem apelar para a solução também positivista do solipsismo.

O aprimoramento do Direito, pressupondo a conservação das conquistas sociais, incorporadas como patrimônio jurídico, e a perene labuta de aquisição de interesses democráticos pelo Direito, de modo a tornar possível a sua tutela jurídica, acontece, na proposta pós-positivista trazida, ao ser aceita a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica. Apesar de, diferentemente do positivismo, inadmitir que a filosofia possa ser fragmentada de acordo com o ramo de conhecimento, tendo, no Direito, uma filosofia jurídica, na medida em que se reconhece que a hermênutica-filosófica está em plano distinto, anterior, como visto, não há como deixar de reconhecer a imprescindibilidade dos vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos, que, inclusive, são pressupostos para que o Direito acompanhe o desenvolvimento social, permitindo o afinamento de interesses e o combate à crise do Direito e do Processo.

No caso específico da (ir)reversibilidade, atrelada legalmente e doutrinariamente às tutelas de urgência, o plano anterior hermenêutico-filosófico foi apto a demonstrar a inconsistência fática da expressão e, por meio de seus *standards* de racionalidade, foi possível desconstruir congruentemente os argumentos alinhados pela doutrina tradicional. De modo que, no direcionamento constitucional e democrático da proposta pós-positivista apresentada, houve a constatação do desserviço prestado pelo legislador ao inserir no Código de Processo Civil de 2015 a exigência da reversibilidade, bem como a premência de novas vestes, diversas da positivista, não só do tema objeto específico da tese, mas também de todo o Direito. O prisma sugerido, pós-positivista, para o Direito, é suficiente para visitar criticamente diversos institutos do Processo Civil e dos demais ramos do Direito, com fim democrático constitucional, sem apelar para elementos externos e, portanto, incontroláveis pelo Direito.

No primeiro capítulo é traçado o ideal constitucional e democrático a ser perseguido pelo processo, de modo especial, no contexto brasileiro, em face da singularidade e complexidade da sociedade contemporânea focada, como um produto histórico em constante construção. Então, foi reconhecido o pressuposto de que cada

ambiente cultural nunca será idêntico a outro. Em consequência, as soluções democráticas devem ser construídas de acordo com um modelo próprio. As respostas democráticas de um país podem ser bem diferentes em relação a outro, tornando dificultosa a tarefa de importação de métodos. Nisso, o objetivo democrático do processo também deve guardar relação com a tradição jurídica nacional, em suas recíprocas afetações culturais, sociais e jurídicas.

Em um contexto amplo e global, todavia, é possível perceber que o objetivo democrático passa por um desejo organizativo e de aperfeiçoamento constante. Desejos que são realizáveis mediante um compromisso, empenho individual e coletivo, na medida em que na falta dessa árdua tarefa impera a entropia. A auto-organização, pressuposto da democracia, tem como condição uma política limitada pelo Direito. Em face disso, são imprescindíveis instituições sólidas aptas a vedar qualquer extrapolação ao jurídico. Entre essas instituições, no caso brasileiro, está o Judiciário. Potanto, fere a lógica democrática que seus representantes, os juízes, possam ser transgressores do Direito, seja qual for o pretexto escolhido. Assim, um processo democrático passa primeiramente por decisões judiciais exclusivamente jurídicas, onde o solipsismo não pode ser tido como solução para a estagnação objetificante legalista.

A partir da premissa de um Direito autônomo, não predado por fatores extrínsecos, como a moral e a política, é possível pensar em outros elementos agregadores do ideal democrático para o processo. A formação política brasileira foi carente do que foi denominado nos países centrais de Estado social. No Brasil, como ocorre também em outros países periféricos, é pensado em um neo-liberalismo sem que o Estado tenha sido efetivamente prestacional. A relação disso com a Jurisdição desemboca na constante omissão dos outros poderes em prestações básicas aos cidadãos que acabam exigindo a efetivação através de tutelas jurisdicionais, que, no caso brasileiro, são constitucionais e democráticas.

Não é possível negar que o Estado brasileiro é herdeiro de uma tradição européia. O contexto atual decorre, desse modo, da formação histórica, política e jurídica da Europa. Assim, houve referências ao desenvolvimento Greco-romano, feudal, autoritário, liberal e democrático europeu, com destaque para o período liberal, onde o iluminismo alcançou o seu ápice.

Com o liberalismo, iluminismo, floresceu o positivismo jurídico. Nesse positivismo, em sua faceta mais criticada na tese, sobressaiu o legalismo-objetificante,

onde metafisicamente o texto legal era apto por si só a emitir sentidos. Os sentidos estavam escondidos na lei e o operador jurídico deveria utilizar o método interpretativo científico para revelar a vontade da lei. Essa situação era escamoteadora do subjetivismo, que, como visto, não pode ser admitido democraticamente. A matriz positivista referida permitia uma indiferença do Direito ao social. Os operadores jurídicos podiam, então, ficar tranquilos porque as crises externas não tinham o condão de afetar o Direito.

A proposta pós-positivista adotada tem no *Dasein* a condição permissora da mobilidade jurídica, sem incorrer em solipsismo judicial, através de uma atuação jurisdicional conforme o Direito, com um fim constitucional e democrático. Na atualidade há um novo ambiente constitucional, de uma constituição viva, centrada no ser e que preserva as conquistas históricas, mas que também permite uma progressividade dentro do Direito. O comprometimento e esforço de cada um e de todos são de reconhecimento de direitos conquistados, de concretização de direitos prometidos e ainda não resgatados, formadoras de expectativas presentes e de projetos futuros, que demandam empenho para a concretização, na linha da auto-organização desejável e possível contra entrópica. Tendo relevo, nessa linha, a diferença do ideal democrático do que acontece na prática, que resulta nas promessas descumpridas a serem exigidas e concretizadas, inclusive, em sendo necessário, através da tutela judicial.

O perfil democrático constitucional defendido implica em severa crítica ao sistema representativo, questionando a sua validade como real instrumento democrático. A opção da tese é pelo exercício da democracia direta ou participativa, onde o Processo Civil é espaço para o seu exercício. A crítica passa pelo pragmatismo evidenciador de que, em muitos casos de democracia indireta ou representativa, as promessas demagógicas conduzem ao poder políticos, sem interesse em atender aos interesses democráticos, que preferem fazer prevalecer interesses próprios. De igual modo, não é raro que alguns particulares grupos e classes sociais consigam acesso ao poder, onde fazem prevalecer seus interesses em detrimento dos democráticos. Contextos nos quais os atos de governo e a produção legislativa acabam sendo dissonantes da vontade popular. Assim, ganha vulto o exercício técnico do Direito. É democraticamente essencial que haja juízes capazes de fazer prevalecer os direitos consagrados, através das tutelas constitucionais e democráticas. De modo que é possível enxergar um Direito e um Processo Civil aptos a tutelar interesses

democráticos sonegados por tais condutas políticas reprováveis, aptos a garantirem a desejada democracia participativa, permitindo, no caso brasileiro, a concretização de promessas não cumpridas da modernidade. Contexto no qual a atuação judicial permissora do exercício da democracia direta, em face da omissão dos demais poderes, não é sinônimo de solipsismo. A atuação judicial no caso referido não é política, não é discricionária, mas jurídica, sem prejudicar a autonomia do Direito e impedindo a abertura para correções extrínsecas.

A técnica processual é importante, mas não menos é o objetivo constitucional e democrático amalgamado ao Processo Civil. Os modelos de outras experiências históricas e locais são valiosos, são fundamentais para clarear, no desencadeamento que desemboca na contemporaneidade brasileira, o fim constitucional e democrático perseguido. Então, na tradição o marco medieval foi ilustrada a descentralização e concentração do poder, na passagem do feudalismo para a primeira forma de Estado, o autoritário. No espaço deixado pelo anterior Direito romano, o desenvolvimento medieval, no seu primeiro momento, foi formado por um tecido jurídico orgânico peculiar. O Direito medieval surgia dos costumes locais, fazendo coexistir diferentes direitos, em espaços geográficos não muitos distantes, em face da ausência de um Direito oficial estatal a monopolizar o Estado. Então, o Direito medieval foi muito diferente do romano, mais difuso, sem a presença do caráter imperativo da autoridade estatal, onde a técnica dá lugar à pragmática. O sentimento religioso espiritual prevalece sobre o material, priorizando o coletivo em detrimento da individualidade. Local propício para o desenvolvimento das teses da Igreja, com o seu conseqüente fortalecimento. Não que tenha deixado de existir quem governasse e emitisse regulações cogentes, mas que não tinham a mesma força e extensão da estatal. A essas fontes de autoridade eram somadas as produções culturais e costumeiras, criando um entrelaçamento indissociável entre elas, onde, inclusive, os pronunciamentos governamentais eram geralmente homologatórios do Direito costumeiro.

Há no quadro medieval uma união umbilical dos costumes com a moral e cultura religiosa ensejadora do protagonismo e expansão clerical. As manifestações dos representantes da Igreja eram aceitas sem qualquer contestação, em face da união referida, inserindo, na comunidade da época, a admissão da legitimidade divina nos atos e manifestações desses líderes religiosos. No direito a produção ascendente, originária do seio social, da cultura e dos costumes, com os valores religiosos, formou

o ambiente para a concepção de um primitivo naturalismo, que contou com fundamental reforço racional de São Tomás de Aquino, com desdobramentos até os dias de hoje.

Em um segundo momento do período medieval houveram mudanças significativas formadoras de um novo panorama. Dentre essas mudanças podem ser citados os novos acessos interligando as comunidades e cidades promovendo um intercâmbio cultural mais qualificado, interesse em estudos mais aprofundados, semeando a semente da cientificidade, com destaque no Direito para os estudos religiosos pandectistas, e, principalmente, a concentração de poder, o apoderamento político e jurídico pelo monarca do Estado autoritário. Esse Estado emergente era ainda sustentado pela força política da igreja, na tese da legitimação divina do governante, o que impelia a uma aliança entre governo e clero, em que pese a burguesia começasse a dar mostras de seu poder político.

A preponderância política burguesa culminou, em alguns Estados, com revoluções. Essas revoluções liberais, pela contestação política de então, não podiam deixar de ser energeticamente antireligiosas e anticlericais. Todavia, como regra, as igrejas não foram atacadas frontalmente e diretamente, tendo tido apenas afastada a sua participação da esfera governamental. Na derrocada da predominância política clerical, cujo trunfo principal consistia na unicidade, foi fundamental a fragmentação decorrente das reformas protestantes, com destaque para Lutero. Essa divisão teve um de seus fundamentos basilares na confiança da autossuficiência do homem para alcançar Deus, quebrando a premissa da necessária intermediação do sacerdote para acesso ao divino. A porta do medievo, a partir disso tudo, ficou entreaberta para as novas teses iluministas, em todas as searas do conhecimento humano, com o forte traço da secularização.

No percurso medieval o antropocentrismo vai ganhando cada vez mais espaço em detrimento do teocentrismo. Os direitos subjetivos da perspectiva liberal puderam, nessa medida, começar a ganhar contornos no novo amanhecer que se alvorava. O ideal último, incessante e praticamente exclusivo, do reino dos céus, prometido pela Igreja, começou a ceder espaço para os interesses individuais. O viver comunitário e os objetivos comuns passaram a ter que respeitar os objetivos de cada um, ampliando as possibilidades de desenvolvimento individual. No plano governamental, as novas premissas transitaram da manutenção de uma relativa segurança coletiva para a consagração de direitos negativos, com a necessidade de respeito aos direitos dos

cidadãos, por outros e pelo próprio detentor do Poder. A secularização é permissora de uma abertura de pensamento humano, de defesa de pensamentos críticos, sem retaliações severas da Igreja ou do governante, em variados campos, que leva a novas concepções filosóficas, científicas, políticas e jurídicas. Está aí a origem do positivismo que desaguou em um movimento de refluxo posterior, arrefecendo e moldando muitas das concepções tradicionais religiosas.

Não pode passar despercebida, nessa mudança, a influência da crescente classe burguesa. A maior comunicação e interação social, em um território cada vez mais amplo, fomentou o comércio. O desenvolvimento do comércio produziu riquezas, conduzindo o homem a um novo horizonte de possibilidades mundanas. Um foco diverso do sacro foi instalado. O homem passou a perseguir, na sua trajetória não mais subserviente ao plano de salvação prometido pela Igreja, novos interesses pessoais de realização material e terrena. Foi o início da cisão social entre ricos produtores de capital e indústria e pobres consumidores. Era conveniente, para a burguesia, que fossem sedimentados espaços territoriais mais amplos para a sua atuação, onde se fizesse prevalecer um único ordenamento jurídico, capaz de trazer uma segurança jurídica, com aptidão para não colocar em risco os negócios e a circulação de capital, mantendo a salvo aqueles que conseguiam acumular riquezas. O modo primário para a consecução do intento burguês foi o do estabelecimento de um único centro de poder, garantidor de uma relativa estabilidade social. A burguesia não mediu esforços para que fossem implementados esses objetivos, foi, assim, em elemento condutor da formação do Estado-Nação. Outrossim, era fundamental que houvessem aqueles que pudessem consumir e gerar riquezas. Os servos foram transformados, portanto, em cidadãos detentores de direitos, com condições para usufruir das benesses oferecidas pela burguesia e, em contrapartida, reforçar politicamente a cultura implementada pelos detentores do poder econômico.

O Estado-Nação era qualificado por uma forma de governo absolutista e autoritária, com compromisso exclusivo de segurança, com pacificação interna e externa. O príncipe toma consciência da necessidade de monopolizar o Direito, como forma de atender internamente o compromisso, o que lhe permite, em consequência, a manutenção de poder. A comunhão entre Direito formal (produzido pelo Estado) e consuetudinário perde a sua prevalência para fazer sobressair o primeiro, em face do desejável caráter impositivo do monopólio jurídico do Estado que se originava e fortalecia. O Direito deixa, portanto, seu caráter ascendente para ser impositivo,

hierárquico, descendente, máxime na tradição continental. A validade do Direito, então, passa pelo pressuposto da outorga estatal. E o instrumento, gestado nos estudos pandectistas, está na lei, cuja efetividade, no período em tela, estava atrelada à vontade majestática.

As elaborações autoritárias passaram a ser contestadas, em muitos Estados as extravagâncias do detentor de poder, justificadas pelo subjetivismo arbitrário governamental, passaram a ser notadas e sofrer censuras, em uma cultura crescente de racionalismo libertário. A lei materializada na pessoa do monarca começou a ser vista como uma autêntica ausência de lei. Ter uma lei para todos, inclusive para o governante, passa a ser o inédito postulado. O combate ao autoritarismo é desenrolado em dois campos. No primeiro, a vontade majestática passa a ter uma limitação pela objetividade da lei (prioritariamente na tradição continental) ou pelo reconhecimento de um Direito antecedente e fundante do formal estatal (predominantemente na tradição anglo-saxônica). No segundo, o solipsismo governamental demanda o controle por intermédio da aplicação da teoria da separação de poderes. A lei de caráter objetivo não pôde mais ter sua criação atrelada ao Monarca. A lei passou a ser originada no parlamento, cabendo a governante exercer apenas as funções administrativas e ao Judiciário realizar a aplicação para a pacificação interna.

Na tradição da *commow law* a passagem libertária ocorreu de forma pacífica, mas na *civil law* de forma revolucionária. Na primeira, os atos de governo, em geral, foram retirados do monarca, mantido, prioritariamente, um caráter representativo do Estado na sua função, delimitados pela lei. Cabia ao parlamento outorgar os direitos presentes na sociedade através da formalização legal, de onde eram extraídos os limites da atuação governamental. Outrossim, em face do pressuposto da autonomia do Poder Judiciário, de sua capacidade de controle, coube, na mesma medida, aos juízes, de forma exitosa, defender os direitos subjetivos, para muitos, direitos naturais, limitativos do poder estatal. Surgem os direitos negativos do cidadão, a serem respeitados pelos outros cidadãos, instituições e Estado. Essa forma de implementação dos anseios e os postulados liberais coibiu a exigência de atos revolucionários para a modificação do panorama de autoritarismo. Porém, na outra, somente o a luta libertária contra o julgo estatal, de forma drástica e dramática, produziu o mesmo resultado deslegitimador do príncipe como representante do jurídico e político estatal.

O fim do período medieval e da preponderante influência política clerical acentuou as perspectivas antropocêntricas. Sem prejuízo do reconhecimento de diversas contribuições religiosas humanísticas, como os sentimentos de coletividade, de acolhimento e respeito ao próximo, além de várias outras morais, artísticas e científicas. Porém, na mesma medida, é atestado um "*plus*" racional, libertário, isonômico e de incremento de direitos com o implemento dos axiomas liberais. O homem passa a ter inato e inegociável o direito fundamental de liberdade e igualdade. É permitido a ele pautar sua conduta por pensamento próprio, por um racionalismo não necessariamente teológico, onde o fim de seu pensar e agir não tem outro senhor que não seja ele mesmo.

A ótica dos paradigmas racionais, da subjetividade, igualdade e liberdade, não compactuam com privilégios feudais, monárquicos, fundamentados na legitimação divina, do pensamento hegemônico dos representantes eclesiásticos da época medieval. Não admitem, outrossim, guerras e disputas religiosas, sob o pretexto de conversão de infiéis, impingindo o respeito a uma liberdade de crença. Nem o descobrimento de verdades por métodos torturantes, vis, que de qualquer maneira atentem contra a integridade física e moral do homem. Muito menos com penas desumanas, que causem um sofrimento desnecessário, injustificado racionalmente. Ou seja, o racionalismo antropocêntrico desvela o cuidado com a integridade e dignidade do homem, incentivando a sensibilização e a desbrutalização social.

A moral religiosa cede espaço para a moral da ilustração. A fala bíblica, o mandamento divino, é substituído pelo pensamento filosófico. O homem não precisa mais ser visto e ter valor apenas como o membro de uma coletividade, sendo admitida a sua importância atomística e a de seus desejos e impulsos individuais. O sujeito adquire o papel de protagonista de sua própria história, enquanto que o grupo é relegado a um plano secundário, utilitarista, como meio no qual o sujeito desempenhará o seu agir com vistas a alcançar seus fins. Não há mais reprovação para que o sujeito deixe de atentar para fins coletivos e passe a correr atrás de seus particulares objetivos e, conquistados, possa usufruir dos mesmos da maneira que melhor lhe aprouver. Deixa de existir um percurso pré-determinado a ser seguido, cabendo ao sujeito, racionalmente, avaliar os contextos, os instrumentos disponíveis, as consequências, de modo a ter sucesso ou não no alcance das metas traçadas. O sentimento de coisificação do homem, de pertencimento a um monarca, a uma igreja, da lugar a uma sensação de liberdade. Ao invés de pertencer à nação, o cidadão é a

nação, fazendo surgir o orgulho da bandeira de seu país, um ideal de nacionalismo, muito bem utilizado pelos líderes das revoluções libertárias.

A valorização do racionalismo diante da baixa metafísica religiosa impulsionou o saber científico, as ciências. No Direito, criou critérios racionais metodológicos e redimensionou a importância da lei, crendo na completude das possibilidades textuais legais e no modelo dedutivo-subsuntivo de acoplamento. A inspiração legalista veio do modelo contratualista mercantilista, que estabelecia o acordo em um texto a ser respeitado pelas partes. Bastaria a fixação textual de um pacto com o Estado, a ser respeitado por todos os cidadãos. Com tal credo, bastava, ao Direito, esgotar, na letra da lei, todas as hipóteses fáticas, dando origem aos movimentos de codificação legal.

Os Estados unificados, apoiados politicamente pela burguesia emergente, buscaram, cada qual, a criação dos seus códigos. O esforço estava ancorado na intenção de reforçar o formato liberal de Estado, para que a força política dos detentores de capital continuasse a ser prevalente, para que fosse reforçado o seu monopólio do Direito, impedindo a sujeição ao capricho de governantes. Em que pese o movimento codificador tenha contribuído para a conservação do poder político, com a uniformidade propiciada, foi vã a tentativa de implementar um elemento condensador de toda produção jurídica, apta a contemplar todas as situações fáticas e de alcançar respostas matemáticas. Houve de fato a abertura para outro tipo de arbítrio amparado no método interpretativo jurídico.

Dentre os inúmeros códigos produzidos, teve especial destaque o Código Civil napoleônico. Esse código não conseguiu, como nenhum outro, o êxito inalcançável de contemplar todas as hipóteses fáticas. Também houveram outros códigos que foram mais extensos. A sua relevância decorre da profunda e extensa influência territorial. O Código Civil de Napoleão ultrapassou as fronteiras francesas, permitindo a classificação de uma família jurídica comum, além dos limites territoriais, constituindo o reflexo jurídico da ruptura do poder político de uma nação, simbolizando a passagem do formato autoritário para o liberal. Em que pese o germe da codificação revolucionária francesa estivesse presente na configuração autoritária, nas *Ordonnances* de Luiz XIV, os novos ventos libertários lhe deram uma roupagem diferenciada que a consolidou como marco revolucionário, em uma trama revolucionária que se repetiu em outros locais e com outros códigos.

Apesar do equívoco baseado na crença da suficiência legal, é de ser destacada a contribuição democrática com a despersonalização do poder, que saiu do homem

(governante), com suas paixões, e foi para as instituições. Com o que a preocupação de preservação e preparação para o governo sai da herança de sangue para sugerir o alcance por mérito individual. Esse credo desemboca igualmente na consolidação de novas instituições baseadas na isonomia, cujo aperfeiçoamento incessante é mola propulsora do desenvolvimento social, garantindo a manutenção da busca dos interesses comuns e progressivamente democráticos, sem espaço para outros desviantes. A objetividade da lei representa ainda o dever de obediência pré-estabelecido, pré-ordenado, impessoal, abstrato, geral, rígido e insensível, características muito bem-vindas quando o cenário político era de rejeição a qualquer forma de subjetivismo governamental, que redundava em abusos de toda ordem.

O Direito equivalente à lei, era um Direito que abolia “interpretações”, rejeitava tecnicidade jurídica, tornando dispensáveis profissionais com conhecimento próprio (advogados e juizes), pois qualquer cidadão letrado deveria ser capaz de aplicar a subsunção legal, de exercer diretamente e pessoalmente seus direitos perante um representante do Estado. Esse paradigma era perfeito para a teoria da separação de poderes, concebida por Montesquieu, por afastar quaisquer abusos judiciais. Porém, tinha como calcanhar de aquiles a paralisia legalista, geradora de um crescente distanciamento do jurídico e do social, uma vez que o engessamento de sentidos não propicia o acompanhamento da dinâmica evolutiva social. Assim, o Direito tinha uma autonomia perniciosa. O Direito era um mundo a parte, constituindo uma ciência pura e neutra, onde o mundo da vida era posto, quando muito, em um segundo plano, onde a avaliação fática interessava apenas para a averiguação da subsunção. Panorama reconfortante para o jurista que não consegue enxergar crise com o afastamento do jurídico e social, dado que sua preocupação exclusiva é voltada para o cumprimento da lei (*dura lex sed lex*). O jurista só passa a ser incomodado, mesmo dentro de uma perspectiva positivista, quando sua consciência deixa de ser ingenuamente legalista para alcançar a quebra da sinonímia de lei e Direito.

A impessoalidade positivista do Direito é impositiva de limites ao governante. A configuração dos abusos políticos governamentais e seu controle só são possíveis com o império do Direito, quando a lei passa a ser para todos, inclusive para aqueles detentores de cargos políticos. A lei estabelece critérios a guiar a conduta política, marcando a derrocada do Estado autoritário. A fala justificativa estava na transferência da legitimação do poder que saiu do monarca, indicado divino, para o povo, para o homem terreno. A nova legitimação popular, na impossibilidade de manifestação direta

e constante, exigia a indicação de representantes, responsáveis pela confecção da lei, cujo conteúdo deveria atender ao desejo do povo. Então, a centralização da lei faz com que ela seja a base do próprio Estado, a viga mestra do positivismo jurídico, da estruturação prevalecente dos ordenamentos jurídicos hodiernos.

O contexto histórico ilustrativo da derrocada da dominância autoritária monárquica não poderia ser outro que não o da Revolução Francesa, sem prejuízo do reconhecimento de distintos marcos, inclusive lembrando que na tradição da *common law*, na Inglaterra, a mudança foi menos drástica, não revolucionária, mais lenta e gradativa, mas nem por isso menos importante. É possível enxergar, na Revolução Francesa, o entrelaçamento da força burguesa emergente, com a nova condição antropocêntrica, com o reconhecimento de direito subjetivos, com o positivismo jurídico, e, especialmente, com a codificação, bem como com as demais características que moldaram a nova fase da experiência humana, histórica, política, econômica, filosófica e jurídica. Claro que tudo isso não ocorreu de forma imediata e descomplicada, muito menos de forma uniforme, em todos os países, mas com idas e vindas, fluxos e refluxos, ao longo de muito tempo, sem que a tarefa possa ser tida como concluída, em alguns territórios, ainda nos dias de hoje.

A aposta corrente está no homem. A pedra angular da desejada construção humanística e democrática está na capacidade dos homens, das sociedades atuais, de aprender com o passado, filtrando os piores erros, de modo a impedir a reiteração, separando equívocos e acertos enfrentados, onde os últimos devem ser não só repetidos, mas estimulados. Inegáveis são os inúmeros avanços alcançados, nas mais diferentes searas. Os direitos humanos, a dignidade do homem, a vida, tiveram uma valorização tremenda, afirmação que pode ser confirmada no incrível aumento da expectativa de vida. Em um contexto geral os países aumentaram, em muito, a riqueza. Como fator positivo disso, foram incrementadas a higiene e a saúde, com o que houve diminuição da fome, subnutrição e doenças, que lhe são consequentes. Também houve decréscimo das guerras e dos seus nefastos efeitos. O *status* de liberdade da democracia passou a ser um ideal da maioria dos países. Outros tantos passaram a reprimir a violência e discriminação contra minorias ou grupos mais fracos. A alfabetização, a educação, em um contexto geral, tiveram significativa melhora. Do mesmo modo que o acesso à informação foi ampliado. Hoje já se pensa na diminuição da carga de trabalho, sem prejuízo das remunerações, permitindo o desenvolvimento de atividades mais prazerosas ao homem. Também há uma

preocupação ampla com questões globais, como o meio-ambiente, terrorismo, armamento nuclear, epidemias, diferenças econômico-sociais, entre outros. Tudo a apontar a possibilidade de acerto da escolha em prol do objetivo gizado.

No Brasil, como nos demais países periféricos, a dificuldade principal percorre a necessidade de busca de equiparação aos países centrais. A par dos problemas decorrentes da supressão de um desenvolvimento econômico compatível com o dos países ditos desenvolvidos, há outros tantos que parecem intransponíveis. O trabalho chama a atenção para a crise ética, que desemboca na política, deslegitimando a democracia representativa. O enfrentamento dessa crise está no esforço de implementação de condições favoráveis a permitir a autossuficiência cidadã, incutindo consciência e responsabilidades condutoras do agir ético de todos, mormente dos detentores de poder. Não apenas isso, a verdadeira autonomia e isonomia são capazes de elevar o país a uma equiparação com aqueles desenvolvidos, suprimindo inércias governamentais (administrativas e legislativas), até judicialmente quando necessário.

A solidez da instituição judiciária somada à autossuficiência cidadã resulta na presença de uma condição favorável para que, em sendo imprescindível, tenha o cidadão, à sua disposição, o exercício da ação, do processo, da jurisdição, das tutelas de urgência, para alcançar a satisfação das promessas constitucionais e democráticas descumpridas. Sem, contudo, ter legitimado um protagonismo judicial, do decisionismo arbitrário, mas sim um reforço institucional, legitimado democraticamente, que permite fazer cumprir, inclusive, políticas públicas básicas esquecidas por quem teria, por primeiro, a responsabilidade de atendimento. Em tudo está presente um sentimento de solidariedade ampliativo, sendo desejável que a autossuficiência cidadã ultrapasse quaisquer fronteiras, inclusive a brasileira, e alcance o maior número de pessoas e países, onde deverão ser diagnosticados os meios mais apropriados para o seu desenvolvimento, de acordo com a peculiaridade contextual local e histórica, em perseguição a uma isonomia material global.

O império da lei, a lei acima e para todos, com seus pressupostos liberais e iluministas, foi responsável pelo implemento do Estado de Direito, sem prejuízo da influência antiga, especialmente greco-romana, nessa concepção. Há, portanto, um conteúdo material, decorrente das conquistas liberais e iluministas, agregadas ao conceito, que não permitem que a presença de qualquer ordenamento jurídico, como o autoritário ou medieval, possam ser configuradores do Estado de Direito. No Estado

de Direito o cidadão pode ter interesses oponíveis contra o próprio Estado, seja por um direito natural ou por uma concessão do Estado mesmo, enquanto ente diverso do sujeito que governa. Da ambição estatal de monopólio do jurídico, da centralidade política do absolutismo, foi acrescida a submissão do governante ao jurídico. Em outras palavras, o Estado de Direito pressupõe todas as conquistas antropocêntricas, políticas e jurídicas iluministas. No ordenamento jurídico desse Estado há o poder do cidadão e o dever do Estado de prestar tutela a todos os direitos subjetivos, inclusive em face de atos arbitrários governamentais.

No cerne básico e originário da configuração do Estado de Direito está a ideologia liberal, condutora do primado dos direitos humanos. Em qualquer configuração de Estado de Direito, mesmo em face das diferenças orgânicas marcantes da tradição continental e anglo-saxônica, não se desconhecendo a tendência atual de aproximação das mesmas, haverá, em comum, antes de qualquer outro valor, o homem, a proteção e consecução de seus interesses e expectativas partilhadas. A esse pressuposto podem e devem ser acrescentados outros direitos fundamentais, o que confere ao Estado de Direito um caráter cambiável. Isso permite que o Estado de Direito não fique preso a um modelo anacrônico, como o do perfil clássico liberal, ficando comprometido a conservar as conquistas passadas e presentes e agregar novos valores e fins ideológicos, inclusive e especialmente, democráticos.

A noção de cidadania, não muito distante da atual, também tem origem no Estado de Direito. Do cidadão sujeito de direitos, valorado na sua individualidade, dono dos destinos políticos de seu país. Legítimo detentor do poder político, enquanto integrante do povo. A partir dessa exigência de respeito aos direitos dos cidadãos da modernidade é que se produziram as teses igualitárias, de repúdio a racismo, sexismo e homofobia. A disseminação da visão do outro como um igual, a ser aceito nas suas circunstâncias, e não como um estranho também produziu condições para a aproximação cultural, favorecida pelo encurtamento de distância, novas tecnologias de comunicação, aprimorando a cidadania, conferindo um nível tendencialmente mundial de isonomia real, apto a desenvolver uma solidariedade mútua crescente. Esse cosmopolitismo aponta para novos interesses a serem mais uma vez somados ao Estado de Direito, quiçá aptas a uma integração econômica que diminua as desigualdades provocadas pelo capitalismo ainda desenfreado, responsável maior pela exclusão social dos menos favorecidos. No viés cidadão sublinhado deve ser

superada a filosofia do desejo de poder, retratado na ânsia capitalista de acumulação de riquezas, pela perspectiva dialética, comunicativa e construtivista do homem engajado com os outros, que lhe confere um sentido ético plural e não egoístico.

O Estado de Direito foi configurado, desse modo, tendo em conta o racionalismo, separando filosofia e religião, autonomizando a política, o jurídico e o econômico. O jurídico passa a ser o meio de controle do político, onde a tripartição de poderes ou funções do Estado foi uma das contribuições mais importantes, senão a mais importante na ocasião, o que não a impediu de sofrer críticas ao longo do tempo. A separação de poderes não impediu uma certa preponderância de um em relação aos outros no decorrer do desenvolvimento histórico e político, nos diversos contextos de nação, que adotaram a teoria. Em termos gerais, no momento de vigência do paradigma objetificante da lei, com a legitimidade do povo, que se expressa por meio de seus representantes através da lei, é possível enxergar uma tendência de preponderância do legislativo. Em período estatal prestacional, em face do atendimento direto dos interesses do povo, dá para vislumbrar um predomínio do executivo. E, quando o Judiciário é aquele que torna efetivos os direitos ignorados pelos demais, a primazia parece ser dele. Contudo, na perspectiva democrática, essa primazia cede diante do desejo de auxílio e colaboração recíprocos, onde seria mais coerente uma visão de funções distintas buscando o fim comum constitucional e democrático do Estado.

Por outro lado, o Estado de Direito não pode ser confundido também com o Estado que só admite a produção formal do Direito. Muitos doutrinadores defendem um Direito precedente ao formal, seguindo a tradição do naturalismo jurídico. Em muitos casos, em face da tripartição de poderes, um deles pode assumir a função de reconhecer e tutelar direitos materiais em face do formal, especialmente vinculados aos direitos humanos, seja a que título for. A exclusividade do direito formal, demonstrou uma fragilidade consistente na configuração de um direito meramente protocolar, que permite a sua utilização como instrumento para o exercício falsamente legitimado do poder político. A história revela que a fonte exclusivamente formal do Direito cria regimes totalitários, invertendo a lógica do Estado de Direito para o Direito do Estado. Onde é permitido suprimir direitos subjetivos, esvaziar normas protetivas dos direitos humanos e libertárias, em prol de um “bem comum” (do governante). Não é dado esquecer que o vínculo do Direito a conquistas políticas e jurídicas, especialmente relativas aos direitos humanos, é pressuposto do verdadeiro Estado de

Direito, um Estado de Direito forte, substancial.

Na tese, o Estado de Direito substancial não necessita de um complemento externo, fora do Direito, ainda que haja a tentativa de colocar vestimentas pretensamente jurídicas a esse elemento extrínseco, moral ou político, com denominações como de direito natural, de direito alternativo ou de princípios abertos. A Constituição, em face da condição de possibilidade linguística, da hermenêutica-filosófica, é suficiente para tanto. O controle de constitucionalidade é, por si só, garantidor da substancialidade desejada do Estado de Direito, indicando a direção democrática. A anemia jurídica do Estado de Direito formal, incapaz de propiciar um eficaz controle político, mostrou ser indesejável em face dos fins defendidos na tese. O Estado de Direito formal foi gerador do fascismo e nazismo, entre outros regimes totalitários, que inclusive, não raro, acabam sendo autointitulados Estado de Direito, quando essa configuração exige que o jurídico seja fortalecido pela Constituição, imunizando o Estado contra protagonismos antidemocráticos, como aconteceu no “Estado de Direito” fascista e nazista. Nos dias atuais, no contexto brasileiro, a garantia dessa substancialidade do Estado de Direito exige o incremento de um perfil de efetividade constitucional, controlado judicialmente.

A autonomia jurídica defendida, com base constitucional, é muito diferente da autonomia formal do Estado de Direito fraco. Não há uma mera procedimentalização autoreferencial e autofundante. A abertura linguística, a hermenêutica-filosófica, funde no ser os elementos necessários para a preservação e constante aperfeiçoamento humanístico, em um sentido jurídico progressivo, sem prejuízo à autonomia do Direito. Portanto, o ser é aí, não apartado da tradição e da história, bem como, nesse envolvimento, com especial relevância, dos marcos jurídicos. O Estado de Direito não tem Constituição ele é Constituição. A Constituição não é apenas um texto escrito, uma regra superior, ela é norma, é contexto, é direito vivo. No Estado de Direito há um desenvolvimento à custa de lutas, sangue e lágrimas, que marcaram a sua forma liberal e social, a permitir um presente e futuro com ambições democráticas. Além da preservação das conquistas humanitárias há a tarefa constitucional de filtragem daquilo que foi objetado no percurso histórico e não pode mais ser admitido em face do horizonte futuro de pretensão progressiva. À vista disso, considerando o fundamento da liberdade e isonomia, o Estado de Direito é lançado para um aprofundamento constitucional e democrático. Do alicerce dos direitos humanos, à igualdade e liberdade, que originariamente, no período libertário do Estado de Direito,

era significado em direitos de proteção individual, oponíveis contra qualquer um, inclusive contra o Estado, passam a ser, com o Estado de Direito Social e Democrático, igualdade e liberdade promovedoras de justiça social, em face de deveres prestacionais estatais, estimulantes de uma efetiva participação política, diante do declínio da democracia participativa, engendradora de proteção a direitos transindividuais, dentre outros tantos que estão e estarão sempre em aberto, tendo em vista a qualidade democrática agregada.

Ao Estado de Direito contemporâneo é acrescentado um conteúdo, um fundamento constitucional. A submissão à lei, do período liberal, evolui para submissão à Constituição, em um diálogo de regras e princípios na construção da norma, em uma integração, permissora de uma normatividade constituída constitucionalmente. A Constituição assume o desejo de imutabilidade, alcança o topo hierárquico normativo, e ganha uma efetividade direta, independente das normas infraconstitucionais.

No enredo constitucional brasileiro é destacado o Judiciário, em sua responsabilidade pelo controle da constitucionalidade e legalidade. Nele deve estar presente um órgão judicial superior, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, responsável pela normatividade constitucional. O Judiciário assume suas funções tanto no agir particular quanto no público, sendo indispensável o exercício de suas funções com imposição de limitação constitucional e legal às condutas dos governantes. Não só isso, mas também incumbe o controle da constitucionalidade das leis em tese emanadas pelo Parlamento. Em tudo, resguardando o Direito contra o arbítrio, com o que seria um contrassenso admitir outra alternativa ao Judiciário que não fosse a da limitação ao constitucional e ao jurídico, fazendo prevalecer a sua função de estabelecer a segurança jurídica, promessa primeira do Estado de Direito.

A crença na legalidade objetiva tentou trilhar o mesmo caminho da limitação a quaisquer espécies de arbítrio. Contudo, o positivismo legalista é anterior à viragem linguística, o que redundou em um desenvolvimento sob o prisma de uma filosofia, ainda refém da relação sujeito-objeto, que era incapaz de identificar o subjetivismo escondido nos métodos interpretativos empregados para alcançar o sentido dos textos. Motivo porque o arbítrio esteve sempre presente no positivismo, tendo sido admitido, por grande parte dos juristas, sob o manto de interpretações jurídicas, discricionariades judiciais, princípios gerais de direito, analogia, costumes, entre outros, no momento em que o positivismo percebeu a insuficiência do texto legal e a

estagnação jurídica provocada pela limitação do Direito à lei.

O *plus* constitucional contemporâneo e democrático do Estado de Direito é inovador, quebrando paradigmas anteriores. Notadamente, a Constituição ultrapassa a condição de coadjuvante do viés liberal para assumir, nos dias de hoje, o protagonismo encorajador da defesa e luta por conquistas passadas e futuras, permitindo um horizonte em incessante perspectiva evolutiva. A constituição é encarnada no cidadão, fecha portas e abre caminhos para o fim democrático. Os princípios e garantias constitucionais são ser, ser que incorpora e transmite, em movimento circular, do particular para o coletivo, o que demanda esforço, diante da tendência entrópica.

A Constituição não é mais um mero documento formal da perspectiva positivista, com interesse exclusivo do plano jurídico, para ser Estado, para, além do plano da validade, ganhar efetividade. A Constituição pregada está empenhada na promoção dos interesses comuns da humanidade, em uma inter-relação subjetiva englobante, em uma efetiva adesão social, contrária à apatia e desinteresse, partindo do cidadão, para os agrupamentos civis, instituições e Estados. Sem prejuízo da expansão desses interesses para além dos Estados e sem desprezar os marcos relevantes do texto, das construções jurídicas e das instituições democráticas. Nessa direção, os agentes políticos não podem deixar de estar envolvidos. Os juízes igualmente integram a Constituição e Direitos vivos, razão pela qual não podem ultrapassar os mesmos em prol de um subjetivismo inconstitucional e antidemocrático. O viver a Constituição, em face da autonomia que é conferida ao Direito, é pacificador das relações entre Direito, política e moral, na medida em que reforça os limites e os campos de atuação de cada uma delas.

O modelo constitucional não está preso a uma Constituição escrita, constante de um único documento, como no caso do Brasil, e, de resto, nos Estados de matriz continental. A Constituição viva pode ser encontrada nas diversas decisões judiciais na referência anglo-saxônica. Em ambos os casos são referências fundamentais, mas que não podem ficar atadas a uma significação engessante do texto, ganhando sentido no ser-aí, denotando a referência contextual. Na sua carga cogente, vinculativa, dirigente, compromissória e normativa deve ser destacado o aspecto subjetivo, o ser cidadão e o ser agente político, que, por outro lado, não podem ser assujeitadores da acepção constitucional, em face do elemento ontológico, constituidor de amarras não só textuais mas contextuais, com destaque para as

construções jurídicas racionais, que direcionam para uma construção jurídica coerente e integradora do Direito. De outra banda, o ser Constituição não só densifica os direitos individuais, da tradição liberal, como cria e exige a implementação de encargos estatais em favor do homem, com caráter transformador, sem estar circunscrita aos limites textuais, por mais importante que seja o documento, como nas referências históricas da Constituição do México de 1917, de Weimar (alemã) de 1919, brasileira de 1934 e a atual de 1988, mas, com o ser mediando passado, presente e futuro, haverá sempre uma perspectiva inesperada e inovadora, não delimitável, que pode ser conduzida em direção às promessas democráticas.

A Constituição encarnada não dispensa a dogmática. A expansão normativa exige a união do viver Constituição e das construções teóricas jurídicas e constitucionais. Isso tudo sem desconsiderar a autonomia e influência das outras ciências, em especial, quando está sendo exigido um agir estatal da política e da economia. A concretização constitucional e jurídica considera os óbices econômicos e políticos, onde cada cidadão e agente político devem assumir suas responsabilidades de buscar, dentro desses limites, o fim democrático. O agir deve estar pautado pelo Direito para que seja constitucional e democrático. Nesse direcionamento, o julgador não pode ser conduzido pela filosofia da consciência e decidir arbitrariamente. Porém, também não deve, sob o pretexto da separação de poderes, ser omissivo na prestação de tutelas de efetivação de direitos ignorados pelos demais poderes. O desempenho a contento do papel constitucional e democrático do Judiciário é o caminho para o combate da sua crise. O realinhamento referido fortifica o Judiciário, a Constituição, o Direito, reafirmando o espaço do jurista no seio social.

As especificidades da atualidade brasileira, contudo, não podem ser generalizadas. Cada Estado deve buscar a concretização democrática de acordo com as peculiaridades culturais e políticas locais. Entre o papel constitucional substancial e procedimentalista há uma larga faixa a ser explorada. Em outros países, mormente os ricos e centrais, pode ter sido implementado o tão desejado círculo virtuoso econômico e social fomentador da autossuficiência cidadã, incompatível com a apatia e com simulacros democráticos, tornando dispensável a mesma postura que é exigida do Poder Judiciário brasileiro. Ou, em uma perspectiva pragmática, mesmo não tendo sido implementado o círculo referido, uma democracia minimalista, não intervencionista, em face da condição financeira privilegiada, permite que os cidadãos tenham seus direitos fundamentais preservados e possam ir ao encontro da satisfação

de seus objetivos individuais na sociedade. Então, quando alguém afirma a inevitabilidade do esvaziamento constitucional no Brasil para atingir um objetivo democrático não pode ter sua fala na perspectiva pregada de Constituição viva. O discurso, geralmente vinculado a uma defesa neoliberal, desemboca no esvaziamento do Estado, em um óbice para o fim democrático, sobretudo, na conjuntura brasileira. A diminuição da atuação judicial será bem-vinda, em um futuro desejavelmente próximo, proporcionalmente ao incremento da condição de autossuficiência cidadã ou/e econômica, com o desempenho a contento das demais instituições democráticas.

A autossuficiência cidadã é porto seguro para as afirmações e conquistas democráticas. É obstáculo absoluto à utilização política de massas de manobras, à prevalência de interesses de maiorias eventuais, por resultar na capacidade do cidadão da distinção dos desejos espúrios individuais ou de grupos dos interesses majoritários daqueles efetivamente democráticos. A identificação dos interesses comuns do povo, de frente à autossuficiência, torna imperativo, aos agentes políticos, pautarem suas condutas de acordo com os objetivos democráticos. A diferenciação dos instrumentos pseudo-democráticos dos verdadeiros, permissor do aprimoramento dos últimos, de igual forma, não passa ao largo da autossuficiência cidadã.

A condição cidadã, qualificadora da pessoa no ambiente plural, torna o cidadão apto a identificar os limites do poder econômico, a diagnosticar a economia explorativa egoística doente daquela desejável economia saudável e equilibrada, bem como, conseqüentemente, é produtora de indignação na presença do fosso social do capitalismo global excludente, onde o primeiro passo para a cura está no descobrimento da doença. O cidadão tem sua conexão às complexidades do mundo ampliada, com observância da construção histórica, das duras penas impostas para os avanços alcançados, ficando moldado de forma mais atenta e interessada na preservação e consecução de evolução. Descortina a igualdade cidadã incompatível com uma supremacia elitista intelectual, política ou moral. Enfim, promove a autonomia e a possibilidade de influência positiva de cada um dos cidadãos nos avanços da sociedade.

A autonomia defendida é de conteúdo democrático. Essa emancipação cidadã conduz à isonomia democrática. Sem massas de manobras, portanto, é descortinada a vontade majoritária democrática. A vontade consciente e autônoma é condição da pluralidade, do respeito e acatamento das pretensões majoritárias. O aprofundamento racional da verdadeira cidadania seria apta a evitar retrocessos sociais e jurídicos. De

qualquer forma, são importantes as fixações de marcos dessas conquistas, os símbolos da significação garantidora de direitos, transcendendo os espaços locais e temporais, em atitude sempre progressista.

Se em um ambiente de autonomia cidadã não deixam de ter relevo os marcos jurídicos, na carência desse grau evolutivo de cidadania deve lhes ser dado um destaque ainda maior. O Direito incorpora a tarefa da fixação das estacas impeditivas de retrocesso, desde que tenha autonomia imunizante aos ventos políticos ocasionais. Portanto, a admissão da predação jurídica pela política é conivente com a odiosa e antidemocrática ditadura da maioria, como ocorreu nos Estados modernos que seguiram uma política ditatorial, mesmo tendo implementado um sistema jurídico e constitucional. Na autonomia jurídica sugerida, o Direito é fechado, assumindo um caráter contramajoritário, impeditivo de retrocessos sociais, com preservação de seu conteúdo progressista. A partir do contramajoritarismo assegurado pelo Direito na proteção dessas conquistas históricas é trabalhada a vontade da maioria democrática. A autonomia jurídica é fundamental, desse modo, para uma verdadeira vivência democrática, com essência isonômica, que repousa na racionalidade, precursora da autossuficiência cidadã. Está nisso a sustentação em cima da qual será desenvolvida a dialética política democrática para o alcance das melhores respostas, de conformidade com o interesse do bem comum e da maioria, nunca como resultado final e definitivo, pois a resposta alcançada deve estar sempre predisposta à reinstauração do diálogo, da reanálise e revisão de seus pressupostos, acompanhando a irrefreável evolução social, histórica e cultural.

No aspecto particularmente jurídico, o Estado de Direito, a Ideologia liberal, a racionalização secular, permitiu a consolidação dos direitos subjetivos. Esses direitos subjetivos encontram proximidade na cultura greco-romana, entre outras tradições anteriores, por ser o resultado de uma herança global. Todas as vezes que o homem foi alçado a uma posição central na sociedade surgiu a referida aproximação. A ocupação do *locus* privilegiado do homem resulta em igual condição para a racionalidade, o que predispõe conquistas e é impeditivo de retrocessos. Em Aristóteles a classificação de justiça convencional e natural, permitiu ter na segunda, por aproximação, o âmago da preservação e ampliação desses valores humanos. Mesmo no período imediatamente antecedente ao iluminista, houveram contribuições que partiram do pressuposto racional, como na releitura do direito natural de São Tomás de Aquino, da segunda escolástica. O próprio reforço do sentido da lei segue

critérios racionais e a dimensão formal estatal não pode passar ao largo dessa sublimação legal. Contudo, o conceito de direito subjetivo, na modernidade, tem uma afinidade imediata com o pandectismo alemão, ao qual são somadas as referidas contribuições anteriores.

É possível perceber que cruzam, na formação dos direitos humanos, o racionalismo com a baixa metafísica, imperando o conhecimento científico e o crescimento econômico. A melhor condição financeira do Estado permite maiores investimentos em educação, o que direciona ao racional e valorização do homem. Enfim, constrói uma estrada em direção antropocêntrica, valorizando a igualdade, a tolerância, a empatia, o respeito às diversidades, fortalecendo uma cultura de paz mundial. Essa revelação é constatável historicamente pela diminuição gradativa global da violência autorizada pelos governos. A pena de morte que era onipresente, aplicada para uma ampla gama de crimes, em praça pública, sem dispensar prévia tortura e humilhação dos apenados, em solo europeu, após o iluminismo, foi abolida ou reservada apenas para crimes hediondos. Além do que foram buscados métodos mais eficazes e “humanizados” de aplicação da pena capital. Situação que paulatinamente toma conta do ocidente central e vai avançando para o resto do globo. Na mesma direção vai diminuindo os locais em que torturas são autorizadas por agentes governamentais, em que as autoridades mutilam seus cidadãos ou praticam outros atos atentatórios à dignidade humana.

Os direitos subjetivos e humanos estão enraizados na tradição jurídica ocidental, independentemente do Estado ter predominância *civil law* ou *common law*, na medida em que compõem tanto a lei formal quanto o direito costumeiro. Esses direitos são indecifráveis na sua completa extensão, não podem ser contidos em uma “tábua”, não admitem um conceito universal, mas o seu conteúdo essencial parte do homem. Em sendo assim, esses direitos têm os limites condicionados ao ser-aí, como ser histórico e da tradição. Então, o seu alcance é variável de acordo com o contexto local e temporal, assumindo o sentido universalmente pressuposto da consensualidade. Em cima dessa base reside o emprego de esforços comuns dos sujeitos, de marcos objetivos, de instituições sólidas, entre outros, para que o direcionamento possa ser progressivo, para a consolidação e irradiação como direitos fundamentais.

Há uma relação direta da política estatal na conformação desses direitos subjetivos. Em um primeiro momento há a forte marca liberal. É constituído o Estado

de Direito reativo ou minimalista, cuja função é assegurar os direitos subjetivos negativos, oponíveis contra todos. São formuladas e alcançam plena consolidação as teorias positivistas jurídicas, de supremacia do direito formal, atribuindo ao Estado de Direito o epíteto de guardião das garantias individuais. Através da segurança social, da pacificação interna e proteção externa, é conferida uma liberdade apta a permitir que o cidadão escolha e persiga os seus fins privados e sociais. Horizonte que, em tese, tonifica o individualismo, sem prejuízo para a organização civil dos cidadãos em entidades civis para a consecução de interesses comuns, com o consectário da melhoria social. Contudo, para muitos, em muitas localidades, a realidade foi diversa. O egoísmo capitalista acabou sendo preponderante, criando uma paisagem de exploração e desigualdades sociais, atentatórias aos interesses da maioria. Contra essa situação de exploração e desigualdade passou a ser defendida uma justiça social que deveria também ser contemplada pelo Estado de Direito. Essa imbricação política liberal e social é tema que continua em aberto até os dias de hoje e necessita de averiguação pontual para desenhar o perfil democrático almejado por cada Estado de Direito.

Não demorou muito para que surgissem as teses que enxergavam as desigualdades gritantes do capitalismo desenfreado e propunham mecanismos de controles, inclusive através da força. Todavia, o que acabou imperando, nos dias atuais, foi a conciliação dos interesses egoísticos dos detentores do poder político capitalista (patrões) e da grande massa de excluídos (empregados). A possibilidade da ascensão social alcançável pelo esforço individual, em que pese limitada matematicamente a um percentual mínimo, foi o potente aliado ideológico apaziguador. O capitalismo tirânico persiste em razão de ter calado fundo na alma do homem moderno a promessa de prosperidade econômica, plantando no coração de cada um o desejo de felicidade e sucesso correspondente ao acúmulo de riqueza. Problema que alcança proporções dramáticas quando essa ideologia fica praticamente inatingível diante do sério problema do nosso processo civilizatório consistente na massificação e superficialidade. O consumismo como ideal último de felicidade do homem, vendido pelo capitalismo, adquiriu uma forte blindagem com a copiosa divulgação, praticamente global, dessa ideia. E na crença imposta, quase religiosa, reforçada diuturna e intensamente, de forma acessível, fácil e imediata através de uma propaganda com privação da qualidade dos signos, é criada a invisibilidade dos problemas advindos do capitalismo. Esse paradigma é, inclusive,

fortificado pela capacidade de criar uma baixa tolerância a aprofundamentos de qualquer espécie de conhecimento, que seriam possibilitadores da crítica fundamentada.

Aliado a isso está a concessão burguesa da suposta supremacia da vontade popular expressada através da democracia representativa, o que tem assegurado um mínimo prestígio aos interesses da maioria dos excluídos. Esse mínimo acaba tendo um achatamento cada vez mais intenso, quando democraticamente a pretensão é oposta, de ampliação de direitos da maioria. Isso decorre em razão de que, em muitos lugares, como no Brasil, o sistema acaba sendo, não raro, disfarce para dar vestes democráticas aos anseios egoísticos capitalistas, a par de interesses de grupos, classes e movimentos específicos não representativos dos objetivos majoritários e democráticos. Por esse motivo, hoje é questionada a validade desse procedimento como instrumento para a consecução de uma democracia real.

As benesses do capitalismo não autorizam o seu descontrole. A democracia brasileira exige a manutenção do capitalismo. Na perspectiva atual nacional está muito distante qualquer teoria defensora da abolição do capitalismo. Estão introjetados os valores capitalistas de acumulação de riqueza, obtenção de lucros pela exploração do trabalho, livre comércio, entre outros, que tem aspectos positivos, mas que indubitavelmente deve ter agregado um viés democrático, deve favorecer proporcionalmente o desenvolvimento humano, de modo a diminuir o fosso social produzido até o momento.

A cidadania, as instituições democráticas, o Direito e a Constituição vivos estão atrelados à exigida imposição de limites ao egoísmo capitalista. A demarcação constitucionalmente e democraticamente adequada desses limites capitalistas, por intervenção estatal, deve levar em consideração cada diferente contexto fático, entre os extremos erradicados do capitalismo irrestrito, sem qualquer regulação estatal e do Estado paternalista provedor do povo, sem capitalismo. Certo que os ideais clássicos liberais não encontrariam guarida nos dias de hoje, em países com pretensão democrática, na medida em que a desenfreada circulação de riquezas gera enriquecimento e pobreza extremos. Na mesma medida, os sistemas políticos estatais que adotaram a tese do socialismo e que acabaram soçobrando demonstraram que a ausência do capitalismo é produtora de um Estado privilegiador da isonomia formal, de uma estagnação social, sem possibilidade de crescimento individual, de ascensão social, sem valorização do esforço, da meritocracia, o que, ao contrário, é muito forte

no modelo capitalista. Como resultado da análise disso, parece produtivo unir o capitalismo a uma regulação estatal atributiva de eficácia social, sem ser lícito confundir o atributo social pregado, presente no contexto democrático, com o movimento político socialista, gerador dos Estados socialistas.

Os modelos de Estado atuais, de regra, buscam uma mescla entre liberdade econômica e atuação estatal. Eis porque os partidos de maior expressão militam entre a liberal-democracia e a social-democracia. O legítimo poder popular, de conformidade com as peculiaridades culturais e contextuais de cada Estado, deve decidir sobre aquele que deve prevalecer. Para o caso brasileiro e dos países periféricos deve ser levado em consideração a modernidade tardia, a ausência do *welfare state*, umbilicalmente vinculada à afirmação de que a maior liberdade capitalista acaba sendo mais prejudicial aos Estados economicamente mais fracos. A preferência democrática parece ser, portanto, a de maior exigência de atuação estatal, indo, como regra, ao encontro da social-democracia, a fim de proporcionar o resgate de direitos fundamentais. De qualquer modo, os Estados, devem, em maior ou menor grau, além de adotar as políticas públicas, impor amarras jurídicas e constitucionais, sustentadas na proposição de constituição viva, imprescindíveis para que as benesses do crescimento econômico, em igual medida de favorecimento individual, sejam revertidas em atendimento de fins sociais. A ética isonômica é determinante para amparar a cidadania, a segurança, a saúde, a previdência, o bem-estar, a educação, o trabalho, entre outros tantos interesses individuais e difusos. Maneira através da qual, ao lado da liberdade individual, estará sendo preservada e qualificada a liberdade coletiva, em prol da autossuficiência econômica e política de todos.

Em equivalente destaque, no combate ao abismo desigualitário provocado pelo capitalismo desenfreado, está a universalização de conhecimentos em nível global. Não em uma imposição de qualquer fala autorizada pretensamente com ares de cientificidade, como ocorrido em experiências históricas totalitárias. Diversamente, tratando da universalização de um conhecimento receptivo, aberto para o novo, declinando de uma postura fechada e autocêntrica. A produção global do conhecimento deve convergir de forma relativa, considerando, especialmente nas ciências do espírito, as diferenças locais e históricas. O multiculturalismo global é impositivo de humildade na aquisição do saber, sem pressuposição de superioridade, considerando especialmente a internacionalização da cultura ocidental.

A universalização de conhecimento não pode desprezar os esforços para a

construção dos saberes, tendo um passado e um presente produtores de solidez científica, mas também não pode deixar de ser incansavelmente e incessantemente questionadora e investigativa. É desejável uma união global permissiva de uma luta conjunta dialética, somando esforços, em uma perspectiva cosmopolita humanística, racional e progressista, quiçá promotora de uma Constituição mundial, apta a criar um espaço jurídico de controle político e econômico internacional, não para a manutenção do *status quo*, de acordo com o interesse das elites privilegiadas, mas em uma luta democrática pelo Direito, com a bandeira da tutela de interesses racionais comuns, humanos e fundamentais, em caráter conservativo e ampliativo.

A Jurisdição quando deixa de ser aplicação da lei pelo juiz (*bouche de la loi*), também pode adquirir um perfil mais minimizado ou maximizado, de acordo com as peculiaridades políticas de cada Estado. No caso brasileiro, o objetivo constitucional e democrático, em face de todas as facetas desenhadas, parece exigir do Estado uma intervenção diferenciada em relação aos países centrais. É impositiva a concretização de direitos fundamentais pela via judicial diante da inércia da função legislativa e executiva do Estado, não em um sentido competitivo e protagonista, mas com um objetivo primacialmente cooperativo e de auxílio para implemento das dívidas políticas e sociais de um Estado em desenvolvimento, sem receio da “judicialização da política”. A atuação judicial, nesse seguimento, não pode ser limitada pela afirmação de extrapolação da separação de poderes, pois estará dando a desejada eficácia constitucional democrática.

A atuação judicial parte da confiança e (re)legitimação democrática, portanto, não pode desaguar para um protagonismo arbitrário. A atuação judicial protagonista, desconsiderando os limites do Direito, usurpando a função dos outros poderes, não guarda a legitimação da atuação somente em situação de excepcionalidade, com o que não é constitucional e democrática. O temperamento da atuação judicial, em que pese tendente ao resgate do *deficit* do conteúdo constitucional democrático, é imprescindível para a conformação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Na esperança de que, em um futuro não tão distante, possa ser dispensada a atuação judicial para a concretização de direitos fundamentais constitucionais na presença da satisfatória atuação dos demais poderes, a ser implementada com base na autossuficiência cidadã e na abertura de espaços públicos adequados para o desenvolvimento da dialética em favor do bem comum, em uma democracia madura.

Essas alternâncias de preponderância intervencionista ou limitada geral da

faceta judiciária não desconsidera a diferença ontológica. O agir judicial constitucional e democrático prescinde de uma maior especificação teórica casuística, tendo em conta que os casos concretos não podem ter seus contornos previamente delimitados. Impossível crer em uma descrição linguística que apreenda a vida como desvelado na viragem linguística. Basta reiterar que a característica defendida de judicialização da política no Brasil está presente em caráter excepcional e que a limitação constitucional, ao exercício da jurisdição, não permite o solipsismo judicial, pois a aferição desse perfil demanda uma situação concreta. As variantes do mundo da vida é que vão ser determinantes, ao fim e ao cabo, para a resposta jurídica coerente e adequada para cada caso concreto, de modo que não seja inconstitucional pela não concretização dos direitos fundamentais e, muito menos, pelo arbítrio judicial.

A jurisdição constitucional e democrática não se coaduna com a consagração de vantagens para aquele que age de má-fé, em uma disputa egoística que exige a vitória a qualquer custo, onde o juiz é o passivo observador, encarregado de declarar o vencedor. Em perspectiva oposta, a atividade judicial deve ser robustecida de modo a lhe conferir um papel ativo no alcance da coerência e integridade jurídica. Então, da desconfiança da atuação judicial marcante do processo da ordinariedade oriundo do liberalismo, deve ser admitida a legitimidade e prestígio da conduta do juiz constitucional e democrático. No entanto, esse prestígio não é gratuito, deve ser conquistado mediante a demonstração de qualidades positivas, como na capacidade de implementação de celeridade e efetividade na tutela de direitos. Os cidadãos não são súditos a mercê da boa vontade do agente político, como legítimos detentores do poder, são destinatários de serviços estatais eficientes e de qualidade.

O solipsismo, memento o judicial, cuja configuração não democrática já foi referida, tem origem na confiança em um protagonismo subjetivo. Possível o seu vislumbre desde a defesa platônica do governo dos filósofos, juízes capazes de alcançar a verdadeira justiça, até os dias de hoje no solipsismo judicial amparado pela livre consciência do julgador ou por qualquer outro artifício como o do direito natural ou sucessores ou mesmo da aplicação de princípios abertos. A relação é presente em qualquer sociedade, em qualquer sistema político, que confia na tese de um único sujeito ser capaz de enxergar e proporcionar o atendimento daquilo que é mais caro para a sua sociedade. Esse paladino da justiça pode ser visto na influência católica, quando é dado ao “representante de Deus” o direito de governar, cabendo a ele desvendar a vontade divina, inclusive fazendo prevalecer ou homologando o direito

divino em detrimento do direito do homem. O enviado de Deus era o juiz supremo, o guardião da justiça, principal virtude que lhe era atribuída. O grande favorecido dessa visão foram os monarcas absolutistas, cujos exemplos de embrutecimento da tese são fartos na história, mas, especialmente, quando, imbuído das paixões terrenas, faziam prevalecer seus interesses pessoais em detrimento de quaisquer outros. Na modernidade também são verificáveis situações de crença em líderes heroicos. Alçados comumente à condição de governantes implantaram regimes totalitários, onde conseguiram fazer prevalecer o seu interesse político em detrimento do jurídico, ou até melhor, tornando o jurídico, mormente a lei, instrumento para consolidação e exercício do poder. Situação em que o Direito fica condicionado à vontade do governante. Não raro, esses líderes são auto intitulados guardiões superiores da “justiça”, como ocorreu com Hitler, admitido como juiz supremo do povo alemão. Ao lado desses exemplos há muitos outros. Porém, a preocupação principal repousa na atualidade brasileira reveladora do solipsismo judicial que é tão maléfico quanto todas as outras possibilidades arbitrárias. A história mostra que as crenças nas qualidades individuais dos governantes em detrimento das instituições e do Direito foram equivocadas, senão desastrosas, de todo modo, incongruentes com a configuração estatal democrática.

O solipsismo judicial e o defendido fortalecimento do Judiciário são conceitos muito distantes. No Brasil o atendimento das promessas de modernidade e democráticas exigem o reconhecimento dessa robustez funcional, muito diversa da heroicização do juiz que desembocaria em uma ditadura judicial, que padece dos mesmos males de qualquer outra ditadura. Não sendo demais lembrar que a democracia está ancorada na maioria, pressupondo a autonomia cidadã, a maturidade democrática, capaz de fazer cair por terra a fala do povo/rebanho a ser conduzido pelo “anjo da democracia”. Portanto, o reforço e confiança na atuação estatal não pode permitir que haja desbordamento do Direito, sob pena de ferir a segurança jurídica, uma das primeiras, senão a primeira, promessa do Estado de Direito.

A atuação judicial democrática, no Processo Civil, exige apenas a valorização da imperatividade estatal democrática, com o incremento de suas possibilidades processuais, para uma prestação jurisdicional eficaz e célere. A condução firme do juiz em direção à efetividade e celeridade não depõe, outrossim, contra a desejada isonomia material, tanto que deve impor o equilíbrio processual, diante de situações faticamente desequilibradas, como nas hipóteses de constatação de hipossuficiência

de uma das partes. Igualmente o perfil judicial relegitimado democraticamente é impositivo da iniciativa de saneamento de defeitos e supressão de deficiências independentemente da parte que será colateralmente prejudicada ou beneficiada com essa conduta, pois a Jurisdição e o Processo Civil democráticos primam pela preservação e concretização de direitos. Então, o rigor metodológico, como na “ordinariedade”, também criticada pela doutrina ovidiana, é colocado em cheque, merecendo atenuação em favor de tutelas preventivas, sincréticas, de técnica antecipatória, no Processo Civil constitucional e democrático.

A metafísica do Direito Natural de origem aristotélica-tomista foi o engenho usualmente adotado, durante todo o positivismo, para o encobrimento do solipsismo, quando barrado o subjetivismo governamental ostensivo, sem prejuízo de outros subterfúgios jurídicos que o sucederam, como o do Direito Alternativo, da livre consciência do julgador, princípios abertos, entre outros. Apesar de pontos divergentes na sua natureza jurídica, todos eles têm em comum a proposição de um elemento externo regulador do Direito. Ocorre que essa pretensa justiça ou quaisquer outros elementos externos ao Direito acabam sendo acobertadores de uma predação moral ou política do Direito. A ausência de critérios científicos ou limites teóricos para a delimitação do conteúdo “natural”, “justo”, ou qualquer que seja a nomenclatura desejada, acaba sendo a porta de entrada para o antidemocrático e indesejado subjetivismo que acaba por assujeitar o Direito.

Na tese, no segundo capítulo, é posta a proposta pós-positivista, que abandona a relação sujeito-objeto, com seu indissociável paradigma ontoteológico, para sustentar a superação fundada na ruptura decorrente da invasão da linguagem na filosofia. Sobre o prisma positivista a hermenêutica é concebida como método, ferramenta ou técnica que permite ao experto alcançar o sentido oculto do Direito. Enquanto que na proposição pregada a interpretação é um acontecer, uma fusão de horizontes, tendo na sua indissociabilidade da compreensão e aplicação, no *Dasein*, o existencial produtor de sentidos, pois o ser, apesar de, ao olhar do outro, ser ente, enquanto ser de um ente, dá sentido aos entes, consoante a síntese hermenêutica, imanente à história efetual e tradição, tendo no atrelamento à constituição, no nível diverso, o pressuposto para a evolução democrática, sem quebra da autonomia. É, desse modo, condição de possibilidade das ciências, do Direito, do conhecimento, do homem, do ser temporal e histórico, com o que não pode ser nem generalizada, de modo a permitir resultados unívocos independentemente de quem interpreta, e nem

setorizada, como se cada campo de estudo tivesse uma hermenêutica própria.

O nível anterior hermenêutico é produtor de vetores de racionalidade apropriáveis pelos demais campos de conhecimento, inclusive pelo Direito, de modo a ensejar, como na tese, uma oportuna correção, com o que contribui para o seu aperfeiçoamento. A autonomia do Direito defendida, de fulcro pós-positivista, dessarte, diferentemente da autonomia positivista, não está sujeita nem ao solipsismo judicial, com a conseqüente predação do Direito a elemento extrínseco, e nem à estagnação analítica cientificista. Com efeito, na proposta da tese, a autonomia do Direito tem na condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, na linguagem como abertura de mundo, na indissociabilidade entre compreensão, interpretação e aplicação, a viabilidade da integração entre o Direito e sociedade, seus valores e evoluções, de modo a permitir uma reaproximação mitigadora da crise do Processo Civil e do Direito.

Houve a identificação da predominância do positivismo na atualidade, em suas variadas formas, sempre vinculadas à relação sujeito-objeto, oscilantes do legalismo, do cientificismo, com completa imunidade axiológica, na medida em que os problemas jurídicos são resolvidos analiticamente, buscando a geometrização das ciências do espírito, ao modelo completamente oposto onde a subjetividade assujeitadora é que dá as cartas, como resposta à estagnação e insuficiência do anterior, mas que igualmente continua refém da metafísica ontoteológica, ignorando o giro ontológico-linguístico, a ontologia fundamental. Ou seja, a construção positivista, desde a origem, desde a suposição de um direito natural, balançou de um acobertado objetivismo a um escancarado subjetivismo, anunciadoras de uma predominância, respectivamente, da metafísica clássica e moderna no Direito.

As matrizes positivistas, hegemônicas no Direito pátrio refletiram no tema da (ir)reversibilidade, desfuncionalizando o importante instrumento das tutelas de urgência. A proposta posta da tese busca desobnubilar as observações presentes sobre a temática, na medida em que a repriminção da fala autorizada é acobertadora do factual. O *dar-se-conta* proporcionado pelos elementos de esclarecimento e congruência filosóficos e hermenêutico-filosóficos não permitem passar por cima da irrefutabilidade fenomênica da temporalidade, ou seja, de que tudo sempre será irreversível, explicitando que os sentidos dados e pré-dados para o retorno *ao status quo ante* na confrontação com a situação fática acabará sendo sempre arbitrária e, portanto, comprometedor da formulação da norma, da resposta jurídica com

coerência e integridade, desatendendo aos mandamentos constitucionais, em prol da formação/consolidação do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O *dar-se-conta* hermenêutico-filosófico é extensível para um âmbito mais geral do Direito, abrindo os olhos do jurista para a crise, tornando possível o combate. Isso porque para aqueles juristas que ainda estão acorrentados à metafísica clássica, ao direito geometrizado, não é possível identificar a crise, o que impossibilita o passo seguinte que é o de buscar respostas satisfatórias de enfrentamento. De idêntico modo, não foi admitida na proposta a quebra do sistema jurídico com soluções pseudo progressistas solipsistas, pois todas elas devem passar pela filtragem racional constitucional e democrática, considerando o plano anterior hermenêutico-filosófico.

A hermenêutica-filosófica está em plano anterior ao das ciências, ao do Direito. Há autonomia de fundo das ciências, do Direito e da hermenêutica-filosófica. Enquanto a hermenêutica-filosófica está centrada no ser, sendo constituída, desde a viragem linguística, em condição de possibilidade de todo conhecimento, das ciências e do Direito, esses últimos estão em um plano subsequente, apofântico. Reside aí a autonomia de cada uma. Há níveis fenomenológicos distintos dos objetos da filosofia e das ciências. O primeiro, o filosófico, é estrutural, *a priori*, formadora de uma epistemologia originária e modal, com capacidade transcendental ordenadora da base científica. O outro, é apofântico, ornamental, formado por estruturas lógicas procedimentais e/ou argumentativas, sem abstrair o ser, tematizam, em um segundo nível, tópicos próprios, específicos de uma práxis determinada. A hermenêutica-filosófica não teoriza, não se preocupa com os resultados específicos das ciências e do Direito, mas isso não lhe retira a qualidade fundante dos mesmos, no problema da solução. Com isso, elabora elementos cognitivos, epistêmicos, filosóficos que, em face da base e transcendência filosófica, são corretivos do discurso científico. Com isso é afirmada uma função cooperativa capaz de introduzir o mundo vivido no Direito e nas ciências. Desse modo, assume a condição de guardião das ciências, contribuindo com *standards* de racionalidade, aptos a afastar confusões e equívocos, clareando o caminho a ser trilhado no segundo nível.

O modelo de Direito e de Processo Civil da ilustração é então desmontado. A premissa da imunidade a outros ramos do conhecimento, à própria filosofia, não tem sua validade confirmada a partir da viragem linguística. A hermenêutica filosófica toma qualquer ramo científico, o Direito entre eles, poroso. A epistemologia científica necessariamente bebe da fonte epistemológica hermenêutica. A hermenêutica-

filosófica é imprescindível para a formação e aperfeiçoamento das ciências, do Direito. Inadmissível a a construção de princípios e fundamentos jurídicos fixos, imunes ao tempo e à história.

O método jurídico, mormente a “interpretação”, guiado pela relação sujeito-objeto, não é capaz de trazer à luz verdades objetivas, não é arte, nem mecanismo científico jurídico ou de qualquer outra área do conhecimento à disposição do técnico para desvendar sentidos do texto legal ou de qualquer outro texto doutrinário ou jurisprudencial. A hermenêutica não é método, mas condição de possibilidade da compreensão, permitida pela abertura linguística. A incorporação da hermenêutica como se fosse um instrumento do Direito depõe contra a sua anterioridade a todo saber humano. Enquanto o modelo da ilustração for mantido a crise que se abate sobre o Direito permanecerá longe de um enfrentamento à altura. Assim, o positivismo jurídico continua reiterando arquétipos teóricos inconsistentes, que devem ser ultrapassados por incompatibilidade com premissas antecedentes hermenêuticas-filosóficas, ora camuflando o subjetivismo pela suposta objetividade do texto legal ora admitindo abertamente o subjetivismo, para ultrapassar a objetividade textual estagnante, reproduzindo o encanizado debate “formalismo-realismo”.

Em que pese não sejam novas a viragem linguística, a filosofia-hermenêutica e a hermenêutica-filosófica, há ainda muita resistência e/ou desconhecimento no Direito da atualidade. Boa parte dos juristas continua fiel às premissas filosóficas objetificantes iluministas da relação sujeito-objeto, separando e imunizando o campo da filosofia do terreno jurídico. A preocupação é concentrada no pensar jurídico, edificando uma ciência jurídica blindada, apta até a criar uma filosofia própria. A cisão iluminista é completa, sem qualquer filtragem, interação ou mediação entre as ciências, o jurídico e o filosófico. O guia da relação sujeito-objeto permite a entificação do ser, por pressupor uma subjetividade e objetividade transcendentais. A partir disso, paradoxalmente, o mesmo objeto pode permitir análises científicas e filosóficas que partem de epistemologias, construções teóricas e instrumentos técnicos distintos, não comunicáveis, geradoras de verdades próprias, não raro, dissímeis. A diferença da base de veracidade da autonomia absoluta é potencialmente e progressivamente distanciadora da vida, de conformidade com o aprofundamento do estudo. O problema é sanado com a viragem linguística, com a hermenêutica-filosófica, eviscerando a hermenêutica do Direito e de qualquer ramo científica, sendo reconhecida como condição de possibilidade de todo conhecimento, construindo

*standards* de racionalidade de necessária observação pelas ciências. Desse modo, há um fundamento comum a impedir verdades incongruentes e a destruição das construções científicas inválidas por partir de premissas inconsistentes.

A revolução copernicana decorrente da viragem linguística faz com que a hermenêutica-filosófica tenha preocupação não com os objetos das ciências, mas sim com os antecedentes da investigação científica. O conhecimento empírico, a experiência humana, é sempre mediada pela linguagem, condicionadas à hermenêutica filosófica. De modo que os vetores de racionalidade hermenêuticos-filosóficos visam os “problemas da solução” científica. Não que superem ou possam tornar descartáveis as ciências e o Direito, pois, como dito, o seu movimento acontece em planos inconfundíveis, em que a filosofia não apropria o objeto das ciências e as ciências não incorporam a hermenêutica, não criam uma filosofia própria. É descartada, conseqüentemente, qualquer sobreposição, inversão ou confusão. Contudo, há a formação, no plano filosófico, de vetores racionais disciplinadores de função universalizante, de modo a impedir um discurso esclerosado, (re)estabelecendo a conexão com o mundo prático.

O positivismo jurídico, crente na incomunicabilidade, refratário à hermenêutica-filosófica, produziu um mundo do direito ensimesmado na sua produção analítica. Postura que levou os juristas a teorizações distantes do mundo prático. Foram criadas aporias que sequer foram identificadas como tal, para as quais foram buscadas respostas puras, restritas ao jurídico, que muito antes de ser solução acabam criando outras aporias, em um ciclo interminável e infecundo para além do Direito, tendente ao infinito especulativo. Nada muito preocupante para o positivismo jurídico, em face da completa cisão do Direito, que não tem problemas em negar a experiência ôntica e a diferença ontológica. Estabelecendo o compenetrado e autossuficiente mundo do Direito está a escolta da filosofia da consciência, o assujeitamento científico do mundo prático, a desconsideração do ser-no-mundo.

Na ciência jurídica positivista o papel de guardião de seus saberes era desempenhado por uma filosofia própria. O estado de pertencimento ao Direito fazia a filosofia comungar do mesmo paradigma objetificante e autonomizante do jurídico. O papel dessa filosofia intrínseca era de controle de um discurso que guardasse coerência entre si, a exigir uma racionalidade compreensiva estritamente jurídica. A vigilância interna bastante do positivismo jurídico nunca foi capaz de alcançar o nível de racionalidade precedente da hermenêutica-filosófica, o que lhe retira a capacidade

de limitação da produção analítica de modo a adequá-la ao mundo prático. O produto disso era uma visão caolha do próprio Direito pela carência filosófica corretiva, pela incompletude da compreensão, que desaguou nos dilemas atuais a serem desbravados, como no da reversibilidade da tese.

A completude compreensiva proporcionada pela transcendência hermenêutica-filosófica tem a capacidade de despertar o jurista de seu sonho encantado, trazendo as adversidades da realidade de volta para a sua vida. Com isso o jurista volta a sua atenção para os fins democráticos, enxergando que o Direito recolhido em si mesmo constitui fator que lhe é colapsante. Por conseguinte, a viragem linguística, o *Dasein*, é inevitavelmente (re)introdução no mundo prático, a tornar viável uma organização apofântica com completude compreensiva. No *Dasein* é realizável a união de analítica e hermenêutica, é desvelado o papel colaborativo recíproco, a par da distinção de objetos. O aperfeiçoamento do Direito passa por essa conexão com o mundo da vida, abandonando a racionalidade vazia da analítica hermética.

O desprendimento do paradigma positivista dá aptidão para que o jurista identifique discursos vazios da fala autorizada. A viragem linguística é instituidora da busca da legitimidade fundante do conhecimento do Direito, em nível anterior às construções jurídicas. Desprendimento que importa na capacidade pré-compreensiva hermenêutica-filosófica e analítica, permissora da mediação do filosófico e do científico. Nessa tarefa levará a sério o texto, considerará texto e contexto, permitirá que o texto jurídico lhe diga algo, indo além do sentido pré-estabelecido pela fala de autoridade doutrinária ou jurisprudencial positivista. O seu trabalho, desse modo, granjeia aprofundada e sólida formação. Porém, a labuta é espinhosa pois não prescinde da busca das fontes, das construções (de)correntes, com os paradigmas filosóficos inerentes, em seus contextos fáticos e políticos, de modo a produzir conhecimento, ao mesmo tempo, consistente e vividamente efetivos, indo do hermenêutico ao analítico, atentando para a mencionada colaboração recíproca.

No Processo Civil, ramo do Direito, tudo o que foi dito encontra perfeita consonância. A qualidade transcendental/especulativa dos vetores de racionalidades hermenêutico-filosóficas traz a mediação necessária com o mundo prático. No tema específico das tutelas de urgência é desvelada a inconsistência da exigência de que os efeitos no mundo da vida dessas tutelas sejam revertidos. Os objetos e níveis distintos não são impeditivos do diálogo entre ciência (Direito, mormente Direito Processual Civil) e filosofia. Muito antes o inverso, a antecedência hermenêutica-

filosófica é permissora dessa reconexão com o mundo da vida, afastando a criação de teorias e aporias no discurso jurídico. Sem, contudo, invalidar as construções técnicas processuais úteis, a importância do Direito, a sua lógica própria, com seus critérios específicos de validação, de comprovação e refutação de enunciados, que a torna inconfundível e distanciada da linguagem natural, responsável pela impenetrabilidade do discurso jurídico para o neófito. Todavia, o chamado à realidade proporcionado reconecta o jurídico ao pragmático, libertando o jurista de sua árida prisão analítica jurídica e reforçando pragmaticamente o seu discurso.

O esforço de reconexão do Direito com o mundo da vida esteve presente em paradigmas anteriores ao da viragem linguística, com destaque para o direito natural na perspectiva positivista jurídica. O paralelo entre Direito Natural e Positivismo Jurídico está presente em qualquer tentativa de construção e imposição objetiva de regras jurídicas. Usualmente a ultrapassagem dessas regras objetivas acabava sendo de responsabilidade de um indivíduo diferenciado, com qualidades especiais, que consegue romper uma barreira intransponível para o homem comum. Na antiguidade grega, por exemplo, já era afirmado um direito antecedente ao do homem, presente na natureza da prevalência do mais forte. Ao que foi contraposta, em um segundo momento, a tese da equidade e justiça humana, em Sócrates e Platão. Inclusive, a tese platônica veio a exigir um governo de filósofos encarregados de aplicar a justiça. Tese que foi temperada por Aristóteles, impondo aos governantes, inclusive filósofos, tendo em conta a falibilidade humana, o agir pautado pelo Direito e pela Justiça. Justiça amparada em meios dialéticos com o objetivo de alcançar a isonomia, buscando geometricamente o resultado equitativo. De todo modo, sempre reconhecendo a necessidade de imperar a justiça na hipótese da falha ou insuficiência da lei convencional dos homens. Ao que são acrescidas as contribuições estoicas de um direito natural isonômico, de grande influência no Direito Romano. Aliás, no Direito Romano, podem ser lembrados Ulpiano e Celso a defenderem o amalgamento de Direito e Justiça, ressaltando a importância da vontade do julgador e do direito jurisprudencial que lhe era decorrente. Não muito distante foi a tese tomasiana na direção de uma justiça superior, a proporcionar um Direito Natural a ser racionalmente descoberto pelo homem, porém com assento fundamentalmente divino. Então, se esse Direito Natural, de precedência divina, podia ser alcançado racionalmente pelo homem, conseqüentemente as leis formais do homem deviam logicamente obediência ao Direito Natural para serem justas. Em qualquer caso, todavia, deveria ser

depositada a confiança em um sujeito juiz capaz de alcançar o direito natural e, na conjunção com a lei formal, a fazer valer a justiça no mundo sensível.

As construções pré-modernas produziram influências de protagonismo social, político e jurídico, mormente, no último, do Direito Natural tomasiano, introjetadas na modernidade. No positivismo legalista há a tentativa de abolir o arbítrio e todas as possibilidades desviantes de uma primazia absoluta e objetiva da lei. Tentativa que encontrou resistência na restauração da crença em um Direito anterior, mormente ancorada no jusnaturalismo tomístico, a permitir o não atendimento das leis formais, do homem, do governante, estatais quando pudessem ser consideradas injustas. Na linha heroica romântica estava autorizado o direito de resistência contra o jugo governamental, contra a opressão do forte sobre o mais fraco.

A arma jurídica poderosa do Direito Natural não foi utilizada apenas na contraposição à lei formal, com predisposição para uma dominação injusta. Os príncipes do medievo souberam muito bem utilizar fundamentos do Direito Natural para manutenção de seu poder e respeito a seus atos. Esses governantes lograram êxito em se colocarem naquele lugar dos indivíduos diferenciados, no posto de herói salvador, especialmente em razão da mística divina que imperava na ocasião e da forte influência católica que corroborava a condição deles de enviados de Deus. O justo acompanha o governante em todos os seus atos, era a sua principal e inolvidável virtude. Assim, esse governante era a lei, era o Direito, era o juiz supremo, enviado por Deus, incumbido de guiar o rebanho na sua espinhosa e longa jornada.

A invocação da etimologia de Jurisdição, muito antes de dizer a lei no caso concreto, como defendido no positivismo legalista, está afeta ao papel do governante autoritário, ao enfeixamento do poder divino e estatal, concedendo ao governante um *status* privilegiado em relação aos seus súditos, onde na sua virtude estava o dizer o justo, o desvelar o direito natural ao homem comum. Porém, os desmandos governamentais puderam ser identificados pelo mesmo direito natural, na sua premissa racional, na invocação de verdades evidentes, da razão prática, indicadores do desprezar dessas atuações da suposta virtude divina. A transição principia com a racionalidade tomista. São Tomás de Aquino, apesar de não abandonar a fé divina como fundamento primordial de suas teorias, acrescenta, de modo diferencial a Santo Agostinho e outros patrísticos, que o homem era capaz de alcançar a verdade guiado pela razão e não somente pela fé. Na postura de superação da fé pela razão está o início do fim do absolutismo.

A revelação racional, embasada no direito natural, das arbitrariedades autoritárias foi responsável por muitas mudanças que, inclusive afetaram o fundamento do próprio Direito Natural. A racionalidade foi privilegiada em detrimento da crença divina, indo, portanto, além dos limites da tese tomasiana. O reforço das premissas liberais foram produtoras de um conteúdo jurídico revolucionário. A primazia da razão constituiu o legalismo, a lei foi alçada à condição de resultado da vontade do legítimo detentor de poder estatal (povo). Porém, quando o realismo enxergou que essa vontade do povo não era contemplada nos instrumentos legislativos, voltou à carga a defesa de um direito anterior racional e antropocêntrico.

Na formação e consolidação do Estado foram realçadas as teses envolvendo o Direito Natural e a *raison d'état*. Num primeiro momento, quando conveniente ao poder político clerical medieval, invocando o direito natural para manter o poder do monarca; em outro, quando oportuno ao emergente poder político burguês, reforçando o caráter racional, para depor o monarca, erigindo o liberalismo, e o Estado de Direito legalista; por último, invocando o Direito Natural contra a própria produção legalista, em face de outros interesses políticos, proclamando invariavelmente a necessidade de estabelecer ou restaurar a segurança jurídica. Nesse embate, de todo modo, é percebida a dimensão fluída do Direito Natural, a permitir a sua utilização para fins políticos diversos, sendo meio para a abertura política ou moral do Direito. Então, em que pese possa ser vista como uma abertura positiva para incremento do objetivo democrático no Direito, especialmente combatendo o imobilismo legalista, na verdade, não existe parâmetros seguros para que assim aconteça. A sua admissão importa na renovação contínua na confiança em um protagonismo subjetivo para o atendimento de um fim maior. No caso específico da atualidade brasileira principalmente baseada no solipsismo judicial, em uma ponderação aberta de valores ou em qualquer outro instrumento técnico carente de critérios firmes, assujeitando o Direito.

A noção dualística de mundos está presente na teoria tomasiana, como de resto, nas produções teóricas clericais. Há o mundo terreno e o mundo divino, bem como o mundo jurídico e o natural. O mundo terreno procura adequação, na medida do possível, ao divino, enquanto o mundo jurídico, da mesma forma, busca correspondência no mundo natural. Em todas essas visões um dos mundos é subserviente ao outro. No Direito, pensou ser possível a formação do mundo da lei formalmente e objetivamente posta, que prestava contas ao mundo do Direito Natural. Desse modo, a lei deveria ser aplicada por subsunção ao caso concreto, com a

possibilidade de ter reconhecida a sua invalidação quando injusta, fazendo prevalecer o Direito Natural, por força do sábio apto a identificar, através do instrumento interpretativo, a ausência de correspondência legal de mundos. Não muito distante, antes o contrário, inspirados na dualidade grega de mundo da natureza e mundo da cultura, para os quais deveriam ser observados o justo natural, decorrente do direito natural, e o justo político, decorrente do justo convencional. A herança dual é descarregada na modernidade, no positivismo jurídico, na divisão de mundo do Direito e mundo dos fatos, que acabam por permitir construções jurídicas imunes ao *dasein*, à hermenêutica-filosófica, que acabam obstaculizando a produção de efeitos pragmáticos, criando aporias. Não só isso como também acabam permitindo um conforto indevido ao jurista, uma fuga do mundo da vida, e aprisionamento no mundo jurídico, que afasta do jurista preocupações sociais contextuais temporais, na medida em que sua atividade é afeta exclusivamente ao mundo do Direito. De outra banda, a introdução de elementos extrínsecos ao Direito, permite ter o mundo da vida no Direito. Porém, como efeito colateral, crendo na superioridade hierárquica do elemento externo, sem filtros jurídicos, acaba sendo depositada uma confiança não democrática na capacidade individual superior de adequação do justo formal ao natural.

A ausência de elementos jurídicos científicos penetráveis no mundo que lhe é antecedente, seja ele divino ou natural, cria uma situação de ausência de controle desse elemento externo. A utilização desses mundos precedentes, inacessíveis para o “mortal”, redundam na admissão da correção extrínseca do Direito por um ato de fé, não racional, depondo contra a estrutura evolutiva política, racional e humana. A dispensa do critério de validação jurídica desse elemento extrínseco resulta na quebra da principal contribuição do ideal iluminista/liberal para a atualidade. Esse ideal, fundamentado no contratualismo e individualismo, da afamada isonomia e submissão de todos ao Direito, exige que a sociedade seja guiada pela razão e não pelo arbítrio. Conveniente lembrar que o ocupante de tal encargo não deixa de ser homem, de ser passional, podendo guiar suas ações por ganância, ódio, vingança entre outros sentimentos que passam longe de qualquer objetivo de bem comum, mas de forma oposta, criando insegurança e conflitos sociais. Não obsta a intromissão extrínseca ao Direito, criadora de todo esse quadro antidemocrático, a afirmação de que, paradoxalmente, esse elemento externo, classificado como Direito Natural, equidade, justiça, ética ou qualquer outro, pertence ao Direito, por atuar na sua aplicação, ao

mesmo tempo em que está fora para permitir a inclusão de elementos importantes de aperfeiçoamento do Direito. Isso porque não há a formulação de critérios de racionalidade jurídica a filtrar a referida introdução.

Os métodos interpretativos estão vinculados ao paradigma objetificante da linguagem, anterior à viragem linguística, portanto, foram tidos como instrumentos para o descobrimento dos sentidos do texto linguístico entificado. Da mesma forma que o arbítrio é velado no Direito Natural também o é no instrumento interpretativo. Ainda que, como no legalismo, seja buscada a pureza jurídica, a interpretação correta e única, na produção exclusivamente estatal do Direito, inevitável é o arbítrio, a pluralidade de escolhas, quando a interpretação é tida como técnica de aplicação do Direito. Os variados modelos de interpretação implicam na transposição metafísica de sentidos, desvelada pela viragem linguística, na medida em que o sentido é imanente ao ser. No positivismo houve a proliferação de métodos interpretativos centrados no texto legal. Todos esses métodos interpretativos alcançam resultados distintos, não raro antagônicos. Cabe ao jurista aplicar o melhor método. Porém, não existe um critério seguro para a escolha do melhor método, exigindo a criação do método para aplicar o melhor método. Sem prejuízo de questionamento do método do método, podendo ser sugerido outro método do método, criando uma situação objetivamente paradoxal, cuja solução desde o início sempre repousou no arbítrio.

A interpretação, na concepção positivista, é a ferramenta de trabalho mais importante do jurista para, no cerne legalista e codificante, descobrir o sentido escondido no texto. Por meio do método interpretativo há o desejo de incorporação do ente pelo ser, como se o ente estivesse sujeito a tantas incorporações quanto fossem o número de intérpretes, trazendo do mundo da vida para o mundo das ideias, de modo que aquele que não alcançasse o sentido ideal e unívoco teria interpretado equivocadamente. Ademais, a interpretação é concebida como método e como tal sujeita a um fatiamento metodológico. São fases estanques a compreensão, a interpretação e a aplicação (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*). Esse fatiamento é admitido pela falsa perspectiva da compreensão da expressão em si, cujo significado é sempre pré-determinado, seguida de uma elaboração no caso e, por fim, da aplicação da lei, quando o *dasein* dita que quando o intérprete pensa a respeito já houve interpretação, normatização, aplicação, em uma fusão de horizontes, onde compreender é ao mesmo tempo interpretar e aplicar, em um evento único, em um acontecer interpretativo incindível metodologicamente.

Fenomenologicamente, mesmo quando há a afirmação de estar sendo aplicada a interpretação literal, alcançando o espírito da letra fria da lei, ou qualquer outra expressão que ressalte um suposto sentido unívoco do texto legal, equiparando o Direito a uma ciência da natureza, o intérprete estará sendo solipsista. Nessa tarefa o intérprete não conseguiu perceber que na sua proclamação do sentido da lei está ouvindo, de fato, a sua própria voz. Então, comumente, uma dessas sentenças acaba sendo adotada pela fala autorizada e os demais juristas seguem o sentido escolhido, como se fosse o sentido unívoco da lei, concluindo que a aplicação correta dos instrumentos interpretativos leva necessariamente para aquele resultado. Assim, há um eficaz encobrimento do subjetivismo na premissa positivista da relação sujeito-objeto, mas cuja subjetividade é desvelada pela viragem linguística. A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica é reveladora da ausência do distanciamento do positivismo da objetividade legal e do positivismo que admite correção extrínseca, posto que, em ambos, o caminho do arbítrio está presente, somado ao fato da crença na subsunção, na entificação do sentido do texto e, conseqüentemente, na filosofia própria, nos métodos e construções exclusivamente jurídicos.

No positivismo jurídico guiado pela relação sujeito-objeto, pela cientificidade, não há escapatória do arbítrio. Em que pese, o legalismo positivista tenha uma faceta limitadora que paira na crença do sentido unívoco dado pela fala autorizada (*stablishment*), efetivamente está sendo disfarçado o arbítrio. De qualquer forma, esse modelo positivista acaba sendo paralisante, para conservar a crença no sentido unívoco. Contra essa paralisia sempre foram opostas teses modeladoras do Direito, ensejando a desejada mobilidade do Direito, buscando acompanhar as mudanças sociais, com destaque para o Direito Natural. Na era moderna convém lembrar de outras possibilidades de conferir mobilidade ao jurídico, começando pela Escola Histórica. Em solo alemão, Savigny defendia a adjudicação do sentido jurídico no histórico e político, utilizando o metafísico “espírito nacional”, enxergando o arbítrio legislativo das codificações, que poderia ser contraposto pelo direito histórico, resultando em que o Direito estaria muito mais na tradição do que na lei formal estatal. Na Inglaterra, foi acrescentado o papel da jurisprudência, por Henry Maine, como produto histórico evolutivo, onde a atividade judicial permitia agregar conquistas sociais. Dos Estados Unidos veio o reforço de James Coolidge Cartes que acrescentou a relevância do costume para a atividade judicial adaptada à história e ao social. Em um momento seguinte, há um reforço metafísico de busca da “vontade

do legislador” a dar mobilidade ao texto legal. Essa busca não deixava, na realidade, de ser guiada pela subjetividade, quando o realismo jurídico concebe o papel do Direito como instrumento do poder político. Cabia ao jurista desmistificar a “vontade do legislador” com fins à realização, através do Direito, dos interesses dos grupos sociais mais fortes em detrimento dos mais fracos. Em seguida, houve a valorização da vontade do juiz, em contraponto a esse Direito como instrumento de poder, retomando, de acordo com a sua livre consciência, o foco do objetivo de equidade e justiça. Em todas essas escolas, de modo a não perder a capacidade de mutação do Direito, foram utilizados fundamentos metafísicos, que redundavam em um vazio preenchido pela vontade. Assim, no positivismo, não é perdida nunca a característica comum de subjetivismo, o elemento corretivo extrínseco ao Direito, vista na tarefa de revelação do conteúdo do “espírito nacional”, “vontade do legislador”, “livre consciência”, equidade ou justiça.

O positivismo jurídico, em sua primeira faceta, tentou inegavelmente obstar o arbítrio, pela objetividade do texto da lei, na crença do sentido unívoco, tendo a subsunção como método para abolir a interpretação, mas acabou, em um segundo momento, adotando a interpretação como instrumento técnico jurídico para agregar sentidos à lei, usualmente justificados em expressões porosas, com invocações metafísicas. De qualquer modo, o positivismo nunca teve chance de obter êxito na sua aposta na objetividade por ser a subsunção e o instrumento técnico da interpretação encobridores do subjetivismo. A revelação da metafísica da transposição de sentidos, a linguagem como abertura de mundo, bem como a ausência de um ente apto a ter vontade como justificativa do amoldamento legal culminam inevitavelmente em voluntarismo, criando uma extensa amplitude significativa, cujos limites ficam à mercê do intérprete. De modo que, as diversas matrizes positivistas não foram capazes de estabelecer um critério juridicamente seguro de correlação entre rigidez normativa e elasticidade subjetiva. Todos eles partem da equivocada perspectiva positivista da relação sujeito-objeto, da subsunção da lei ao caso concreto, confiando modernamente em um princípio metajurídico a limitar o Direito.

No Direito o paradigma objetivista está presente quando o positivismo prima pela descoberta dos sentidos incorporados ao texto legal. Enquanto que a matriz subjetivista jurídica acontece com a descoberta da insuficiência do texto legal a dar sentidos, onde o preenchimento passa a ser subjetivamente admitido em formas com

maior ou menor escamoteamento, através de *topoi* ou metacritérios, de estratagemas, como analogia, designação de entidades metafísicas como “vontade da lei”, “vontade do legislador”, ou instrumentos simbólicos como princípios gerais de Direito, ideal de justiça, exigência social entre outros, ou sem escamoteamento como no fundamento do “livre arbítrio” ou no decidir “conforme a consciência” do juiz. O problema central consiste na ausência de critério válido na comparação de métodos interpretativos. Em alguns casos a fala autorizada impõe a prevalência da interpretação autêntica, em outros a teleológica, ou determina, pela interpretação, um fim a ser atingido de acordo com a vontade ou espírito da lei, vontade do legislador, espírito nacional, justiça, isonomia, liberdade ou qualquer outra expressão pretensamente autoexplicativa ou com sentidos autofundantes. Proceder que é imperativamente arbitrário, na medida em que o sentido é conduzido de conformidade com os interesses de quem fala a respeito delas, podendo ser manipulado. Quando a hermenêutica-filosófica inadmite a interpretação como método ou instrumento deixa de ser tarefa do julgador buscar, na solução da lide, métodos ou instrumentos interpretativos mais aptos a produzir o melhor sentido da lei ou que alcancem o desejo de em um ente súpero transcendental em relação à lei.

A viragem linguística ultrapassa o positivismo que tem o seu calcanhar de aquiles na rendição à metafísica clássica pregando a objetividade da aplicação da lei ou à metafísica moderna da filosofia da consciência que assujeita a lei através dos métodos interpretativos. O “apalavreamento” do mundo fundou uma nova estrutura do saber, do conhecimento humano, ultrapassando tanto o paradigma objetivista quanto subjetivista inerentes à relação sujeito-objeto. A relação intersubjetiva não permite crer que o ente possa produzir sentidos destacados do ser, ao mesmo tempo em que os sentidos inerentes ao ser não podem ser assujeitadores dos entes, sendo sempre a interpretação guiada pelo ente, pelo tempo, pela tradição e historicidade. Surge, assim, uma proposta pós-positivista, da viragem linguística, da relação sujeito-sujeito, que inadmite correção metajurídica, propositiva de uma racionalidade científica jurídica, com coerência e integridade, do *Dasein*.

A linguagem é tida pelo pensar positivista como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto, apta a ser interpretada, pois configura um “etiquetamento” dos entes, na linha da concepção platônica de correspondência entre “nome” e “essência”, capaz de gerar um sentido jurídico de univocidade do texto da lei ou zonas de incertezas na constatação de que os textos são incapazes de prever todas as

possibilidades fáticas. Diferentemente Wittgenstein anuncia a linguagem como um *a priori*, antecedente da interpretação, do conhecimento encerrado no ser, porta de acesso do acontecimento compreensivo, da desvelação do ente para o ser, ensejando o seu acesso ao mundo. Então, começa a ruir o mito ontológico, da essência em si, na medida em que a linguagem e a subjetividade levam a uma construção própria e peculiar de cada ser, fruto da percepção em seu limite individual, pois o sentido está no ser, e não no ente. Impossível a exata correspondência entre ente e sentido do ente, mas apenas aproximações, pois a compreensão do ente nunca será o ente em si. A compreensão do ente, o sentido do ente, é imanente à subjetividade. Não é diferente a compreensão do texto escrito. A palavra, por seu turno, como produto da compreensão, não tem capacidade de reproduzir exatamente a essência, resultando em “semelhanças e parentescos”. Não há, assim, um significado definitivo universal das palavras. Contudo, isso não permite ao ser criar sentidos arbitrários, pois as aproximações são limites significativos, cujo uso, de outra banda, não admite fronteiras, acolhendo incontáveis composições que levam a outros inúmeros sentidos, em uma série sequencial ininterrupta no ser-aí.

O texto escrito, tão importante para o Direito, especialmente para o positivismo primevo, tem sua crença subsuntiva sangrada. É desvelada a impossibilidade de coincidir o texto com o sentido do texto. Ainda que o texto seja o mesmo, as interpretações nunca serão idênticas, porquanto o compartilhamento de sentidos é metafísico. A viragem linguística, o círculo hermenêutico, a compreensão histórica-efetual, são sempre produtores de novos sentidos, reconhecendo que a diferença ontológica, onde o ente é no ser, autoriza significações ônticas, presas a cada ser. A intermediação linguística da subjetividade e objetividade constitui o fenômeno de desvelamento do ente. A linguagem é uma linguagem do ente, inaugurando a infinitude de sentidos do mesmo ente no finito do ser. No entanto, ao mesmo tempo, o ser é sempre aí, o aí, temporal, histórico e contextual, o que é impositivo de limites de sentidos do texto. O que não impede a criatividade, o esforço subjetivo para formulação de novas concatenações textuais geradoras de outros sentidos, sempre dentro da faixa de significações possíveis permissoras do diálogo, do pertencimento à comunidade.

A inviabilidade assujeitadora do sentido das palavras é fundamental para própria comunicação, para o viver comunitário. O ser é na comunidade, do mesmo modo que a comunidade é no ser. O assujeitamento, a exacerbação subjetiva, isola o

ser, quando ele é ser-no-mundo, ser na comunidade, na interação social, ser no seu contexto, ser no seu tempo, ser histórico, ser cuja compreensão pressupõe o círculo hermenêutico do ser tradição. De modo que não é o ente que deixa aprender o(s) sentido(s) possível(is). O ente não limita o(s) sentido(s), o que é limitativo de sentidos é o ser com os outros. O compartilhamento de mundo é que torna impositivo os limites linguísticos dentro das possibilidades dialéticas. O ser não possui um mundo próprio alheio, com os sentidos introjetados metafisicamente em si, do mesmo modo que não tem um acesso direto ao sentido e essência das coisas, em face da mediação linguística justificativa da aquisição de sentidos de forma fenomenológica. A compreensão é resultado de um processo linguístico, onde há a articulação da pré-compreensão com o ser-no-mundo, originária de indissociável afetação fática e histórica, cambiante e orientadora. As significações, como resultado do evento interpretativo, vêm da tradição, conformadora de uma consciência histórico-efetual. A compreensão constitui, à vista disso, um fenômeno temporal que conjuga um ente a um incessante desvelamento pelo ser.

O filtro pré-compreensivo é inescapável, universal e histórico, pois da essência do intérprete. Não há alternativa de abandono, que constituiria a conhecida *mens in albis* da perspectiva positivista, ou escolha de suas pré-compreensões no círculo hermenêutico, seguindo a dualidade de intenção e uso da palavra. Inexiste um grau zero de sentidos do intérprete, inexistem interpretações desvinculadas do sujeito. A sempre presente produção de sentidos da hermenêutica filosófica é condicionada pela pré-compreensão, resultando em uma compreensão nem mais e nem menos clara, nem melhor e nem pior, mas apenas diferente em cada ser. Assim, não existe interpretação exclusivamente reprodutiva de sentido. A pré-compreensão condiciona e propicia a abertura à alteridade, em uma constante revisão de sentidos, tarefa revisionista de mutabilidade das compreensões e pré-compreensões. O fato de que o ser é, em sua circunstância temporal, vincula a gestação da pré-compreensão na história, de onde ela está sempre em dinâmica temporal, fazendo com que a leitura do mesmo texto seja sempre nova, mas direcionada ao sentido do texto, agregando, no sentido desvelado do ser, a faticidade, impedindo a neutralidade do contexto histórico e social na ação e procedimento compreensivos.

A *linguistic turn* não transforma o discurso de segundo nível, a fala científica, em uma metalinguagem inútil. O compartilhamento hermenêutico-filosófico afasta o arbítrio, ao mesmo tempo em que impede o relativismo e o ceticismo negatório do

conhecimento científico. O mundo compartilhado não permite o encapsulamento do ser em si. Os entes limitam e guiamos sentidos do ser, na medida em que os sentidos não são propriedade sua, o ser não assujeita o desvelamento do ente, mas ao contrário, ele é assujeitado.

Na multiplicidade complexa de sujeitos e círculos hermenêuticos está sempre aberta a possibilidade de correção das variáveis expectativas de sentido em presença da alteridade, que exige atenção aos padrões de correção extrínsecos. O trabalhar com esses padrões de correção na ciência é assegurador de um objeto próprio apto a ser validado ou invalidado. Nessa tarefa é importante a formalização da linguagem científica permitindo o aprofundamento especializado sobre determinado campo do saber, mas a linguagem não pode ser reduzida a isso.

O *a priori* linguístico não pode ser ignorado, como nos modelos científicos da relação sujeito-objeto, assumindo a ontologia clássica e objetificando o fenômeno hermenêutico, mormente aqueles que buscavam a linguagem ideal, voltada para conexões simbólicas puras, onde os sentidos independeriam de uma interatividade contextual e histórica. Nesse nível anterior deve prevalecer a ontologia fundamental em detrimento da epistemologia científica. Tudo sem embargo do auxílio recíproco anteriormente mencionado. O auxílio para as ciências vem da (re)conexão com o mundo prático, da aptidão para desmascarar discursos inautênticos, ainda que sedimentados em um sentido comum teórico, fomentando a produção científica de conformidade com a apropriações válidas, que atentam para a eficácia de suas produções para além de limites assépticos e inférteis. A preocupação primordial do Direito deixa de ser matematizante e de unificação codificante legislativa, saindo do texto legal, na busca de sua clareza para a atividade subsuntiva e é direcionada para a “força da vida”, para a significação sempre contextual e histórica, valorizando a racionalidade, mas agregando o sentir e o viver o Direito. Ótica em que a Constituição deixa de ser um documento formal para adquirir substancialidade e efetividade, promovendo o o afinamento do Direito aos anseios sociais, máxime com fim democrático.

A primazia constitucional não implica, entretanto, em confiar em um juiz para aplicar os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, como valores, sem critérios jurídicos, admitindo uma ponderação que deixa ao alvedrio do julgador a escolha de qual deva preponderar no caso concreto. A crítica à imobilidade legalista não permite o diagnóstico subjetivo de supostas injustiças a serem combatidas por

qualquer meio que redunde na abertura do Direito para a vontade política ou moral. Muito menos pode ser compatível com o papel constitucional e democrático do julgador a defesa de uma fissura legal a ser preenchida discricionariamente ou por qualquer outro critério que impute ao julgador, tendo em conta suas convicções pessoais e não o Direito, a tarefa de fazer a justiça e julgar com equidade. A visão de que a Constituição é fonte do Direito fora do Direito justificadora da aplicação dos princípios abertos, em nada afasta o arbítrio consistente na correção do jurídico por meio de elementos extrínsecos. O respeito ao caráter deontológico do Direito, com necessidade de coerência e adequação das respostas, observando as conquistas sociais sedimentadas no jurídico, são impeditivas da criticada abertura e do protagonismo judicial que lhe é inerente.

O inevitável protagonismo judicial positivista para evitar a perniciosa estagnação do Direito, amparado na relação sujeito-objeto, em sua faceta subjetivista, na proposta pós-positivista, é substituído pelo fechamento constitucional democrático. Nesse caminho o juiz combate a estagnação do Direito sem o socorro de elementos extrínsecos. A viragem linguística concentra no sujeito, no caso, no juiz, as respostas, que pressupõem uma linguagem amalgamada ao social, em uma abertura de horizontes ao fático, sem reflexão transcendental autorizadora do arbitramento de sentidos linguístico, realizadora de uma construção, de uma ação, regrada pela tradição, nem arbitrária e nem empírica/nomológica. Há uma complexa totalidade subjetiva e objetiva que encontra no ser a integração, o amalgamento, a fusão de horizontes de toda produção científica jurídica, notadamente aquela atinente aos direitos humanos e fundamentais, em constante construção racional constitucional e democrática, a fomentar a tradição e historicidade jurídica impositivas das soluções judiciais. Inexiste vínculo exclusivo ao texto, mas sim ao contexto. Contexto que é o “aí” do ser, impeditivo, do mesmo modo, do poder de construção, pelo jurista, do “seu” Direito. O Direito não é indiferente à “mesmidade”, a exigir o compartilhamento de significante e significados. Nessa perspectiva, o Direito não é estagnado, nem tem suas respostas amparadas na vontade, ao mesmo tempo, e até por isso, também não se presta a ser conceituado como mero instrumento para o exercício do poder político, como meio de dominação do mais fraco pelo mais forte, na medida em que é formada paulatinamente uma bagagem histórica jurídica impeditiva de retrocesso.

Inconfundível a conduta solipsística jurídica da proposta hermenêutica-filosófica. No *Dasein* há um aprofundamento vertical no Direito, em inevitável

velamento e desvelamento, inerente à circularidade hermenêutica, produtor do conhecimento revelado. Há a fuga do círculo vicioso positivista impositivo do sentido único do texto da lei, com sua conseqüente e implacável paralisia massificante do Direito meramente reprodutivo. Em frente a um texto o intérprete antecipa sentidos, formando um projeto prévio, que no velamento e desvelamento, vai sendo revisado, permitindo um afinamento progressivo de sentido. Para tanto basta que o intérprete esteja receptivo ao que o texto tem a lhe transmitir, em uma abertura à própria correção de suas opiniões prévias, formando novos e diversos pré-juízos. Essa revisão do projeto antecipado é constante e sempre em direção à coisa mesma. Não que com a penetração do sentido em direção à coisa seja possível alcançar a essência da coisa mesma, como na metafísica relação sujeito-objeto, porque a relação é intersubjetiva, portanto dentro dos limites do ser-aí, na originalidade do círculo hermenêutico virtuoso, com a expansão da unidade de sentidos compreendida em círculos concêntricos.

O Direito é produto do homem, ser social, temporal e histórico, fator impeditivo da metafísica paralisia de sentidos positivista, o que afasta qualquer pretensa imutabilidade. A condição de possibilidade hermenêutica filosófica, com seus vetores racionais, esbarra qualquer tentativa de permanência de racionalidade autocentrada exclusivamente no Direito. O contínuo desenvolvimento jurídico, em que pese o fechamento do Direito a correções externas, não prescinde do paradoxal aperfeiçoamento movido pelo não-científico. Em especial, o círculo virtuoso hermenêutico, em sua inarredável expansão de sentidos, é diretamente responsável pelo aperfeiçoamento do Direito em direção a um fim democrático, sem abrir mão da autonomia do Direito. O acontecer hermenêutico sempre será na tradição, no pré-conhecimento, onde o método é incapaz de suprimi-los. O intérprete jurídico está na tradição, é ser temporal, histórico, trazendo o presente, o passado e anunciação de sentidos futuros. O ser não pode ter afastada a sua condição temporal, é sempre aí. O tempo deixa de ser a sucessão de fatos para assumir a condição de horizonte de compreensão, em um passado de história pessoal, em um presente de relações com entes e outros seres e no futuro da perspectiva do que está por vir para o ser. É descortinada uma janela antimetafísica no Direito, onde é executável o projeto de coerência e integridade ao Direito e à Constituição, no segundo nível apofântico, no qual, ao mesmo tempo em que é estabelecido um padrão de correção, não é oposta objeção à produção de sentidos. De modo que o Direito é autônomo e aperfeiçoável,

na busca da sintonia fina com o objetivo democrático.

Há no Direito, no nível apofântico, a busca de uma resposta judicial coerente e adequada. O *Dasein*, produtor de sentidos, estabelece uma mobilidade do conhecimento não prejudicial à busca da resposta de acordo com o Direito. A inexistência de padrões de correção jurídica é inadmissível por criar insegurança jurídica e social, na medida em que assume uma multiplicidade de respostas igualmente possíveis. A admissibilidade de múltiplas respostas, desrespeitando padrões de correção jurídica, nessa perspectiva é desvelada como resultado de erro decorrente de uma crença metafísica positivista, sem prejuízo de acréscimo de casos de má-fé ou corrupção. Há inevitavelmente no denominado nível apofântico, ou da racionalidade II, uma construção jurídica a ser respeitada, permitindo a correção da resposta de acordo com sua epistemologia, suas teorias, premissas e construções sedimentadas. O Direito, assim, possui uma racionalidade própria, inconfundível com a compreensão hermenêutica, promovedora de sua autonomia, ensejando um desenvolvimento através de estruturas lógicas, a sustentar a sua normatividade inerente, sem prejuízo de eventuais percalços, com idas e vindas, onde as divergências devem ser ultrapassadas pelo diálogo buscando consensos, com ímpeto progressista constitucional e democrático.

A exigência da resposta coerente e adequada, por outro lado, passa longe da estagnação do sentido unívoco da lei e repudia a predação extrínseca ao Direito. A condição de possibilidade hermenêutica filosófica sobrepuja a reprodução ou subsunção estagnante do Direito, rejeitando, por conseguinte, a abertura principiológica, moral ou política predatória do jurídico. Nessa moldura, as resposta jurídicas não advém de uma resposta superficial atrelada à filosofia da consciência, mas exige conhecimento jurídico, adquirido com muito esforço, com aprofundado e constante estudo, em uma obviedade obnubilada. De outra banda, o acontecer hermenêutico-constitucional é avesso a critérios “puros” de saber, fundados na relação sujeito-objeto. A resposta jurídica defendida é a hermeneuticamente adequada à Constituição, na situação concreta. Os princípios constitucionais estão no fechamento e não na abertura do Direito, entrelaçados no ser-aí com todas as produções jurídicas, ensejando uma construção racional e histórica, com alicerces na Constituição. A jurisdição constitucional fundante no *Dasein* é dialética com observância dos princípios constitucionais em conjunto, coerentemente, com a tradição jurídica, implicando em observância de construções jurídicas anteriores e

presentes, de conformidade com o Direito e a Constituição. O caráter deontológico do Direito é distante da abertura axiológica principiológica, incompatível com critérios teleológicos ou valorativos, sendo articulado ao contexto para compor a norma.

A crise do Direito e do Processo tem relação direta com a adoção do paradigma positivista, sem prejuízo de outros quadros agravadores, como o da ausência e atenção/conhecimento dos políticos sobre a necessidade de aparelhamento humano e material do judiciário, com a inadequada alocação de recursos públicos. No enfoque da crise positivista, a crença na solução legislativa em sociedades altamente complexas está conduzindo para uma inflação legislativa que agride a segurança jurídica. O fechamento do Direito, para a invasão da linguagem, é promovedor de uma ideologia alienante que engessa o Direito. No Processo Civil os grilhões da modernidade geram um apego conceitualista promovedor de procedimentos ordinariantes, custosos, demorados e complexos, em busca da segurança jurídica propiciada pela certeza científica iluminista. Contudo, na proposta pós-positivista, atenta à *linguistic turn*, há uma vital preocupação com o ser-aí, com o contexto, com a sintonia constitucional e democrática que leva a uma incessante busca pela efetividade e celeridade da tutela jurisdicional, mesmo diante da ampliação exponencial do volume de demandas e de enfrentamentos sociais cada vez mais complexos.

A modernidade iluminista colocou o jurista em um sonho, em um mundo ideal, do qual deve ser despertado. O despertar passa pelo deixar de ser levado pela superficialidade linguística e alcance de um aprofundamento incomum de autenticidade humana, assumindo responsabilidades pela implementação da crise mencionada e principalmente pelo combate. Imprescindível o reconhecimento da ausência de satisfatoriedade e anacronia do processo de conhecimento exauriente do cientificismo estéril e alienante. A ultrapassagem desse paradigma requer a prevenção de ilícitos e a concretização de direitos e garantias fundamentais, com destaque para a implementação e ampliação dos juízos interditais, dos juízos de cognição sumária e executoriedade imediata, onde a eficácia declaratória é conjugada com as eficácias mandamentais e executivas lato-sensu. Efetividade que não pode estar alheia à necessidade de concretização tanto dos direitos individuais (primeira dimensão) quanto dos sociais (segunda dimensão) e dos novos direitos, resgatando compromissos de uma modernidade tardia brasileira, de modo a atender expectativas constitucionais legítimas, perfazendo uma Jurisdição transformadora, aflita com as

angústias e singularidades da contemporaneidade.

Além da modernidade iluminista acreditar na certeza científica a exigir um processo minucioso, complexo, moroso, ainda houve, no seu nascedouro, a revolução paradigmática consistente na quebra da atuação governamental política abusiva autoritária para o império da lei. Reforço lógico na direção da exigência do controle da atuação judicial por meio desse mesmo processo capaz de limitar a atuação estatal judicial abusiva. Todavia, ante a premissa da dinâmica jurídica, sem pilhagem externa de qualquer ordem, surge a confiança no juiz democrático, com atuação capaz de debelar os efeitos daninhos do procedimento ancorado no binômio conhecimento-execução. Não é contemporaneamente aceitável, para todos os casos, impor o esgotamento procedimental, com asseguramento de todas as formas de defesa e provas, bem como de todos os ritos procedimentais formais, de modo a alcançar a segurança da verdade processual, sob a justificativa liberal-iluminista. O novo espaço democrático do Processo Civil, ancorado no viés da credibilidade judicial, prima pela ampliação das hipóteses de utilização da técnica antecipatória para dar respostas compatíveis com os anseios democráticos constitucionais de forma efetiva e célere.

A democracia enfatiza a isonomia firmada no reconhecimento de situações de desequilíbrio que forçosamente produzem arestas a serem aparadas. O processo da ordinariade iluminista-liberal ao instituir a duplicidade morosa do conhecimento e execução, a pretexto de respeitar o contraditório e ampla defesa, criou o processo do réu. Processo que impunha, em desequilíbrio, a maior parte dos ônus ao autor, admitindo que o réu abusivamente usufrísse de algo que não lhe seria cabível até o encerramento desse longo e demorado percurso processual. De forma que o temor liberal do abuso, chancelado pelo Estado-Juiz, acaba sendo lícito para o réu. Para equiparar democraticamente a relação processual é imprescindível redistribuir os ônus, de acordo com as peculiaridades apresentadas pelas circunstâncias controvertidas. A técnica antecipatória, imprescindível para tanto, veta que o tempo do processo corra estritamente em prejuízo da parte autora, na medida em que, efetivada a antecipação a tutela, o réu assume os ônus do tempo, criando as condições para que ambas as partes enxerguem a exigência do combate à morosidade processual. Logo surge uma árdua função judicante consistente na averiguação adequada e coerente do conflito entabulado entre as partes, em face dos requisitos autorizadores, para o implemento ou não da técnica antecipatória. No primeiro caso fazendo uso da cognição sumária para efetivar de imediato a tutela, transferindo os custos e encargos

decorrentes da demora do processo ao réu ou, no segundo caso, submetendo a efetivação ao juízo definitivo, com o que o tempo é distribuído de forma equânime para o autor e para o réu.

A efetividade do processo democrático assume um novo paradigma. Enquanto o processo da ilustração era baseado no longo e demorado processo de conhecimento e não menos moroso processo de execução a pressuporem a concretização e esgotamento do dano ensejadores da pretensão condenatória, plenamente satisfatória para aquele modelo, o processo democrático opta pelo sincretismo, especialmente com cognição mais rasa em vista de uma tutela mais célere para o Direito. Ou seja, o processo do modelo liberal a ser ultrapassado trabalha com a prevalência da reparação pecuniária, com a monetarização de todas as circunstâncias fáticas, onde tudo, qualquer interesse, pode convenientemente ser transformado em pecúnia. Situação inadmissível na nova perspectiva que se habilita, onde especialmente são elevados interesses transindividuais, novos direitos, na qual a transformação em pecúnia acaba sendo, quando muito, um paliativo. Na ótica democrática do processo a tutela repressiva perde espaço para a tutela preventiva. Tutela impeditiva da prática de ato ilícito e/ou dano e quando instalado o dano continuativo capaz de removê-lo evitando a consumação integral, apostando que a conservação do interesse jurídico tal como ele estaria antes do ato ilícito e dano é mais eficiente e desejável do que a sua conversão em dinheiro. Nisso está, hermeneuticamente, o ser temporal a reconectar, a encurtar a distância entre Direito e história, objetando a mera reprodução mecânica e inconsequente do processo servil à ideologia iluminista-burguesa passada e ultrapassada para assentir com o porvir democrático, com perspectivas processuais progressivas sempre atentas para o fim democrático constitucional.

Nas tutelas de urgência do Processo Civil, trabalhadas mais de perto no terceiro capítulo, foi possível tecer considerações a respeito da sua origem, bem como da influência continental e anglo-saxônica, ensejadora de uma ideologia jurídica preponderantemente iluminista gravada pela criticada metafísica clássica e moderna. Como corolário disso, o processo não persegue objetivo democrático, por ser movido por um artificialismo de pouca utilidade, por ser concentrado em si mesmo, ou permissivo de uma abertura arbitrária e, portanto, antidemocrática. De qualquer forma, é produzido um enlace de ambas as posições propiciadoras da sedimentação de posições a respeito dos institutos jurídicos, que não passaram pelo crivo crítico

necessário, mas que restam admitidas pela reverência prestada ao emissor, que no *munus* que lhe foi atribuído ou conquistado social e juridicamente, culminam, inevitavelmente, na concessão a um discurso de cunho subjetivamente autocêntrico.

A proposta da tese é de ultrapassagem dos paradigmas jurídicos decorrentes da relação sujeito-objeto, encampados, especialmente, no Processo Civil, na ordinariedade, na crença em um método eficaz para alcançar a verdade dos fatos, de maneira semelhante à fé na possibilidade de alcançar a vontade ou essência da lei, por um Direito e um Processo Civil que tem a hermenêutica como condição de possibilidade do conhecimento. O esvaziamento da metafísica do descobrimento da verdade, através do método, vai ao encontro da admissão e ampliação das técnicas antecipatórias no Processo Civil, admitindo tutelas baseadas em juízo de plausibilidade, especialmente para estancar a situação de urgência, atingindo celeridade e efetividade, para dar vazão à “*força da vida*”, aos anseios pós-modernos democráticos.

O registro da evolução das tutelas de urgência é permissor da identificação de sua importante função democrática ao atender interesses de prestação da tutela jurisdicional, em face de ser posto em xeque a segurança jurídica produzida pela verdade advinda do método (processo), preso à metafísica da relação sujeito-objeto, defendida como imprescindível no pensamento moderno. Ademais, a preventividade do dano hoje é revelado como tão ou mais importante que o caráter exclusivamente reparatório. Especialmente quando o conteúdo ressarcitório é marcado pela ordinariedade do processo, da busca de um juízo meramente declaratório de certeza e outro de atendimento do direito cuja certeza foi atestada, portanto, bifásico (conhecimento-execução), moroso na efetivação da reparação e, não raramente, ineficiente em face das vicissitudes possíveis, ocasionadas pela demora entre a propositura da ação e a realização dos atos judiciais tendentes à satisfação. Posto isso, a responsabilidade social do jurista, na hercúlea tarefa de erigir o Direito com intuito constitucional e democrático, não admite qualquer justificativa para a inserção no texto do atual Código de Processo Civil de uma expressão sem correspondência fática admissível, pois ao invés de aprimorar o instrumento, ao contrário, acaba criando dificuldades para a atribuição de sentidos de forma coerente e adequada na análise da situação concreta.

Os processos advindos do Direito Continental e do Direito Anglo-Americano possuem pontos de semelhança, em face da origem comum, mas também diferenças

importantes. O legalismo da busca do sentido unívoco, da codificação, é prevalente no Direito Continental, impondo o método subsuntivo para a situação fática. Enquanto que no Direito Anglo-americano prevalece o método indutivo, com a jurisprudência traçando os elementos fundamentais para a solução judicial. Fator essencial para a distinção foi a ocorrência da ruptura revolucionária no primeiro e inoocorrência no segundo. A revolução imprimiu uma força maior ao direito (im)posto pelo Estado, preso à estagnação legalista, enquanto que a ausência de ruptura revolucionária acedeu à manutenção do direito costumeiro, da herança medieval, com maior propensão à dinâmica jurídica. Porém, um aprofundamento maior é revelador da presença do subjetivismo e do objetivismo positivista em ambos, na medida em que partem da relação sujeito-objeto, com a conseqüente premissa do descobrimento da verdade científica. Como a tese dá preferência ao modelo continental, para o Direito Anglo-Americano basta referir que o *common law* confiava na atividade jurisprudencial, com a contribuição parlamentar para criar a regra (*rule of law*), forçando a aproximação ao legalismo da *civil law*, da relação sujeito-objeto, com a inescapável problemática do objetivismo paralisante ou subjetivismo predatório do jurídico.

O enredo da atuação judicial é complementado pelas peculiaridades históricas locais a traçar os limites do embate antigo entre liberdade e igualdade. O paradigma nacional está preponderantemente vinculado ao continental, com decisões técnicas de juízes concursados, técnicos, onde a tarefa de julgar tem estreiteza com a “aplicação da lei” de origem estatal. Situação que, diferentemente do padrão Anglo-Americano, retirou a amplitude de poderes na condução do processo que os juízes possuíam na herança medieval. Todavia, em períodos mais próximos, já no século XX, na tendência de aproximação das tradições, houveram propostas de incorporação dessa dilatação dos poderes judiciais, inclusive para evitar a estagnação legalista. Esse alargamento chegou ao ponto de ultrapassar a própria nascente Anglo-Americana. Em razão da ineficiência do Estado nos países em desenvolvimento, como o Brasil, apesar da prevalente tradição continental, passou a ser exigida uma atuação judicial democrático-social, sendo comum a implementação de políticas públicas estatais através de determinação judicial, nas mais variadas áreas, como saúde, educação, transporte, moradia etc. Esse incremento da atuação judicial é distante da clássica separação de poderes, indo além da imagem liberal de passividade do Judiciário, mas também distante de uma ditadura judicial. Há uma

filtragem desconectiva da fundação liberal/iluminista para amparar uma nova realidade de valores e ideais humanitários, democráticos e constitucionais. Esse ineditismo volta os olhos para as complexidades das relações humanas, para os interesses transindividuais e para a jurisdição preventiva. Nesse perfil o juiz deve ser desalojado da reconfortante ilusão do processo com um fim em si mesmo, para um responder ao chamado do aí do ser, a forcejar o abrandamento da função declarativa do processo de conhecimento, em prestígio da efetividade, para a concretização de interesses constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A força liberal com seu efeito egoístico de acumulação de riquezas agravou as diferenças sociais. Em que pese a pretensa defesa da liberdade e isonomia, de fato, a regra verificada foi a de que as pessoas e países mais pobres, mais fracos, criam uma dependência e acabam sendo explorados por aquelas pessoas e países mais ricos, mais fortes, tornado os pobres cada vez mais pobres e submissos, enquanto os ricos ficam cada vez mais ricos, bem como com maior liberdade e poder de atendimento de seus interesses. No Processo Civil, na atuação judicial, essa pujança liberal implementou uma relação processual de autonomia das partes, de eminente caráter privatista, onde a prática é a de conversão de interesses em pecúnia. Todavia, a atuação judicial constitucional e democrática brasileira deve ir além de tudo isso, atentando para uma ampliação publicista tanto internamente ao processo quanto na exteriorização da eficácia da tutela privatística individual para uma dimensão coletiva. É vindicada uma atuação judicial forte, implementadora dos interesses básicos individuais e sociais. Com o progressivo enriquecimento do Estado e minimização do fosso social existente no Brasil quiçá seja desejável uma minimização dessa atuação judicial. Enquanto isso não acontece é de ser revigorada a atuação judicial, com prestações qualificadas, na defesa de uma função transformadora, substancialista, com respaldo constitucional e democrático.

Sem descuidar que o modelo de processo democrático sugerido é estritamente brasileiro. Para outros Estados o contorno democrático pode ser outro. A solução democrática não está assim na simples transposição de modelos, na cópia de textos, importação de mecanismos ou regras. De modo geral, a afirmação pode ser sustentada pela verificação da condição das nações que conheceram o Estado providência e daquelas que não conheceram, que trilham caminhos inversos em relação à atuação judicial, mas às quais não pode ser negado de pronto a perseguição a um contorno estatal democrático, nas diferentes vias. Enquanto os primeiros vivem

usualmente um momento de enxugamento para não desbordar para um paternalismo indesejável, descartando uma atuação judicial ampliada complementar à atuação das outras funções estatais. Os demais que não chegaram a ter um Estado com poder econômico suficiente a satisfazer interesses básicos da população, por sua vez, não podem ter uma moderação estatal, na medida em que não foram implementadas as condições a serem moderadas, exigindo a ampliação da atuação judicial concretizadora dos interesses desatendidos pelo Estado.

O Direito em geral, o Processo Civil e seus institutos, em particular, como não são modelos técnicos de mera transposição devem ser guiados pela sua tradição. No legado brasileiro das tutelas de urgência tem destaque a herança romana. No Direito Romano estão presentes as noções de preventividade, sumariedade cognitiva e executoriedade imediata, notadamente com os interditos. Obviamente os institutos romanos com as referidas características também possuíam traços característicos distintivos, muitos dos quais inaceitáveis nos dias de hoje, como aqueles que imprimiam constrições na pessoa, ignorando o que contemporaneamente está sedimentado na inviolabilidade dos direitos humanos, tanto em caráter acautelatório quanto executivo. No período formular é destacada a função do pretor e seu poder de império a dar condições de atendimento às exigências cotidianas, de conformidade com as casuísticas fáticas, sempre em um sentido de modelamento social. As *stipulationes praetoriae* eram autorizativas de medidas gerais preventivas semelhantes ao poder geral de cautela, que poderiam estar ou não agregadas a situações de preventividade possessórias, de direito de propriedade, de direito de vizinhança, usucapião, entre outros. Da construção romana restaram, assim, elementos importantes para toda a produção jurídica posterior, como no que tange às tutelas de urgência, que não raro são resgatados na busca do aperfeiçoamento dos institutos atuais.

A par disso, do marco iluminista vieram os fundamentos mais próximos das tutelas de urgência da contemporaneidade. Apesar da relutância na admissão das tutelas cautelares, a permitirem um agir judicial não amparado em cognição exauriente, quando efervescente a ideologia dos movimentos libertários contra autoritários, preponderou o interesse burguês de proteção mercantil, exigindo tutela estatal para as situações de risco eventualmente ocorrentes diante da morosidade e complexidade do processo ordinário. A analítica processual distinguiu direito material e processual, predispondo a incursão do estudo das cautelares sob a perspectiva

exclusivamente processual, proporcionando um avanço técnico significativo em cima do qual foi construído todo o arcabouço das tutelas de urgência da atualidade. Em princípio, por força política liberal, as cautelares estavam vinculadas à situação de risco que envolvessem a utilidade das medidas executivas, concebida assim como um elemento do Processo de Execução. Porém, o aprofundamento do estudo das cautelares provocou o seu destaque do Processo de Execução, como no direito alemão, onde o ZPO, em seus arts. 935 e 940, previa um poder geral do juiz de concessão de medidas conservativas, ainda preponderantemente atadas à execução forçada, mas já de conformidade com a visão autônoma, que veio a ser, logo em seguida, consolidada em toda tradição continental, com medidas diversas.

Tratar das tutelas de urgência do Processo Civil brasileiro torna imprescindível o estudo da doutrina italiana do início do século passado. Nela a autonomia cautelar foi alicerçada, somando o requisito da urgência e a característica da provisoriedade, com Chiovenda. Após, Carnelutti defende o poder geral de cautela, que foi incluído no art. 324 do código processual da época, ao que Calamandrei acrescenta os conteúdos de sumariedade de cognição, simplicidade procedimental e celeridade, em contraditório mais reduzido, complementando as teorias produzidas pelos antecessores. Essa complexa produção iniciada por Chiovenda teve sua consolidação e fechamento em um marco legislativo, o código processual italiano de 1942, para o qual foram convocados Calamandrei, Carnelutti e Redenti com o fito de elaborar o projeto que virou o novo código. O direito italiano atual incrementou o poder geral de cautela para admitir antecipações de tutela, preenchendo o vácuo legislativo de tutelas de urgência não cautelar, de acordo com as alterações da Lei 353/90 e Lei 80/05. De modo que passou a admitir tutelas de urgência aptas a alcançarem a satisfação de direito e, ao final do procedimento, definitividade. Aliás, de modo geral, nos países latinos, como no Brasil e Argentina, consolidadas estão as tutelas antecipadas. No último, em que pese ausente legislação nacional, os códigos regionais, são pródigos em prever medidas *autosatisfactivas*, de despachos interinos e de *fondo anticipatorios*.

No direcionamento de admitir antecipações satisfativas de direito também está o *référé* francês, de 1685, recepcionado pelo anterior Código de Processo Civil da França, nos arts. 806 e 812, e que no de 1976 foi mantido, no art. 484, com características marcantes análogas ao das tutelas cautelares, especialmente da utilização da técnica antecipatória a permitir tutelas em cognição não exauriente.

Inclusive, em um certo momento, também foi negada a possibilidade do *référé* causar *préjudice au principal*, em atendimento ao disposto no art. 809 do anterior Código de Processo Civil da França. Porém, o *référé* veio posteriormente a adquirir juízo de mérito. Na divergência a respeito do instituto admitir ou não conteúdo satisfativo de direito, em um debate análogo a respeito da cautelar na doutrina italiana, prevaleceram os fundamentos e argumentos favoráveis à admissão. O *référé* é nos dias atuais um instrumento que, utilizando a técnica antecipatória para imprimir a celeridade exigida em determinados casos, pode ter conteúdo satisfativo de direito, de acordo com a regra processual. Assim, conserva a cognição vertical sumária, impeditiva da coisa julgada, a teor do art. 488 do Código Processual da França, mas pode adentrar no mérito e solucionar o conflito, em hipóteses específicas, que podem configurar ou não situações de urgência, na medida em que também contempla o que no direito brasileiro equivaleria ao que é chamado de tutela de evidência.

No Direito brasileiro foram marcantes todos os referidos traços, mas em razão da colonização portuguesa não pode passar *in albis* a menção das tutelas de urgência praticadas em razão dessa dominância. As Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, vigentes em solo local, continham disposições cautelares de cunho estritamente patrimonial (embargo e sequestro), que foram mantidos pré e pós-independência. Apenas em 1850 surgiu nova disposição cautelar, com o Regulamento nº 737, prevendo a “detenção pessoal”, a “exibição”, as “vendas judiciais”, os “protestos”, os “depósitos”, as “habilitações incidentes nas causas comerciais” e o “embargo, pendente a lide”. Em seguida, acolhendo o movimento codificador, a cada um dos Estados membros foi permitida a criação de códigos, com previsões específicas. Somente com o Código de 1939 é que houve a unificação dos procedimentos, quando foi iniciado o debate sobre a autonomia da tutela cautelar, que acabou tendo sedimentada a visão autônoma no Código de 1973. Do Código de 1939 para o de 1973 houve importante modificação no sentido da previsão de antecedência cautelar nominada, no primeiro, para quaisquer cautelares “preparatórias”, no segundo, ampliando o poder geral de cautela. Ambos deram importante passo ao permitir a ultrapassagem da cautelar de atributo pecuniário para a tutela de outros interesses, começando pela tutela de interesses da família. Contudo, mantinham a característica comum da vigorante inspiração italiana da época do aprisionamento da cautelar ao asseguramento do processo principal. Apesar disso, o Código de Processo Civil de 1973 trouxe uma melhor sistematização e sintonia com a doutrina

italiana, assumindo o processo cautelar como um terceiro gênero. A tese da acessoriedade, a propósito, só sofreu contestação, no Brasil, no final do século XX. Ovídio Baptista rebateu a tese italiana consolidada defendendo um direito material de cautela, uma situação cautelanda própria desse processo, a dar uma autonomia que desfigurou o processo cautelar como instrumento do instrumento.

O esforço sistêmico do processo cautelar, de forte carga italiana, do Código de 1973 não impediu, de qualquer modo, a previsão de medidas que tinham objetivo distinto do acautelatório do processo principal. Tais previsões legislativas aproveitaram a técnica antecipatória e a sumariedade procedimental do processo cautelar em situações não acautelatórias. Não tardou para que outras pretensões sem natureza jurídica cautelar fossem introduzidas, por exigência pragmática, em nosso ordenamento jurídico como pseudo cautelares ou cautelares satisfativas. Essa situação perdurou até a inovação introduzida pela Lei 8.952 de 1994 implementando textualmente a antecipação de tutela, alterando os arts. 273 e 461, § 3º do Código de Processo Civil em vigor. Isso criou um panorama sistêmico discordante consistente na presença de cautelares satisfativas expressamente previstas e de antecipações de tutela para as situações gerais não contidas no Livro III do Código de 1973. Somente com o Código atual de 2015 é que o problema de sistematização legislativa foi solucionado com a extinção legislativa das cautelares nominadas satisfativas, restando apenas antecipações de tutela. A propósito, no Código de Processo Civil de 2015 podem ser destacadas a extinção do livro próprio do processo cautelar, colocando as tutelas de urgência sob o gênero de tutela provisória na parte geral. Foram extintas as cautelares típicas e específicas, mantendo a menção a algumas cautelares. Todas as tutelas de urgência passaram a trabalhar com os mesmos requisitos genéricos e sujeitos aos procedimentos antecedente e incidente. Apesar da solução mencionada e da aparente simplificação produzida há ainda um longo percurso a ser percorrido sobre a temática, repaginando velhas problemáticas e enfrentando novas, em direção ao processo constitucional e democrático.

No percurso histórico das tutelas de urgência no referido período, principalmente pela predominância do processo maximizado, cujo fim maior era o declarativo imutável proporcionado pelo processo de conhecimento, não faltou quem negasse caráter jurisdicional à tutela cautelar. Nessa ênfase do processo cognitivo até a execução foi taxada de mera atividade administrativa continuativa da sentença. Pensamento que foi modificado para alicerçar a natureza jurídica jurisdicional,

inclusive com a autonomia do processo executivo para as hipóteses de título executivo judicial. Então, com mais razão o processo cautelar, com seu conteúdo asseguratório do processo principal, sem aptidão portanto para formar a coisa julgada ou satisfazer o direito, não podia deixar de ter função administrativa. Porém, em percurso análogo ao do processo executivo, reconhecida a importância preventiva e a dispensabilidade dos referidos requisitos para a configuração da jurisdição, especialmente com a contribuição da doutrina italiana, houve a prevalência do entendimento que reconhecia a natureza jurídica jurisdicional do processo cautelar, incluindo natureza decisória dos pronunciamentos a respeito (sentenças temporárias/provisórias), a ser proferido exclusivamente por órgão judicial, a par da substância jurisdicional dos processos de conhecimento e execução.

Na direção que hoje é perseguida no processo houve um desvirtuamento da cautelar para admitir um caráter preventivo de direito material não asseguratório, através das cautelares satisfativas ou pseudo cautelares, que tiveram plena consolidação com a introdução da tutela antecipada. Nessa linha, com a intensificação do uso da técnica antecipatória buscando afastar a prática de ato ilícito e/ou dano ao direito ou impedir a perda da frutuosidade/concretização do direito foi fortificado o Direito e o Processo Civil. A preocupação com a efetividade da tutela desvelou direitos que não podem ser reduzidos à relação de débito e crédito. No ordenamento brasileiro essa situação ocorreu ainda quando a única tutela de urgência prevista era a cautelar. A adequação pragmática a essas exigências implicou na utilização da ação cautelar inominada sem fins genuinamente asseguratórios. A escolha do processo cautelar para tal fim passou pelo atributo de ser tutela de urgência, trazendo efetividade e celeridade exigidas para a preventividade, por meio do sincretismo da técnica antecipatória e sumarização procedimental, com o que passou a ser tida como a rota de fuga do modelo plenário de processo. Isso foi primordial para a nova roupagem das tutelas de urgência implementada posteriormente no código anteriormente revogado (alteração do art. 273 do Código de Processo Civil revogado de 1973) e ainda hoje adotada (art. 300 e seguintes do Código de Processo Civil atual) com a introdução da classificação de tutela de urgência cautelar e antecipada. A admissão da tutela antecipada é evidenciadora de uma prevenção que não pode ser reduzida à instrumentalidade, à proteção do processo principal. Com isso, o processo constitucional e democrático ganhou vital aliado para o implemento da perseguida celeridade, trabalhando com cognição sumária, ou na expressão do código,

probabilidade do direito, ou de acordo com a denominação original, fumaça do bom direito, de modo a proporcionar a efetivação imediata, mostrando a preponderância das eficácias *executivo lato sensu e mandamental*.

Na perspectiva de valorização e aprofundamento do processo constitucional e democrático ganha destaque o atributo preventivo da tutela, que surge atualmente como indispensável para o processo constitucional democrático. O processo cautelar foi a porta de entrada para a implementação de um paradigma novo no Processo Civil. A intervenção estatal preventiva baseada em uma técnica processual capaz de alcançar resultados práticos independentemente do fim do processo cognitivo ou executivo abre as portas para uma nova concepção de isonomia no processo. É abandonado o desequilíbrio da imposição de um processo definitivo somado a um processo executivo para a concessão de tutelas, onde os ônus do tempo do processo correm somente contra o autor. Em um primeiro momento a tutela preventiva cautelar objetiva apenas o asseguramento da satisfação pecuniária reinante, de acordo com o mandamento liberal econômico. Contudo, em um segundo momento, com a verificação de que muitos interesses são melhor atendidos fora da premissa de transformação das relações jurídicas em relação de débito e crédito, principia tutelas preventivas gerais, para qualquer espécie de relação jurídica, mantenedora da natureza jurídica primária da relação, assumindo a possibilidade de tutelas inibitórias e de remoção do ilícito, privilegiando as situações substanciais, de *non money judgements*, na exata medida das especificidades do caso concreto.

O conteúdo constitucional e democrático do Direito vai ao encontro da preventividade possível através das tutelas de urgência. Preventividade que é indissociável dos princípios constitucionais do devido processo legal, da efetividade da jurisdição e da razoável duração do processo. O devido processo legal não é mais aquele liberal iluminista, com preocupação exclusiva no juízo de certeza como forma de afastar o arbítrio judicial para reparar o dano consumado, onde até havia “asseguramento da efetividade do processo principal”, mas não uma estrita preventividade do ato ilícito e dano. O processo cautelar com objetivo asseguratório da efetividade do processo principal tinha nítida e exclusiva preocupação com as tutelas repressivas. Lógica que impossibilitava qualquer vazão a interesses preventivos da prática de ato ilícito ou dano. O novo processo prefere abandonar a concepção do realismo ingênuo de correspondência da compreensão com a realidade, reconhecendo que o projeto positivista jurídico fracassou na tentativa de

fixação do sentido unívoco textual e expressão literal da realidade, para admitir juízos superficiais, sujeitos a modificações futuras, com a efetiva tutela de direitos, mormente daqueles que não são quantificáveis monetariamente. Não que haja um desprestígio para a investigação dos fatos, mas que o objetivo constitucional e democrático, em determinadas circunstâncias, prefere um juízo perfunctório e eficiente, a um aprofundado que venha a contentar somente o “mundo do Direito”, como era de praxe na cientificidade positivista jurídica.

Inegável que a produção positivista jurídica foi fundamental precursora do Direito atual. Não é intuito corrigir os feitos passados adequados à sua época, mas ir ao encontro de um afinamento constitucional e democrático, rechaçando, nos dias atuais, elementos do processo presos a paradigmas não mais condizentes com o presente. Insuficiente, desse modo, o argumento de autoridade vetusto. As produções devem ser adequadamente contextualizadas. Soluções de problemas pretéritos podem até constituir o ponto de partida para construções presentes, mas nunca podem ser tidas como respostas imutáveis sujeitas a mera transposição. Nesse diapasão, mesmo quando o positivismo contemporâneo aponta para a exigência de uma verdade por correspondência no processo, acolhe uma transposição dual indevida, labora em equívoco por não ser mais aceitável a adoção de verdades distintas. Uma material (extra autos) e outra formal (intra autos), onde no processo civil a segunda é suficiente. Há uma única situação empírica que deve guiar o processo, inadmissível distinções e autonomizações de realidades, quando os fatos são argumentados no processo não passaram a ser distintos e muito menos imunes. São e sempre serão mundo da vida. A fala não permite a confusão de uma suposta admissão da introdução da verdade absoluta objetiva no processo porque isso iria frontalmente contra a mediação subjetiva da viragem linguística e da hermenêutica filosófica e muito menos, diante dos mesmos fundamentos, inaceitável é o assenhoreamento judicial dos fatos quando introduzidos no processo por constituir um mundo a parte, o mundo do Direito, ou o mundo do juiz.

No quarto e último capítulo, o esquadramento da origem estrangeira da (ir)reversibilidade e incorporação no direito pátrio, inicialmente no Código de Processo Civil de 1973 e com reprodução no Código de Processo Civil atual é demonstrativa do aprisionamento técnico à dualidade mundo do direito e mundo da vida, de natureza autonomista positivista. A doutrina e a jurisprudência, desconsiderando vetores de racionalidade filosóficos basilares sobre o tema, geralmente, consciente ou

inconscientemente, tendo entranhada pressuposição do “mundo do direito” distanciado “do mundo da vida”, deslocam o seu refletir e teorizar para um pernicioso enjaulamento, passando por cima de inconsistências racionalmente inconcebíveis. O obnubilamento anunciado decorre da admissão do “já dado desde sempre”, sem atentar para o simples fato de que as decisões meritórias sempre trazem consequências fáticas inevitavelmente irreversíveis.

Na linha pós-positivista admitida na tese, a exigência legal da reversibilidade deve ser tida como produto do “legislador embaraçante”, exigindo, desse modo, correções para evitar óbice à efetividade das expectativas pós-positivistas encetadas na objetivo constitucional e democrático. Tendo sido admitida a condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, a interpretação é existencial, é modo de constituição do ser no mundo, é faticidade e fatalidade, é produtora de sentidos, na medida em que a alteridade exige respostas, mas respostas sujeitas a padrões de correção mundanos, não assujeitadora e arbitrária, portanto. Em face disso a previsão textual legislativa e a produção jurídica baseadas em uma expressão sem correspondência fática leva inevitavelmente ao assujeitamento da realidade pelo sujeito solipsista no Direito, criando, em decorrência desse assujeitamento, o decisionismo arbitrário.

A doutrina jurídica nacional criticada acaba apregoando a metafísica assujeitadora inerente ao positivismo, no combate à outra face da mesma matriz jurídica, consistente na estagnação, impeditiva, no caso, da concessão de tutelas de urgência, na medida em que exprime a maneira de evitar a inefetividade das tutelas de urgência. Isso porque o rigorismo racionalista geometrizar, da literalidade da lei, operando através da subsunção, resultaria na inviabilidade de qualquer tutela de urgência, na medida em que seria fácil ao juiz observar que qualquer caso acarretaria efeitos irreversíveis práticos.

Chama a atenção a visão reducionista daqueles que tratam da (ir)reversibilidade sob o prisma exclusivamente pecuniário. Alguns defendem que não haveria reversibilidade se a tutela pudesse vir a causar um “prejuízo financeiro” ao réu com a concessão enquanto outros defende que o ressarcimento seria a consagração da reversibilidade, o que torna possível perceber o vigor liberal/capitalista por detrás. O pregado despertar do jurista leva a uma ampliação desse enfoque com o reconhecimento de outros valores sociais tão ou mais importantes que o financeiro, com o que a irreversibilidade dos fatos é inevitável para qualquer natureza jurídica da

controvérsia.

A doutrina nacional tem tratado de situações de reversibilidade e de irreversibilidade, mas mesmo nas situações identificadas como de irreversibilidade, a jurisprudência não tem hesitado em tutelar a urgência em muitos casos. Diante desse quadro foi produzida a teoria da irreversibilidade recíproca, aplicável nos casos em que houver previsibilidade de irreversibilidade no plano fático afetando tanto interesses da parte autora, quanto interesses da parte ré. Estando em tal situação, o juiz, em princípio, deve escolher o interesse preponderante na situação concreta em análise. O juiz concede a tutela de urgência se o interesse axiologicamente superior estiver a favor do autor ou indefere o pedido na situação inversa. Ocorre que a ausência de critérios para o estabelecimento da preponderância é permissora do arbítrio. Assim, é inescapável o assujeitamento da realidade através da teorização posta, tanto por permitir que o juiz defina situações de reversibilidade, quando isso é impossível, quanto para definição do interesse maior a ser protegido. Na crítica inovadora proposta foi sugerida a ultrapassagem da exigência da reversibilidade e conseqüentemente das teorias elaboradas em cima dessa premissa, por serem contrafactuais e, em seqüela, inevitavelmente solipsísticas, sintomáticas do positivismo guiado pela filosofia da consciência.

Em que pese a teoria da irreversibilidade tenha escancarada a arbitrariedade (discricionariedade) judicial de escolha do interesse preponderante da qual decorrerá a sua decisão. Essa flagrante arbitrariedade judicial não impede a doutrina nacional de defender a constitucionalidade da reversibilidade fática, entendendo que é demonstrativo do cuidado para a concessão das tutelas de urgência, em face da sua excepcionalidade e da regra do processo amplo. Todavia, há nesse discurso uma extremada valorização do processo ordinário contra a corrente tanto da tradição da *common law* quanto da *civil law*, onde a vereda é no sentido da valorização da técnica antecipatória no Processo. A criação de óbices que tornam preferenciais a ordinarização, com toda a vênia, não é constitucional, pelo menos não de acordo com a constituição atual pois resgataria o juiz burocrata do liberalismo europeu e não o democrático, com responsabilidades sociais. Não é constitucional e democrático dar preferência para o procedimento amplo, sumário ou para a técnica antecipatória, elas devem ser utilizadas quando cabíveis, cada qual na sua circunstância adequada, de conformidade com o Direito.

O reconhecimento da irreversibilidade dos efeitos de qualquer decisão que

verse sobre o mérito, que incida sobre os fatos controvertidos, fere de morte a dicotomização de mundo da vida e mundo do direito presente fortemente na produção jurídica criticada. Conseqüência disso, é proposta uma fissura para o rumo que o estudo da reversibilidade tem tomado. Está sendo defendida uma conexão com a realidade estimuladora de novas construções jurídicas mais atentas à realidade, permitindo o aprimoramento dessa ferramenta tão cara ao Direito Processual, especialmente quando ao escopo constitucional e democrático do processo. Há o despertar do jurista do seu sonho de autonomia asséptica positivista, onde são incessantes os ecos de uma fala pretensamente técnica e indiferente à alteridade, aos gritos de descontentamento da sociedade, à crise que assola o Direito e o Processo Civil, para uma perspectiva de Direito ainda autônomo, mas atento aos interesses sociais, especialmente, em relação à concretização das promessas constitucionais e democráticas. O choque de realidade na temática específica expõe que a concretude decorrente de qualquer decisão não pode ser reversível e essas repercussões fáticas irreversíveis devem ser consideradas da maneira mais ampla possível, inclusive em relação aos influxos na esfera individual e transindividual. Há, assim, a convocação dos juristas para desempenhar um novo papel, reescrito a partir do tópico da irreversibilidade, com o encargo de exercer suas atividades sem ignorar sua responsabilidade social, com objetivo democrático, nos limites constitucionais.

O contexto jurídico herdado produziu a dualidade de mundos dentro do qual foi introduzida a criticada reversibilidade fática. A origem da reversibilidade está na França em seu período positivista iluminista. Adotando a tese da acessoriedade cautelar era tido, o *référé* francês, como um instrumento processual inapto a causar prejuízo ao principal. Então, o seu conteúdo era estritamente jurídico processual, sem capacidade para causar prejuízos irreversíveis ao réu. Nesse limite jurídico processual, embasado na dualidade de mundos, a decisão amparada por cognição sumária, requisito do *référé* podia ser concedida e revogada sem efeitos práticos, o que atende à reversibilidade de direito. Aliás, está presente aí a premissa inquestionável de que a partir do momento em que uma decisão produz efeitos práticos não há mais reversibilidade. Todavia, o aprofundamento da produção científica a respeito deu maior força autonomizante a emancipatória ao mundo do direito em relação do mundo da vida. A doutrina assujeitadora do mundo da vida foi elevada e permitiu que os efeitos práticos também pudessem ser revertidos.

O apuramento científico autocentrado classificou a reversibilidade em jurídica

e fática. A primeira era a reversibilidade do mundo jurídico, onde a decisão em juízo perfunctório sempre admite ser revista de acordo com o aprofundamento cognitivo. É, assim, o ato jurídico judicial perfeitamente reversível, mutável por sua própria natureza. Estava aí a essência e a importância da reversibilidade para o Direito Processual. Se essa decisão reversível produzia efeitos no mundo da vida, isso se constituía em uma situação de menor importância em face da prevalência da tarefa cognitiva do plano jurídico processual. Para esse *minus* é que foi projetada a reversibilidade fática. Cabia ao juiz como representante desse plano jurídico predominante fazer com que a situação fática fosse reconstituída diante da reversibilidade jurídica da decisão concessiva de tutela.

Na tutela de urgência cautelar a reversibilidade jurídica importava nas variadas possibilidades judiciais de concessão, revogação, parcial ou integral, segundo a lógica do aprofundamento cognitivo da dinâmica processual, caracterizando a tutela provisória como inapta para atingir cognição exauriente e coisa julgada. A reversibilidade, desse modo, guarda íntima vinculação com a característica da revogabilidade das decisões. Estando, a tutela cautelar, de acordo com a doutrina da época, imersa no plano exclusivamente processual, sem objetivo satisfativo, sem conteúdo de direito material, apenas como acessório de um processo principal, não podia ter o condão de produzir efeitos irreversíveis na esfera jurídica do réu e se colateralmente produzisse deveria ser assegurado ao réu, no processo onde os ônus são sobretudo do autor, a possibilidade de ter completamente restaurada a situação anterior, na hipótese da revogação da tutela cautelar.

A evolução de concepções e conceitos do processo cautelar como da admissão de mérito próprio, ao que foi acrescida a possibilidade de mérito provisório ou temporário, além do definitivo, reforçou a autonomia do processo cautelar. Essas possibilidades meritórias ultrapassaram as teorias que vinculavam o mérito com a definitividade do julgamento. O exame do mérito nessa perspectiva estava atrelada ao alcance da coisa julgada material, marco positivista liberal para a produção de efeitos irreversíveis. Não sendo demais dizer que a própria unidade e unicidade do julgamento da causa restou superada desde que o Código de Processo Civil de 1973 passou a prever o julgamento antecipado parcial do mérito. Em período não muito distante, a defesa da temporariedade da tutela cautelar de Ovídio Baptista ensejou uma autonomia mais forte do que a italiana de Calamandrei, exigindo uma atenção maior para os efeitos práticos da tutela cautelar. Os efeitos práticos não seriam

advindos somente do processo de conhecimento ou de execução, mas também do processo cautelar. A vedação italiana do esgotamento da pretensão de mérito por *provvedimento d'urgenza* teve que ser repensado com a admissão de mérito nos processos cautelares, posto que ao mérito estava atrelada a condição para a produção de efeitos práticos. Ainda que fosse mantida a concepção da cautelar como acessório, não mais podia ser negada a ocorrência de efeitos práticos da decisão concessiva. Porém, o requisito da fumaça do bom direito sempre presente na tutela cautelar e impeditivo da cognição definitiva e formação da coisa julgada, para a doutrina banhada na reiteração histórica do posicionamento italiano e germânico, a defender que a tutela de urgência é outra coisa (*aliud*) e sempre menor (*minus*) do que a tutela buscada no processo principal, ainda não era possível enxergar que os efeitos práticos da tutela cautelar pudessem ser irreversíveis, preferindo ainda se convencer que a revogação da decisão concessiva da tutela cautelar importaria no retorno à situação anterior.

Na aproximação das espécies de tutelas de urgência cautelar e antecipada houve a comunhão da exigência da reversibilidade dos fatos. Na Itália, com a reforma do Código de Processo Civil de 2005, o poder geral de cautela foi ampliado para incorporar as tutelas antecipadas (cautelares satisfativas autônomas ou pseudo cautelares). Em outras palavras o poder geral de cautela passou a admitir medidas antecipatórias autônomas, com o senão de manterem sempre cognição sumária. Dessa forma, o julgamento exauriente exige outro processo autônomo, com ampla defesa e contraditório, respeitando o devido processo legal, quando ao final teria aptidão para produzir coisa julgada material. É perceptível a tentativa de equiparação de tutela antecipada e cautelar que levou alguns juristas a transportar para a tutela antecipada a mesma exigência da reversibilidade cautelar não produtiva de efeitos práticos. No Brasil, mesmo diante da preocupação com a distinção de tutela antecipada e cautelar, o pensamento da reversibilidade cautelar também foi introduzido na tutela antecipada, a ponto de manter no texto legal a exigência apenas para a tutela antecipada. Ainda guiado pela desconfiança da atuação judicial, pelo temor de abusos judiciais, resultante do percurso liberal estatal, em uma medida de maior gravidade pode ter parecido mais lógico exigir da tutela antecipada a reversibilidade fática. De todo modo o posicionamento nacional seguiu na contramão da doutrina alienígena que, como regra, não admite reversibilidade como requisito de qualquer tutela de urgência. A visão pátria sobre o tema é compatível com a tese

originária da instrumentalidade ao quadrado do processo cautelar, implicando no reconhecimento de que a tutela de urgência é incapaz de produzir efeitos práticos, sujeitando esses efeitos ao processo de conhecimento e de execução, reforçando a concepção de uma utilidade meramente jurídica processual para as tutelas de urgência, o que negligencia o indispensável aprofundamento preventivo das tutelas, desejável constitucional e democraticamente.

O panorama doutrinário brasileiro impingiu a classificação doutrinária da reversibilidade em processual (jurídica) e de fato. A primeira é muito próxima senão idêntica aos conteúdos dos efeitos processuais resultantes das reformas da decisão de urgência através do recurso ou da revogação implementada pelo próprio juiz que concedeu a tutela de urgência, tema sobre o qual não há uma crítica maior a não ser da preferência pelas terminologias últimas diante da consagração do uso no ordenamento jurídico pátrio. Porém, a crítica da tese não pode admitir a reversibilidade de fato, ou retorno à situação fática anterior, como se o fato jurídico fosse imune ao tempo, como se o mundo do direito fosse dissociado do mundo da vida, como se o juiz, tomado pela filosofia da consciência, pudesse sujeitar os fatos. A crítica da tese tem acrescida sua relevância quando o novo Código de Processo Civil de 2015 adota a classificação da reversibilidade fática. Nenhuma dúvida pode restar quando é alterada a terminologia anterior, a dicção “irreversibilidade do provimento antecipado”, para expressar a necessidade de “irreversibilidade dos efeitos da decisão”. De igual forma, o abarcamento da exigência, que está limitada à tutela antecipada de acordo com o texto processual, também para o processo cautelar, posta por parte da doutrina, aumenta a importância da crítica para inadmitir a reversibilidade de fatos para qualquer decisão.

Trabalhando com a concepção de extração interpretativa dos sentidos da lei, em face do panorama legislativo, uma parte da doutrina acaba atenuando a exigência, admitindo reversibilidade quando há a recomposição financeira ou a devolução do bem, seguindo a cartilha econômica-liberal, como se não tivesse havido ato ilícito ou dano. Calha que não há uma verdadeira reversibilidade nessas situações. A reversibilidade tem um sentido científico mais duro, como ocorre nas composições químicas, das transformações de gelo para água e vice-versa. Sem dúvida é devida a preocupação com a prevenção de dano ao réu ou a mitigação do mesmo de frente de uma tutela de urgência indevida, mas não pode ser desviada a atenção para o fato de que, no Direito, no exercício da jurisdição, o objeto do processo sempre pertence a

um estado de coisas. No processo o objeto da ação não pode ser visto em um isolamento atomístico, como nas ciências da natureza, mas circundado por inúmeros elementos, há um contexto temporal inolvidável. Inadmissível o reforço à estéril dualidade de mundos, ao abrigo do olimpo do jurista e do juiz, trazida com a admissão da reversibilidade fática. Há a conclamação para a responsabilidade do agir jurídico ante a irreversibilidade fática de qualquer tutela de urgência, com a concessão, denegação ou revogação, tanto em relação aos interesses do autor quanto para os do réu, investindo em estudos processuais aptos a trazerem progresso das formas de prevenção e recomposição.

Além do posicionamento referido há, na doutrina, quem discuta a dimensão limitada da reversibilidade como ressarcimento ou devolução do objeto, referindo que a reversibilidade deve trazer a restauração da situação anterior tal como se não tivesse havido a intervenção judicial. Essa concepção é diametralmente oposta à defendida na tese por contrariar frontalmente diversos vetores racionais hermenêuticos-filosóficos. Levada a rigor a referida exigência não seria permitida a concessão de nenhuma tutela de urgência. Salvo quando é dado ao juiz assujeitar o mundo da vida definindo conforme seu critério subjetivo quando uma situação é reversível ou não para o (seu) mundo jurídico. Acrescendo a angústia é verificável que a doutrina está longe de chegar a um senso comum, em face das bases conceituais distintas que ampliam as divergências teóricas, reforçando as possibilidades de múltiplas respostas para o mesmo caso concreto, consolidando o arbítrio judicial inconstitucional e antidemocrático para a concessão ou não da tutela de urgência.

A defesa brasileira da reversibilidade compactua, na realidade, com dualidades contrárias à viragem linguística e aos vetores racionais filosóficos. O resultado prático desse posicionamento é o surgimento de aporias jurídicas e criação de artifícios jurídicos tentando restabelecer a conexão das tutelas de urgência às exigências sociais e democráticas vinculadas à celeridade e efetividade do processo. A necessidade de criação de teses novas para afastar as aporias contribui para o desnecessário cientificismo, quando o mais adequado era simplesmente reconhecer a inevitabilidade do tempo para todos, constituidor do *Dasein*, para o qual o Direito ou qualquer espécie de conhecimento não consegue ser imune. Assim, é inexorável a irreversibilidade dos efeitos de todas as decisões a respeito de tutela de urgência, seja pra deferir ou indeferir o pedido de urgência, por sempre atingir a esfera prática e

temporal de sujeitos. O jurista deve descer de seu olimpo jurídico e assumir a responsabilidade de seus atos, devendo ter portanto profundo conhecimento do Direito. O julgador deve decidir com coerência e integridade, sem múltiplas possibilidades, para que sua decisão seja constitucional e democrática e não acabe sendo levado pela filosofia da consciência ou pela suposta objetividade da lei, guiado (in)conscientemente pelo método interpretativo, encobridor de interesses do *stablishment*.

Uma parte da doutrina tem criticado a exigência da reversibilidade, mas por argumentos muito distantes da tese. Uma das críticas incide no fato de que a jurisprudência pátria costuma conceder tutelas de urgência em situações de irreversibilidade. A aplicação da teoria da irreversibilidade recíproca é autorizativa desse proceder, portanto não haveria porque existir a previsão se há tutelas de urgência concedidas em situações irreversíveis. Defendem que o legislador agiu mal ao inserir a previsão textual legal, mas reconhecem a possibilidade de situações reversíveis e irreversíveis, quando a tese demonstra inexistir reversibilidade. Outros sugerem a inconstitucionalidade do dispositivo legal, mas com a possibilidade de “contorno”, por meio da ponderação judicial, para proteger o interesse maior, quando a ponderação axiológica não encontra critérios seguros no direito, fazendo surgir uma fissura jurídica pela qual entra o agir arbitrário, que na tese é frontalmente enfrentado na ocasião em que é defendida uma democracia constitucional. Por fim, alguns doutrinadores entendem que a irreversibilidade deve ser admitida quando o direito do autor tiver uma probabilidade maior, mas ainda presa à premissa contrariada na tese de situações reversíveis e irreversíveis. Na tese é destacada a presença de expressão textual processual infraconstitucional que é inexecutável atravancando a teoria e a prática que envolve as tutelas de urgência. Está sendo inadmitido o perecimento do direito em face de uma exigência inexecutável da legislação processual. O entendimento posto é de que a racionalidade jurídica constitucional e democrática tem aptidão para corrigir o problema textual legislativo, consistente na introdução de elemento solipsístico judicial, desobstruindo a construção teórica e a utilização pragmática da garantia constitucional e processual das tutelas de urgência.

Em todas essas visões, com maior ou menor obnubilamento, há o protagonismo judicial. Precipualemente para distinguir as situações de reversibilidade das de irreversibilidade e, depois, nas situações de irreversibilidade, confia na prudência do juiz para fazer prevalecer o valor maior na situação fática, onde a

ausência de critérios rígidos para a identificação do valor constitucional mais relevante acaba fazendo com que o juiz faça imperar o seu valor maior, em uma prática abusiva de pseudo ponderação, que prejudica a autonomia do Direito perante a correção moral ou política, fugindo de critérios exclusivamente jurídicos. De modo que a perspectiva positivista reinante, da relação sujeito-objeto, domina tanto o posicionamento que defende a reversibilidade quanto aquele que tece considerações críticas, encobrendo a irrefutável irreversibilidade. O voltar no tempo da concepção positivista da reversibilidade é exigência impossível, impedindo ou deixando a critério da consciência do julgador a utilização ou não desse instrumento processual tão importante que é o das tutelas de urgência, quando somente os critérios de Direito é que deveriam pautar sua concessão.

A irreversibilidade fática de todas as decisões a respeito de tutelas de urgência reivindica um aprofundamento dos instrumentos reparatórios, asseguratórios e preventivos para as hipóteses de concessão indevida e para ausência de concessão quando devida. A produção jurídica é toda no sentido de reconhecer o dever de indenizar do autor caso a decisão concessiva de tutela de urgência venha a ser revogada, reformada ou cassada, inclusive com defesa doutrinária majoritária da configuração de hipótese de responsabilidade objetiva. Contudo, não há maiores indagações para a hipótese em que a tutela de urgência requerida é indevidamente indeferida e o réu fica usufruindo durante todo o longo tramitar do processo de cognição ampliada de bem ou direito que não lhe cabia. Essa perspectiva de desequilíbrio das partes no processo é caudatária da cientificidade do liberalismo-burguês. Portanto, o processo atual reivindica um estudo aprofundado para buscar um equilíbrio constitucional e democrático. Não que essa crítica afaste a necessidade de cuidado para com o interesse do réu que será também irremediavelmente atingido com a concessão de uma tutela de urgência indevida. A par das possibilidades jurídicas de caução contracautela ou caução substitutiva é defendida a necessidade de novos olhares a respeito, com previsão de institutos condizentes. Da mesma forma que a tese discrepa do processo ordinário do réu, também não há um assentir com um processo do autor, em que todas as tutelas possam ter antecipação sem maiores precauções. É de ser buscado um equilíbrio, uma isonomia, inerente à democracia e ao processo constitucional defendido.

A censura ao protagonismo judicial não redundará no enfraquecimento ou redução do Judiciário. Somente um Judiciário forte pode ser capaz de corrigir as

distorções de outras funções do Estado. Na tese há um texto legal inadequado e inoportuno produzido pelo legislativo a ser corrigido na atuação judicial, reforçando a efetividade das tutelas e do Direito. O agir judicial, nos estritos limites constitucionais e jurídicos, deve ser garantidor do convívio social com paz e liberdade, trincheira intransponível para o retrocesso social, mas além disso afeiçoado ao progresso democrático. Na hodiernidade não mais cabe no juiz a roupagem refratária e imobilista do juiz boca da lei, sua conduta não pode ter tratamento e preocupação exclusivamente jurídica, do mundo do direito, destituído de consequências práticas. O juiz passivo do modelo positivista legalista dá lugar a um juiz reativo, que no reforço da atuação das partes, presta o serviço constitucional e democraticamente esperado. Nesse agir o julgador deve estar ciente das interações e intercâmbios nas mais variadas esferas e níveis, a reclamar a vivificação da conduta judicial de modo a imprimir avanços qualitativos e quantitativos na sociedade, inclusive no âmbito socioeconômico, em caráter de exceção, fundamentada na necessidade de consecução dos fins constitucionais e democráticos.

O fortalecimento da atuação judicial traduz uma legitimação democrática dado que não acontece em prol do engrandecimento da autoridade para e pela autoridade, mas para a democracia e pela democracia. Constitui, portanto, um agir com moderação heroica, em um equilíbrio do desempenho da atribuição constitucional, sem desbordar para o autoritário. Não está sendo escudado um Judiciário absoluto, onde todos os demais poderes sejam subservientes a ele, mas com autonomia suficiente a viabilizar uma atuação capaz de impedir abusos e inércias das demais funções estatais atentatórias contra garantias individuais e direitos sociais. O ativismo judicial, o atropelamento do ordenamento jurídico pelo juiz, fazendo prevalecer a sua subjetividade, não é bem vindo. Está inadmitida uma atuação judicial impositiva e hierarquizada despreocupada com o Direito. Há conquista social constitucional do devido processo legal que força a circularidade processual apta a controlar eventuais abusos, na medida em que as partes sempre terão os mecanismos próprios de controle, viabilizados através de petições em primeiro e segundo grau, vitais para o reconhecimento da constitucionalidade e juridicidade ou inconstitucionalidade e antijuridicidade do ato judicial. Está presente, desse modo, a legitimação democrática do povo, atendendo ao postulado de que o poder emana dele, da base, dos cidadãos, que através do processo e da tutela judicial volta a repercutir neles entrelaçando os fins constitucionais e democráticos.

No processo e no tema da reversibilidade o reforço do papel judicial não relega a necessidade de ter sempre presente a preocupação com a garantia de influência e não surpresa da decisão, favorecendo o contraditório e ampla defesa. Isso acarreta a necessidade de ouvir as partes antes de decidir, mesmo em questões de ordem pública, conjugando os referidos princípios processuais com os do processo cooperativo e colaborativo, perseguindo uma dialética edificante do processo constitucional e democrático brasileiro. No entanto, o caráter dinâmico e participativo pode exigir do juiz uma atuação de ofício, sem prejuízo do asseguramento da posterior participação das partes com eventual adequação do decidido. Tal situação é verificável quando houver risco à efetividade da decisão, em caráter excepcionalíssimo, que não elimina os referidos princípios, mas apenas os tem de forma diferida. Com isso, não é dado ao juiz esconder-se nos princípios dialéticos e da decisão surpresa para ser conivente com a concretização de dano. A supremacia da Constituição, a priorizar o âmbito público da atuação judicial em detrimento da dimensão privada, impõe um agir judicial atribuidor e potencializador do sentido constitucional com aptidão para um excepcionalíssimo agir de ofício, com indispensável contraditório diferido.

O estudo mostrou uma estreita conexão da crise jurídica processual com o modelo político liberal econômico egoístico, com a cientificidade positivista, guiada pela relação sujeito-objeto. A crise jurídica processual parte do distanciamento social provocado pelo aprisionamento a esses paradigmas. O enfrentamento da crise passa pela ultrapassagem dos padrões ultrapassados referidos para admitir um fim constitucional e democrático no Direito e no Processo Civil, em face do pressuposto da viragem linguística e da condição de possibilidade hermenêutica-filosófica, apta a propiciar a reaproximação, sem ficar sujeita a um arriscado protagonismo judicial, cuja dinâmica é dependente de uma predação extrínseca do Direito. O Direito com o perfil criticado é aquele que valoriza a separação de mundos, mais propriamente tem sua atenção quase que exclusivamente voltada para o mundo do Direito, em detrimento do mundo da vida, com aceite para elementos que conduzem ao arbítrio judicial, como o da exigência da reversibilidade a condicionar a utilização das tutelas de urgência. Esse Direito ignora o *Dasein*, a intersubjetividade compreensiva, a predispor o Direito vivo, o acontecer constitucional no Direito e no Processo Civil. O Processo Civil dessa linhagem censurada é aquele que prefere a amplitude procedimental, o juízo de certeza, da relação sujeito-objeto, à técnica antecipatória apta a, nos limites do Direito,

imprimir celeridade, com inquietude pragmática. No Processo liberal-econômico prevalece o caráter individual da tutela, a reparação do dano, a transformação de direitos em pecúnia, em detrimento da transindividualidade de interesses, da pluralidade, da preventividade conservativa do direito na sua natureza originária de feições democrática constitucional.

A condição de possibilidade hermenêutica-filosófica não depõe contra a autonomia das ciências, em geral, e do Direito, em particular. Seus *standards* de racionalidade não almejam invalidar todo o discurso teórico construído especificadamente, através de uma linguagem própria, mas permitir o aperfeiçoamento da produção científica jurídica. Os antecedentes necessários da tradição hermenêutica, da história efetual, apontam para a imprescindibilidade de respeito ao plano hermenêutico nas construções científicas, sem prejuízo de adoção, no plano apofântico, de critérios de investigação e validação própria. Produções que, após testadas, conduzirão à produção de novos conhecimentos científicos. Há uma base científica, portanto, em cima da qual é possível a especificidade do conhecimento. Acontece que essa linha de encadeamento do desenvolvimento jurídico científico não é obedecido pela exigência da reversibilidade. O estudo revelou que a base hermenêutica-filosófica foi ignorada o que desencadeou construções técnicas jurídicas inapropriadas. Nessa sucessão de problemas houve, no Direito brasileiro, a incorporação de elemento de ordenamento jurídico estrangeiro que, sem surpresa, ganhou uma conotação completamente distante de sua base original exatamente pela sua desde sempre inconsistência latente, decorrente da inobservância do hermenêutico-filosófico. O aprofundamento hermenêutico é revelador da inexistência da reversibilidade, mesmo em decisões que versem sobre tutelas de urgência. Esse fundamento é útil para obstar as produções jurídicas desde o nascedouro alienígena, que contribuiria para fazer ver que o processo cautelar nunca foi a única possibilidade de tutela de urgência e nunca produziu eficácia exclusivamente processual. Outrossim, o pilar da reversibilidade jurídica, incorporada ao tema da revogabilidade, nunca foi apto a sustentar a reversibilidade fática, conduzida pelo positivismo da filosofia da consciência, abonador do arbítrio antidemocrático.

A reflexão científica cuja pujança decorreu da predominância antropocêntrica que ocupou o lugarteocêntrico já seria suficiente para afastar a metafísica restauração da situação anterior. Porém, a centralização do homem ganhou tamanha força, o

papel do sujeito foi tão engrandecido, que passou a ser assujeitador do ente. A equivalência coerente no Direito não poderia deixar de acontecer, enleando todas as suas emanções, inclusive a da (ir)reversibilidade. O antropocentrismo foi responsável pelo positivismo jurídico, cuja tese legalista buscava uma correspondência textual legal, que seria impeditiva da reversibilidade dos fatos precipuamente pela inviabilidade de correspondência subsuntiva. Porém, a amplificação do sujeito instalou a hegemonia da filosofia da consciência, com o que o positivismo jurídico passou a apostar no protagonismo judicial. Nessa segunda fase é que ganha destaque a introdução da exigência da reversibilidade fática como aparato jurídico para que o juiz possa ter arbítrio na sua tarefa de apreciação de pedidos de tutelas de urgência.

A pujança positivista da lei não tem o condão de validar inconsistências fáticas. A cooriginalidade não permite que o Direito faça prevalecer pragmaticamente algo que não tem sustentação hermenêutica-filosófica. Ainda que constituído em hábito jurídico do dado desde sempre há a tarefa de depuração, desnudando a essência escondida por detrás, aperfeiçoando o jurídico através da sintonia com o pragmático. Por conseguinte, quando a reversibilidade ganha status de exigência legal, passando a ter um sentido adjudicado e repetido irrefletidamente, não só por isso está eximido de uma testagem mais profunda. Muito pelo contrário, o fator racional não admite dogmas, está sempre atento para revisões e aperfeiçoamento do conhecimento, inclusive do jurídico. O jurídico não pode ser refém, portanto, das atribuições conceituais e significativas pré-dadas, muito menos consubstanciada em condição metafísica, que devem ser desnudadas, como a da exigência da reversibilidade. O acréscimo do epílogo constitucional e democrático no Direito pressupõe uma dinâmica jurídica a exigir que todas as teorias jurídicas estejam sempre prontas para serem qualificadas.

No plano da racionalidade jurídica processual atual existe contraponto suficiente a rechaçar a concepção de tutela de urgência condicionada à reversibilidade. A uma porque com a concepção de tutelas antecipadas de urgência, mesmo que com a nomenclatura de cautelares satisfativas ou pseudo cautelares, é inegável a atribuição de efeitos fáticos às tutelas de urgência. A duas porque, mesmo que fosse admitida ainda falar apenas de tutela de urgência cautelar com objetivo de asseguramento do processo principal, não seria mais concebível que a mesma não tenha eficácia no mundo da vida. Posição que inclusive reforça a autonomia cautelar.

Ademais, parece mais apropriado atribuir um campo específico de atuação fática para a tutela cautelar, no asseguramento da situação acautelanda. À vista disso, o discurso científico processual aponta para o reconhecimento da revogabilidade e modificabilidade das decisões de urgência marcadas pelo signo da cognição sumária, sem qualquer confusão com a reversibilidade fática, bem como para a realização pragmática de efeitos de todas as decisões a respeito de tutelas de urgência, com a sua consequente irreversibilidade.

Na seara filosófica é vista na exigência da reversibilidade fática a nítida dualidade de mundo dos fatos e mundo do direito, com um fechamento aferrado da ciência jurídica. Nesse enclausuramento pernicioso a lei é suficiente para impor a reversibilidade no mundo do direito. Reversibilidade jurídica que é assujeitadora da realidade, na medida em que passa a ser possível que a situação fática seja restaurada tal como era antes da decisão. Não pode haver dúvida de que da objetividade legalista sobreveio a filosofia da consciência a outorgar ao sujeito o poder de amoldar o pragmático depreendendo para si e fazendo valer para o Direito quais seriam ou não situações reversíveis e irreversíveis. Nada obstante, o *Dasein* é obstativo do assujeitamento referido. O fundamento significativo e ressignificativo na historicidade do ser, do *Dasein*, não afasta a exigência das proposições guiadas pelo ente linguístico, assumindo validade e expressando a realidade. Ao ignorar o *Dasein* o sentido exclusivamente jurídico perde concreção fática. A fuga do pragmático atenta contra vetores de racionalidade hermenêutico-filosóficos, é gerador de aporias, que exigem teorias em cima de teorias na busca de solução, em um procedimento autofágico, distanciador de Direito e sociedade. Na melhor das hipóteses surge uma teoria, como no caso a da irreversibilidade recíproca, que viabiliza efeitos práticos, mas escamoteia a inconsistência filosófica, refreando uma correção condizente, apta a sanear definitivamente o problema, com o que as gafes jurídicas continuam tendo uma ampla área de incidência. Crucial, portanto, o reforço da unidade de mundos, não na intenção de afrontar a ciência e nem negar a sua autonomia, mas de advertir que a postura criticada incentiva um cientificismo inócuo complicador da crise do Direito e do Processo. Nunca pode ser perdido de vista que o Direito deve ter idoneidade para trabalhar com as complexidades sociais, na persecução de uma meta constitucional e democrática.

Dentre as possibilidades acobertadas com a adoção perfunctória da teoria da irreversibilidade recíproca está o do subjetivismo da pretensa objetividade legalista

positivista. A viragem linguística destapa que o sujeito não tem acesso direto ao sentido do texto e quando pretensamente indica a vontade do texto está expressando a sua vontade. Há um sentido produzido pelo intérprete que, ante a ausência de validade, na realidade, alcança uma maior amplitude para a significação arbitrária. Porém, para a expectativa positivista, o sujeito deverá alcançar o sentido unívoco, fazendo valer o método interpretativo mais adequado. Nessa tarefa, de buscar uma pureza de sentido do Direito, as lides são submetidas a um fatiamento metodológico (“*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*”) enganosamente científico, mas que, no final das contas, não afasta o sentido que o intérprete deseja, explicitando a ausência de fundamento, que em um ambiente de reiteração de casos, como na exigência da reversibilidade para todas as situações de urgência, acabam fazendo prevalecer o interesse político predominante.

A hermenêutica não é metodológica e não admite fatiamentos, sendo sempre produtora de sentidos. A limitação ao arbítrio da unidade indissociável entre palavra e coisa, sem assenhoramento, pois a compreensão do ser é balizada pelo ente, nesse seu inevitável pertencimento a um mundo de sentidos. Nessa imersão o ser é sempre significador e ressignificador do ente, contextualizado nos limites, cativo do seu engolfamento histórico efetual. O texto legal ganha força nessa ótica. O jurista deve encarar o texto de forma séria, permitir que o texto diga algo, não para a entificação do texto legal permissora de uma aplicação subsuntiva, mas para uma adjudicação de sentidos pós viragem linguística. O texto, na mediação linguística do ser-aí, ainda que pertinente ao campo jurídico, depreende uma dialética intersubjetiva não reducionista objetivamente. Na dialética textual presente está o sentido do texto e do contexto, da palavra falada e calada, do dito e do não dito. Essas correlações instituem o enigma dialético do uno e do múltiplo, que não estrai sentido da palavra sozinha, somando as palavras do texto para a adjudicação de um sentido contextual. O contexto inclui também o não dito, a trazer a significação, de acordo com a linguagem, com a experiência de mundo, de onde o mesmo texto é produtor de inúmeras ressignificações. A virtuosidade do círculo hermenêutico, na condição contextual referida, é pressuposta da leitura da parte para o todo e do todo para a parte, com antecipação de sentidos e transcendência na produção de sentidos. Na tradição do texto há a comunhão do passado com o presente no ser-aí, onde as portas estão abertas para o sentido futuro, a ser construído no Direito em conformidade com critérios racionais legítimos, razão pela qual é inadmissível a dissociação factual do

requisito da reversibilidade.

O discurso posto não desmerece a utilização de termos técnicos. O Direito utiliza dos mesmos. Não raro esses termos acabam alcançando significados diversos do linguajar comum. Todavia a especialidade semântica deve estar amparada em validação científica, o que não é verificável com o requisito da reversibilidade fática, que é utilizado em seu sentido vulgar a impor uma exigência sem qualquer sustentação técnica ou pragmática. Se expressões polissêmicas ou vagas devem ser evitadas, na medida do possível, favorecendo um linguajar mais rigoroso, na busca do desenvolvimento do próprio Direito, não menos deve ser dito para o termo jurídico que provoca uma desconexão com a realidade.

Enfim, a filosofia hermenêutica de Heidegger e hermenêutica-filosófica de Gadamer traz *standards* racionais intransponíveis pela reversibilidade fática. A existência ou subsistência estão dadas e ao serem postas de lado pelo legislador requerem aprofundado estudo para a solução. A irreversibilidade é condição temporal do ser-aí, para todos e para tudo. Fechar os olhos para o tempo, para a finitude e para a irreversibilidade no Direito agrava a crise, distanciando o jurídico do social, dá uma sensação de segurança enganadora ao jurista, pois acaba tendo que confiar no protagonismo judicial, como no caso da reversibilidade. O *Dasein* torna compreensível que o mundo continuará tendo todos os fatos irreversíveis ainda que o texto legal diga outra coisa. Há uma dura realidade, uma revolução hermenêutica, a ser encarada pelo jurista viabilizante do diagnóstico da crise retratada na tese, no Direito e no Processo Civil, a partir da qual poderão ser enxergados os caminhos para o profícuo enfrentamento da mesma. Por esse ângulo, o enfrentamento enseja a inserção de um objetivo constitucional democrático, autorizativo de uma dinâmica jurídica atada ao desenvolvimento com coerência e integridade, sem prejuízo à autonomia do Direito, em face da condição de possibilidade encetada pela viragem linguística, na relação intersubjetiva hermenêutica-filosófica.

## REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino; COSTA FILHO, Venceslau Tavares. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de Terminología Procesal**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1972.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia de Proceso (1945-1972)**. Tomo I. Números 1-11. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

ALVAREZ GARDIOL, Ariel. **Manual de Filosofía del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1998.

AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. **Manual de Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARIETA, Giovanni. **Iprovvedimenti D'Urgenza**. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1982.

AROCA, Juan Montero. **Constitucionalización del Proceso Civil**. Santo Domingo, República Dominicana: Escuela Nacional de La Judicatura: Editora Buho, 2005.

AROCA, Juan Montero. **El Derecho Procesal en el siglo XX**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

AROCA, Juan Montero. **Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano**. Lima: Enmarce, 1999.

AROCA, Juan Montero. **La herencia procesal española**. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie C: Estudios Históricos, nº 39, 1994.

AROCA, Juan Montero. **Proceso Civil e Ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia. **Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore Milano, 1958.

BACCELLI, Luca. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **As ações cautelares e o novo Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Volume 2. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do Processo Cautelar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI, nº 34, Mar-Abril, 2005.

BARTHES, Roland. **El susurro de lenguaje más allá de la palabra y de la escritura**. Barcelona – Buenos Aires – México: Paidós, 1987.

BELLAMY, Richard e CASTIGLIONE, Dario. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BENASSE, Marcos Antônio. **Tutela antecipada em caso de irreversibilidade**. Campinas: Bookseller, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 4ª ed. Brasília: UnB, 1985.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Liberdade e democracia**. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito. Filosofia e metodologia jurídicas**. Tradução de Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007.

BONGIOVANNI, Giorgio. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

BRAIN, Renzo Cavani. Coordinador. **La garantía constitucional Del contradictorio**. Estudios sobre las medidas cautelares em el processo civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Normas Legales. 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALVOSA, Carlo. **La tutela Cautelare (Profilo Sistemico)**. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1963.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. COSTA, José de Faria. **Ars Iudicandi**: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves - Filosofia, Teoria e Metodologia. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAPELLETTI, Mauro. **Ideologias no Direito Processual**. Apresentação de Álvaro de Oliveira e tradução de Hermes Zaneti Júnior. Processo, Ideologias e Sociedade, Vol. 2. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010.

CAPELLETTI, Mauro. Ideologie nel Diritto Processuale. Milano: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 193-219, 1962.

CAPELLETTI, Mauro. **Opere Giuridiche**. Vol. I. Napoli: Morano Editore, 1965.

CAPELLETTI, Mauro. **O Processo Civil no Direito Comparado**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Clássicos do Direito. Belo Horizonte: Líder, 2001.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Arte Del Derecho (Seis meditaciones sobre el Derecho)**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa – America, 1948.

CARNELUTTI, Francesco. **Cómo se hace un Processo**. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. 3ª ed. Bogotá: Colômbia, Editorial Temis, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Libreria El Foro, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del Proceso Civil**. Traducción de La

Quinta Edición Italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus – Livraria e Editora Jurídica Senador Francisco Stedile, 2000.

CARPENA, Márcio Louzada. **Do Processo Cautelar moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASALINI, Brunella. In: Costa, Pietro e Zolo, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CASSIER, Ernst. **Linguagem e mito**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CASTORIADIS, Cornelius. **Socialismo ou barbárie**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CHASE, OSCAR G. Direito, Cultura e Ritual. **Sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Tradução: Sergio Arenhart, Gustavo Osa. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHAUÍ, Marilena. In LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. Trad. De Isabel Marva Loureiro. São Paulo: Brasiliense, 1983.

CHIAVASSA, Tércio. **Tutelas de Urgência cassadas. A recomposição do dano**. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2004.

CHIOVENDA, José. **Principios de Derecho Procesal Civil**. Traducción Española de La Tercera Edición Italiana Prólogo y Notas Del José Casáis y Santaló. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1922.

COUTURE, EDUARDO J. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Ayres: Ediar Soc. Anón. Editores, 1948.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. Tradução: Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

COSTA, Pietro. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, Teoria, Crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CRUET, Juan. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: Antiga Casa Bertrand, José Bastos & C. A. Livraria Editora, 1908.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. **A lide cautelar no Processo Civil**. Curitiba: Juruá Editora, 1992.

CUNHA, Leonardo. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle (Org). **Comentários ao**

**Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2016.

DAMASKA, Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.

DAMASKA, Mirjan. **I Volti della Gistizia e del Potere: Analisi Comparatistica del Processo.** Edizione originale: The faces of justice and State Authority. Trad. Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società Editrice il Mulino, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil.** 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DONDI, Ângelo Taruffo. Comparatista: uno Sguardo Originale ai Problemi del Processo Civile. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.** Milano, vol. 69, nº 2, p. 485-518, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ELESBÃO JÚNIOR, Aristóteles Camargo; PEIXOTO, Adriana; RIBEIRO, Darci Guimarães; ESTROUGO, Mônica Guazzelli; HEERDT, Paulo e CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão. **Tutela de urgência.** Porto Alegre: Síntese, 1997.

ELY, John Hart. **Democracia y desconfianza: una teoria del control constitucional.** Traducción de Magdalena Holguín. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de Los Andes, 1997.

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENGELMANN, Wilson. "No princípio era o Verbo... A linguagem como condição de possibilidade para o acontecer do princípio da igualdade a partir dos direitos humanos". **Revista Eletrônica Direito e Política.** Programa de pós-graduação stricto sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, Vol. 3, nº 3, 3º quadrimestre de 2008.

FERRAJOLI, Luigi. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica.** México: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Vol. 1. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Vol 2. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** 2ª ed.

Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. **Filosofía y retórica del iusnaturalismo**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

GARCÍA-HUIDOBRO. **Hermenêutica Analógica: Paradigma Del Pensar Latinoamericano**. Contextos de la Hermenéutica Analógica. Ricardo Blanco Beledo (Compilador). México: Editorial Torres Asociados, 2006.

GARDIOL, Ariel Alvarez. **Derecho y Realidade. Notas de Teoria Sociológica**. Rosário: Editorial Júris, 2005.

GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. **Proceso Civil e ideologia. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Coordinador: Juan Montero Aroca. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol 3. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de Direito Natural. Cartas sôbre a usura – Minutas – Correspondência – Documentos**. Rio de Janeiro: Edição crítica de M. Rodrigues Lapa, 1957.

GOULAR, Clóvis de Souto. **Teoria do Direito e do Estado**. Leonel Severo Rocha – Organizador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

GOZZI, Gustavo. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, Leonardo. **Desvendando o novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GROSSI, Paolo: **Mitologia jurídica de la Modernidad**. Título original: Mitologie giuridiche della modernità. Madrid: Editorial Trotta. Giuffrè Editore. Manuel Martínez Neira, 2003.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Apresentação e tradução: Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

GROSSI, Paolo. Un Diritto Senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale). **Quaderni Fiorentini**. Per la storia del pensiero giuridico moderno, 25. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução: Edson Bini. São Paulo:

Quartier Latin do Brasil, 2005.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional. Doctrina jurídica contemporánea.** México: UNAM – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional. Ensaio políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre factividade e validade.** Volumes I e II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **El discurso filosófico de la Modernidad.** Versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación en el capitalismo tardío.** Colección Teorema. Traducción de José Luis Etcheverry. Madrid: Ediciones Cátedra, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Jürgen Habermas fala a Tempo Brasileiro. In: **Revista Tempo Brasileiro.** Vol. 5. nº 21. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. Trimestral, 1989.

HABERMAS, Jürgen; Rawls, John; VALLESPÍN, Fernando. **Jürgen Habermas e John Rawls. Debate Sobre El Liberalismo Político.** Pensamiento Contemporáneo. Colección dirigida por Manuel Cruz. Barcelona - Buenos Aires - México: Paidós, Universidad Autónoma de Bardelona, 2000.

HADOT, Pierre. **Qué es la Filosofía Antigua?** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HEIDEGGER, Martin. **A teoria Platônica da Verdade. Marcas do caminho.** Trad. de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Petropolis: Vozes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia:** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje.** Trad. Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução: Peter Naumann. Coleção: Filosofia – 155. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo Civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodore: **A indústria cultural. O Iluminismo como mistificação de massas.** Lima, Luiz Costa (org.). Teoria da Cultura de Massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. Título original: Der Kampf um's Recht. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2008.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Roma: Giuffrè, 1979.

JUNOY, Joan Picó. **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1997.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del derecho em la posmodernidad**. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Editorial Temis S. A., 1998.

KLIMOVSKY, Gregorio. **Las desventuras del conocimiento científico. Una introducción a la epistemología**. 3ª ed. Buenos Aires: A-Z Editora S. A., 1997.

LAQUIÈZE, Alain. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia de la ciencia del Derecho**. Tradução de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

LATOURET, Bruno; WOOLGAR, Steve. **A vida de laboratório. A produção dos fatos científicos**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1563/1586.

LECHNER, Norbert. **La democratización en el contexto de una cultura postmoderna**. Cultura Política Y Democratización. FLACSO, CLACSO, ICI, 1987.

LORETTONI, ANNA. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia do Direito**. Vol. II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo Cautelar. Curso de Processo Civil**. Vol. 4. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência. Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2nd ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Biblioteca Procesal. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MERRYMAN, John Henry. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *Civil Law*. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à técnica antecipatória**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2014.

MITIDIERO, Daniel. In: **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. Organizadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr. Eduardo Talamini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel e TARUFFO, Michele. **A justiça civil – Da Itália ao Brasil, dos Setecentos a hoje**. São Paulo: Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Voltaire de Lima. **Novo Código de Processo Civil anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 82ª ed., Tradução: Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**. Ano VI. nº. 34. Mar-Abril, 2005.

NARVÁEZ HERNANDEZ, José Ramón: La crisis de la codificación y la Historia Del Derecho. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**. ISSN-e 0188-0837, nº. 15, 2003, págs. 191-215.

NERY JUNIOR, Nelson. Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 7ª ed. São Paulo: Gen/Editora Método, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 1987.

NOSETE, José Almagro. **Responsabilidad judicial**. Série: Derecho y Justicia 10. Córdoba: Ediciones El Almendro, 1984.

NUNES, Dierle. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Efetividade e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Thomsom Reuters, Vol. 836/2005, 2005, p. 11/33.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na Filosofia Contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A Constituição viva. Poder Constituinte permanente e cláusulas pétreas na democracia participativa**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2016.

PELAYO, Manuel Garcia. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. 2ª ed. Madrid: Alianza Universidad, 1995.

PELBART, Peter Pál. **Filosofia de la deserción. Nihilismo, loucura y comunidad**. Traducción y notas Santiago García Navarro y Andrés Bracony. Buenos Aires: Tinta Limón, 2009.

PENA, Hugo. Direito subjetivo na era dos códigos e das constituições: o problema da indefinição de conteúdo, em perspectiva histórica. **Quaestio Iuris**. Vol. 7, nº 2, Rio de Janeiro, 2014.

PICARDI, Nicola. **Do Juízo ao Processo. Jurisdição e Processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINO, Giorgio. **Il positivismo jurídico di fronte allo stato costituzionale. Analisi e diritto**. Torino: Giappichelli, 1998.

PINO, Giorgio. **Ricerche di Giurisprudenza Analítica**. Torino: Giappichelli, 1999.

PINKER, Steven. **O Novo Iluminismo. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução: Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S. A, 2018.

PORTINARO, Pier Paolo. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RASELLI, Alessandro. **Il potere discrezionale del Giudice Civile**. Padova: Casa Editrice Dott. A. Milani, 1927.

REALE, Miguel. **Direito Natural/Direito Positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REHBINDER, Manfred. **Sociología del Derecho**. Madrid: Pirámide, 1981.

RIBEIRO, Darci Guimarães; FÉLIX, Marco (Orgs.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da Tutela Jurisdicional às formas de Tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro. Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas epistemológicas do Direito Subjetivo. **Revista da AJURIS**. Ano XXXVIII. Nº. 121. Março de 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. 4ª ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória. Tutela de Urgência e Tutela de Evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. Coleção Liebman. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

ROIG, Rafael de Asis. **Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A., 1995.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad**. Barcelona: Paidós, 2010.

ROUANET, Sergio Paulo. Ética iluminista e ética discursiva. **Revista Tempo Brasileiro**. Vol. 5. Nº. 21. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, ed. trimestral, 1989.

RUFFLA, Paolo Biscaretti. **Democracia**. Enciclopédia Del Diritto. Milano: Guffià Editore, 1960.

SANCHES, Sydney. **Poder cautelar geral do juiz (no Processo Civil brasileiro)**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1978.

SANTORO, Emilio. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del Derecho Romano actual**. Tomo I. 1879. México: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2004.

SAVIGNY, F. de. **De la vocación de nuestra epoca para la legislación y la ciencia**. Madrid: Aguilar, 1970

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de Urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVA, Jaqueline Mielke. **A Tutela Provisória no novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

SÓFOCLES. **Antígone** (c. 496 AC-406 AC). Tradução: J. B. de Mello e Souza. Versão para e-book eBooksBrasil.com. Fonte Digital. Digitalização do livro em papel. Clássicos Jackson, Vol. XXII. Diagramação adaptada aos formatos de eBook disponíveis. 2005-Sófocles.

SOUSA, J. P. Galvão. **O positivismo jurídico e o Direito Natural**. São Paulo: Imprimatur Mons. Ernesto de Paula. Vig. Geral, 1940.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: Limites de um paradigma**. Parte III. Ijuí: Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença. Filosofia e conhecimento empírico**. Ijuí: Unijuí, 2002.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as Ciências Humanas**. 2 ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

STEIN, Ernildo: Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e epistemologia: 50 Anos de Verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STEINER, George. **Pasión intacta. Ensayos 1978-1995**. Traducción de Menchú Gutiérrez y Encarna Castejón. Santafé de Bogotá: Ediciones Siruela, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. Aliança estratégica com o positivismo. **Conjur**: Maio/2016. Disponível em [www.conjur.com.br/](http://www.conjur.com.br/). Acesso em 27/09/2019.

STRECK, Lenio Luiz. A necessária constitucionalização do Direito: o óbvio a ser desvelado. **Revista Direito, Santa Cruz do Sul**, Nº. 9/10, pág. 51-67, Janeiro/Dezembro 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos jurídicos**. Disponível em: [www.univali.br/periódicos](http://www.univali.br/periódicos), p. 158/173. Acesso em 27/09/2019. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 15, n.1, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Desvendando o Novo CPC**. Organizadores: Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e applicatio jurídica: a concreta realização normativa do direito como superação da interpretação jurídico-metafísica-objetificante. In: DIAS, Jorge de Figueiredo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria. **Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves – Filosofia, Teoria e Metodologia**. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 1113-1155.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-Junho, 2009. p. 65-77.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e possibilidades críticas do Direito: Ensaio sobre a cegueira positivista. **Revista Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, n.º. 52, p.146, jan/jun. 2008

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Interpretação a Constituição Sísifo e a tarefa do hermenêuta. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. Vol. 1. n.º. 5. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4º ed. Porto Alegre: Thomsom Reuters: Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Aliança estratégica com o positivismo**. Conjur, Maio/2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Org). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor; DIETRICH William Galle. O que o Processo Civil precisa aprender com a linguagem? **Revista Brasileira de Direito**. Vol. 13, n.º 2, Mai-Ago/2017.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. In: O Problema do Ativismo Judicial: Uma análise do Caso MS3326. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5. Número Especial, 2015, p. 52-62.

TARELLO, Giovanni. **Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del Diritto**. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1974.

TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della legge**. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1980.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del Diritto**. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Nº 59. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TARUFFO, Michele. Il Processo Civile di *Civil Law* e di *Common Law*. Aspetti Fondamentali, Sui Confini. Scritti Sulla Giustizia Civile. Bologna: Il Mulino 2002.

TARUFFO, Michele. **La Prueba, artículos y conferencias**. Primera edición. Monografías Jurídicas Universitas. Chile: Editorial Metropolitana, 2009.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Segunda edición. Traducción de Jordi Ferer Beltrán. Madrid: Trotta, 2005.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichikeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. São Paulo: Revista Direito GV, 2012.

TEIXEIRA, Anderson Vichikeski. O Direito adquirido e o Direito Intertemporal a partir do debate entre Roubier e Gabba. **Revista da Procuradoria Geral do Rio Grande do Sul**. Vol. 29. nº 61, 2005, p. 135-160.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume II. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23ª ed., São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2006.

TODOROV, Tzvetan. **Crítica de la Crítica**. Traducción de José Sánchez Lecuna. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 1991.

TESSER, André Luiz Bauml. **Código de Processo Civil Anotado**. Coordenadores: José Rogério Cruz e Tucci, Manoel Caetano Ferreira Filho, Ricardo de Carvalho Aprigliano, Rogéria Fagundes Dotti, Sandro Gilbert Martins. São Paulo: AAsp e OAB/pr, 2015.

TRIVIÑO, José Luis Peres: **Algunos modelos de autoridad suprema en un orden Jurídico. Análisi e diritto 1998. Ricerche di Giurisprudenza Analítica**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

VATTIMO, Gianni. **El fin de la Modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura posmoderna**. Colección Hombre Y Sociedad. Serie Mediaciones. Traducción: Alberto L. Bixio. 2ª edición. Barcelona: Editorial Gedisa S. A., 1987.

VERA, Javier Arturo Torres. **Jurisdicción y cautela**. Santiago de Chile: Editorial

Jurídica de Chile, 1965.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A Luta pelo Estado de Direito*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLEY, Michel. **O Direito e os Direitos Humanos**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de Direito - *Civil Law e Common Law*. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, Vol. 57, nº. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2015.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A.M.Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Petrópolis: Vozes, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. **Revista Crítica Jurídica**. Nº 19, Jul-Dez, 2001, p. 15/31.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Contra la ética de la verdad**. Traducción de Álvaro Núñez Vaquero. Madrid: Trotta, 2010.

ZEA, Leopodo. **La Filosofía americana como Filosofía sin más**. Novena reimpressão. México: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

ZOLO, Danilo. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito. História, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.