

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

**SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO NO PROCESSO CIVIL
ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A
CONSTRUÇÃO DAS TUTELAS PREVENTIVAS: UM PROBLEMA
DE ESTRUTURA OU FUNÇÃO?**

*(Ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir
o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?)*

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

Orientador Professor Doutor Ovídio Araujo Baptista da Silva

São Leopoldo
2008

ANGELA ARAUJO DA SILVEIRA ESPINDOLA

**SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO NO PROCESSO CIVIL
ENQUANTO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A
CONSTRUÇÃO DAS TUTELAS PREVENTIVAS: UM PROBLEMA
DE ESTRUTURA OU FUNÇÃO?**

*(Ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir
o direito processual civil do Estado Democrático de Direito?)*

Tese
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Programa de Pós-Graduação em Direito
Ciências Jurídicas

Orientador Professor Doutor Ovídio Araujo Baptista da Silva

São Leopoldo
2008

E77s Espindola, Angela Araujo da Silveira

Superação do racionalismo no processo civil enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas: um problema de estrutura ou função? (ou: por que é preciso navegar em direção à ilha desconhecida e construir o direito processual civil do estado democrático de direito?)/ Angela Araujo da Silveira Espindola – São Leopoldo: [S.n.], 2008. 305 fls.

Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2008.

1. Jurisdição 2. Processo Civil 3. Racionalismo 4. Tutela Preventiva I.
Título

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Cibele V. Dziekaniak CRB 10/1385

*“Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
sino estelas en la mar”.*
Antonio Machado

AGRADECIMENTOS

Porque não é possível navegar sem tripulação

Há um pequeno conto de Saramago que faz uma reflexão sobre a necessidade humana de dar sentido à vida através da realização dos nossos desejos, estejam eles próximos ou distantes, sejam eles possíveis ou impossíveis. Trata-se do “Conto de Ilha Desconhecida” (Companhia das Letras, 1997). Neste conto, um homem bate insistentemente à porta das petições pedindo ao rei um barco para ir em busca da ilha desconhecida. O homem enfrenta inúmeras dificuldades e é ridicularizado por todos, inclusive pelo rei, pois - diz o senso comum - “ilhas por conhecer é coisa que se acabou desde há muito tempo”, “estão todas nos mapas”. Insistente e determinado, o homem, enfim, obtém seu barco e, ainda, consegue levar consigo a mulher da limpeza do palácio que sai pela porta das decisões para acompanhá-lo e ajudá-lo nesta aventura oceânica. Faltava-lhe, então, apenas a tripulação para iniciar a viagem. O homem afirma querer encontrar a ilha desconhecida para saber quem ele realmente era. Imaginava: “se não saís de ti, não chegas a saber quem és”.

Entre as inúmeras compreensões que podem ser feitas a partir deste pequeno conto de Saramago, vê-se a necessidade de descobrir o que há de diferente naquilo que pensamos já conhecido. E uma proposta de tese é exatamente isto!

A ilha desconhecida é o imaginário de nosso sonho individual e coletivo, um espaço-tempo distante, a vitória da imaginação e da criatividade sobre a banalidade e a submissão às verdades estabelecidas que nos são impostas. Então, o conto acaba por

ressignificar o ato de viajar, pois o encontro com a ilha (des)conhecida sempre nos transforma: sempre voltamos mudados depois da viagem. A chegada a uma terra incógnita, desconhecida, nos desvela algo inesperado *em nós*, mas que *desde sempre esteve lá*.

No entanto, para que possamos partir rumo à ilha desconhecida, não necessariamente precisamos saber navegar. É preciso um barco que nos respeite e que possamos respeitar. É preciso ter a *linguagem* do marinheiro, pois se a tivermos, é como se já fossemos marinheiros. Para navegar é preciso, ainda, contar com os ensinamentos dos mestres da navegação: *o barco, o mar, o céu e as estrelas*, mas também *o sol, a lua e os ventos*.

Lembro-me muito bem de quanto fiz a opção pela carreira acadêmica, em meio às angústias da juventude e às incertezas e inseguranças inerentes àquela fase. Optei pela aventura oceânica sem saber navegar, embora com coragem e determinação. A viagem rumo à ilha desconhecida, em sua maior parte, foi feita sob um céu límpido e cheio de estrelas ou em um mar transparente que refletia os raios do sol. Mas durante a viagem, houve muita neblina e tormentas, que insistiam para a busca cessar, insinuando que as ilhas desconhecidas já teriam sido todas descobertas, ou então, sugerindo ser mais fácil satisfazer-se com os barcos de carreira que não se largam em aventuras oceânicas e dão uma boa vida. Somente foi possível enfrentá-las graças à fidelidade e ao cuidado da tripulação que veio a bordo: a família e os amigos.

O maravilhoso disso tudo é poder voltar ao porto de onde partimos mudados e isso só é possível quando se recebe o apoio incondicionado e constante da tripulação. Sem o auxílio, sem a presença, sem a palavra e, às vezes, sem o silêncio da equipe de apoio nesta aventura, a viagem teria um rumo diferente. Pois sem tripulantes não se pode navegar!

De volta ao porto, agora mudados, é preciso registrar os agradecimentos à tripulação, a todos aqueles que direta ou indiretamente auxiliaram para que a viagem fosse possível e para que tivéssemos êxito nas rotas e desvios.

Os primeiros tripulantes, claro, são sempre aqueles que nos são mais próximos: a família. Eles estão sempre e incondicionalmente conosco, não importa a rota ou a duração da viagem. Agradeço à minha família: ao meu pai Milton, pelo exemplo de

garra e determinação, a minha mãe Zaida, pelo modelo de carinho e sensibilidade; e à minha irmã Anarita, pela ‘amizade amiga’ e pelo sorriso presente. Aos três agradeço muitíssimo por serem o *tripé* da minha vida e, ao mesmo tempo, os *ventos* que orientam minha direção, sem, contudo, determiná-la impositivamente. São eles que me dão o suporte para que eu possa seguir sempre adiante e mais longe.

Agradeço, ainda, aos *ventos* soprados pela minha segunda família: Manoel Francisco, Irene, Bruno e Jamile. E, claro, ao Marcelo – o *sol* dos meus dias – que sempre me acompanhou amorosamente a cada instante, suportando com toda delicadeza, compreensão e paciência minhas ausências, meu silêncio – inclusive minhas oscilações e minhas contradições – rompendo com a neblina durante a viagem e sempre me lembrando que “navegar é preciso”, ainda que a vida seja sempre imprecisa e imprevisível, pois sempre desejável.

Ao lado da família, amigos e colegas também compuseram a tripulação. E todos eles, igualmente, merecem o nosso reconhecimento.

Há aqueles que nunca abandonaram o barco e desde sempre já lá estiveram, confirmando os “diálogos sobre a amizade” de Cícero: agradeço às minhas inabaláveis amigas-estrelas, irmãs do coração Ana Amélia Saccol, Giani Saad e Michele Teixeira; às minhas inseparáveis super-amigas Janaina Cassol Machado, Maria Luiza Pollo Gasparly e Michele Wouters; e às minhas incansáveis doces-amigas Gisela Biacchi Emanuelli, Lissandra Espinosa de Mello Aguirre e Viviane de Freitas Pereira. Agradeço, ainda, a um casal de amigos muito especial – Gabriela Villwock e Marco Túlio Gai Cini – pela generosidade e por sempre me receberem de braços abertos. Agradeço a todos, simplesmente por existirem, agradeço pela simples e rara amizade.

Há também aqueles que subiram a bordo no ano de ingresso no curso de doutorado, permaneceram sempre próximos e foram muito importantes ao longo da viagem. Agradeço, em especial, às amigas Deisy Ventura, Josianne Zanoto e Valéria do Nascimento, com quem pude dividir dúvidas e angústias, compartilhar as alegrias e as agruras da viagem. Com elas pude aprender para além da tese durante a tese.

Outros tripulantes foram se agregando ao longo da viagem: os colegas do doutorado. Grandes descobertas desta viagem. Em nossas “terapias de grupo” realizadas ao longo das viagens até a UNISINOS, nos intervalos das aulas, na fase de pesquisas e

redação da tese, eles foram grandes parceiros na rota até a ilha desconhecida. Foi o convívio com eles que me permitiu perceber que a ‘tensão durante a tese’ é algo absolutamente normal e finito. Agradeço em especial aos amigos Douglas César Lucas, Fabiana Spengler e Thiago Fabres de Carvalho, pelo afeto, carinho, companheirismo e cumplicidade. E a tripulação continuou sendo composta!

Durante a passagem pelo estágio de doutoramento, quando o navio ancorou no cais da Universidade de Coimbra, pude (re)conhecer novos tripulantes. Por força desta passagem, tive a felicidade de contar com os conselhos e ensinamentos dos nobres professores doutores António Castanheira Neves, Boaventura de Sousa Santos, Fernando José Pinto Bronze, José Manuel Aroso Linhares, José Joaquim Gomes Canotilho e Miguel Teixeira de Sousa, com os quais pude discutir sobre suas obras e que gentilmente se disponibilizaram a ouvir minhas angústias na investigação sobre a tese e no polimento do problema, permitindo-me corrigir rotas e confirmar estratégias de pesquisa.

Neste mesmo cais, ainda pude (re)conhecer outros tripulantes, meus vizinhos e amigos de Coimbra, que se tornaram meus irmãos lusitanos: agradeço muitíssimo o carinho recebido de Miguel Wedy e Daniele Donida; Fabio Cardoso Machado e Fernanda Volpatto da Silva e, claro, não poderia deixar de registrar meus agradecimentos à minha afilhada canina Serena e seus olhos falantes.

Existem outras pessoas também especiais e instituições importantes às quais não posso deixar de agradecer, pois também elas possibilitaram que a neblina durante a viagem se suavizasse e os contornos da ilha aparecessem.

Agradeço aos meus amigos da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA), sempre compreensíveis com minhas ausências e sempre dispostos a substituir-me, mas muito mais que isso, por sempre me receberem com um largo sorriso e um acolhedor abraço, dispostos a ajudar-me (e não raro prontos para um café no intervalo da aula ou no final de tarde, para uma boa discussão sobre trabalho, música, cinema ou, apenas, sobre a vida). Agradeço, com carinho, ao Clodoveo Ghidolin, Fábio Fayet de Sousa, Luciane Padoin Dias, Márcio Bernardes e Marcus Salles.

Agradeço também aos funcionários e à direção da FADISMA, o que faço na pessoa dos Diretores Ricardo Seitenfus e Eduardo de Assis Brasil Rocha, que me deram

o apoio e o suporte institucionais necessários em períodos marcantes do desenvolvimento do curso, proporcionando-me a preciosa tranquilidade que se faz necessária durante a realização de um curso de doutorado.

Agradeço também a todos os meus alunos e ex-alunos de graduação da UNIFRA, FADISMA e UNISINOS que conviveram comigo durante esse período de doutoramento e souberam compreender minhas ausências, meus limites e insuficiências. Dentre eles, agradeço em especial: à Ana Carolina Seffrin pela presença constante e pela peculiar sensibilidade, à Keula Wagner, pela agilidade e grandes olhos sorridentes e à Priscila Cardoso Werner, pelo despreendimento, carinho e imenso coração. Agradeço às minhas estagiárias docentes: à Vivian Pereira, pela competência e disponibilidade; à Carolina Suptitz, pela perspicácia, dedicação e delicadeza.

Agradeço carinhosamente todo o conhecimento, discussões e sugestões que os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS me alcançaram durante essa viagem oceânica, o que faço na pessoa do Professor Doutor Lênio Luiz Streck, cujos ensinamentos, em especial, foram incorporados não só à tese, mas à visão de mundo da autora.

Agradeço muitíssimo à seriedade e à amabilidade das secretárias Vera Loebens e Roselaine Fanton do PPGD da UNISINOS, bem como a Patrícia Reis (que hoje vive na Austrália).

Por óbvio, não poderia deixar de reiterar meus agradecimentos à CAPES, não só pela oportunidade do estágio de doutoramento na Universidade de Coimbra, mas também por possibilitar a realização de grande parte do doutorado com os subsídios da bolsa de estudos, sem a qual a realização do curso seria inviável.

Agradeço também à Maristela Burger Rodrigues, pela análise e revisão do texto, à Adriana Steffanelo e Simone Bing, pelas traduções do resumo e à Cibele Vasconcelos Dziekaniak, pela confecção da ficha catalográfica da tese.

Mas três pessoas merecem um agradecimento destacado. Foram elas os mestres que me ensinaram a navegar: *o mar, o céu e as estrelas*.

O ingresso no mundo acadêmico não teria sido possível se há exatos doze anos um professor recém chegado de estudos na Université de Montpellier I - France por

força do seu Doutorado em Direito na UFSC não tivesse incentivado e recuperado a iniciação científica na UFSM, de onde sou orgulhosamente egressa. Foi ele quem fundou o Diretório Acadêmico, o Núcleo de Estudos Jurídicos Avançados (NEJA), estruturou, juntamente com outros professores, a pesquisa naquela universidade, captando alunos e recursos para pesquisar e investigar sobre o acesso à justiça e a problemática do Estado contemporâneo. Um professor que sempre incentivou a todos, provocando não só com palavras, mas especialmente com atitudes, transformando a escuridão da pesquisa científica na UFSM em um céu de luz de pleno dia. Agradeço ao Professor Doutor José Luis Bolzan de Moraes, pelo seu estímulo, exemplo e, sobretudo, por ter despertado em mim o gosto pela pesquisa e pelo mundo acadêmico.

Que seria do marinheiro, se ao navegar não houvesse *estrelas*.

Há sempre professores que se transformam em grandes e sinceros amigos. Aqueles que só não são nossos irmãos pelo simples detalhe de terem pais diferentes. O gosto e o contato com o direito processual civil a partir de uma perspectiva crítica e reflexiva vieram através da Professora Doutora Jânia Maria Lopes Saldanha, uma apaixonada pela vida e pela humildade, que acreditava (e acredita) na capacidade do homem não só compreender o mundo e compreender-se, mas na sua capacidade de mudar o mundo. Era apenas uma, mas parecia que ela era muitas. Por isso *estrelas*, assim mesmo, no plural. Foi ela quem me ensinou que pensar é a experiência do impensado, e que isso deve ser experimentado em profundidade apesar das dificuldades. Agradeço a minha amiga Jânia, pelo seu exemplo de profissional, de mulher e de amiga. Agradeço também à Jânia por ter acreditado (e acreditar) em mim (ainda quando deixo de acreditar).

Mas o marinheiro precisa do *mar* para navegar!

Dizem que os gênios têm uma intuição poderosa, privilegiada e incrivelmente refinada. Que a autonomia do pensamento conduz necessariamente à escolha individual do próprio caminho do pensar e à renúncia de uma “satelitização” da inteligência. É assim o Professor Doutor Ovídio Araujo Baptista da Silva. Um grande homem, que ao mesmo tempo em que supera o seu tempo, também marca o panorama cultural do seu tempo. Um grande jurista com inigualável e profundo conhecimento não só sobre o direito e o processo, mas sobre a própria humanidade. Homem e jurista que sabe da sua

missão de provocar-nos a pensar, mas também está ciente de que cada um cria o seu próprio caminho, pois sempre orienta respeitando a individualidade. Homem e jurista com incomparável humanidade, sensibilidade e nobreza de atitudes e sentimentos. Parafrazeando Heráclito: “aqui também estão presentes os deuses...” Agradeço sincera e afetuosamente ao Prof. Ovídio Baptista da Silva pela sua orientação sempre precisa e pontual, pela sua atenção e seu carinho, mas, sobretudo, pelo exemplo de pessoa que é. Com ele aprendi para além do direito e pude descobrir muitas ilhas desconhecidas!

Muitos outros agradecimentos podem ser feitos e estão anotados nos registros de navegação. Por tudo isso, considero-me uma felizarda por ter tanto a agradecer e tantos amigos com quem contar.

Uma tese é, por si só, um trabalho acadêmico que exige muitíssimo daqueles que se atrevem nele ingressar. Não é pensar com o já pensado, mas com o ainda não pensado em tudo que já foi pensado. As dificuldades encontradas, no entanto, serviram não só para que relembrássemos que estamos bem distante do lugar em que queremos chegar, mas para que fosse possível descobrir potencialidades que antes eram desconhecias. Por isso, a importância de sempre partir em busca da ilha desconhecida! Há sempre novas ilhas a serem conhecidas e há sempre algo de desconhecido nas ilhas já conhecidas. É preciso navegar, mesmo sem sabê-lo, mas com determinação, coragem e poder contar com uma boa tripulação.

Então, para todos os aqueles que nos acompanharam nesta etapa, que nos permitiram navegar e confiaram em nós, gostaríamos de deixar aqui nossos sinceros agradecimentos, pois a trajetória e aqueles que nos acompanham são o que há de mais precioso – é o caminho que realmente importa, como referia Heidegger (*Wege - nicht Werke* – caminhos e não obras). Ao lado de todos esses agradecimentos é preciso, ainda, escusarmos-nos pelas ausências, pelas falhas, pelo silêncio, pela distância, pelos erros. Entre agradecimentos e escusas, fica o reconhecimento. Foi realmente delicioso poder contar com a companhia de todos e de cada um de vocês.

“O homem experimentou muitas coisas / E bem nomeou os deuses, / Desde que somos em diálogo/ E podemos escutar-nos uns aos outros”. (Hölderlin)

Obrigadíssimo!

RESUMO

Este trabalho discute os limites e possibilidades da construção de tutelas preventivas genéricas no âmbito do direito processual civil brasileiro, herdeiro da tradição romano-canônica, partindo das resistências impostas pelos compromissos históricos e ideológicos assumidos pela ciência processual. Não se pretende um estudo dogmático ou procedimental, mas antes uma proposta de compreensão acerca das resistências estruturais impostas pelo sistema processual, que embora admita espécies de tutela preventiva, não consegue conviver com os juízos de verossimilhança e probabilidade, tampouco romper com a ordinarização do procedimento e com as concepções procedimentalistas que povoam o imaginário do direito processual civil na tradição romano-canônica. O tempo da modernidade é um tempo em/de crise. O direito da modernidade é um direito em/da crise. A problemática gira em torno de uma crise de sentido, que atinge o direito e a jurisdição, com reflexos sobre os institutos processuais. Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. O direito e o processo evoluem, modificam-se, eis que convivem com um mundo essencialmente hermenêutico, onde nada pode aspirar ao selo da eternidade. A reflexão sobre as condições de emergência do direito enquanto direito e a interrogação sobre o seu sentido corroboram a dimensão hermenêutica do direito e do processo. Uma jurisdição eminentemente repressiva e reparadora não responde satisfatoriamente a essa dimensão, sobretudo ante a emergência dos novos direitos, na sua grande maioria não-patrimoniais. A construção das tutelas preventivas, que visa proteger o futuro, é condição de possibilidade para a construção do Estado Democrático de Direito, rompendo com os compromissos outrora assumidos pela ciência processual.

Palavras-chave: Racionalismo; Jurisdição; Tutela Preventiva; Processo Civil

ABSTRACT

This paper discuss the limits and possibilities of the construction of generic preventive tutelage on the scope of the civil law procedural, heir of the Roman - canonic tradition, starting from the resistance imposed by historic and ideological commitments assumed by the procedural science. The aim of this paper is not to do a dogmatic or procedural study, but it proposes a comprehension concerning the structure resistances imposed by the procedural system, that although admits some preventive tutelage, can not live with trials of probability and believability, neither to break with *ordinarização do procedimento* and with the process conception that inhabit the concept of the civil law process on the Roman- canonic tradition. The modern times are times of crisis. The law of modern times is a law in crisis. The problem lays on the sense crisis that reaches the law and jurisdiction, with a reflect on the procedural institutes. A new way of law act demands a new way of act (and understand) the jurisdiction and new attitudes of the jurists. The law and the process evolves, modifies, and coexist in a world essentially hermeneutics, where nothing can inhale the eternity label. The reflection on the emergency conditions of the law, while law, and the interrogation of its sense corroborates with the hermeneutic of the law and the process. The eminently repressive and a jurisdiction of compensation not answers satisfactorily this dimension, over all ahead the emergency of new rights, most of them not patrimonial. The construction on the preventive tutelage that aims to protect the future is the condition of the possibility for the construction of the Rule of Law, breaking the commitments long ago assumed by the procedural science.

Key-words: Rationalism, Jurisdiction, Preventive Tutelage, Civil Law Process

RÉSUMÉ

Ce travail discute les limites et possibilités de la construction de tutelles préventives génériques dans le contexte du droit processif civil brésilien, héritier de la tradition romain-canonique, partant des résistances imposées par les compromis historiques et idéologiques assumés par la science processive. Ne se prétend pas une étude dogmatique ou procédurale, mais avant une proposition de compréhension concernant les résistances structurelles imposées par le système processif, qui bien qu'admette des espèces de tutelle préventive, ne réussit pas à coexister avec les jugements de vraisemblance et probabilité, ni rompre avec *a ordinarição* de la procédure et avec les conceptions *procedimentalistas* qui peuplent l'imaginaire du droit processif civil dans la tradition romain-canonique. Le temps de la modernité est un temps dans/de crise. Le droit de la modernité est un droit dans/de crise. La problématique tourne autour d'une crise de sens, qui atteint le droit et la juridiction, avec réflexes sur les instituts processifs. Une nouvelle forme d'agir le droit exige une nouvelle forme d'agir (et comprendre) la juridiction et les nouvelles attitudes des juristes. Le droit et le procès évoluent, se modifient, voici qui coexistent dans un monde essentiellement hermétique, où rien ne peut pas aspirer au timbre de l'éternité. La réflexion sur les conditions d'émergence du droit tant que droit et l'interrogation sur son sens corroborent la dimension herméneutique du droit et du procès. Une juridiction éminemment répressive et réparateur répondent de manière satisfaisante à cette dimension, surtout avant l'émergence des nouveaux droits, dans sa plupart non-patrimoniaux. La construction des tutelles préventives, lesquelles vise à protéger l'avenir, est condition de possibilité pour la construction de l'État Démocratique de Droit en rompant avec les compromis autrefois supposés par la sciences processive.

Mots-clé: Rationalisme; Juridiction; Tutelle Préventive; Procès Civil

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
A rota para a Ilha Desconhecida.....	18
PARTE I – O PASSADO DO PRESENTE – MEMÓRIA E PERDÃO	35
Do Direito como método ao Direito como compreensão: condições de possibilidade para a constituição dos sentidos.....	35
Capítulo 1 – O Direito em (tempo de) crise	37
1.1 Os tempos do direito: ligar e desligar o tempo	37
1.2 Reconhecer o presente, reler o passado e projetar um futuro possível: olhares substancialistas.....	45
1.3 A construção da modernidade: navegando rumo a ilha da utopia	50
1.4 O diagnóstico de uma crise de paradigmas na modernidade e a busca de um horizonte de sentido	68
Capítulo 2 – A Jurisdição em (tempo de) crise.....	93
2.1 A jurisdição presa aos grilhões do estado liberal de direito: imersos no tempo ..	93
2.2 A jurisdição presa entre a burocratização weberiana e a ‘burocratização’ arendtiana: a formação de diálogos sem som e monólogos na multidão no âmbito judicial.....	109
2.3 Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a emergência do direito como plataforma civilizacional.....	116
2.4 A revisão do papel do jurista: os modelos de realização do direito	125

Capítulo 3 – O Direito, a Jurisdição e o Processo	147
3.1 Da jurisdição dos conflitos à jurisdição da concretização da Constituição: o desdobramento no tempo	147
3.2 A jurisdição no Estado Constitucional e as duas faces de <i>janus</i> : afinal, o que há de romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica?.....	150
3.3 Direito material e direito processual: a diferença (ontológica) que faz diferença	161
3.4 O peso da herança racionalista e as escolhas do direito processual ao longo do tempo	178
 PARTE II – O FUTURO DO PRESENTE – PROMESSA E REQUESTIONAMENTO	184
 Da função jurisdicional repressiva à função jurisdicional (também preventiva): assumindo a condição de sujeitos da História das instituições ou da estrutura à função	184
 Capítulo 4 – O direito, processo e a jurisdição no Estado Democrático de Direito: decifra-me ou te devoro	192
4.1 A tutela preventiva na formação da ciência processual e na construção do Estado Democrático de Direito	192
4.2 O abandono do ideológico conceito iluminista de lei: para não construir o telhado antes de erguer-se o muro da casa.....	210
4.3 Alguns degraus para a (re)construção da tutela preventiva: a decisão em (tempos de) crise, sua (in)capacidade de concretização dos valores constitucionais e o problema da “baixa constitucionalidade”	215
4.4 Entre deuses e homens: onde está o juiz? Há um modelo de juiz para o Estado Democrático de Direito compatível com a função preventiva da jurisdição?	228
4.5 A superação do juiz “boca da lei” e do juiz “vespa”: eliminando modelos para construir o juiz (ética e constitucionalmente) “responsável” do Estado Democrático de Direito	233

Capítulo 5 – A redefinição do papel da jurisdição e a recuperação do sentido do direito para a construção do Estado Democrático de Direito: da reparação à prevenção – uma questão de estrutura ou função?	237
5.1 Um processo civil em construção: o direito processual hoje e com que sentido?	238
5.2 A leveza, o ritmo e a exatidão na cognição judicial: sumarização material (e a releitura do princípio do contraditório) enquanto condição de possibilidade para a reconstrução do horizonte temporal da democracia.....	243
5.3 A visibilidade, a multiplicidade e a consistência na fundamentação das decisões: os limites entre a arbitrariedade e a discricionariedade	259
5.4 Para além da geometrização do direito e do processo: a superação da prova enquanto um “achado” científico.....	265
5.5 O enfrentamento dos vestígios do passado e das mentiras sobre o futuro: desvelar a função preventiva da jurisdição	273
 CONCLUSÕES	282
Porque é preciso desviar o olhar para ver	282
 REFERÊNCIAS	289

INTRODUÇÃO

A rota para a Ilha Desconhecida

Mas todos nós nascemos em algum lugar: o porto de onde partimos, para a ele voltar, mudados.
(Norbert Roland¹)

Uma investigação histórica e ideológica do direito processual civil brasileiro, de tradição romano-canônica, questionando a adequação do paradigma racionalista, das filosofias liberais e das influências do direito romano tardio, permite um redimensionamento do papel do poder judiciário² e a abertura da práxis social e jurisdicional resultando em uma nova forma de atuar e compreender o direito processual civil à luz do Estado Democrático de Direito. O paradigma racionalista calcado, sobretudo, na evidência, na certeza e na segurança, tornou-se uma perspectiva linear e

¹ ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

² Para os limites deste estudo, falar em uma proposta de redimensionamento do papel do poder judiciário significa ultrapassar o papel tradicional de decidir conflitos de natureza essencialmente privada e por meio eminentemente, da tutela repressiva. Um poder judiciário atento à concretização dos direitos não pode ficar preso ao ideal da separação de poderes. O poder judiciário deve garantir a construção de parâmetros racionais (mas afastando o racionalismo) sem, contudo, cair na ilusão racionalista de enunciar a essência dos entes (norma jurídica) e criar *standards* objetificantes. A compreensão do direito como um fenômeno inerente ao mundo da vida exige que o caso concreto seja valorizado, permitindo-se a atuação preventiva da tutela jurisdicional.

estreita para a concretização dos direitos no contexto da Constituição e do Estado Democrático de Direito. O direito e o processo, lapidados pelo paradigma racionalista, geometrizararam-se e se afastaram da praxis.

A “tradição” é a memória do direito, aquilo que o liga ao passado. Somente a superação do paradigma racionalista e das filosofias liberais pode desligar parte do seu passado, para que o futuro possa ser construído, o que equivale ao perdão do direito, ou seja, ao momento de maturidade do direito, em que algumas coisas precisam ser “esquecidas”. Só então haverá condições de possibilidade para a construção de um futuro possível para o direito processual civil na tradição romano-canônica de que o Brasil é herdeiro.

Compreender para estar no mundo é ser contemporâneo, ensina Hannah Arendt³. Assim, na medida em que se busca uma compreensão moderna/contemporânea sobre a efetividade do direito processual civil, sobre a celeridade na prestação jurisdicional e sobre a concretização de direitos, alguns elementos se entrecruzam, apresentando-se como imprescindíveis. Não se pode imaginar a concretização de direitos, pensando-se exclusivamente sob a órbita de uma jurisdição repressiva ou do processo de conhecimento de rito ordinário, calcado sobre o mito da certeza jurídica e da universalização da obrigação. Não são raros os direitos que não podem ser traduzidos a uma conotação patrimonial e que a reparação do dano consiste em mero consolo e não em efetiva concretização de direito (a exemplo dos direitos ligados à honra, à educação, à saúde, à intimidade...). Pensar em concretização de direitos é pensar em um processo jurisdicional efetivo, célere e democrático; é pensar em jurisdição protetiva, logo, preventiva, além de repressiva.

A concretização de direitos exige uma nova forma de atuar o processo civil e, conseqüentemente, uma releitura das instituições processuais e do paradigma dominante, atentando para o paradigma do Estado Democrático de Direito. A jurisdição, diante da complexidade social, da emergência de novos direitos, da inflação legislativa e da desfuncionalidade da Constituição, não pode mais satisfazer as demandas sociais com o uso alargado da tutela repressiva gerada à luz do espírito racionalista e do

³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

absolutismo estatal. Na verdade, trata-se de temática que há muito preocupa juristas, filósofos, sociólogos e, principalmente, o cidadão.

Assim, a proposta de investigar as razões históricas e ideológicas dos entraves à aceitação da jurisdição preventiva (tutelas preventivas genéricas) fornece armas para que a ciência jurídica possa desconstruir e reconstruir o atual direito processual civil a partir de um novo paradigma, atento à Constituição e à complexidade social, mas sobretudo para uma dimensão ético-jurídica na realização do direito. Para tanto, é preciso investigar o conceito de jurisdição romana e o conceito da *actio* romana, revelando a confusão entre as ações de direito material e a ação de direito processual.

A viabilidade de uma pesquisa dessa natureza está justamente na opção pela matriz teórica, lançada em consonância com a formulação do problema e com a hipótese apresentada para a tese. Ora, falar em investigação das razões históricas e ideológicas da aversão à tutela preventiva, em releitura das instituições processuais e em superação do paradigma dominante para a concretização de direitos, implica, necessariamente, mergulhar na tradição da ciência jurídica, especialmente, do direito processual civil. A releitura das instituições do direito processual civil, em busca de uma nova forma de atuação deste, pode ser obtida a partir de uma mirada fenomenológico-hermenêutica para a ampliação da tutela preventiva como condição de possibilidade de construção de um futuro da ciência jurídica e de concretização de direitos, especialmente, dos direitos humanos.

Quer-se, com isso, dizer que é o tempo do direito que articula criticamente o *locus* formador do discurso legal e, portanto, cumpre ao direito processual civil ter a capacidade de se construir a partir do tempo do direito, mas sempre em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Diante disso, há que se investigar uma nova forma de atuação da jurisdição (preventiva), resdiscutindo-se o papel do Poder Judiciário face à Constituição e o Estado Democrático de Direito, sob pena de reduzir-se o direito processual civil a um produto da racionalidade procedimental, onde qualquer discussão não ultrapassa o limite da mera funcionalidade ou do normativismo

legalista. Adotando a clássica expressão heideggeriana, sabe-se que o ser só pode ser compreendido a partir do tempo, pois ser é tempo⁴.

Mergulhar na discussão acerca da construção do processo civil de tradição romano-canônico pelo tempo do direito, perpassa por um resgate de instituições medievais e pela superação do racionalismo, ultrapassando a linearidade do pensamento cartesiano, calcado na busca da verdade e em juízos de certeza.

A efetividade processual pressupõe decisões dadas em um prazo razoável, mediante um julgamento com qualidade⁵. Essa é uma discussão de relevância social à medida que implica a entrega de decisões úteis, necessárias, eficientes e suficientes. Sua importância política também pode ser destacada à medida que a entrega da prestação jurisdicional é, desde há muito tempo, tomada como monopólio estatal representando a “soberania” do Estado, em especial do Poder Judiciário, implicando um equilíbrio das relações de poder. A presente proposta pretende, outrossim, uma aproximação entre a produção acadêmica e a práxis forense, rompendo com o tempo pré-instituído e provocando a releitura do sistema jurídico e jurisdicional.

Nesta medida, a discussão tem importância científica para a superação do paradigma racionalista do processo civil de tradição romano-canônica, bem como importância para a construção de uma nova praxis social e jurisdicional a partir da releitura da história das instituições processuais.

O nosso sistema jurídico é de tradição romano-germânica e está alicerçado, hoje, no âmbito do direito processual, em três tipos de ações: declaratória, condenatória e (des)constitutiva. A estas acrescentam-se, ainda, a executiva *lato sensu* e a mandamental. Trata-se de um sistema eminentemente repressivo, onde a atuação jurisdicional só pode dar-se ante a violação da norma jurídica, pois tem-se medo de dar poderes ao juiz para atuar antes desta violação. Ocorre que a complexidade social e a modificação do perfil do Estado moderno, passou a exigir cada vez mais uma atuação jurisdicional preventiva, ou seja, a atuação estatal para prevenir a prática de ilícitos e evitar a repetição ou a continuidade de ilícitos, haja vista a garantia da inviolabilidade

⁴ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

⁵ AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Dalloz, 2002.

dos direitos e o absoluto esvaziamento da tutela repressiva ou reparadora em inúmeras situações reais.

Ainda que as discussões no âmbito do direito material se tenham operado nos últimos tempos possibilitando transições paradigmáticas e um afastamento da herança racionalista, o direito processual parece não ter acompanhado essas discussões, na medida em que suas instituições permanecem inalteradas. Meras alterações legislativas não são suficientes para operar reformas paradigmáticas no direito processual, alterando profundamente a sua estrutura e instituição. Tanto é assim, que não existe uma ação, de modo genérico, apta para buscar a prevenção de um ilícito. Ou seja, não se tem uma ação processual com meios idôneos a prevenção, onde o juiz tenha poderes, efetivamente, de atuar antes da violação da norma. Nem mesmo muitas das cautelares que tem esse caráter de preventividade são vistas ou tratadas como tal.

Encontrar alternativas para tal problemática, passa necessariamente por uma investigação acerca das razões históricas que teceram essa dificuldade. Por que as instituições processuais são tão resistentes à jurisdição preventiva, conservando-se eminentemente repressivas? O componente histórico-ideológico do direito processual, calcado no paradigma racionalista⁶ somado à falta de sentido do direito⁷ e à “baixa constitucionalidade” tem como resultado o esvaziamento de uma dimensão ético-jurídica necessária para a concretização dos direitos que vá além do normativismo-legalista, do funcionalismo ou de perspectivas procedimentalistas do direito

Sob o paradigma racionalista acreditava-se num sentido unívoco da lei. Devendo o juiz alcançá-lo tão-somente. A reação ao paradigma racionalista e ao pensamento linear-cartesiano acabou produzindo um decisionismo, uma absoluta irracionalidade. A jurisdição hoje vive entre dois extremos: de um lado o juiz boca-da-lei de Montesquieu e de outro o juiz-vespa de Aristófanes (juiz arbitrário). De um lado o racionalismo, de outro a irracionalidade. Diante deste cenário, parece justificada a dificuldade estrutural que os países de tradição romano-canônica têm quanto à função preventiva da jurisdição – o juiz não pode conceder uma decisão para proteger o futuro,

⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002.

pois ele não tem a capacidade de prever o futuro, faltam-lhe provas para verificar com certeza e segurança que efetivamente ocorrerá o ilícito ou o dano, a cognição exauriente não pode ser feita sobre fatos ainda não ocorridos. O juiz não domina o tempo, não tem com prever o futuro, logo, não pode evitá-lo. Ora, de fato, não há como evitar ou prever o futuro, mas há como construí-lo inspirado numa dimensão ético-jurídica. A resistência às tutelas preventivas tem, ainda, como mote o medo do decisionismo.

Na tentativa de romper-se com a tradição e ligar-se ao futuro, surgem as promessas da modernidade, ou seja, a Constituição e, especialmente, a construção de uma atuação jurisdicional preventiva, voltada para a futuro, para prevenir o ilícito. O direito processual civil, nesse contexto, é o *locus* capaz de ligar o tempo e o direito com a memória, com o perdão e com a promessa, estabelecendo, assim, um constante (re)questionamento do próprio direito. Indagar sobre a memória do direito, sua maturidade e suas promessas, no contexto do direito processual civil de tradição romano-canônica, em especial no que se refere à construção das tutelas preventivas, conduz à concretização dos direito e ao “acontecer” da Constituição⁸.

Algumas tentativas já foram feitas pela doutrina e pela legislação. Em vão, no entanto! Veja-se o caso da lei 11.232/2005 que introduziu à nova estrutura (externa) do procedimento de execução; ou as alterações provocadas nos artigos 461 e 461-A, do Código de Processo Civil. A força do paradigma é visível. A fusão da fase executiva no mesmo processo de conhecimento (condenatório), agora autorizado pela reforma introduzida pela lei 11.232/2005, na verdade representa um dos ardis do sistema, pois que não tem o condão de fazer com que a execução integre o pedido condenatório. Essa alteração “externa” não provocou, infelizmente, a eliminação do juízo condenatório, presente desde o direito romano primitivo. Os artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, por sua vez, tratam das obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisas, porém, ainda estão trabalhando com pretensões obrigacionais, sugerindo falar-se em sentenças condenatórias (não em sentenças mandamentais). Nestes casos (461 e 461-A) é esperado o cumprimento voluntário do devedor, para cujo descumprimento impõem-se uma multa. Em ambas as situações, esta-se diante de juízo de condenação por excelência.

⁸ Vide nota de rodapé 501.

Exatamente as situações em que o sistema vangloria-se de estar atingindo a função do processo é que se percebe a manutenção da sua estrutura racionalista e a imutabilidade do pensamento que coordena a ciência processual civil e a resolução dos casos, sempre fulcrada nos juízos de certeza e nos mitos da segurança jurídica, na espera de encontrar-se, através do processo, as verdades absolutas, desconsiderando-se as contingências históricas e as insuficiências da estrutura do sistema para lidar com a emergência dos novos direitos.

Os pontos nevrálgicos desta investigação são, portanto, investigar o estado da arte da jurisdição e do processo civil brasileiro, exemplar da tradição romano-canônica, destacando a insensibilidade deste para com o direito material. Para tanto, não se pode furtar da discussão sobre a construção do pensamento jurídico na modernidade e das origens da crise de paradigmas na qual a humanidade se vê mergulhada. De fato, para trilhar este caminho, impõe-se um esforço reflexivo sobre a jurisdição e os valores que desde sempre a orientaram até o seu encontro com o Estado Democrático de Direito e com o “acontecer” da Constituição⁹; bem como o papel que o jurista vem assumindo ao longo da história, até deparar-se com o neoconstitucionalismo.

A concepção da jurisdição com sentido meramente declaratório e a universalização da obrigação torna o direito processual absolutamente distante e insensível ao direito material. Falar, então, no problema do conteúdo das sentenças e da teoria da unidade do ordenamento jurídico (monismo) forçam ver, cada um a seu modo, as incompreensões acerca do conceito de jurisdição, que na tradição romano-canônica, pouco herdou do direito romano clássico, mas sim do direito romano-cristão. Não se pode negar, então, que a redução da jurisdição apenas à declaração, mergulhada nos valores liberais do Estado, transforma o direito processual em mero instrumento abstrado, vazio de sentido, tornando-o insensível ao direito material.

A par disto, tem-se as condições de possibilidade para pensar na construção de uma genuína tutela preventiva no direito processual civil brasileiro, liberta do normativismo e do funcionalismo. Uma tutela preventiva autônoma e materialmente sumária.

⁹ Vide nota de rodapé 501.

Esta abordagem apresenta como solução possível ao problema necessário da absoluta insuficiência do direito processual diante da concretização dos direitos, sobretudo dos novos direitos, a necessidade de rever a estrutura do direito processual civil, construindo-o a partir das características da *leveza, rapidez, exatidão, visibilidade, multiplicidade e consistência* (apropriação feita a partir de Ítalo Calvino¹⁰). Esta proposta, passa necessariamente por uma transformação dos pilares do positivismo jurídico: o problema das fontes do direito; da teoria da norma e da questão da interpretação. Refutando-se não só a jurisdição guiada pelo normativismo, liberada de assumir responsabilmente as decisões. Mas também refutando-se o fenômeno da funcionalização do direito, sob pena de reduzir o direito e a jurisdição a meros (embora eficazes) instrumentos de poder (ou governo). De fato, trata-se de uma oposição as teses procedimentalistas do direito, mas sobretudo de resistência aos rituais de poder. A construção de um novo processo civil, apto a receber a tutela preventiva genuína, deve receber uma intencionalidade axiológica ética capaz de arriscar o impossível, no sentido de romper com as posturas padronizadas do processo de conhecimento e da jurisdição reduzida meramente à declaração que acaba ocultando as pretensões e as ações de direito material.

Desse modo, a proposta da tese insere-se na Linha de Pesquisa “*Hermenêutica, Constituição e Concretização de direitos*” do Programa de Pós-Graduação Strito Sensu - nível doutorado - da Unisinos. Seu enfoque principal concentra-se na concretização dos direitos, eis que se pretende a construção e o alargamento das tutelas preventivas, concedidas em cognição sumária e com contraditório diferido e eventual, a partir da releitura da história das instituições processuais sob a perspectiva do fenomenológico-hermenêutica, mas guiada pela sofisticada análise e audácia intelectual que Ovídio Araujo Baptista da Silva faz acerca dos problemas que envolvem a jurisdição e o direito processual civil na tradição romano-canônica. Trata-se, portanto, de uma proposta de revisão das estruturas do sistema processual e não de sua função (embora esta será necessariamente atingida), reconhecendo-se que o processo civil moderno e sua jurisdição vêm atendendo satisfatoriamente às suas estruturas ‘cientificizadas’, erigidas sob as bases do racionalismo.

¹⁰ CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio*. Tradução de Ivo Barroso. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

O sistema funcional bem, refere Baptista da Silva, atende satisfatoriamente aquilo para o qual foi criado e está alicerçado na universidade e na formação do jurista, estes são os pilares da estrutura do direito processual, do arcabouço teórico no qual se opera. É a sociedade plurívoca, complexa e conflituosa bem como a emergência dos novos direitos que querem mais do que é possível ser dado pelo sistema. Daí falar-se que inexistente um déficit funcional, mas sim sérias insuficiências estruturais, é a estrutura do sistema que está comprometida. É o arcabouço teórico, concreto, prático, dentro do qual juristas, juízes e advogados trabalham que se mostra inadequado ante a modernidade líquida, de que fala Baumann¹¹.

Desse modo, a generalização da tutela preventiva rompe com as concepções de *mercantilização* do processo civil ou de *privatização* do processo civil, exigindo uma nova estrutura para o direito processual, livre dos grilhões do racionalismo e do pensamento liberal individualista que marcou toda a tradição romano-canônica. Há, portanto, que se refundar o direito processual civil e não simplesmente reformá-lo.

Uma releitura do processo civil brasileiro, de tradição romano-canônica da perspectiva fenomenológico-hermenêutica pode conduzir a identificação e superação do paradigma racionalista, das filosofias liberais e do pensamento linear-cartesiano, aproximando o direito processual civil da Constituição e dos direitos fundamentais e reduzindo o fosso existente entre discurso e prática da concretização dos direitos.

Importa esclarecer, no entanto, que os principais referências teóricas utilizados foram a hermenêutica de matriz heideggeriana-gadameriana, em especial a partir da leitura de Lenio Streck e, ainda, a perspectiva do jurisprudencialismo apresentada por Castanheira Neves em seus ensinamentos, bem como a construção acerca do processo civil que vem sendo, de longa data, exposta de modo bastante peculiar por Baptista da Silva. Durante a pesquisa, verifica-se que outros autores dialogam no texto, muitos deles com contradições de fundo entre si. No entanto, o objetivo da tese não foi discutir as posições dos autores entre si, mas antes construir argumentos plausíveis para sustentar a viabilidade de uma tutela preventiva no contexto do direito processual civil brasileiro. Deste modo, as notas de rodapé foram largamente utilizadas para afastar

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

alguns entendimentos e restringir a utilização de argumentos dos autores para os limites da discussão ao longo do texto pontualmente.

Adotou-se, nesse caminho, o tipo de pesquisa eminentemente bibliográfica, documental, com referência a alguns entendimentos dos tribunais pátrios. O “método” de abordagem adotado é o fenomenológico-hermenêutico, eis que se utilizou, eminentemente, a perspectiva heideggeriana-gadameriana para trabalhar o direito enquanto ciência da compreensão e o processo como responsável pela fixação do Direito para um certo momento temporal, desmitificando valores como neutralidade axiológica, verdade, certeza e segurança jurídica. O “método” fenomenológico-hermenêutico, para os limites da tese, dá voz a uma revisão crítica e reflexiva acerca do direito processual civil através da linguagem. A opção pelo “método” fenomenológico¹²-hermenêutico¹³ visa superar a metafísica objetificante e, por consequência, minimizar a crise de fundamentação do conhecimento. A partir da reflexão hermenêutica, é possível interpretar os diferentes mundos no seu respectivo tempo.

De outro lado, os “métodos” de procedimento adotados são o histórico e comparativo. Histórico, porque pretende investigar acontecimentos, institutos e instituições do passado (em especial no que tange ao Direito Romano, ao Direito Medieval, ao paradigma racionalista do século XIX e filosofias liberais do século XVII), no intuito de remontar aos períodos da formação do processo civil de tradição romano-canônica e suas instituições. Comparativo, eis que pretende estudar semelhanças e diferenças entre os institutos do Direito moderno (especialmente no que tange às tutelas de urgência e à tutela preventiva) com o Direito romano tardio e o Direito medieval bem como com a tradição da *common law* para, a partir daí, traçar o perfil do paradigma racionalista e as alternativas para a sua superação. Quer-se, assim, trilhar a história das instituições processuais trabalhando sob as diferentes tradições jurídicas.

¹² O método fenomenológico se define como uma volta as coisas mesmas isto é, aos fenômenos, aquilo que aparece à consciência

¹³ A filosofia hermenêutica prende-se à ontologia, ao Dasein, ao Ser da compreensão. Os expoentes da filosofia hermenêutica são Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

Não se trata de um método assimétrico ao crítico-dialético. Ao contrário, ambos guardam entre si uma relação de complementaridade. Como bem refere, Ernildo Stein¹⁴ "seus métodos convergem de modos divergentes sobre o mesmo, isto é, o nosso tempo".

O objetivo geral perseguido na investigação foi detectar o núcleo de resistência às tutelas preventivas na proteção de direitos e garantias fundamentais, apresentando alternativas para a sua superação deste obstáculo, a partir de uma perspectiva fenomenológico-hermenêutica da ciência jurídica. Dentre os objetivos específicos, foram perseguidos os seguintes (a) identificar as origens do direito processual civil de tradição romano-canônica e das tutelas repressiva e preventiva; (b) Fazer uma releitura das instituições processuais atenta para o tempo do Direito, identificando o direito processual como um “vir-a-ser” que não tem encontrado ambiente fértil na contemporaneidade; (c) demonstrar a insuficiência e inadequação da teoria unitária do ordenamento jurídico; (d) sugerir uma perspectiva fenomenológico-hermenêutica para a aplicação da tutela preventiva na concretização de direitos, especialmente dos direitos fundamentais; (e) demonstrar a importância constitucional das modalidades de tutela de preventiva (seja ela ou não concedida em sede de tutela de urgência), com base em razões históricas e ideológicas; (f) explicar que a superação de uma ciência processual dogmatizada e cética - amarrada aos grilhões do tempo instituído - é imprescindível para a efetividade processual e eficácia jurídica e social dos direitos; (g) sustentar que a noção de um processo civil tomado como instituto dogmatizado e disciplinado totalitariamente está absolutamente esgotada, clamando pela ruptura com o tempo instituído, haja vista se tratar de condição de possibilidade para o “vir-a-ser” da efetividade processual e concretização de direitos; (h) destacar a relevância do juízo de probabilidade, da sumarização da cognição e do contraditório não pleno para a concretização dos direitos sob a égide da tutela preventiva; (i) demonstrar que a ruptura com o tempo instituído pelo procedimento clássico é limite possibilitador para o “vir-a-ser” da efetividade processual e da tutela preventiva, para a proteção de direitos e garantias fundamentais; por fim, (j) propor uma nova atuação jurisdicional baseada na ampliação da tutela preventiva, no contraditório diferido ou eventual e na ruptura com o

¹⁴ STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre Método em filosofia*. In: *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987, p.103.

tempo instituído pelo procedimento ordinário na concretização de direitos, em especial, de direitos fundamentais.

De fato, a importância da pesquisa de Tese para a ciência jurídica reside nessa tentativa de superar o paradigma racionalista, as filosofias liberais e o direito romano tardio que, na complexidade do século XXI, insistem em resolver (frustradamente) a problemática contemporânea, identificando o problema estrutural da ciência processual. Esses são, na linguagem gadameriana, a tradição do direito processual civil romano-canônico. Para a construção de uma jurisdição preventiva, atenta à proteção dos direitos e identificada com o Tempo do direito e o Estado Democrático de Direito, urge que sejam revisitados os alicerces e as instituições do direito processual civil brasileiro, haja vista que é no processo que o direito é fixado em um determinado momento temporal. Certamente, é possível visualizar, no sistema jurídico brasileiro, a previsão de tutelas preventivas: ocorre que as mesmas estão mergulhadas no paradigma dominante e não são lidas a partir da fenomenologia hermenêutica e do paradigma constitucional, tornando-se vítimas do sistema e da cegueira ideológica. As inovações legislativas são utilizadas, pelo sistema, para demonstrar sua evolução; no entanto, o mesmo se mantém imóvel, inalterado. As reformas legislativas e as do judiciário têm a pretensão de serem a panacéia para os males da efetividade processual e concretização dos direitos. Mas o sistema as engole, mantendo-se inalterável.

A redação do texto, por sua vez, é resultado de leituras e estudos teóricos elaborados a partir das discussões realizadas ao longo do curso de doutorado, sob orientação do Professor Doutor Ovídio Araujo Baptista da Silva, bem como das pesquisas realizadas na Universidade de Coimbra, sob orientação dos Professores Doutores António Castanheira Neves, José Manuel Aroso Linhares e Fernando José Pinto Bronze. Trata-se, portanto, de um trabalho crítico-reflexivo e não de uma exploração dogmática acerca do tema. Não há a pretensão, portanto, de esgotar a discussão ou detalhá-la, tampouco abarcar todas e cada uma das vertentes que envolvem a temática. Tal tarefa é uma possibilidade para o futuro.

Importante registrar também que a redação do texto vale-se, em alguns momentos, do uso de metáforas para provocar a reflexão e libertá-la do senso comum teórico dos juristas, com a atribuição de novos sentidos. Na medida do possível, ainda,

optou-se pela tradução livre das obras obtidas em língua estrangeira, facilitando assim a fluidez da leitura.

Com este intuito e visando uma exposição clara e coesa, o diálogo foi estruturado em duas grandes partes, cada uma subdividida em três capítulos, organizados em subcapítulos, conduzindo-se, enfim, às conclusões da tese. O texto utiliza pouquíssimas citações em língua estrangeira, na maioria das vezes optou-se pela tradução livre da autora.

A primeira parte da tese – PARTE I – O PASSADO DO PRESENTE – MEMÓRIA E PERDÃO – e sua segunda parte – PARTE II – O FUTURO DO PRESENTE – PROMESSA E REQUESTIONAMENTO – organizam-se de modo que a primeira apresenta uma problemática necessária nestes tempos marcados pela Modernidade e e a segunda parte apresenta soluções possíveis para tal problemática, sempre tendo como pano de fundo os compromissos históricos e ideológicos assumidos pelo direito processual civil bem como a defesa da jurisdição estatal enquanto instrumento para a realização da democracia e exercício da cidadania. Sendo assim, a primeira parte da tese, apresenta a crise de sentido que assola o direito, valendo-se de uma discussão eminentemente filosófica para construir o cenário atual e diagnosticar a crise de paradigmas no direito e, conseqüentemente, seus reflexos na produção de sentido que se dá no seio da prestação jurisdicional.

O Capítulo 1 – O Direito em (tempo de) crise da tese explora os tempos do direito a partir de François Ost, indicando a necessidade de requestionamento, para que seja possível projetar um futuro possível para o direito e, em especial para o direito processual civil. Ainda, neste capítulo investiga-se como se dá a construção da modernidade, cujo cientificismo almejado apresenta-se hoje como um sonho utópico, absolutamente incompatível com o mundo hermenêutico em que a humanidade vê-se inserida hoje. É urgente, portanto, fazer-se um diagnóstico da modernidade e da crise de sentido do direito, para só então arriscar-se na mirada para um horizonte de sentido que afirme o direito enquanto direito, que sustente o direito enquanto alternativa humana e a jurisdição enquanto instrumento democrático (e não político ou governamental).

O Capítulo 2 – A Jurisdição em (tempo de) crise da tese vale-se de uma investigação no seio da jurisdição, explorando os valores que estão impressos na

jurisdição moderna, ligados sobretudo a própria formação do Estado Moderno, bem como explora o contraste entre o caráter estatal da jurisdição moderna e o caráter autonomamente jurídico da *iurisdictio* do direito romano clássico, mostrando um nos pontos nevrálgicos da tese, qual seja, que a superação da jurisprudência clássica pela jurisdição dos imperadores romanos foi, como refere Baptista da Silva em suas obras, ‘o primeiro ensaio de apropriação Direito pelo Estado, com a conseqüente funcionalização do fenômeno jurídico, até chegarmos a Thomas Hobbes e aos filósofos contratualistas dos séculos XVII e XVIII, a partir dos quais o direito será aquilo que o soberano põe como sendo direito’. Esta perda gradual de juridicidade do direito vai orientar este Capítulo 2 a defender o direito, nos termos propostos por Castanheira Neves, como uma resposta culturalmente humana a um problema também humano, ou seja, assume-se a emergência do direito como plataforma civilizacional.

A partir de então, impõe-se o *Capítulo 3 – O Direito, a Jurisdição e o Processo* para que a discussão seja trazida para o seio do direito processual civil e estabelecida como condição de possibilidade para compreender a resistência, na ciência moderna, em admitir e construir as tutelas preventivas genéricas. Neste Capítulo 3, portanto, investiga-se o papel da jurisdição que para além de mero instrumento de resolução de conflitos tem também a responsabilidade – da qual não lhe é dado furtar-se, sob pena de manter-se presa a rigidez da doutrina de separação de poderes – de concretizar os valores constitucionais fortalecendo, jurisdicionalmente, o paradigma do Estado Democrático de Direito. Alerta-se, no entanto, que essa afirmação passa longe das posturas procedimentalistas do direito, bem como rejeça o normativismo legalista e o funcionalismo, aqui apontados como inimigos para a construção de uma autêntica democracia fulgrada na dignidade da pessoa humana.

A segunda parte da Tese – *PARTE II – O FUTURO DO PRESENTE – PROMESSA E REQUESTIONAMENTO* propõe uma solução possível a um problema necessário apresentado na parte antecedente, vem disposta em dois capítulos.

O Capítulo 4 – O direito, processo e a jurisdição no Estado Democrático de Direito: decifra-me ou te devoro discute, diante da insuficiência da jurisdição na proteção dos novos direitos, sobretudo diante da necessidade que se tem hoje de não só reparar, mas sobretudo evitar a lesão à direitos e pretensões, discute as insuficiências

dos paradigmas que alimentam o direito processual civil, a exemplo da ordinarização, do cognição exauriente e das universalização da obrigação, que acaba por ocultar a estrutura da *iurisdictio romana* ofuscada pela passagem do direito romano-cristão. Uma investigação das tutelas preventivas se faz imperioso para detectar a autenticidade das tutelas que hoje se pretendem preventivas. Neste mesmo cenário, faz-se importante contrapor aos problemas apresentados na Parte I alguns ajustes no desenvolvimento da ciência processual, sobretudo no contexto do direito brasileiro. O abandono do conceito iluminista da lei, o redimensionamento da relação entre decisão e lei afastando a relação hierárquica entre elas, bem como o afastamento da modelos de juízes (que não são deuses, mas antes homens) forjam a necessidade de construir, não um modelo, mas uma compreensão do papel do judiciário e da realização do direito que rejeite os extremos dos grilhões da ideologia da subsunção e da fluidez do decisionismo e das arbitrariedades. Entre o governo das leis e o governo dos homens há que se defender a dimensão ético-jurídica de um e outro para a defesa da jurisdição constitucional e construção das tutelas genuinamente preventivas.

De fato, há que se proceder a uma releitura constitucional do processo civil na tradição romano-canônica, em especial, no cenário jurídico brasileiro. Esta a razão do *Capítulo 5 – A redefinição do papel da jurisdição e a recuperação do sentido do direito para a construção do Estado Democrático de Direito* – que vê no ‘acontecer’ da Constituição a condição de possibilidade para a construção não só de um novo processo civil, mas para o desvelamento das tutelas preventivas, únicas capazes de dar conta das especificidades dos novos direitos, em especial, daqueles que não tem natureza obrigacional e que portanto não podem ser protegidos através da reparação de danos ou ressarcimento de prejuízos, tampouco pela restituição ao *status quo*. No entanto, a estrutura do direito processual não está pronto para receber ou construir as tutelas preventivas. Não se trata de um déficit funcional, mas de um problema que está na entranhas da ciência processual, na sua estrutura mais profunda, na formação dos seus juristas.

A construção de um processo civil regido pelas características que Calvino¹⁵, em outro contexto trouxe, pode auxiliar no desvelamento de uma jurisdição próxima do

¹⁵ CALVINO, Ítalo. Seis propostas para o próximo milênio, op. cit.

Estado Democrático de Direito e de seus valores: a leveza, rapidez, exatidão, visibilidade, multiplicidade e consistência, vencendo assim os seis desafios que a jurisdição e o processo civil enfrentam nestes últimos séculos. Só assim, o direito processual civil na tradição romano-canônica terá a oportunidade de enfrentar os vestígios do passado (a força do paradigma) e as mentiras sobre o futuro (o mito do progresso), identificando o homem e sua capacidade criativas como os atores da história.

Seguindo esta trilha, defende-se a recuperação do sentido do direito através da refundação das estruturas do direito processual civil na tradição romano-canônica, especificamente no cenário brasileiro. Para tanto, todo o compromisso com o formalismo do processo civil deve ser diluído. Há que se abandonar a postura normativista-legalista do juiz *boca da lei*, rejeitar a postura funcionalista do juiz *alternativo ou ativista*, rejeitando-se definitivamente qualquer possibilidade de decisionismo ou arbitrariedades por parte da magistratura. Os juízes vespas de que falava Aristófanes, serão mantidos distantes dos tribunais, e substituídos pelos juízes responsáveis, ética e constitucionalmente, pelas decisões e isso só poderá ser feito por meio da fundamentação alicerçada na razoabilidade e nos princípios que envolvem a Constituição e o Estado Democrático de Direito.

Mais! Reconhecer que o anacronismo do direito processual é também resultado natural da *mercantilização* do direito, que eliminou deveres jurídicos e os substituiu por obrigações privadas, prescindindo, por certo, de tutelas preventivas. Pois que toda obrigação, caso não cumprida, poderia ser reparada. Está presente em toda a estrutura da tese, portanto, a necessidade que o Estado Democrático de Direito tem (e conseqüentemente todos os juristas e cidadãos) de enriquecer o núcleo do ato jurisdicional com outras eficácias, só assim, haverá condições de possibilidade para a enriquecer o direito material, que a teoria da unidade do ordenamento jurídico reduziu ao direito subjetivo, afastando qualquer resquício de pretensões e de ações de direito material. O direito processual, portanto, precisa correr o risco de ‘aventurar-se’ no direito material, mas para tanto, haverá de refundar suas estruturas, transformando profundamente seus paradigmas, abandonando definitivamente a crença na processualidade das ações.

Por derradeiro, à guisa de uma conclusão, fortemente influenciada pela obra de Baptista da Silva, pelo jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e a partir da hermenêutica de matriz gadameriana, pretende-se a superação do dogmatismo e do paradigma racionalista no âmbito do direito processual civil defendendo a jurisdição como instrumento garantidor da consolidação do Estado Democrático de Direito, desepistemologizando a reflexão sobre o direito processual civil e sobre a vocação ‘cientificista’ do direito e do processo. Só assim, ter-se-a um ambiente adequado para a construção e visualização das tutelas preventivas no direito brasileiro, quiçá nos demais países de tradição romano-canônica.

É claro que na viagem rumo a ilha desconhecida, referida por Saramago, é preciso cuidar para não se cair na insidiosa armadilha de supor que é este o único caminho possível. Na verdade, todo caminho é um caminho possível, embora não o único. Uma tese é, portanto uma solução possível para um problema necessário, sem descartar que, neste percurso, eventuais erros são apenas formas de fazer algo de modo diferente, talvez (espera-se!) criativamente diferente.

PARTE I – O PASSADO DO PRESENTE – MEMÓRIA E PERDÃO
**Do Direito como método ao Direito como compreensão: condições de
possibilidade para a constituição dos sentidos**

A primeira parte desta pesquisa destina-se a fornecer alguns subsídios para a compreensão do cenário que envolve o direito processual civil, de tradição romano-canônica, com o intuito de entabular uma reflexão sobre o tempo e a cultura, não só como fontes do direito, mas também como responsáveis pelos compromissos assumidos por um modelo de direito processual civil. São três os capítulos que compõem esta primeira parte. O primeiro deles trata pontualmente sobre a crise de sentido do direito, iniciando por uma reflexão acerca do tempo (1.1), forçando um olhar para a formação do próprio direito (1.2), revisando as bases sobre as quais a modernidade foi erigida, sem ocultar seus mitos e utopias (1.3), para a partir daí, ser possível diagnosticar, ainda que limitadamente, uma crise de paradigmas que envolve toda a modernidade e, conseqüentemente, todo o direito, com reflexos sobre o direito processual civil (1.4).

O segundo capítulo concentra-se na jurisdição, ou seja, nos impactos da crise da modernidade sobre a jurisdição, marcada pelos valores liberais e individualistas do Estado moderno e a resistência em abandonar as amarras deste modelo de Estado liberal (2.1). A partir disso, busca-se diagnosticar a burocratização da jurisdição, com base nas compreensões de Max Weber e Hannah Arendt (2.2), refutando as posturas cétricas em relação ao direito e à jurisdição, mas antes reconhecendo-os como respostas

culturalmente humanas a um problema também culturalmente humano, nos termos apresentados por Castanheira Neves (2.3). Defende-se, portanto, a emergência do direito como plataforma civilizacional no contexto do Estado Democrático de Direito. Para tanto, há que se afastar as posturas procedimentalistas do direito, o que impõe uma revisão do papel do jurista e dos modelos de realização do direito (2.4).

O terceiro capítulo pretende desaguar os problemas da crise do direito e da crise da jurisdição no contexto do direito processual civil, detectando-o enquanto instrumento de uma jurisdição dos conflitos, porém distante da almejada jurisdição que concretiza direitos (3.1.). Esta jurisdição, comprometida com a concretização dos direitos, é aquela projetada pelo Estado constitucional, que se denomina um Estado Democrático de Direito. Mas para que os valores constitucionais sejam desvelados, faz-se necessário retomar as raízes históricas do direito romano e verificar o que de romano há na jurisdição moderna. Neste aspecto, vê-se que a tradição romano-canônica, herdou muito pouco da *iurisdictio* romana (3.2). Essas “duas faces de janus”, ou as duas faces da jurisdição que se divide entre a romana e a moderna, é revelada sob o olhar da polêmica entre monistas e dualistas. A construção das tutelas preventivas, bem como o redimensionamento da estrutura do direito processual aproximando-o das promessas do Estado Democrático de Direito impõem que seja resgatado o “elo perdido” entre direito material e direito processual (3.3). Visto isso, aflora o peso da herança racionalista e as escolhas (ideologicamente comprometidas) que o direito processual civil fez ao longo da sua formação (3.4).

Sabe-se, no entanto, que assumir uma perspectiva substancialista do direito, revisar o papel do jurista sob as lentes do Estado Democrático de Direito, afastando o normativismo-legalista e o funcionalismo, exige que o direito processual acompanhe a dialeticidade do direito material e da própria sociedade, superando sua estrutura e compromissos paradigmáticos. Todo esse percurso é condição de possibilidade para a compreensão da segunda parte da tese.

Capítulo 1 – O Direito em (tempo de) crise

*Essa tentativa consciente de controlar e modelar o futuro parece ser uma atividade caracteristicamente humana. É um dos traços que nos distingue das outras criaturas com as quais partilhamos nosso lar neste planeta. Não podemos olhar para a frente exceto na medida em que a luz da experiência nos ilumina o futuro
(Arnold Toynbee)¹⁶*

1.1 Os tempos do direito: ligar e desligar o tempo

Há que se dar vazão ao processo histórico e cultural da (r)evolução do direito e conseqüentemente, à superação (ou pelo menos à conscientização) de uma crise paradigmática na qual se insere o direito hoje. Uma crise que envolve não só o pensamento jurídico e os compromissos jurídicos, mas também o modelo de produção do direito. O direito é pensado por meio de conceitos, desconsiderando que, na verdade, o direito existe nos fatos, na riqueza dos fatos.

Um salto histórico, planejado pelos compromissos e contornos filosóficos e jurídicos assumidos por esta pesquisa, irá conduzir esta reflexão até o período da dissolução da sociedade medieval e afirmação da sociedade moderna. Identificar este período histórico e cultural (também um período de transição paradigmática) faz-se imprescindível para encontrar as raízes ideológicas e os compromissos filosóficos

¹⁶ TOYNBEE, Arnold. *O desafio do nosso tempo*. Tradução de Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968, p.13-14.

assumidos pelo direito, especialmente pelo direito processual civil, que se tornou refém, desde então, da ciência moderna, ignorando tratar-se de um produto cultural, desconsiderando sua historicidade, ocultando o seu tempo. Assim, para que o direito possa apoderar-se do seu tempo e para que o tempo possa construir o direito processual civil, é preciso, como dito, dar vazão à (r)evolução do direito, abandonando e desmitificando a cientificidade, o progresso e a tecnocracia (os mitos do conhecimento científico). Como todo o processo revolucionário, aqui também é preciso identificar os inimigos: o positivismo jurídico, nos seus diversos matizes, e as perspectivas procedimentalistas do direito.

Convém tratar sobre a sujeição do direito ao tempo, mas também do tempo ao direito. Partindo da perspectiva heideggeriana sobre o tempo, tem-se que o tempo só existe enquanto consequência de acontecimentos, o tempo é aquele que produz acontecimentos e não a mera seqüência de “agoras”. O tempo, na verdade, não é um movimento, mas algo relacionado com o movimento. A cronologia do tempo do direito passa, em tempos contemporâneos, a ser interrogada. A jurisdição e os compromissos do direito e do jurista são, inevitavelmente tocadas por esta indagação. A discussão se conduz rumo à insuficiência de uma jurisdição eminentemente repressiva, (pré)ocupada com a reparação e não ocupada com a concretização dos direitos, que também passa pela prevenção. O “cuidado”¹⁷ no sentido heideggeriano, passa a ser descuidado no contexto da ciência processual – ironicamente, descuida-se do “cuidado”.

Antes, porém, de enfrentar esta questão, convém iniciar com o processo de “revolução do direito”. Uma análise descritiva, porém preparatória à compreensão reflexiva que se segue. Como refere Berman, tal qual o homem que vê toda a sua vida passar por ele como um *flash* quando está se afogando, fazendo um esforço inconsciente para encontrar em sua experiência os meios necessários para livrá-lo do destino trágico iminente, é preciso retornar a uma perspectiva histórica da tradição ocidental do Direito

¹⁷ Para utilizar um olhar hermenêutico, é preciso não esquecer que o ‘cuidado’ (‘sorge’) é a margem fundamental da condição humana, é ele a estrutura do *ser-aí* de que trata Heidegger. Desse modo, desconsiderar a função preventiva da jurisdição, privilegiando quase que exclusivamente a jurisdição repressiva e reparadora acaba esvaziando o sentido do direito. Resistir às tutelas preventivas é esquecer o modo como estamos no mundo, é esquecer o “cuidado” e a sua tríplice estrutura: o ser-diante-de-si (futuro); o já-ser-em (passado) e o ser-junto-às-coisas (presente). Neste sentido ver: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004; STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit. e _____. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.

e da legalidade, da ordem e da justiça para encontrar um alívio (uma alternativa) contra o presente desconforto.¹⁸

Em que pese a tese do fim da história¹⁹ o fim de uma era não pode ser provado cientificamente (!): na verdade, sente-se ou não esse fim. Assim, por intuição, diz Berman, sabe-se que as velhas imagens perderam o sentido e que se está emergindo de um período revolucionário. É esse contexto que nos permite identificar as eras revolucionárias do passado. Desde o final do século XX, a (pré-)história da tradição jurídica ocidental passa a assumir especial significação. Em pleno século XXI, vive-se o epicentro de uma crise de valores e ideais jurídicos em que toda a tradição jurídica está sendo desafiada: não apenas os ideais liberais dos últimos séculos, mas toda a estrutura jurídica ocidental, que data do final do século XI e do século XII.²⁰

O valor atribuído a uma regra de direito é temporal. A produção de sentido é uma produção temporal. Não existe direito sem tempo, não existe direito sem fatos. Para Ost, há uma pluralidade de formas de direito no tempo e no espaço, o que exige a desmitificação da lei como único instrumento de regulação social e a dessacralização da dogmática como única forma de saber sobre o direito.²¹

Para Ost, não é possível “dizer o direito” senão “dando o tempo”. Ost vai explicitar como o tempo se articula com o direito, promovendo um diálogo entre o tempo e o direito, no qual o tempo desvela o direito e o direito desvela o tempo,²² dentro de uma perspectiva histórica não-linear. O tempo não lhe é exterior, como idealizado

¹⁸ BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução de Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p.07-08.

¹⁹ Nesse sentido, consultar: ANDERSON, Perry. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1992; FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Auly de Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992. Defender o “fim da história” da forma com Fukuyama fez, é afirmar o postulado da neutralidade, haja vista que a democracia liberal ocidental é tomada como a mais adequada forma de governo e como a verdade única a ser imposta sobre todos os demais sistemas e ideologias concorrentes. Trata-se de um ponto de vista que se pretende livre das distorções ideológicas. Por óbvio, não se trata do “fim dos tempos”, do “fim da história” ou do “armagedom” da raça humana. Na verdade, “são as engrenagens da história que estão se movendo diante dos olhos da presente geração”, donde surge a necessidade de transformação do modelo de pensamento do Homem para trabalhar com as questões contemporâneas.

²⁰ BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit., p.07-08 e 47.

²¹ OST, François. Questions méthodologiques à propos de la recherche interdisciplinaire en droit. In: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Bruxelles, 1:1-29, 1978, p. 2-3.

²² OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

pela perspectiva positivista. Há, nesse aspecto, conexão com o pensamento heideggeriano, segundo o qual o tempo não é: na verdade, para Heidegger, o tempo se dá.²³ O tempo é, assim, uma das principais substâncias da lei, como refere Ost.²⁴ O tempo não é um ente, diz Heidegger – o mundo temporaliza-se no “em-vista-de”. Na perspectiva heideggeriana, pode-se dizer que o discurso jurídico não define, mas interpreta o ser que se manifesta. Inexiste um “é” absoluto, fala-se sempre “a partir de”. Por isso, o homem (o jurista) não *de-fine*, mas interpreta.

Seguindo esse raciocínio, é possível encontrar apoio em Heidegger para afirmar que é no acontecimento da temporalidade que os entes se manifestam enquanto tais. Porém, a manifestação do ente, já está, desde sempre, envolvida pela compreensão antecipada do Ser. Os entes só ingressam no mundo (no tempo) na e através da temporalização. Os entes só são compreendidos temporalmente, são determinados enquanto intratemporais.²⁵ Para Heidegger, o próprio homem é temporalidade. Heidegger recusa, igualmente, a noção linear do tempo, afirmando a possibilidade de uma outra concepção de tempo, que abriga instantes de ruptura – “decisão” ou “acontecimento”.

O tempo é uma instituição social, uma construção social: o tempo temporaliza-se, diz Ost. Temporaliza-se conforme a cultura de uma determinada sociedade. Daí falar-se que há uma interação dialética entre o tempo e o direito: há um elo entre a temporalização social do tempo e a instituição jurídica da sociedade, eis que o direito contribui para a instituição do social, ou seja, contribui para estreitar o elo social e oferecer pontos de referência (sentido e valor) à sociedade. Assim, “o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito” – “o direito temporaliza ao passo que o tempo institui”.²⁶ Aproxima-se desta compreensão Hannah Arendt ao afirmar que “a lei

²³ HEIDEGGER, Martin. *Tiempo y el ser*. Traducción de Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Duque. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 35.

²⁴ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p. 15.

²⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.

²⁶ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p. 14.

realmente pode estabilizar e legalizar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de ação extralegal”.²⁷

Nessa perspectiva, forma-se o elo entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade. Porém, Ost alerta que a instituição do tempo pelo direito é uma obra frágil, surgindo a ameaça da destemporalização: a fuga do tempo que se materializa de quatro formas: (a) a recusa do tempo como mudança – nostalgia da eternidade e ausência da mudança; (b) o abandono ao instantaneísmo (inversão da ampulheta) – vertigem da entropia; (c) a tentação do determinismo gerado pela representação de um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo – o pensamento é único e o tempo é mera duração;²⁸ (d) risco de discronia, que impede a sincronia do tempo histórico social – diversas velocidades e ritmos temporais. Essas patologias do tempo (eternidade, entropia, determinismo e discronia) devem ser combatidas.²⁹

Para fugir da destemporalização é preciso a justa medida entre a continuidade e a mudança, bem como o equilíbrio das relações sociais: ritmo – ou seja, temperança (sabedoria do tempo). As forças instituintes (tempo) se moldarão às formas instituídas (direito), que, com o desenvolvimento social (com o passar do tempo), pedirão para serem substituídas por novos modelos instituintes. Dito de outro modo tem-se que a temporalidade que se absolutiza é desinstituinte! O pulsar do tempo do direito representa um compasso quaternário: memória (adagio), perdão (andante), promessa (allegro) e questionamento (agitato). São essas as quatro categorias de tempos normativos e temporais, as quatro figuras de retemporalização do direito apresentadas por Ost. À medida que a memória liga o passado, o perdão desliga-o: aquela garante uma identidade histórica e este confere um novo sentido ao passado. A promessa, por sua vez, liga o futuro, enquanto o questionamento desliga-o. Esses quatro compassos garantem o ritmo do direito e se desenvolvem no presente – que é o motor de todas as dialéticas. É no presente que se opera a dialética temporal, “as operações de ligação e desligação do tempo, de memorização e futurição”. Há dialética no núcleo de cada

²⁷ ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Volkman. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 73.

²⁸ Emprega-se, aqui, duração no sentido utilizado por Bérson ao afirmar que “a duração é o progresso contínuo do passado que rói o porvir e que incha ao avançar”. BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução de Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

²⁹ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p. 15-17 e 41.

categoria também: assim como existe muito esquecimento na memória e muita memória no perdão; também existe muita indeterminação na promessa e muita fidelidade na revisão. Todas são necessárias, nenhuma é suficiente.³⁰

Essa compreensão sobre o tempo do direito só é possível se inserida em uma nova visão de mundo que passou a se estender ao campo do Direito: o problema da consciência histórica e a dimensão hermenêutica do ser humano (e do direito). A história é plural. O tempo é plural. O direito é plural. Assim, inexistente um sentido imanente, mas sim o sentido do intérprete. As patologias do tempo antes referidas (eternidade, entropia, determinismo e discronia) são combatidas a partir da perspectiva hermenêutica³¹, que irá contribuir para a ligação intertemporal, ou seja, para a transmissão de mundos possíveis. O círculo hermenêutico gadameriano encontra aqui a sua tradução temporal.³² Quando Ost afirma “cada um deve poder reconstruir um passado segundo a sua experiência e construir um futuro segundo as suas expectativas”,³³ aproxima-se da fusão de horizontes de que trata Gadamer, ou seja, do diálogo entre o intérprete e o texto – fusão do horizonte do presente (do intérprete) com o horizonte do passado (inscrito no texto). Essa fusão trata-se de tarefa da consciência da história efetual de que trata Gadamer.³⁴

Nesse mesmo sentido, diz Resta, “*non abbiamo tempo!*”, por que não é a verdade que define o tempo, mas o tempo que define a verdade. O movimento do tempo substitui a verdade.

³⁰ Ibidem, p.18-19. Sobre haver muito esquecimento na memória e muita fidelidade na revisão, vejam-se as reflexões (adiante: capítulo 2, parte I e capítulo 4, parte II) sobre o esquecimento do sentido da *actio* romano e da *iurisdictio* romana, bem como a força do paradigma racionalista na contemporaneidade. Sobre estas, veja-se também BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

³¹ A partir das obras de Heidegger e Gadamer e, no pensamento jurídico por Coing, Esser, Kaufmann e Dworkin, voltou-se a atribuir a hermenêutica um sentido consoante com a etimologia da palavra, que o positivismo jurídico havia subvertido. Nesse sentido, ver BRONZE, Fernando José Pinto. As margens e o rio (da retórica jurídica à metonímologia). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIII, 1997, p.81-119.

³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed revista. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 360 et seq. Ver também: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit., p.210 et seq.

³³ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p.39.

³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit, p.451.

la verità si raggiunge ‘per stanchezza’ perché è passato molto tempo ed è passato invano; ‘per fretta’, invece, perché il tempo è risorsa troppo scarsa rispetto a quanto la ricerca della verità esigerebbe. Da molti punti di vista si può affermare che non è la verità a definire e condizionare il tempo, ma è il tempo a definir la verità.³⁵

A história é, portanto, um “mundo de possibilidades no qual tudo poderia ‘ser’, não simplesmente ‘ter sido’”.³⁶ Para tanto, o futuro não pode estar engajado em escolhas irreversíveis, que comprometem retroativamente o presente – ou seja, o presente fica privado de seu valor. Há, nessa advertência, uma profunda preocupação com o tempo presente, que não pode estar comprometido, sob pena de bloquear-se o futuro, desqualificar-se o passado e hipotecar-se o presente. É no presente, no enigma centro do tempo, diz Ost, “que se toca o compasso em quatro tempos do direito”. No entanto, esse presente é uma aposta que nada tem de seguro: ganhá-lo é uma questão de responsabilidade – uma questão ética e uma questão política.³⁷

O compromisso deve existir apenas com a forma de organização social. O tempo é uma questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico. A ligação do passado e do futuro se dá como uma herança sem testamento, ou seja, o patrimônio herdado é apenas um reservatório de possíveis. É o tempo que permite o direito exprimir-se. Há formas de perder o tempo e outras de recuperá-lo.³⁸

Recuperar o passado é uma primeira garantia de um sentido para o presente. Nesse sentido, a concepção de Arendt parece fazer eco. Arendt designa “crise da cultura” a incapacidade de articulação entre passado e futuro, memória e projeto, a sedução pelo instantaneísmo e pela supervalorização do presente³⁹ – perda da memória cultural. Daí a proposta de Ost de ligar e desligar o passado e ligar e desligar o futuro a fim de instaurar um novo caminho de leitura e interpretação do mundo. Nesse compasso, o juiz é o guardião das promessas, e a Constituição a promessa.

³⁵ RESTA, Eligio. *Le verità e il processo*. In: MARINI, Alarico Mariani (Org.). *Processo e verità*. Pisa: Plus-Pisa University Press, 2005, p. 33.

³⁶ RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, p. 11.

³⁷ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p.425 e 432.

³⁸ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p.425 e 435.

³⁹ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1997.

Torna-se, assim, imprescindível reconhecer o presente, reler o passado e projetar um futuro possível para o direito processual – na perspectiva fenomenológica-hermenêutica – o que exige ligar e desligar o passado, bem como ligar e desligar o futuro e, necessariamente, implica uma discussão sobre os limites da racionalidade científica da modernidade, ou seja, sobre os limites do paradigma racionalista sobre o qual foi erigida a ciência processual. Quanto há de lembrança e quanto há de esquecimento no tempo (passado) da tradição jurídica romano-canônica? Quanto há de indeterminação nas promessas da modernidade e quanto há de fidelidade nas revisões do tempo (futuro) da tradição jurídica romano-canônica? Como harmonizar lembrança, esquecimento, promessa e revisão no tempo (presente) da tradição jurídica romano-canônica? Como escolher entre prioridades do presente, experiências do passado e exigências do futuro? Se, de um lado pende a pergunta pela durabilidade da herança (nos compromissos firmados – paradigmas dominantes) que é transmitida às gerações futuras; de outro pende saber se é preciso gerir na urgência ou instituir na confiança? A herança é um reservatório de possíveis!⁴⁰ Não está, a herança, precedida de nenhum testamento, ou seja, a herança traz a autonomia (e a responsabilidade) do donatário (da sociedade contemporânea). Assim sendo, a responsabilidade de assumir-se como sujeito da história e projetar um futuro possível (para o direito) é do homem.

⁴⁰ Nesse sentido, consultar a obra OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p.435.

1.2 Reconhecer o presente, reler o passado e projetar um futuro possível: olhares substancialistas

Em tempos de “*liquid modernity*”⁴¹ e de “*diritto mite*”⁴² em uma sociedade “plural” e “global”, trilhar o caminho para um novo processo civil em sintonia com a concretização dos valores constitucionais e voltado para o futuro, exige tomar o direito em seu tempo, assumindo este (o tempo) como a fonte do direito.⁴³

A sociedade hoje se tornou grávida de possibilidades, em que algumas memórias são cultivadas e futuros possíveis são projetados.⁴⁴ Há uma pluralidade de possibilidades de compreensão do mundo que convivem simultaneamente umas com as outras. A idéia de que a sociedade (e o direito) possa(m) ser compreendido(s) de modo relativamente homogêneo não anda em sintonia com a sociedade plural e global

⁴¹ A expressão é do sociólogo polonês Zygmunt Bauman, que se vale da “fluidez” e da “liquidez” como metáforas para captar a natureza da fase atual na história da modernidade, na qual os sólidos se liquefazem e as instituições se desmaterializam. Sua principal característica: a mutação, a mobilidade, a flexibilidade, a velocidade, o efêmero, a incerteza. Para Bauman, a modernidade sólida, pesada – que surge com as transformações clássicas e o advento de um conjunto estável de valores e modos de vida cultural e político – esgota-se e cede diante da modernidade líquida, leve, volátil, que força a revisão dos referenciais e dos paradigmas dominantes e revela a intangibilidade, a instabilidade e inconsistência das instituições, dos relacionamentos, das práticas... Na modernidade líquida tudo há de ser destilado, fluido, maleável..., salvo se optar pelo “peso” de uma ética de compromissos e solidariedade (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, op. cit.; BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997). Outros autores vão definir essa fase da modernidade como “alta modernidade” (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991) ou como “modernidade reflexiva” (BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernidade reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo, Unesp, 1997).

⁴² Gustavo Zagrebelsky adjetiva o direito com o termo, em italiano, “*mite*” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Turín: Einaudi, 1992), que na versão espanhola vem traduzido como “*dúctil*”, referindo-se ao conceito químico “*ductilidad*”, ou seja, maleabilidade, flexibilidade. Nesta perspectiva, propugna que o direito de regras, marcadamente de cariz liberal e característico do século XIX cedeu espaço a um novo perfil de direito, um direito de princípios. Para Zagrebelsky, a Constituição e seus princípios são a manifestação mais elevada do direito positivo. Ele afirma que “princípios consisten fundamentalmente en ‘nociones de contenido variable’ y, por tanto, cumplen una función esencialmente dinámica” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos e justicia. Tradução de Marina Gascón. 3. ed., Madrid: Editorial Trotta, 1999, p.146).

⁴³ Quando se refere essa relação entre direito e tempo, não se está a concordar que o Direito é mero acontecimento no tempo que carece de uma relação com ele. Não se trata disso. Mas antes, quer-se dizer que o Direito se determina em seu ser através do tempo, ou seja, deve realizar-se a todo o momento para dar lugar a si mesmo. Como diz Kaufmann, “el que el Derecho sea historico no significa que, en cualquier parte, se desarrolle de forma discrecional en el tiempo, sino que el camino debe tener um objetivo totalmente determinado, el camino del Derecho hacía el Derecho natural” (KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Traducción de Emilio Eiranova Encinas. Barcelona, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 43).

⁴⁴ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit.

tampouco com o “*diritto mite*”: a realidade social comporta múltiplas (re)leituras. Estabelece-se um círculo que conecta memória e projeto, passado e futuro. O futuro está contido no passado e dele nasce; e o passado procede do futuro, eis que decisões que antecipam ações acabam por ressignificar o passado e, por vezes, inventar o futuro. Tem-se, com isso, que o futuro depende da matriz do passado, mas também que o futuro relê o passado, (re)elaborando-o no presente. De fato, a partir de um olhar fenomenológico, pode-se dizer que o presente é o horizonte possível para a ligação entre passado e futuro. Dito de outro modo, tem-se que a possibilidade está acima da realidade: o mundo não é relativo a um mundo real, mas é relativo a um mundo possível, eis que o mundo é condição de possibilidade.⁴⁵ No entanto, a incapacidade de conectar os fios do tempo pode interromper este ritmo e o presente torna-se instante já perdido pelo desejo da conservação e pela ânsia da antecipação.⁴⁶ A temporalidade é a temporalidade sem os esquemas temporais.

Reconhecer o presente, para além de fragmentos isolados e atomizados, aproximando-o das experiências cotidianas e das mudanças culturais passa a ser um dos desafios da contemporaneidade. E é o primeiro desafio que ora se assume: reconhecer o presente do direito processual civil, reler seu passado e projetar um futuro possível – um futuro para o direito processual civil com o olhar voltado para o homem e, por certo, para um sentido de direito. Isso tudo sem cair nos esquemas temporais de uma concepção linear de tempo. De acordo com a perspectiva heideggeriana, é correto afirmar que nós não podemos ser o que somos a não ser projetando o ser.⁴⁷

Nessa trilha, é condição de possibilidade a emergência do paradigma hermenêutico e o rompimento com o paradigma da racionalidade científica da

⁴⁵ Fala-se de ‘mundo’ sob o ponto de vista transcendental, ou seja, não como um *a priori* da consciência, um *a priori* do eu penso. Não se está tratando de uma teoria da consciência, mas antes do homem, no mundo no sentido apresentado por Heidegger e explorado por Stein. Deste modo, é no mundo da compreensão que sujeito e objeto se fundem numa estrutura de sentido. Para uma aprofundamento da discussão recorrer as obras: STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, op. cit.; STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*, op. cit. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit.

⁴⁶ Nesse sentido, ver HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit.; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.; MELUCCI, Alberto. *O jogo do eu*. Tradução de Adriano R. Marinho, Agostino Giacomini, Débora Conforto, Henri Fuchs, Jorge D. Barbosa, Jorge M. Adão, José Rossi, Nara R. Vieira, Raquel Gatto, Sueli Salva. São Leopoldo: Unisinos, 2004; ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

⁴⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.

modernidade, haja vista que a releitura do direito processual civil passa pela concretização de direitos e pelo fortalecimento da relação Constituição-democracia, impondo a superação do abstracionismo (e os absolutismos) provocado pelo positivismo jurídico e pelo distanciamento entre o Direito (concebido como uma abstração conceitual) e a vida social.⁴⁸ Assim sendo, projetar um futuro possível para o direito processual civil em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo implica afirmar valores constitucionais e superar a concepção piramidal de direito enquanto sistema de regras.⁴⁹ E isso, por óbvio, exige uma opção paradigmática, qual seja, assumir o caráter hermenêutico do direito e o papel interventivo da jurisdição constitucional como condições inafastáveis para a concretização dos direitos e para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas.⁵⁰ Trata-se, portanto, de um discurso e de uma prática substancialista⁵¹ em defesa da jurisdição estatal, entendida como instituição indispensável para a concretização das promessas de um Estado Democrático de Direito,⁵² estando, nesta quadra, a ligar e desligar passado e futuro, assumindo a responsabilidade pelo tempo do direito.

⁴⁸ Ovídio Baptista da Silva insistentemente recrimina em suas obras esse distanciamento entre o Direito e a vida social, afirmando que a fantasia metodológica que equipara o Direito às ciências exatas e faz crer que as soluções judiciais haveriam de ser necessariamente “certas” ou, ao contrário, “erradas”, como a solução dada a um problema matemático” tornou anacrônico o direito processual, ocultando a perspectiva histórico-cultural que é inerente ao direito (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 17-26). Para Baptista da Silva (ibidem, p. XI), é preciso romper com o mito da neutralidade do juiz e “sujar as mão” com temas políticos, vedado pela velha doutrina européia.. Nesse sentido, Castanheira Neves apresenta o direito como “uma resposta culturalmente humana (...) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social” (CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993, p. 47).

⁴⁹ Hoje já são várias as roupagens assumidas pelo positivismo jurídico, no entanto, a concepção piramidal vincula-se ao nome do jurista austríaco Hans Kelsen, segundo a qual cada ordem jurídica é composta exclusivamente de um conjunto de normas que derivam umas das outras por força do princípio de hierarquia, supondo-se que uma norma fundamental assegura a unidade e a validade do conjunto normativo (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed revista e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.1-11.

⁵¹ Sobre o embate entre procedimentalismo e substancialismo, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit. (em especial, capítulo 2) e _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2004 (em especial, capítulos 4 e 5).

⁵² Porém, assumir a defesa da jurisdição estatal não implica apontá-la como a única via para atender a promessa de proteção do Direito. A incapacidade de o Estado dar conta das exageradas promessas da modernidade são um fato incontestável. Por este motivo, a superação desse quadro exige uma correção de rota, que, por certo, implica a valorização de meios alternativos de tutela, bem como o cuidado – em termos heideggerianos – para com o ensino do direito, com vistas a reduzir a litigiosidade.

Nessa perspectiva, a atual situação problemática do direito é o ponto de partida para compreender (e, então, superar) os obstáculos que o paradigma racionalista impõe ao direito processual civil na modernidade, pois, conforme já observara Pontes de Miranda, o direito processual é o “ramo das leis mais rente à vida” que, como tal, merece ser levado a sério.⁵³ Exatamente por isso, o direito processual não se resume a simples procedimento ou mero instrumento técnico. Não só o direito material, mas também o direito processual é fenômeno histórico-cultural, ou seja, é uma experiência histórico-cultural, um processo hermenêutico. Existe, portanto, um liame entre o direito processual civil e o direito material. Aquele está condicionado pelo sentido deste. Ambos, portanto, assimilam valores/princípios que, ao sintetizarem ‘plenitudes de significação’ num determinado horizonte cultural, substantivam-se⁵⁴ – é a substancialização do direito e do direito processual. O direito processual civil, como bem observa Baptista da Silva, “é o setor do direito mais comprometido com seu sentido hermenêutico”, tendo como missão “tornar possível a realização do direito material”.⁵⁵

Há, portanto, uma dimensão do Direito, que não é (descritivamente) explicável, mas (reflexivamente) compreendida. No entanto, a formação do direito processual civil, como ciência, na doutrina do século XIX, como bem observa Baptista da Silva, está fundada na revelação do pressuposto de que o direito deveria ser uma ciência explicativa, não uma ciência da compreensão, como as correntes contemporâneas da Filosofia do Direito o consideram. A conclusão, com base neste pressuposto – fiel ao paradigma racionalista – é de que o direito (e não a ação) nasce da violação da norma e a tarefa judicial resume-se a descobrir e verbalizar a vontade da lei.⁵⁶ Ou seja, a

⁵³ Pontes de Miranda, afirma o seguinte: “Sempre levei a sério o direito processual. É o ramo das leis mais rente à vida. Por ele poder-se-iam classificar os povos. Trai, às vezes, o que está na alma dos estadistas. Mas a vida mesma, o século, afeiçoa-o às correntes mais profundas, que independem da nossa transitoriedade” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. XIII, prólogo). A obra de Pontes de Miranda será de grande importância para a concepção de uma autêntica tutela preventiva, através da tutela cautelar. Segundo Baptista da Silva, “ninguém no Brasil ou nas fontes da doutrina européia a que nos ligamos, sequer aproximou-se de Pontes neste particular” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. IX, prefácio).

⁵⁴ Nesse sentido, ver: SANTARELLI, Umberto. *L’Esperienza giuridica basso-medievale: lezioni introduttive*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 1980, p. 10 et seqs.

⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. XI e 34.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 96-97.

aplicação da lei, nesta perspectiva, serve-se do mesmo raciocínio lógico com que o matemático demonstra a correção de um teorema qualquer.⁵⁷ No entanto, a superação da visão dogmática pressupõe a compreensão hermenêutica, ou seja, que o direito e o direito processual civil sejam pensados como uma ciência hermenêutica. Ao contrário das matemáticas, os conceitos jurídicos têm história, logo não podem ser explicados, mas apenas compreendidos para serem adequadamente aplicados. De outro modo, tem-se que o problema do direito é o da determinação de seu sentido “para nós” e não apenas o da definição de um seu hipotético sentido “em si”, pois só pode definir-se o que não tem história.⁵⁸ Em outros termos, é adequada a afirmação de Stein quando explora o conceito de mundo vivido no pensamento heideggeriano: “o mundo da vida não é fora de nós no sentido real, mas é algo que nos acompanha como seres racionais que interrogam e buscam explicações racionais da racionalidade cognitiva ou científica”.⁵⁹ Não há, portanto, um mundo paralelo: um mundo do direito diferente do mundo do homem.

Com isso, quer-se dizer que toda a ordem jurídica tem uma dimensão prescritiva, porém as conclusões, em nível prescritivo, fundam-se em valores/princípios que uma comunidade histórico-socialmente concreta pretende que se realize na prática. O direito não é, tampouco, o direito processual, uma entidade historicamente consumada. Não se esgota no já constituído, mas antes está em permanente constituição. Não há um direito fora do homem.

A perspectiva que se pretende desenvolver neste momento recomenda que se caracterize a evolução do pensamento científico, em geral, e do pensamento jurídico, em particular, no contexto ocidental, especialmente na tradição romano-canônica. Nesse percurso, não se assume como objetivo a exaustão descritiva da história do pensamento científico ou da história do pensamento jurídico.⁶⁰ Por óbvio, uma sensibilização histórico-jurídica não se apresenta como um imenso arquivo, como simples narração,

⁵⁷ Nesse sentido, ver a crítica feita por BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit. à geometrização do pensamento jurídico e à fidelidade do sistema jurídico para com o paradigma racionalista.

⁵⁸ BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op. cit., p.146.

⁵⁹ STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*, op. cit., p.48.

⁶⁰ Na verdade, opta-se por não detalhar o entendimento de pensadores ou pormenorizar teorias nesse sentido.

mas antes pretende fornecer instrumental necessário para uma reflexão crítica capaz de superar um cenário de crise a partir da compreensão das convicções que orientaram contextos históricos determinados. Só assim, ultrapassando a formação cultural contemporânea, torna-se viável um diagnóstico preciso (para além dos problemas meramente dogmáticos e burocráticos) da atual situação problemática que envolve o direito e a jurisdição chamada a realizá-lo, especialmente no que se refere ao direito processual civil. A oposição ao normativismo-legalista, mas também às modalidades de funcionalismo jurídico, bem como às concepções puramente procedimentais do direito e aos ideais liberais-iluministas, é condição de possibilidade para a realização dos direitos e para a recuperação do sentido da jurisdição. Por esta via, é possível ultrapassar a concepção reducionista do direito à legislação, bem como superar os discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica e conduzir a jurisdição para além da função repressiva, abrindo espaço para as ações genuinamente preventivas. A resposta, portanto, virá através dos princípios pela via da compreensão hermenêutica, corroborando a afirmação de que se está diante de um problema hermenêutico (compreensão) e não de um problema analítico-procedimental. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático.

1.3 A construção da modernidade: navegando rumo a ilha da utopia

Mesmo que toda a cronologia seja enganosa, como já advertia Villey,⁶¹ reputa-se importante voltar os olhos para a constituição da ciência moderna e do pensamento jurídico moderno. Os alicerces da ciência moderna foram estabelecidos não só no medievo, mas também na Antigüidade, muito antes da revolução científica dos séculos XVI e XVII.⁶² Toda cronologia é enganosa na medida em que as várias correntes de pensamento são sintetizadas ou confluem-se em um novo período histórico, desconsiderando o tempo linear.

⁶¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Beliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 581.

⁶² GRANT, Edward. *Os fundamentos da ciência moderna na idade média*. Porto: Porto, 2004.

Assim, para se pretende reconhecer o presente e projetar um futuro possível para o direito – tomando este (o direito) como uma resposta culturalmente humana para um problema também humano – é preciso reler o passado: reconstruir o modo de pensar contemporâneo e desconstruir alguns mitos, para só então projetar alternativas. Há que se compreender o que o direito moderno tem de específico.⁶³ Isso, necessariamente, exige remontar ao século XVI, ao surgimento da ciência moderna e ao sonho de adotar métodos (modernos) de busca e avaliação da verdade, que vão invadir todas as esferas do saber humano. Aquele século chama a atenção pela tentativa de deslocar a ciência do direito do problema prático da decisão para o problema teórico do conhecimento das regras, pela pretensão de tornar o Direito e a Filosofia práticas compatíveis com o método das matemáticas – a matematização/geometrização do pensamento jurídico. As ciências humanas transformaram-se em ciências sociais e não em ciências dos homens e a aproximação com as ciências naturais provocou a geometrização do direito, excluindo o sujeito (a subjetividade). Acreditava-se que a univocidade das regras garantisse a univocidade das decisões. A variabilidade do direito era considerada um problema de desconhecimento sobre as regras.

Nessa trajetória, é de se questionar, não os avanços técnicos que as ciências modernas permitiram realizar (Astronomia, Física, Química, Medicina...), mas, antes, as conseqüências da aplicação da razão e do método científico ao direito, consideradas as únicas fontes de conhecimento válido.⁶⁴

O alicerce do direito moderno e do modo de pensar contemporâneo está fortemente marcado por resquícios do século francês das luzes e do movimento de

⁶³ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, op. cit., p. 584.

⁶⁴ Sobre a formação da ciência moderna: GRANT, Edward. *Os fundamentos da ciência moderna na idade média*, op. cit. HANKINS, Thomas L. *Ciência e iluminismo*. Porto: Porto, 2004; LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2004; PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999; ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos*. Tradução de Lauro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1992; RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004; VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op. cit.; WESTFALL, Richard S. *A construção da ciência moderna*. Porto: Porto, 2003.

codificação,⁶⁵ que, por sua vez, retomou (recopiou) em grande parte o conteúdo das sínteses do século XVI e XVII. “Filho do jusnaturalismo iluminado, o Código leva consigo, bem penetrado na sua estrutura óssea, a marca da grande antítese jusnaturalista, a mais grave e pesada antítese da história do direito moderno”.⁶⁶ A modernidade iluminou-se com os holofotes dos séculos XVIII e XIX, os quais copiaram muito da filosofia do século XVI e XVII para delinear as noções liberais de lei, soberania e legalidade.

É certo que há tendências que negam toda a tradição herdada desses séculos, mas aqui se faz oportuno notar os pontos copiados que conseguiram driblar o tempo, demonstrando a arte de copiar que tem se perpetuado há séculos.⁶⁷ Em outros termos, há muita fidelidade na revisão dos paradigmas. Muda-se sem alterar!

A evolução das idéias deu-se com a transformação da representação do mundo:⁶⁸ mudança da natureza do conhecimento científico e da relação com o tempo e com a ação.⁶⁹ A concepção aristotélico-tomista que habitava o contexto medieval e era incompatível com a nova visão de mundo que se forjava foi frontalmente atacada:

⁶⁵ Sobre a influência das ideologias iluministas e jusnaturalistas no movimento da codificação do século XVIII e XIX, equiparando-o a uma espécie de catecismo veja as considerações de GROSSI, Paolo. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*, op. cit., p. 87-120. Paolo Grossi registra que “o código revela plenamente a sua filiação ao Iluminismo. O Príncipe, indivíduo modelo, modelo do novo sujeito liberto e fortificado pelo humanismo secularizador, tem condições de ler a natureza das coisas, decifrá-la e reproduzi-la em normas que podem ser legitimamente pensadas como universais e eternas, como se fossem a tradução em regras sociais daquela harmonia geométrica que rege o mundo. Aqui se manifesta a fundamentação jusnaturalista, que reveste de eticidade a certeza de que o Código se faz portador, já que, quando se torna possível ler a natureza das coisas, a veia ética passa a ser certa, mesmo se no fundo não existe mais o Deus-pessoa da tradição cristã, mas, no seu lugar, uma vaga divindade panteisticamente vislumbrada; desse modo, passa a ser certa a mitificação. Não é errado falar de catecismo, do Código como catecismo” (Ibidem, p.93-94).

⁶⁶ Ibidem, p.94.

⁶⁷ M. Wiederkehr faz uma análise sobre a “filosofia do direito dos manuais de direito civil”, apontando que a mesma maneira de definir o direito, suas relações com a moral, a lei... são copiadas de manual em manual. O resultado disso é que o fundo comum de princípios filosóficos que governa os estudiosos do direito – positivismo jurídico – data da época do Código Civil e da Revolução Francesa, ou seja, da ‘filosofia’ francesa do século das Luzes. O século XVIII francês, por sua vez, retomou, em grande parte, o conteúdo das sínteses do século XVII, reputadas a Grocios, Hobbes, Pufendorf, Locke e outros. WIEDERKEHR, M. *Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil*. In: *Archives de philosophie du droit*, 10, Paris, Sirey, 1965, p. 243. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op. cit., p. 583.

⁶⁸ A representação do mundo dominante ao final do Medievo é de origem aristotélica. A filosofia aristotélica, como é sabido, é reintroduzida no Ocidente por São Tomás de Aquino (1225-1274), a partir do século XIII. Tornou-se, sob a forma teológica, a doutrina oficial da Igreja (o tomismo). Sobre o tema, consultar: HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 2002.

⁶⁹ HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p. 43.

primeiro por Nicolau Copérnico (Polônia, 1473-1543)⁷⁰ e pela revolução copernicana,⁷¹ depois por Giordano Bruno (Itália, 1548-1600) e Galileu Galilei (Itália, 1564-1642). Foi também a fase das construções de Francis Bacon (Inglaterra, 1561-1626), René Descartes (França, 1596-1650), Bento de Espinosa (Holanda, 1632-1677), Gottfried Wilhelm Leibniz (Alemanha, 1646-1717), Hugo Grocio (Holanda, 1583-1645), Thomas Hobbes (Inglaterra, 1588-1679), Samuel Pufendorf (Alemanha, 1632-1694) e John Locke (Inglaterra, 1632-1704). Christian Wolff (Alemanha, 1679-1754), nas pegadas de Leibniz, também foi decisivo para o deslocamento da ciência do direito rumo ao método das matemáticas,⁷² pretendendo usar, no direito, o método demonstrativo, partindo, como em toda ciência, das afirmações primeiras e necessárias: com emprego do método pretendia-se desdobrar todas as regras do direito de princípios mínimos.⁷³ O século XVII foi o século das grandes sínteses e de grandes construções doutrinárias, “ainda que perfeitas demais para serem vivas”.⁷⁴

⁷⁰ A publicação de “Das revoluções das esferas celestes”, de Copérnico, marca o início da astronomia moderna, em 1543.

⁷¹ A revolução copernicana comporta o fim do geocentrismo, a ruptura com a evidência sensível e o senso comum e com a concepção do universo como um todo homogêneo. HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p. 45.

⁷² Franz Wiacker considera a participação de Christian Wolff de extrema importância, afirmando que “não só o coerente sistema lógico de Wolff forneceu o fundamento de vários códigos jusracionalistas e, por intermédio dos seus discípulos juristas e da pandectística, ainda do Código Civil (Alemão) e das codificações com ele aparentadas, mas constitui também, a partir do manual de Wolff, o programa de uma dedução lógica da decisão jurídica a partir de princípios superiores e conceitos gerais com um valor construtivo previamente fixado que nunca mais abandonou a ciência jurídica especializada. Se o instrumento metódico da anterior ciência jurídica era constituído pela dedução analítica a partir de textos isolados dotados de valor autoritário, agora o conceito jurídico sintético – ou seja, o conceito reconduzível aos últimos princípios superiores, de acordo com as regras de dedução do sistema – tornou-se no último fundamento científico da decisão. Christian Wolff é o verdadeiro pai daquela “jurisprudência dos conceitos” ou “construtiva” que dominou a pandectística do séc. XIX, de Puchta a Windscheid e à “Parte Geral” de Andreas von Thur, e que, apesar de todas as graves crises metodológicas, ainda hoje conserva valor, embora limitado”. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antonio Manuel Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, op. cit., p.122.

⁷⁴ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, op. cit., p. 581.

A ciência moderna foi um projeto do mundo moderno⁷⁵ – o sonho da razão – resultado de um processo histórico e cultural que incluiu mudanças econômicas, sociais e políticas. No curso do século XIV, a concepção medieval começou a declinar e aos poucos surgiram novas forças que forjaram o atual mundo moderno.⁷⁶ As primeiras sementes dessa nova concepção de mundo floresceu progressivamente entre o final da Idade Média⁷⁷ e o século XVII, quando se iniciou o gradual rompimento com o saber do estar-no-mundo-pela-linguagem – rompimento este provocado pela instrumentação técnica e pela matematização. Praticamente todo o pensamento moderno alicerçava-se no desejo de encontrar um “método seguro para aumentar o saber e o poder dos homens sobre a natureza”.⁷⁸

Assim, o paradigma dominante da modernidade – o modelo de racionalidade científica que cobre a ciência moderna – constituiu-se, em especial, a partir da revolução científica do século XVI, quando se deu o rompimento com o tradicional pensamento aristotélico-medieval, assumindo-se como um ambicioso e revolucionário paradigma sociocultural assente numa tentativa dinâmica entre regulação social e emancipação social.⁷⁹ O espectro do paradigma dominante apresentava o método científico baseado na observação, descrição e sistematização das informações da natureza, mediada pelo crivo da razão e da lógica. Quantificar era sinônimo de conhecer. O conhecimento racional, iluminado pelo paradigma dominante, tinha como função discriminar, medir, classificar e, portanto, tendia a ser fragmentado. O rigor

⁷⁵ Para Bruno Latour, o modernismo nunca existiu: nunca fomos modernos! Nessa linha, ao tratar da constituição da modernidade, argumenta ser uma ficção a divisão entre cartesianos e modernistas, entre cientistas que detêm o saber e políticos que decidem em nome da sociedade, é uma ficção que nunca funcionou na prática. Ainda que não haja concordância com essa afirmativa, faz sentido pensar que, de fato, os cientistas não querem ser confundidos com políticos. E os juristas guardam muito de cientistas ainda. LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais étés modernes: essais d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte, 1993.

⁷⁶ RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*, op. cit., p.269.

⁷⁷ Ao longo do século XIV a concepção medieval começou a declinar e aos poucos surgiram novas forças que forjaram o atual mundo moderno. A partir de então quatro grandes movimentos marcaram o período de transição que vai desde o declínio da Idade Média até o grande surto de progresso do século XVII: o renascimento italiano dos séculos XV e XVI (os pensadores do renascimento se interessaram mais pelo homem); o movimento humanista; a reforma luterana e a reanimação dos estudos empíricos, iniciada pela crítica de Guilherme de Ockham e pelos avanços científicos seguintes, em especial com a redescoberta do sistema heliocêntrico por Copérnico.

⁷⁸ HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p.58 e 65.

⁷⁹ Nesse sentido, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 8. ed. São Paulo: Afrontamento, 1990.

científico aferia-se pelo rigor das medições. Para tanto, era necessária a redução da complexidade, dividir para simplificar, tomando-se, não raro, a parte pelo todo e vice-versa.⁸⁰

A razão e o método científico eram tomados como as únicas fontes do conhecimento válido. Insistia-se na universalidade da faculdade de raciocinar, pretendendo-se compatibilizar o Direito e a Filosofia prática com o método das matemáticas, transformando o problema prático da decisão em um problema teórico do conhecimento das regras.⁸¹ A compreensão de Windscheid (1817-1892) sobre o direito, mostra a força deste paradigma na modernidade. Para ele, considerações de caráter ético, político ou econômico não são assuntos dos juristas. A lei, nessa ótica, é determinação do Estado de que algo deva ser direito.⁸² O direito consagra-se como um clássico positivismo científico, resultado da dedução axiomática do sistema.

A ciência moderna que se construía não poderia coexistir com o sistema filosófico aristotélico-tomista e, portanto, incompatibilizou-se com a idéia do direito natural, de cariz medieval. Foi a filosofia moderna, cujos esforços atacavam o pensamento medieval, que remetia ao transcendente e à metafísica, que cumpriu a função de mediadora entre a prática das ciências modernas e os desenvolvimentos posteriores da filosofia do direito. Observando-se a cultura do século XVII em seu conjunto, tem-se que a filosofia jurídica foi apenas a aplicação ao direito de um pensamento comum, da filosofia dos modernos, que faz uso de uma lógica nova, de uma

⁸⁰ Nesse sentido, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p.63.

⁸¹ Nesse sentido, consultar: LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, op. cit.; VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op. cit. e, em especial, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Com a mesma abordagem, consultar as teses de doutoramento da Unisinos, recentemente defendidas: SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005; LUNELLI, Carlos Alberto. *A superação do paradigma racionalista e a possibilidade de inclusão do comando mandamental na sentença condenatória*. São Leopoldo, 2006. 316f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo, 2004. 2 v. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Dentre as dissertações de mestrado, consultar em especial: MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁸² WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese: 1925, p.108.

linguagem matemática, um olhar geométrico, que se serve da dedução e da indução, não mais da antiga dialética apta a raciocinar sobre os valores. A dedução partiria dos conceitos racionalmente descobertos, a indução e a analogia partiriam de concepções demonstráveis, garantindo neutralidade às decisões jurídicas.⁸³ Grande parte do direito moderno adotará esta nova perspectiva.⁸⁴ Acreditava-se que o mesmo método (das ciências naturais/exatas/matemáticas) era compatível e poderia ser usado no direito.

Esse paradigma foi desenvolvido inicialmente pelas ciências naturais e somente mais tarde, a partir do século XIX, é que se estendeu às ciências sociais ou humanas.⁸⁵ O modelo de conhecimento científico das ciências naturais/exatas/matemáticas (Galileu, Descartes, Newton) se tornou o único modelo válido de conhecimento. A adaptação do pensamento científico, em geral, para o pensamento jurídico, em particular, refletiu-se sobre o papel da teoria e da dogmática no direito, que buscavam um método “seguro” para o trabalho do jurista, permitindo-lhe acessar o direito através das “certezas” da lei.

Dentre os inúmeros profetas da ciência moderna, o pensamento baconiano e o pensamento cartesiano podem aqui ser destacados, para exemplificar a sedução que as ciências naturais/exatas exerceram já nos primórdios da modernidade, contaminando o pensamento jurídico até a contemporaneidade. Francis Bacon defendeu o método indutivo⁸⁶ como o caminho para a verdade e o conhecimento útil. Tratava-se de um método empírico que se opunha à lógica e ao silogismo próprio do método utilizado até

⁸³ Sobre a discussão, consultar: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op. cit. (em especial, p.584, 587-588 e 591).

⁸⁴ Alerta-se que não se pretende negar os avanços provocados pelo método das ciências modernas (Astronomia, Física, Química, Medicina...). Não se trata aqui de resgatar a fogueira da inquisição, mas antes de questionar a adequação do método das ciências da quantidade às ciências do espírito. Tem razão Villey quando afirma que “o grande problema é que ele [o método moderno] invadirá todo o campo do saber humano e que talvez seja menos apropriado a outros setores do conhecimento do que à Física”. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, op. cit., p.589.

⁸⁵ Sobre a discussão, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, op. cit. e _____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit.

⁸⁶ O método indutivo (empírico) baconiano considerava os dados provenientes da experiência sensória como o alicerce do conhecimento, era o caminho metodológico que permitia descer do geral ao particular. A indução, a partir de Bacon, ganha uma amplitude e eficácia muito maiores. Distingue-se da indução aristotélica porque esta apenas ordena o já conhecido enquanto a indução baconiana amplia o conhecimento, avançando o saber. BACON, Francis. *Novum Organum*. [Os Pensadores]. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

então pela Escolástica.⁸⁷ Falta-lhe, no entanto, a menção à Matemática e ao papel ativo da mente no conhecimento, bem como o estudo da dedução. Descartes, por sua vez, será fortemente seduzido pela Matemática e pela certeza do pensamento dedutivo, construindo um método dedutivo (racional). Descartes se inspira no modelo da Matemática, cuja principal função não é mais medir os campos ou contar as moedas, mas ser o instrumento não só da Física, mas de toda a Filosofia. A abordagem matemática ou dedutiva visa a encontrar um princípio evidente por si mesmo, tal como um axioma geométrico, e dele deduzir outras verdades por meio do raciocínio lógico.⁸⁸ O pensamento cartesiano irá introduzir a problemática do fundamento filosófico da ciência – preocupação típica da modernidade – instituindo a razão moderna clássica.⁸⁹ Assim, o único meio de chegar com segurança à verdade é apegar-se à ordem. Sob essa obsessão pela idéia de ordem, enquanto ideal científico, vão se formar os juristas franceses do Antigo Regime bem como os juristas alemães da escola do direito natural.⁹⁰ Da sincronização dos métodos indutivo e dedutivo decorreram as realizações científicas dos tempos modernos.

A revolução científica foi decisiva na construção do mundo moderno, transformando a compreensão de indivíduo, de sociedade e do propósito da vida. “Os elementos cartesianos da dúvida metódica, da rejeição da autoridade e da ênfase na clareza, precisão e exatidão de uma idéia, bem com a incidência baconiana na verificação, impregnaram a perspectiva dos pensadores iluministas do século XVIII”.⁹¹ O Iluminismo⁹² representou o auge do movimento em direção à modernidade, iniciado já na Renascença. Foi ele uma evolução direta da revolução científica e o resultado do desejo de criar uma sociedade mais racional e humana. Foram várias as influências que

⁸⁷ “Entretanto, para que se penetre nos estatutos mais profundos da natureza, é preciso um método mais adequado e seguro de abstração, que permita ‘recolher os axiomas dos dados dos sentidos e particularidades, ascendendo contínua e gradativamente, até alcançar, em último lugar, os princípios de máxima generalidade’”. Ibidem, p.16.

⁸⁸ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*, op. cit., p.293.

⁸⁹ DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁰ VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno, op. cit., p.604.

⁹¹ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*, op. cit., p. 264.

⁹² A expressão consagrada na França foi “As Luzes”, na Grã-Bretanha foi “Enlightenment” e, na Alemanha, foi “Aufklärung”. O iluminismo teve muita repercussão na Europa, em especial, na França, onde se passou a designar “século das luzes” o século XVII. HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p.113

conduziram ao movimento do Iluminismo, destacando-se a importância de John Locke.⁹³

Pelo poder da razão, acreditavam os iluministas que a humanidade estaria finalmente se libertando dos grilhões da ignorância, da superstição e do despotismo com os quais os tiranos e sacerdotes a haviam aprisionado nas gerações passadas.⁹⁴ O Iluminismo, enquanto mentalidade difundida no século XVIII, vai afirmar a razão e o método científico como as únicas fontes de conhecimento válido, submetendo-se todo o saber ao teste da razão. Estimula-se a luta da razão contra a autoridade, a luta da luz contra as trevas.⁹⁵ As luzes naturais opunham-se às luzes sobrenaturais. A confiança humanista nas “luzes naturais” cristaliza em torno da fé no progresso, ou seja, na capacidade que os homens têm de melhorar suas condições graças ao desenvolvimento das ciências e da técnica, bem como da reforma da sociedade. A preocupação fundamental do Iluminismo é a constituição de uma sociedade em que o indivíduo possa simultaneamente encontrar a satisfação das suas necessidades, a felicidade e um máximo de liberdade. Esta preocupação está presente em “O espírito da lei”, de Montesquieu (1689-1755) que vê na separação dos poderes uma garantia para as liberdades pessoais e uma proteção contra um despotismo absoluto e arbitrário.⁹⁶

O transplante desse cientificismo, que se tornou o único modelo válido de conhecimento, para as ciências sociais e humanas, impactou o sentido do direito e da jurisdição. Imaginou-se que os conceitos jurídicos fossem da mesma natureza que as categorias geométricas.⁹⁷ “A consciência filosófica da ciência moderna, que tivera no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano as suas primeiras formulações, veio a condensar-se no positivismo oitocentista”. O estatuto epistemológico e metodológico das ciências naturais era (e continua sendo) aplicado indistintamente às ciências sociais

⁹³ De acordo com Hottois, as influências que levaram às Luzes são múltiplas. No entanto, Espinosa tem aí mais peso do que Descartes, e o empirismo inglês, mas do que o racionalismo clássico. A referência preponderante é Locke. HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p.114.

⁹⁴ PERRY, Marvin. *Civilização ocidental*, op. cit., p. 296.

⁹⁵ BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política. v I*. Coordenação de tradução João Ferreira. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, p. 605.

⁹⁶ Nesse sentido, consultar: HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*, op. cit., p.116-118.

⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.299.

e humanas. Estudam-se fenômenos sociais como se fossem fenômenos naturais, trata-se o direito como se fosse algo previamente dado ao homem, restando-lhe indicá-lo (o direito) e aplicá-lo. Os fatos sociais reduzem-se às dimensões externas, observáveis e mensuráveis.⁹⁸ O direito é examinado com luneta ou colocado em tubos de ensaio. A ciência moderna determinou o modo de ser e o agir do ser humano contemporâneo, pregou o desenvolvimento moral e material do homem pelo conhecimento.

Reconstruir o modo como se chegou à maneira de pensar contemporânea faz emergir a falácia da naturalização e a falácia da evolução, de que trata Lima Lopes.⁹⁹ O pensamento jurídico contemporâneo (paradigma racionalista) é tomado como a única forma possível de se organizar um sistema de direito. E a conclusão, quase inevitável, é que as estruturas legais de um processo civil concebido para uma sociedade europeia do século XIX sirva para a sociedade pós-industrial do século XXI, conforme adverte Baptista da Silva.¹⁰⁰ Na mesma esteira, o pensamento jurídico contemporâneo é tomado como o ápice de uma sofisticada evolução – o auge do progresso – atribuindo-se às outras experiências históricas o qualificativo de preparatórias.¹⁰¹ Ter-se-ia chegado não só a um sistema perfeito, mas também ter-se-ia eliminado quaisquer alternativas melhores.¹⁰² A utopia pensada e traduzida dos desejos da humanidade no século XVI, por Thomas More, teria atingido o seu clímax na modernidade? A humanidade teria conseguido, enfim, encontrar a ilha Utopia, detentora de um sistema social, legal e político perfeito, guiado pela razão?¹⁰³ Teria a modernidade transportado o paraíso para o mundo real? Parece que não!

A universalidade da faculdade de raciocinar, pregada pelo (jus)racionalismo do século XVIII e o processo de matematização vai coincidir com o esvaziamento de

⁹⁸ Nesse sentido, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.65-66.

⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, op. cit.

¹⁰⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.300.

¹⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, op. cit.

¹⁰² Observar a discussão sobre o fim da história retomada por FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*, op. cit.

¹⁰³ MORE, Thomas. *A utopia*. Tradução de Pedro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

sentido,¹⁰⁴ renuncia-se ao significado, que passa a ser substituído pelo método. “O direito passa a ser examinado como um fato, despido de qualquer conteúdo axiológico”.¹⁰⁵ Assim, para abordar qualquer proposta de releitura do processo civil, faz-se inevitável o distanciamento do paradigma dominante. Parte-se, portanto, da compreensão de que o direito é artefato histórico e cultural, bem como condição de possibilidade de várias formas sociais. Como refere Lima Lopes, o discurso dos juristas é constitutivo da realidade, não apenas descritivo de conceitos exteriores às ações.¹⁰⁶

Os juristas racionalistas da época do Iluminismo acreditavam nas normas positivas como emanção direta da vontade popular. À medida que se compreende a dimensão problemática do direito, impõe-se reconhecer que o direito não pode submeter-se aos padrões epistemológicos das ciências naturais, conforme examinado anteriormente. A “naturalização” do direito não se harmoniza com a sua dimensão hermenêutica e sua natureza dialógica. Ironicamente, no entanto, insiste-se no sonho iluminista e sustenta-se o caráter científico do direito.

Não há como compreender o direito processual separado de seu contexto social. O direito processual antecede a ciência processual. Costuma-se dizer que, embora o processo seja muito antigo, a ciência processual é moderníssima: seu nascimento se dá no contexto do Iluminismo racionalista do século XVIII. O estudo do direito processual com cariz científico forja-se no contexto filosófico do Iluminismo Racionalista, em especial a partir do século XVIII, quando a razão é assumida como a expressão máxima do ser humano. A lei, expressão da razão, passou a concretizar uma autêntica ciência jurídica. Os juristas racionalistas submetiam-se à lei passivamente, convencidos de que sua função era tão somente aplicá-las. Acreditava-se que o direito é o texto legal assim como o texto legal é o direito.

De fato, o problema da legislação foi o grande problema jurídico-político do século XVIII. A Europa, nesse período, clamava por uma estabilização e racionalização das normas jurídicas, pela eliminação das lembranças do período não iluminado, pelo

¹⁰⁴ Nesse sentido, consultar: ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos*, op. cit., p.16-17.

¹⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

¹⁰⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*, op. cit.

fim das irracionalidades. A codificação ganha espaço no cenário europeu, alargando-se paulatinamente.¹⁰⁷

Os tentáculos dessa concepção filosófica alcançam também o cenário político e econômico da época: o liberalismo encontra terreno fértil para formar-se a partir das influências do Iluminismo racionalista. O Estado assume uma nova roupagem: sua atuação mínima, antes absolutista, passa a ser exigência no campo econômico e social. O qualificativo absoluto (Estado absoluto) é transferido para o valor da liberdade individual, e o Estado assume-se como um Estado liberal.¹⁰⁸ A norma positivada, expressão máxima daquele Estado, brilhava sob a luz da razão iluminista.

O Iluminismo racionalista não se contenta apenas com a subserviência da norma e vai atingir também o poder judicial impondo-lhe um princípio ordenador, qual seja, a segurança jurídica. O vírus vai contaminar o direito processual civil e alojar-se, em especial, no processo de conhecimento¹⁰⁹ (ordinário).

Ora, quando se fala em formação da ciência processual não se está tratando sobre a formação do direito processual, este guarda suas raízes no direito romano, desenvolvendo-se no medievo, e aquela emerge no contexto da ciência moderna. Assim, o Iluminismo racionalista vai forjar a ciência processual e apagar da memória do direito processual civil moderno os esforços dos romanos e nos medievalistas pela sumarização do juízo ordinário.¹¹⁰

A ciência processual moderna já na sua formação defendia a certeza, a segurança, a cognição plena e exauriente, o cumprimento literal da lei e, por conseqüência, idealizava um juiz-tipo, um juiz que assumia a hercúlea tarefa de oráculo da lei. Todo este esforço, assumido em nome da autonomia do direito processual, resultou no seu isolamento, no seu distanciamento em relação ao homem e suas contingências. O transplante dos avanços da ciência natural para as ciências sociais e ciências humanas restou por geometrizar o direito, que ficou cercado por quatro mitos

¹⁰⁷ FASSÓ, Guido. *História de la filosofía del derecho*. Madrid: Pirâmide, 1983.

¹⁰⁸ Nesse sentido BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁰⁹ O processo de conhecimento origina-se na última fase da história do direito romano, em especial a partir da construção do processo extraordinário (*cognitio extra ordinem*).

¹¹⁰ Nesse sentido, consultar: MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinário a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In: *Revista de Proceso*, 109/187-220.

modernos: (a) o mito da neutralidade do juiz; (b) o mito da prevalência da autonomia da vontade; (c) o mito da jurisdição-declaração e (d) o mito da ordinarização do processo.

A ciência moderna (a) idealizou um juiz-tipo, como refere Baptista da Silva. Um elemento neutro na trama judicial, mero coadjuvante na dinâmica jurisdicional, eis que se limitava a reproduzir o sentido da lei, tal como imaginara Montesquieu – *la bouche de la loi*. Um juiz liberal, sem poder para atribuir sentido à lei e sem responsabilidade pelos efeitos eventualmente produzidos pela sua decisão. (b) Esta neutralidade do juiz justificava-se ante a defesa incondicionada da autonomia da vontade. Concebia-se o processo como instrumento para resolução dos conflitos particulares, uma eventual natureza pública do direito processual imiscuia-se diante desta concepção: os litigantes devem ter controle absoluto sobre o processo. (c) Em razão deste privilégio, o juiz estaria proibido de executar suas decisões que determinam que as partes façam ou deixem de fazer algo: há uma subtração do *imperium* das decisões judiciais, reduzidas à mera declaração de direitos. (d) Por certo, as contingências não poderiam construir outro direito processual civil, senão aquele arredo às formas sumárias de tutela processual. Imaginar isso, aos olhos da razão moderna, seria retornar para tempos não iluminados.¹¹¹

O direito processual, instruído pela ciência moderna, comporta-se como o mito da mulher de Lot, que teme olhar para trás e morrer (petrificar-se). Assim, vive uma fuga para frente, para um suposto progresso. A concepção do direito sob estes moldes identificou todo provimento jurisdicional que não fosse obtido através de um processo ordinário, amparado em uma cognição exauriente, como um provimento irracional, arbitrário, irrefletido. O resultado foi a conversão do processo ordinário ou de cognição plenária como o único meio de obter satisfação jurisdicional: o processo ordinário passa a ser simplesmente “o processo”, onde não há satisfação sem cognição plena.¹¹²

Os avanços e as contribuições do Iluminismo e do Racionalismo para a humanidade são inegáveis. No entanto, resta saber se esse padrão epistemológico atende às expectativas forjadas já nos séculos XX e XXI, períodos de mudanças em vários

¹¹¹ Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.

¹¹² Nesse sentido, consultar: MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. *Del mito del proceso ordinário a la tutela diferenciada*, op. cit., p.187-220.

setores. Os dogmas da separação de poderes, da neutralidade do juiz, o princípio da segurança jurídica e a teoria das fontes são suficientes para atender às necessidades sociais de um novo período? A sistemática do processo civil contribuiu para a realização do direito, para a emergência do direito enquanto direito no contexto das sociedades de massas?

A certeza e a segurança foram (são) aspirações da Ciência Moderna. No entanto, os direitos sofrem mutações: os direitos, antes de natureza eminentemente privada, à luz do individualismo, desdobram-se em direitos sociais. Trata-se do cenário do desvelamento dos novos direitos,¹¹³ que passam a exigir um novo tipo de comportamento da ciência processual. Sejam aqueles direitos individuais, sejam os novos direitos, mais especialmente estes, o transcurso do tempo do processo passa a atingi-los fatalmente, exigindo uma cobertura judicial urgente.

Um novo contexto se apresenta: o padrão epistemológico do direito processual civil precisa mudar substancialmente para adequar-se às novas exigências da sociedade, sob pena de perecer vitimado pelo ceticismo e insucesso. Há que se ir além da tutela jurisdicional ordinária, repressiva, reparadora.

A pretensão de autonomia do direito processual atingiu seu extremo, provocando uma espécie de isolamento entre direito material e direito processual. A autonomia do direito processual civil foi levada muito a sério, edificando um sistema processual que não se relaciona com o direito e com o sentido do direito. O insucesso desta fórmula fez surgir inúmeros esforços intelectuais que culminaram com a perspectiva instrumentalista do processo, idealizando-se um processo de resultados, que

¹¹³ Nesse sentido, consultar: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

acabou abrindo, de certo modo, espaço para a construção das tutelas jurisdicionais diferenciadas – uma alternativa ao processo ordinário.¹¹⁴

A jurisdição brasileira, assim como as demais jurisdições de tradição romano-canônica, está voltada eminentemente para o passado, na medida em que se concentra na tutela repressiva, resistindo à tutela preventiva. Ademais, pauta-se pelo paradigma racionalista e pelas ideologias liberais-normativistas e pelo direito romano tardio. É preciso ir além da interpretação da lei para se encontrar a realização do direito.¹¹⁵ Urge que se faça uma releitura da doutrina contemporânea e das instituições processuais. O conceito romano de jurisdição e a resistência às ações de direito material encontram campo fértil na concepção de direito moderno dos séculos XX e XXI.¹¹⁶ Concretizar direitos não é apenas reparar lesão a direito material. Tutelar direitos não é aguardar a violação de uma norma jurídica ou simplesmente “dizer” o direito. Não raros são os direitos para os quais a tutela repressiva é inútil ou de escassos efeitos.

Propor uma nova atuação jurisdicional por meio da releitura da história das instituições processuais, abandonando a concepção de processo como produto da racionalidade instrumental-procedimental e atentando para a tutela preventiva e para o contraditório diferido ou eventual, coloca-se como um dos desafios para o direito processual civil moderno. Trata-se de revisitar o conceito de jurisdição e o conceito da *actio* romana, resgatar o conceito de pretensão e direito material, de ações de direito

¹¹⁴ Por procedimento ordinário, na verdade, não é apenas um procedimento formalmente ordinário, mas antes um procedimento de cognição ordinária, conforme refere Chiovenda, que efetivamente extrai da sua definição qualquer resquício de sumariedade material. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998). O procedimento comum com o qual trabalha o direito processual civil no contexto brasileiro, seja nas suas modalidades comum ordinário ou comum sumário (art. 275, CPC), é um procedimento não só ordinário (cognição ordinária), mas também plenário. O procedimento sumário é apenas formalmente sumário, ou seja, suas fases são comprimidas, seus prazos reduzidos. Não há, no procedimento sumário (art. 275, CPC) qualquer inversão ou modificação naquela ordem linear da cognição ordinária. Trata-se, portanto, de um procedimento “plenário rápido”, conforme refere Guillén. (GUILLÉN, Victor Fairén. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953). A doutrina, no entanto, costuma confundir ordinariedade com plenariedade, opondo cognição sumária à cognição exauriente, sendo apenas esta (a cognição exauriente) aquela que teria condições de atingir a verdade e a certeza almejadas pelo processo de conhecimento. A decisão de mérito, portanto, seria fruto de uma cognição exauriente apenas. Nesse sentido, consultar a discussão feita no item 1.4 *O diagnóstico de uma crise de paradigmas na modernidade e a busca de um horizonte de sentido*.

¹¹⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

¹¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.; _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

material e de ação de direito processual, investigando as razões históricas e ideológicas da supressão das tutelas preventivas, para, então, propor uma superação do paradigma dominante sob a luz do tempo do direito. Tudo isso orientado pela busca do sentido do direito e da jurisdição chamada a realizá-lo. Esquivar-se desse desafio equivale a permanecer cúmplice da defasagem espacial e temporal; é contribuir para a objetificação do direito processual civil na tradição romano-canônica.

O hiato existente entre o direito e a realidade social, entre o ensino universitário e a prática forense implica uma perda de sentido do direito. O processo civil brasileiro está refém do passado, de um pensamento linear-cartesiano, em que a provisoriedade e a preventividade são um incômodo para o sistema e a cognição sumária, a verossimilhança e o contraditório diferido ou eventual são visitas inconvenientes. O resultado desse apego ao passado é o presente e o futuro sem proteção¹¹⁷ refletindo na dogmatização do direito e no descompasso entre o processo civil e o tempo do direito. O ataque à razão moderna, linear-cartesiana, que informa uma lógico-dedutiva aplicação do direito não significa a opção pela irracionalidade, mas antes por uma nova racionalidade contra a atávica irracionalidade do Racionalismo. A construção de uma autêntica tutela jurisdicional preventiva enquadra-se exatamente nessa perspectiva. Nessa trilha, é imprescindível assumir, como ponto de partida, a desconstrução de universais abstratos e de uma herança racionalista enraizada na filosofia do sujeito e cúmplice de um desenho epistemológico de relações sujeito-objeto e de um projeto político iluminista. As grandes mudanças de paradigma decorrem de respostas desconstrutivas e reconstrutivas. Novos paradigmas têm de lidar com os novos tipos de contingências sentidas na concretização do direito, que não são percebidas (não são resolvidas) pelas lentes de um determinado paradigma dominante.

O contexto atual é (aparentemente) contraditório: de um lado intensifica-se a importância das instâncias judiciais na sua função interpretativa e de criação do direito; de outro, alastra-se a crítica generalizada e a insatisfação da sociedade frente a essas

¹¹⁷ Para os limites estabelecidos à tese, quer-se dizer que presente e futuro sem proteção significa que uma vasta gama de direitos (individuais e transindividuais) somente recebe tutela jurisdicional após a violação da norma jurídica, comprovando a confusão (histórica e cultural) entre direito material e pretensão a direito material. Ou ainda, se recebem tutela jurisdicional, esta limita-se a “dizer” do direito, sem nada “fazer” ou “impor”. Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.; _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

mesmas instâncias judiciais. De um lado, a intervenção institucional alarga-se e o ritmo da atividade legislativa acelera-se, gerando uma verdadeira orgia das leis ou uma inflação legislativa; de outro, um misto de descrença e ceticismo toma conta da sociedade. É nesse cenário de transformações, de insatisfações, de descrença e de carências que o poder judicial, a função judicial ou, sobretudo, a jurisdição tornaram-se um tema e um problema centrais no universo jurídico dos dias contemporâneos.¹¹⁸ O direito tornou-se uma entidade radicalmente problemática¹¹⁹ (a) seja por ser hoje alvo de negativos juízos críticos¹²⁰ provindos de todos os quadrantes (religioso-teleológico, ideológico, cultural, epistemológico); (b) seja por viver a exaustão institucional e a conseqüente impotência de realizar todas as expectativas que lhe são dirigidas – o que provoca um sentimento social de insatisfação; (c) ou, ainda, por perder relevo regulativo ao nível da eficácia social, a exemplo do alargamento das práticas de desjuridicização e deslegalização.

A emergência de novos direitos e a crescente complexidade social não mais encontram abrigo no pensamento jurídico e nos esquemas processuais tradicionais, que insistem no caráter intemporal¹²¹ e, portanto, não histórico do fenômeno jurídico. A forte presença do pensamento dogmático está alicerçada sob o individualismo contratualista e sob o Racionalismo, que projetam um esquema metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais, baseado em silogismos e subsunções. A jurisdição se reduz a uma formal dedução, e o juiz a mero operador de um esquema, rendendo homenagens a um projeto político estruturado sob a doutrina da separação de poderes que assegurasse o poder do legislador. É verdade que aquela imagem montesquiana do juiz “boca da lei”

¹¹⁸ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. LXXIV [separata], 1998, p.1-44.

¹¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Volume 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, p.287.

¹²⁰ A função judicial tornou-se normativamente inadequada e institucionalmente ineficaz, resultando “círculos de derivação” que, progressivamente, se forma à margem e em recusa da jurisdição (CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit.)

¹²¹ Nesse sentido, consultar: RIPERT, Georges. *Les force créative du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965; EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Ciência do Processo e História. In: *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit.

vem sendo contestado por muitos, inclusive pelo normativismo-legalista. O senso comum tem afastado a imagem do juiz “oráculo” da lei, conferindo-lhe poder de criação do direito.¹²²

É irrefutável que o século XX, no contexto jurídico-jurisprudencial, emerge em meio a crises. De um lado a memória do direito se perdeu, de outro suas promessas não se verificaram. A ciência jurídica parece viver em um presente sem passado e sem futuro, na medida em que perdeu suas lembranças e a capacidade de aprender com a sua história e não tem mais sonhos ou capacidade para trilhar alternativas compatíveis com novos tempos. A perda da memória do direito, nos limites desta pesquisa, significa uma perda de sentido, um esquecimento dos valores fundantes do direito, uma ocultação do princípio da dignidade da pessoa humana. No cenário jurídico-processual, isso se reflete na mitigação daqueles institutos processuais que tutelavam preventivamente direitos. Fala-se em promessas não cumpridas, na medida em que o direito ainda continua sendo identificado com a legislação, sendo o juiz um mero *longa manus* dos poderes legislativo ou executivo, fadado, não raro, ao decisionismo político.

É curioso como a modernidade tem se mostrado campo fértil para propagação do auto-engano. No âmbito do direito processual civil, cenário que nos limites deste trabalho se destaca, vê-se que o sistema é hábil em mimetizar seus compromissos com os valores liberais clássicos e privatísticos para atrair novas construções (sejam elas doutrinárias, legais ou decisões judiciais) que, na verdade, servem de alimento para o paradigma dominante. Trata-se de um modo de pensar o direito processual civil que, segundo Baptista da Silva, talvez seja “um dos ardis mais astuciosos a impedir a sua evolução”. Não se descarta que o engano esteja não apenas nos detalhes, mas não raro no essencial. Afinal, por que se acredita no que se acredita? É comum ouvir que o processo civil contemporâneo encontra-se muito distante das concepções vigentes no século XIX. A grande maioria dos juristas considera ultrapassada a imagem montesquiana do juiz mero “boca da lei”. Não é difícil encontrar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que reconheçam, no Poder Judiciário, a função criadora de direito. Mas, como bem observa Baptista da Silva, o discurso torna-se logo suspeito: “as instituições processuais contemporâneas não só são idênticas às concebidas pela

¹²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

velha doutrina, como, em suas linhas mestras, reproduzem princípios, categorias e institutos praticados no direito romano decadente”.¹²³

A herança racionalista está presente ainda hoje, especialmente nos sistemas jurídicos de tradição romano-canônica e é reproduzida nas universidades e nos manuais, que continuam tomando a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e verbalizar a vontade da lei, desconsiderando a dimensão hermenêutica do direito. Conseqüentemente, é também essa mesma herança racionalista que desliga o direito do tempo e mantém a radical separação dos poderes do Estado, ocultando o sentido do direito e o sentido da jurisdição. Diz-se que o legislador tem a missão de prover para o futuro, o administrador tem a incumbência de cuidar do presente e, o juiz, a tarefa de consertar o passado.¹²⁴ Essa construção é coerente quando se considera que ao judiciário compete descobrir a vontade da lei para aplicá-la ao caso concreto. Sintomas do auto-engano!

1.4 O diagnóstico de uma crise de paradigmas na modernidade e a busca de um horizonte de sentido

No mundo contemporâneo, “Deus morreu, mas o homem não vai muito bem”, parafraseia Gianni Vattimo uma *boutade* para registrar a conexão entre a crise do Humanismo e a morte de Deus (nihilismo) anunciada por Friedrich Nietzsche. A morte de Deus é a constatação do nihilismo da modernidade e representa não só a crise do Humanismo, mas a crise da cultura (européia) e o fim da metafísica. Esse nihilismo do homem moderno é o resultado de um erro da Filosofia: o erro da crença na verdade! “Essa crise do humanismo está ligada à perda da subjetividade humana nos mecanismos da objetividade científica e, mais tarde, tecnológica”, afirma Vattimo. Essa crise do Humanismo está, portanto, vinculada à experiência do pensamento do século XX, ao crescimento do mundo técnico e da sociedade racionalizada.¹²⁵

¹²³ Nesse sentido, consultar: *Ibidem*, p. 89-90.

¹²⁴ Nesse sentido, consultar a crítica de Baptista da Silva (*Ibidem*, p. 89 et seq.)

¹²⁵ Nesse sentido, consultar: VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 17-18 e 22.

A ciência moderna e seu pensamento científico habitam a modernidade; a mesma modernidade que vive a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas. A modernidade está mergulhada naquilo que se pode designar como paradigmas zumbis¹²⁶ – mortos ainda vivem –, modelos de pensamento inadequados à vida contemporânea. O paradigma (zumbi) dominante da modernidade corresponde à hegemonia de uma ordem científica calcada na construção do conhecimento científico estabelecido a partir da rígida separação entre sujeito e objeto, nos moldes das teorias empiristas e racionalistas, de um modelo global de racionalidade científica. Esse modelo, não obstante admitir variedade interna, repele formas de conhecimento não-científicas, consideradas, por isso, irracionais.¹²⁷

Os pontos de partida da ciência moderna são necessariamente arbitrários, inevitavelmente apriorísticos e fatalmente infundados. Constrói-se, assim, como um modelo evidentemente totalitário e excludente, um modelo que admite apenas uma única forma de conhecimento verdadeiro – o conhecimento científico das ciências naturais, segundo o qual só seria ciência o que seguisse os seus padrões metodológicos e epistemológicos. A modernidade consagrou a ciência moderna e a razão e ignorou outras formas de compreensão do mundo. Tudo e todos passaram a ser observados pela lente geométrica da modernidade, devendo comportar-se milimetricamente conforme o olhar objetivo-racionalista do paradigma dominante que, hoje, embora esgotado e praticamente morto, ainda é utilizado e sobrevive – um paradigma zumbi.

Nessa trilha, identifica-se o tipo de racionalidade que informa também todo o direito. Uma peregrinação pelos séculos XVI a XIX faz perceber a onipotência da razão e do método científico e conduz a uma época em que se concebia o conhecimento centralizado no homem, o qual conhece, a partir de si, o que lhe é externo. O

¹²⁶ A expressão aqui utilizada inspira-se na categoria “conceitos zumbis”, utilizada por Ulrich Beck, e citada em: BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, op. cit.

¹²⁷ Nesse sentido, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.60-61.

conhecimento é gerido pela razão humana, e o direito fruto da própria razão. O problema prático da decisão passa a ser o problema teórico do conhecimento.¹²⁸

Em um tempo de ceticismo, em um contexto de “sociedade em busca de valores”¹²⁹, em que pairam dúvidas sobre a função do Poder Judiciário e do Direito, em que se cogita a sua descartabilidade, é importante compreender o porquê e por quais rotas o pensamento jurídico chegou à sua crise atual, para só então, superá-la. Conseqüentemente é também importante enfrentar a nostalgia de uma época passada: é preciso, sim, olhar-para-trás, mas acima de tudo, há que se andar para frente – diferentemente da fuga-para-frente da mulher de Lot. Um olhar para trás pode ser uma visão do futuro e não um mero resgate do passado, um olhar para trás permite uma releitura do passado, uma nova compreensão do presente e, talvez, a invenção do futuro,¹³⁰ a construção de um caminho possível.

Na verdade, a compreensão de um cenário marcado por crises antecede a compreensão das possibilidades de superação deste mesmo cenário.

Por certo, a crise na tradição jurídica ocidental não é apenas uma crise da Filosofia do Direito, mas sim uma crise do próprio Direito. Uma crise, conforme refere Berman, gerada por elementos internos e externos à experiência jurídica ocidental. Foi a partir do final do século XI e início do século XII que o Direito começou a ser estudado como uma ciência autônoma, pensado como um conjunto distinto e sistematizado de conhecimento – as decisões, as regras e as normas eram estudadas objetivamente e explicadas com base em princípios gerais e verdades nos quais se baseava o sistema como um todo. O aparecimento dos sistemas jurídicos ocidentais modernos nessa época estava vinculado ao surgimento das primeiras universidades européias. Treinados na nova ciência do Direito, gerações sucessivas de graduados nessas escolas aplicavam o

¹²⁸ Nesse caminho, as participações de Francis Bacon (Londres, 1561-1626) e René Descartes (França, 1596-1650) foram determinantes para a construção de uma lógico-dedutiva aplicação da norma jurídica que serviu de base para o positivismo jurídico e para a dogmática tradicional que têm orientado (embora apresentem sinais de um esgotamento) o pensamento jurídico contemporâneo.

¹²⁹ MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

¹³⁰ Na perspectiva de François Ost, trata-se da memória, do perdão, da promessa e do requestionamento. Nesse sentido, ver: OST, François. *O tempo do direito*, op. cit.

seu conhecimento para estruturar e dar coerência às leis e moldar os novos sistemas jurídicos.¹³¹

Curioso, porém, que o Direito estudado e ensinado sistematicamente no Ocidente daquela época não era o vigente, mas aquele pertencente a uma civilização anterior, registrado em um manuscrito do século IV, revigorado no século XI – um manuscrito que reproduzia o Digesto, das compilações de Justiniano – o *Corpus Juris Civilis*, datado de 529, ou seja, um manuscrito já com cinco séculos de existência.¹³² É verdade que depois do século VI apenas fragmentos do direito romano sobreviveram no Ocidente. Fragmentos que se misturam à normatização e aos princípios da religião cristã, os quais emergem com força a partir do reconhecimento da Igreja pelo Império Romano.¹³³

Os textos romanos desapareceram em sua maioria e as expressões antes utilizadas acabaram assumindo novos significados. Mas, ainda assim – conta a história – o direito romano ressurgiu como um sistema do Império Bizantino. Conceitos e regras do direito romano (pós-clássico) penetravam no medievo por meio das autoridades eclesiásticas ou seculares, bem como por meio dos costumes. O ressurgimento do direito romano, portanto, encontrava obstáculos que acabaram por descaracterizá-lo. Não se podia encontrar correspondência entre as instituições do direito romano e aquelas existentes no medievo, que eram, em sua grande maioria, germânicas ou francas. “Não havia correspondentes ocidentais aos magistrados romanos (pretos), conselheiros em matéria de Direito (juristas), ou advogados (oradores)”.¹³⁴

¹³¹ Nesse sentido, consultar: BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit.

¹³² O *Corpus Juris Civilis*, redigido no direito romano pós-clássico (tardio), foi redescoberto por volta de 1080. Esse florescimento do direito romano teve reflexos na formação da tradição jurídica romano-canônica, mas também na formação do direito da common law. A grande suma do direito inglês (“Treatise on the laws and customs of England”) do século XIII, feita por Bracton, trouxe inúmeras citações do Digesto, sem explicitar a fonte, mas apontando seu texto como o direito aplicável a Inglaterra. consultar: BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit., p.157-158; GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Tradução de Maria Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

¹³³ Não se pode esquecer que, antes disso, a partir do século IV, com o reconhecimento da Igreja pelo Império Romano (pelo Edito de Milão em 313), inicia-se um período de normatização que ganha novos contornos, uma vez que agora a instituição é oficialmente reconhecida. Isto determina um relacionamento com o Direito Romano imperial que absorve princípios orientadores da religião cristã ao mesmo tempo que disciplina alguns aspectos da vida da Igreja. BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. v. I. Milano: Giuffrè, 1952.

¹³⁴ BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit., p.157.

A consequência foi, como registrado, a formação de um fosso entre o direito estudado e o direito experienciado. A legislação justineana marcou o divórcio, que se verifica ainda no direito contemporâneo, entre o direito ensinado nas universidades e o direito vivo da experiência judiciária.¹³⁵

“O sistema de Direito que foi objeto em primeiro lugar de estudos jurídicos sistemáticos no Ocidente, foi aquele pertencente a uma civilização anterior”.¹³⁶ E claro, os estudantes à época precisavam acreditar que a civilização anterior – o Império Romano – ainda sobreviveria no Ocidente e no Oriente. Para tanto, precisavam imaginar que aqueles textos possuíam a qualidade da permanência e da universalidade¹³⁷. Desconsideram, no entanto, que “as compilações do Imperador Justiniano poderiam servir como manuais universitários, porém dificilmente seriam manejáveis como auxiliar da prática forense”. O Direito de Justiniano, portanto, não foi tomado como o Direito, mas como a Verdade: não se tratava do direito do Império Bizantino, o direito de uma época, mas sim de o verdadeiro Direito, o Direito ideal, a corporificação da razão.¹³⁸ Registra Baptista da Silva, em sua análise sobre esse direito romano do período bizantino, que “a obra legislativa de Justiniano orienta-se para o passado numa tentativa de restaurar o *Imperium Romanum*, mas na realidade foi ele um dos fundadores do Estado bizantino e de sua cultura, um Estado, diz Kunzel, que não é romano e, sob muitos aspectos, nem mesmo é antigo”.¹³⁹

Era um direito sem tempo! Já lá estavam as raízes dos problemas que hoje enfrenta a tradição jurídica ocidental.

Paulatinamente, o ensino do direito expandiu-se para além do Direito Romano contido no *Corpus Juris Civilis*. Ao final da segunda metade do século XII, considerado como o “século do direito” por Frederic Willian Maitland, emerge o estudo desenvolvido pelo Direito Canônico da Igreja – este, diferentemente do Direito Romano que vinha sendo estudado nas universidades européias, era o direito vigente, aplicado

¹³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p.93.

¹³⁶ BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit., p.157.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 158.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 93 e 158.

¹³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p. 93.

pelas cortes eclesiásticas. Ao lado da descoberta dos escritos jurídicos, compilados durante o Império de Justiniano (direito romano pós-clássico), dois outros ingredientes foram adicionados para a criação da Tradição Jurídica Ocidental: o método escolástico de análise e síntese a eles aplicados e o ensino do Direito nas universidades européias.¹⁴⁰

O método escolástico de análise e síntese pressupunha a autoridade absoluta de determinados livros, considerados um conjunto integrado e completo de doutrina. Porém, paradoxalmente, pressupunha a existência de lacunas ou contradições no texto. Assim, era necessária a sintetização do texto, o preenchimento das lacunas e a resolução das contradições. Por meio do método escolástico, era possível aplicar critérios racionais para descobrir quais verdades eram de validade universal e quais eram de validade relativa. As escolas de direito, por sua vez, encarregaram-se de disseminar o ensino de um direito, preparando, assim, a transição para uma nova fase que, posteriormente, iria emergir. Estudava-se o texto do *Digesto*. Aos poucos, passou-se a estudar para além do direito romano contido do *Corpus Juris Civilis*, compreendendo também o Direito Canônico da Igreja que, diferentemente daquele, era o direito vigente, aplicado pelas cortes eclesiásticas.¹⁴¹

Ora, uma investigação cuidadosa vai conduzir a conclusão de que há uma diferença marcante entre o casuísmo jurídico romano e o casuísmo jurídico da Europa Ocidental nos séculos XI e XII, quando o direito romano renasce. Foram os juristas dos séculos XI e XII que tentaram sistematizar as regras em um alto nível de abstração, presumindo que o direito poderia ser induzido por sínteses a partir das características comuns de alguns casos, ou seja, induziram princípios universais a partir da implicação de casos particulares. Foi esse o raciocínio empregado pelos juristas escolásticos, que se valiam de uma lógica aristotélica para demonstrar o que era verdadeiro e justo, supondo que poderia provar, pela razão, a verdade e a justiça universal, partindo de textos jurídicos de autoridade (raciocínios apodícticos e dialéticos).¹⁴²

¹⁴⁰ Nesse sentido, consultar: BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit.

¹⁴¹ Duas escolas de direito destacaram-se na formação do ensino do Direito: Bolonha, controlada por estudantes e, fundada anos mais tarde, Paris, controlada por professores. O sistema bolonhês de ensino jurídico foi implementado em diversas cidades européias: Pádua, Perugia e Pisa; Salamanca; Montpellier e Orléans; Praga, Viena, Cracóvia e Heidelberg (Ibidem, p. 163 e 167).

¹⁴² Ibidem, p. 177-178.

Desse modo, a tradição jurídica ocidental vai estruturar-se sobre as bases do direito romano pós-clássico. No entanto, é de extrema importância comparar a estrutura do pensamento desse direito romano ressurgido. É claro que, como bem observado por Baptista da Silva, “quem lê, mesmo superficialmente, a volumosa legislação pós-clássica, comparando-a com a legislação precedente, tem a nítida impressão de haver ingressado em um mundo novo”.¹⁴³ Inaugura-se uma nova fase, que se destaca pela separação, na forma e na substância, do sistema jurídico anterior.

*Enquanto os rescritos de Diocleciano reafirmam e mesmo pressupõem a tradição jurídica clássica, a nova legislação, não apenas na forma, mas também na substância, separa-se nitidamente da legislação precedente. Dir-se-ia que se inaugura uma nova era. As leis não só tornam-se profundamente inovadoras, como dão a impressão de que, a partir de Constantino, o primeiro imperador cristão do Império, uma ampla e profunda transformação operada no Direito Romano torna, até mesmo, impossível uma investigação histórica que compreenda, numa mesma unidade orgânica, o direito clássico e o direito de Justiniano.*¹⁴⁴

A “revolução silenciosa” operada no direito romano, nas palavras de Baptista da Silva, não rejeita tampouco repudia os textos romanos e as lições de seus juristas pagãos. Na verdade, esses textos são enaltecidos com o fermento do cristianismo.¹⁴⁵ Os textos, embora não tenham sido alterados ou tenham sido pouco alterados, foram iluminados pela luz do cristianismo, que penetrou profundamente no direito romano bizantino. O resultado foi o distanciamento entre o mundo romano oriental e a tradição jurídica clássica.

Observar toda a formação do direito romano, especialmente a revolução lenta e silenciosa operada no período romano bizantino, é de extrema importância para uma investigação cuidadosa sobre a herança romana na formação dos institutos do direito processual moderno. Baptista da Silva insiste em anotar que “ao contrário do que se imagina, nossos vínculos com o direito romano são inteiramente intermediados pelo espírito cristão que plasmou o direito do último período romano, permeando com outros

¹⁴³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica, op. cit., p.91.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 91. Acerca da influência cristã sobre o direito romano, ao tempo da decadência do Império consultar a obra de: BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*, op. cit.

¹⁴⁵ A título de curiosidade e para perceber a força da hierarquia eclesiástica, basta lembrar o remoto controle episcopal das universidades. Em 1219, um século depois da fundação da Escola de Direito de Bolonha, o papa decretou que ninguém deveria ser autorizado a ensinar, ou seja, a receber o título de doutor, se não fosse autorizado pelo arcebispo de Bolonha. BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*, op. cit., p. 161-162.

princípios e injetando-lhe novos valores, inteiramente diversos e às vezes antagônicos aos valores e princípios formadores do direito romano clássico”.¹⁴⁶ Na verdade, há mais influência do direito romano clássico na formação da tradição *common law* do que na tradição romano-canônica, e a razão está nos contornos dados ao direito romano pelo cristianismo.

O conjunto dos valores culturais do cristianismo influenciaram, de modo coadjuvante, para a universalização da ação condenatória e para a supressão das ações executivas do direito germânico medieval. É explicável, sob esta perspectiva, o predomínio da *actio* sobre os interditos. Daí a afirmação de Baptista da Silva de que “o desaparecimento das ações executivas e mandamentais, sufocadas ambas pela tutela condenatória, teve causas mais políticas do que propriamente jurídicas”. Tanto na forma quanto na substância, o processo civil torna-se permeado de sentimento cristão.¹⁴⁷ Assim, o direito que chegou até a contemporaneidade, uma herança do Medievo, foi um direito romano plasmado segundo os princípios e a moral da Igreja.¹⁴⁸

Ao longo da dimensão histórica da ciência jurídica é flagrante o impacto da herança romana transmitida pelo Medievo e os também compromisso do direito processual civil moderno com as filosofias liberais do século XVII e com o racionalismo do século XIX – um século de conceitos e prescrições –. Afora o liberalismo e o racionalismo, agrega-se a forte influência do direito romano tardio, que se encontra na base do pensamento jurídico de tradição romano-canônica e alimenta a cultura jurídica medieval e moderna.

É, portanto, no século XIX, com a consolidação da convergência entre o paradigma da modernidade e o capitalismo que se inicia um processo de “transformação das energias emancipatórias em energias regulatórias”. Aproveitando a metáfora utilizada por Boaventura de Sousa Santos, tem-se que essa combinação – do paradigma dominante com o capitalismo – culminou com a “crise da consciência especular”, ou

¹⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p.91.

¹⁴⁷ O processo civil romano-canônico que influenciou as instituições processuais modernas apresentava-se em franca oposição ao direito romano, bem como divergia do direito processual dos povos germânicos. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p. 99-100.

¹⁴⁸ Para uma discussão aprofundada a respeito, consultar a obra: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit.

seja, a ciência e o Direito passaram de “espelhos a estátuas”. A sociedade não vê mais a sua imagem refletida na ciência e no Direito, passando a ser vigiada por estes. Os espelhos (ciência e Direito) transformaram-se em estátuas, vigiando (autoritariamente) a sociedade.¹⁴⁹

Isso gera a “crise do paradigma da modernidade” deste limiar de século; o fato de continuar sendo apontado como o “paradigma dominante” nada mais é do que o resultado daquilo que Boaventura de Sousa Santos chama de “inércia histórica”.¹⁵⁰

No entanto, a idéia de *crise* não pode ser usada como sinônimo de *morte*. Embora o cenário da crise sempre sugira o esgotamento de conceitos, concepções, culturas, paradigmas de uma determinada realidade, afirmar que determinada doutrina está em crise não significa que tenha não mais sentido ou incidência, mas, antes, que suas teses (ou algumas delas) encontram-se em descompasso com a realidade presente. Muitos dos paradigmas esgotados sobrevivem à crise, alguns são substituídos por novos que mantêm a sua essência. Talvez fosse possível dizer que o grande problema é que nem tudo o que *morre* é, necessariamente, enterrado. Na verdade, fazendo uso da célebre construção de Antônio Gramsci,¹⁵¹ a crise ocorre quando o *velho* está insepulto, mas sem ditar orientações; e o *novo* ainda não se explicitou, estando inapto para dirigir o presente. São os últimos suspiros de um e os primeiros respiros de outro paradigma. É um contexto de incertezas e instabilidades em que paradigmas esgotados continuam presentes (paradigma zumbi) e novos projetos e reformas de pensamento, pelo mesmo motivo, encontram resistência e obstáculos. E, exatamente por isso, a superação da crise não necessariamente implica a superação de um paradigma, podendo resultar no seu renascimento ou fortalecimento. Não há garantias nesse caminho.

Para Thomas Kuhn, a história da ciência (o conhecimento científico) não é cumulativa e contínua, mas, ao contrário, intercalada por uma série de *paradigm shift*, opera por saltos qualitativos, que não podem ser justificados por critérios de validação

¹⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.15 e 48.

¹⁵⁰ Ibidem, p.15.

¹⁵¹ GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1995.

do conhecimento científico.¹⁵² Kuhn valeu-se do termo “paradigma” para apontar as estruturas e/ou compreensões do mundo de várias comunidades científicas.¹⁵³ A expressão “paradigma”¹⁵⁴ é tomada, a partir de Thomas Kuhn,¹⁵⁵ como perspectiva científica universalmente reconhecida que, durante certo tempo, proporciona modelo para a análise de problemas e soluções a uma determinada comunidade científica. Segundo Gianni Vattimo,¹⁵⁶ “a noção de paradigma de Thomas Kuhn é uma concepção hermenêutica, até porque o fato de que se afirme um paradigma não é, ao seu turno, um fato que possa descrever-se segundo conceitos científicos demonstráveis”. Aqueles que trabalham dentro de um paradigma praticam aquilo que Kuhn chamou de “ciência normal”. O paradigma determina os padrões para o trabalho legítimo dentro da ciência que o determina.¹⁵⁷ O paradigma sustenta uma concepção de mundo numa determinada época, possui um modelo de racionalidade que domina as construções científicas, filosóficas, teológicas e até de senso comum. Ocorre que, eventualmente, um paradigma perde a sua capacidade de resolver todos os problemas, perpetuando-os, quando não os intensifica. Neste momento, o paradigma passa a ser questionado, posto em xeque, passível de dúvida. Por conseqüência, apontam-se novos paradigmas que, com o intuito de responder satisfatoriamente aqueles problemas, competem entre si.¹⁵⁸ Começa-se a descobrir que o mundo, antes visto de um modo único, pode ser olhado de outra(s) maneira(s). Às diversas formas de ver o mundo, Kuhn chamou de paradigmas. A descoberta de um novo paradigma vai provocar um *paradigm shift*, e a ciência que rompe com os paradigmas dominantes é chamada, por Kuhn, de ciência revolucionária.

¹⁵² KUHN, Thomas. *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993*, com uma entrevista autobiográfica. Tradução de Cesar Mortari. São Paulo: Unesp, 2006.

¹⁵³ Para Kuhn, uma noção como a do paradigma científico foi essencial para compor seu argumento alusivo a um aspecto particular da história da ciência, a saber, quando uma estrutura conceitual cede lugar a outra, durante o que ele chamou de revolução científica. Nesse sentido, ver: KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

¹⁵⁴ Vale registrar que a expressão “paradigma”, utilizada desde 1960, tornou-se hoje um modismo intelectual e, muitas vezes, é utilizada para impedir o discernimento em vez de transmiti-lo. Isso, por óbvio, perturba aqueles que se preocupam com as transformações e superações paradigmáticas e que discutem e refletem sobre as crises paradigmáticas antes que tudo isso se tornasse um mero modismo. Desse modo, usaremos a expressão “paradigma” com o objetivo de recuperar o sentido da expressão, na tentativa de afastá-la da conotação de um *slogan*.

¹⁵⁵ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, op. cit.

¹⁵⁶ VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*, op. cit.

¹⁵⁷ CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Braziliense, 1993.

¹⁵⁸ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, op. cit.

Segundo Kuhn, os grandes progressos de uma ciência só acontecem quando seus paradigmas são desafiados e substituídos por novos paradigmas (*paradigm shift*).

Na perspectiva kuhniana, os períodos que testemunham o movimento do antigo para um novo paradigma indicam uma “mudança de paradigmas”. A coexistência de pelo menos dois paradigmas (um tradicional e pelo menos um novo) e a mudança descontínua entre paradigmas constitui uma revolução científica¹⁵⁹, a qual corresponde ao abandono de um paradigma e à adoção de um novo paradigma pela comunidade científica. A par disso, observa-se que a doutrina kuhniana apresenta a revolução científica como condição de possibilidade para o efetivo progresso da ciência.¹⁶⁰ Não há evolução sem revolução (científica)! Iniciado o processo de transição paradigmática, esse se torna indeterminado e sua direção aponta para futuros alternativos.¹⁶¹ A história do futuro passa a ser escrita.

Segundo Kuhn, “as revoluções científicas ocorrem esporadicamente, quando um determinado paradigma deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas, provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência”.¹⁶² Trata-se da transição paradigmática (passagem do paradigma dominante para o paradigma emergente). Os paradigmas socioculturais nascem, desenvolvem-se e morrem, porém, ao contrário do que se passa com a morte dos indivíduos, a morte de um paradigma traz dentro de si o paradigma que lhe há de suceder.¹⁶³ Por consequência, a consciência filosófica da ciência moderna, alicerçada no racionalismo cartesiano e no empirismo baconiano, resultou no positivismo oitocentista. O estatuto epistemológico e metodológico das ciências naturais era (e continua sendo) aplicado indistintamente às ciências sociais, considerado como o único modelo de conhecimento universalmente

¹⁵⁹ Paradigma de uma revolução científica no sentido kuhniano foi a Revolução Copernicana. Nicolau Copérnico, em 1507, rompe com mais de dez séculos de domínio do geocentrismo, quando – opondo-se à Igreja Católica – afirma que a Terra não é o centro do Universo e sim um entre vários planetas orbitando o Sol. Afronta o sistema aristotélico que à época foi tomado como dogma e faz da Física um campo de estudo específico. Há quem considere a consolidação da Revolução Copernicana somente mais tarde, a partir das descobertas de Galileu Galilei (1564-1642) e Johannes Kepler (1571-1630) (PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*, op. cit.).

¹⁶⁰ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*, op. cit.; CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* op. cit.

¹⁶¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p. 15.

¹⁶² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 31.

¹⁶³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.15.

válido. Estudam-se fenômenos sociais como se fossem fenômenos naturais, sem empregar nenhum diferencial qualitativo. Os fatos sociais reduzem-se às suas dimensões externas, observáveis e mensuráveis.¹⁶⁴

A visualização dessas discrepâncias está a sugerir a necessidade de uma postura antipositivista, marcando o choque entre paradigmas e, conseqüentemente, a crise do paradigma dominante. Não é mais possível negar a crise do modelo racionalista e o período de revolução científica decorrentes da interação de múltiplas condições. Tais condições, segundo Boaventura de Sousa Santos, são as seguintes: a) a teoria da relatividade de Albert Einstein, que revolucionou a concepção de tempo e espaço absolutos de Newton; b) a mecânica quântica de Werner Heisenberg e Neils Bohr, que demonstrou não ser possível observar ou medir um objeto sem interferir nele, pois o observador interfere no fenômeno; c) a teoria da complexidade, a teoria do caos e os fractais, que passaram a questionar o rigor matemático e as construções de Galileu e Descartes; e d) os avanços da microfísica, da química e da biologia, que, nos últimos vinte anos estimularam construções de várias teorias.¹⁶⁵

As insuficiências e fragilidades que corroeram as colunas do paradigma dominante provocam uma “profunda reflexão epistemológica sobre o conhecimento científico”. A reflexão filosófica, o desejo pelo conhecimento (das coisas e de si mesmo), a análise das condições sociais, dos contextos culturais antes repelidos pelo Racionalismo, pelo positivismo e pela euforia cientista do século XIX estão sendo recuperadas. O paradigma dominante parece trazer em si um paradigma emergente.¹⁶⁶

De todo o exposto, observa-se que o império das ciências objetificadoras, em especial a partir de Francis Bacon, René Descartes e do Iluminismo, desenhou o paradigma dominante-racionalista, que, no âmbito do Direito, equivale ao modelo de

¹⁶⁴ Ibidem, p.65-66.

¹⁶⁵ Dentre as teorias que representam os avanços na Microfísica, na Química e na Biologia, destacam-se as seguintes: a ‘teoria das estruturas dissipativas’ e o ‘princípio da ordem através de flutuações’ (Ilya Prigogine); o conceito de ‘autopoiesis’ (Maturana e Varela); a ‘teoria das catástrofes’ (Thom); a ‘teoria da evolução’ (Jantsch); a ‘teoria da ordem implicada’ (David Bohm); a teoria da matriz-S (Geoffrey Chew); a filosofia do ‘bootstrap’ (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, op. cit.; _____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.71.).

¹⁶⁶ Ibidem, p.67.

produção liberal-individualista-normativista assinalado por Lenio Luiz Streck.¹⁶⁷ Essas ciências objetificadoras fundam-se na separação rígida entre sujeito e objeto, perdendo-se de vista, assim, a influência da postura humana na configuração do ser. Não só o Direito restou lesado, mas todas as Ciências Sociais e Humanas (História, Sociologia, Filosofia, Direito), haja vista que, nessas, é um verdadeiro absurdo imaginar a cisão entre sujeito e objeto sem negligenciar o próprio ser, que investiga integrado ao objeto investigado.¹⁶⁸

Nesse sentido, pode-se citar uma constatação bastante pertinente ao Direito e aos objetivos aqui pretendidos: não há como observar ou medir um objeto sem interferir nele, sem o alterar, ou seja, o objeto que sai de um processo de medição não é o mesmo que lá entrou.¹⁶⁹ É certo falar, portanto, que “o desejo por uma teoria do conhecimento é um desejo de restrição – um desejo de encontrar fundamentos”.¹⁷⁰ Esse desejo por uma teoria do conhecimento foi o desejo que movimentou o paradigma dominante esboçado nos séculos XVI e desenvolvido ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX, quando se objetivava apontar os caminhos para legitimar o conhecimento e o agir racionais.¹⁷¹

Desse modo, as variadas áreas do conhecimento ficaram presas ao paradigma epistemológico de construção do conhecimento (teoria do conhecimento), ao desejo de restrição e de fundamentos. Ora, essa extrema dogmatização da ciência moderna, inevitavelmente, resulta na crise paradigmática acima indicada e no declínio do paradigma dominante, revelando uma reação ao dogmatismo, ao que Boaventura de Sousa Santos chamou de desdogmatização. Assim, opondo-se à dominação das ciências epistemológicas, de visão objetificadora – e, portanto, comensuráveis – emerge a ‘hermenêutica moderna’, impulsionada por Friedrich Schleiermacher (1768-1834); Wilhelm Dilthey (1833-1911); Martin Heidegger (1889-1976); Paul Ricoeur (1913),

¹⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

¹⁶⁸ ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000, p.07.

¹⁶⁹ Nesse sentido, consultar: SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*, op. cit., p.69.

¹⁷⁰ RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p.311.

¹⁷¹ ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p.07.

conforme acima apresentado. Mas seu maior representante foi Hans-Georg Gadamer¹⁷² (1990-2002), denominando-a de *Hermenêutica Filosófica*.

A epistemologia e a hermenêutica têm ideais inegavelmente opostos. A epistemologia parte do pressuposto de que toda a contribuição a um dado discurso é comensurável, ou seja, é capaz de ser colocada sob um conjunto de regras que indique como alcançar uma concordância racional, a partir da qual se decidirá a questão sobre todos os pontos em que as colocações parecem conflitar. Essas regras constituem instrumentos aptos a demonstrar uma situação ideal (comensurável). “Construir uma epistemologia é encontrar a quantidade máxima de terreno comum com os outros. A suposição de que uma epistemologia pode ser construída é a suposição de que tal terreno comum existe”. A hermenêutica, por sua vez, opõe-se à comensuração, eis que, para a hermenêutica, ser racional é estar disposto a abster-se da epistemologia, sem, contudo, substituí-la. Isso porque a hermenêutica não é um método para alcançar o tipo de resultados que a epistemologia não conseguiu alcançar, mas a esperança de que o espaço deixado pela extinção da epistemologia não seja preenchido. Na verdade, a hermenêutica recusa a suposição de que todas as contribuições a um dado discurso são comensuráveis. Ser comensurável vincula-se à noção de “cognição genuína”. É a busca por um fundamento, por critérios. Richard Rorty adverte que tudo aquilo que for mera questão de gosto ou opinião está excluído dos cuidados da epistemologia e, portanto, tudo que esta “não consegue tornar comensurável é rotulado como subjetivo”. Pretende, portanto, a epistemologia tornar todos os discursos comensuráveis traduzindo-os para um conjunto preferido de termos. Sendo assim, produzir comensurabilidade é encontrar equivalências materiais entre sentenças retiradas de diferentes jogos de linguagem, ou seja, é uma técnica.¹⁷³

A construção de um discurso crítico passa pela ruptura com os conceitos-em-si-mesmos e com a comensurabilidade do discurso. Dito de outro modo, valendo-se do

¹⁷² Hans-Georg Gadamer foi influenciado pelos contributos de Platão, Hegel e Heidegger no contexto da crise da racionalidade iluminista. Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.; ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, op. cit., p.08.

¹⁷³ Nesse sentido, consultar as anotações de Richard Rorty em: RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*, op.cit., p.312-316 e 349.

vocabulário kuhniano, é possível falar na passagem do discurso da “ciência normal” para o discurso da “ciência revolucionária”.¹⁷⁴ O paradigma hermenêutico, na condição de paradigma emergente, guarda profunda relação com a idéia da pré-compreensão, compreensão e interpretação, encontrando, em Hans-Georg Gadamer, discípulo de Martin Heidegger, seu principal mentor.

Ora, o direito moderno, ainda sob os holofotes das luzes do século XVIII e XIX, foi preparado quase que exclusivamente para o enfrentamento de conflitos interindividuais. A consequência disso é o seu despreparo para enfrentar/atender as demandas de uma sociedade repleta de conflitos supraindividuais, ao que se pode denominar, segundo Streck, de ‘crise de modelo do direito’ – uma das fases da crise de paradigmas que assola o direito moderno (no contexto nacional, sobretudo a partir da Constituição de 1988). A outra face desta crise paradigmática mostra um pensamento jurídico refém do esquema sujeito-objeto, que se configura como um paradigma epistemológico pautado na possibilidade de transcendência decorrente da aplicação de métodos.¹⁷⁵ Partindo de Lenio Streck, tem-se, então, a crise do paradigma aristotélico-tomista e a crise da filosofia da consciência. Essa dupla crise de paradigmas é que vai sustentar o modo exegético-positivista de fazer e interpretar o direito¹⁷⁶ e, por consequência, vai também justificar a resistência para a emergência de um novo paradigma de direito e de Estado (um paradigma que não obstrua a emergência do direito enquanto direito), que passa a ser exigido, mormente após o segundo pós-guerra.

Esse novo paradigma, no contexto do Estado Democrático de Direito, é carente de uma nova teoria das fontes (pois ainda se imagina que a lei é a única fonte de direito), de uma nova teoria da norma (pois ainda se acredita um mundo ficcional de regras, desconsiderando a era dos princípios) e de um novo modo de compreender o direito (pois o modo dedutivo-substantivo de interpretar e o esquema sujeito-objeto

¹⁷⁴ KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas, op. cit. CHALMERS, Alan F. O que é ciência afinal? op. cit.

¹⁷⁵ São esses métodos que carregam as verdades que o intérprete coloca neles. Ao contrário do que se possa imaginar, os métodos não nos trazem a almejada segurança. Negá-los, por sua vez, não significa abdicar da segurança, mas sim reconhecer a insegurança a que sempre estivemos submetidos.

¹⁷⁶ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p.149 et seq.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.; _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

desconsidera o giro lingüístico-ontológico e impede a compreensão da relação entre texto e norma).¹⁷⁷

No contexto da crise, marcada pela relutância de paradigmas zumbis, emerge a necessidade por um novo paradigma. Não se pode negar a visualização de uma mudança de paradigmas, na medida em que, gradativamente, se percebe a tendência ao abandono da teoria do conhecimento e do racionalismo-iluminista, surgindo clamores por um novo paradigma.

De fato, falar em crise parece ser a discussão por excelência da modernidade, um tempo de crise da própria razão moderna. Uma era de contradições, da emergência das novas formas de intervenção no mundo e no próprio homem¹⁷⁸ (novos direitos, informática, cibernética, bioética...), de pluralismos éticos, científicos... Um tempo caracterizado pela pluralidade de possibilidades de compreensão do mundo que coexistem pelas diversidades trazidas pela realidade social que aceitam múltiplas leituras. Tempo este que se choca com a idéia que persistia, até então, de que era possível compreender a sociedade de um modo relativamente homogêneo – o sonho racionalista, o ideal iluminista –. A modernidade vive um momento de crise paradigmática, em que se passou a exigir um novo paradigma para substituir a razão moderna e o cientificismo.

A ciência do direito tem se concentrado, à luz do paradigma dominante, em basicamente duas dimensões: a primeira dimensão é a concepção do direito como um sistema de normas legais, subsistente numa lógico-dedutiva subsunção; a segunda dimensão é a perspectiva dos sujeitos da determinação do direito, ou seja, do legislador e do juiz (dogmático – reproduzidor de sentido). A jurisdição, sob o espectro do paradigma dominante, é pensada segundo um esquema metódico da lógico-dedutiva aplicação das normas legais. E o juiz, por sua vez, é tomado como um simples operador dessa aplicação. Falta-lhe (ou está insuficiente) uma terceira dimensão: a da realização concreta do direito, localizada na jurisdição estatal e no juiz, capaz de redefinir as

¹⁷⁷ Nesse sentido, consultar STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p.149 et seq; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.; _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

¹⁷⁸ Informática, realidade virtual, cibernética, robótica, bioética, biotecnologia, capitais, mercadorias, mercados, novos direitos, enfim, as informações contemporâneas, em uma velocidade instantânea, rompem as fronteiras tradicionais.

dimensões anteriores, rompendo com aquele dualismo normativista (direito identificado com a lei e aplicação lógico-dedutiva da lei ao caso). Falta-lhe, portanto, a dimensão de sentido. Não são suficientes reformas legislativas, mas antes carecem de reformas paradigmáticas no sistema jurídico pautadas pelo sentido de jurisdição.

De um modo historicamente mutável, o direito assentou-se sempre sobre determinado(s) paradigma(s), resultado de uma sucessão de momentos da história, atendendo às concepções de Estado e sociedade e, até, às concepções de Homem ao longo do tempo. Os principais modelos de Estado (absoluto, liberal e democrático) fizeram-se acompanhar de alterações no direito e na sociedade. A passagem de um modelo liberal para um modelo democrático de Estado, de uma sociedade Industrial para uma sociedade Tecnológica pressupunha (e pressupõe) uma diversa compreensão do direito, capaz de incorporar as novas dimensões de tempo e espaço, de atender às exigências de um mundo globalizado e, ainda, de responder às assimetrias entre as promessas de um Estado Democrático de Direito no plano político, econômico e social e à sua efetiva capacidade de atuação.

Características de um mundo globalizado modificam as concepções de tempo e espaço a uma velocidade quase que instantânea, exigindo um novo modelo de pensamento jurídico e, conseqüentemente, uma nova atuação do direito e da jurisdição e, claro, uma nova atitude do jurista diante da realidade social. Os avanços de um novo período obriga o Homem, novamente, a questionar-se sobre o seu pensamento científico, a repensar seus caminhos e suas escolhas, a perceber o seu próprio contexto.

A sociedade pluralista e complexa que emerge no mundo globalizado exige uma jurisdição que seja compatível com as transformações sociais e com a prática de um autêntico regime democrático, assumindo a perspectiva do homem-pessoa, sujeito dessa prática. A defesa da jurisdição constitucional exige que esta seja sensível às transformações sociopolíticas do mundo globalizado, sem que isso implique a concepção de um direito como mero instrumental posto a serviço de políticas governamentais ou estratégias econômicas ou interesses flutuantes. Uma defesa da jurisdição constitucional, nos moldes que se pretende para a construção de uma tutela preventiva (e, de modo geral, para a libertação do direito processual civil dos grilhões do racionalismo) está ligada ao *concretum decidendo*, ou seja, com o problema jurídico

concreto de que trata Castanheira Neves. Há, portanto, que se recusar a norma como critério jurídico para a decisão concreta e admitir uma autônoma constituição da solução jurídica. Para tanto, faz-se indispensável uma particular mediação judicativa, a ser realizada pelo juiz (que é o operador concreto-judicativo), responsável por tal mediação. A razão (o paradigma racionalista) cede espaço, portanto, ao juízo (paradigma da jurisdição constitucional). A jurisdição pede espaço para a razão moderna, que a tem sufocado. O direito e a jurisdição chamada a realizá-lo não se reduzem a um qualquer raciocínio, tampouco a uma lógica aplicação ou a uma estrita decisão a partir da incorporação da linguagem do constitucionalismo ao direito processual civil e, conseqüentemente, a mediação judicativa supera em muito a mera remissão ao texto constitucional, eis que o texto não contém a norma.¹⁷⁹ O que caracteriza o juízo é a resolução de uma controvérsia prática – em princípio a exprimir-se na convocação de posições divergentes sobre o mesmo caso ou questão prática, mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada que conduz, por isso mesmo, a uma solução comunicativamente fundada.¹⁸⁰ Para se assumir e realizar o direito é, portanto, indispensável o juiz e a sua responsabilidade ética. Porém, negar a subsunção e os silogismos não significa defender uma jurisdição sem razão, irracional.

Não há dúvidas que se vive uma época rica em mudanças, a desenhar um novo período e a conseqüente redefinição das estruturas e instituições do Estado, da sociedade e do direito. Na linha de Jean-François Raux,¹⁸¹ essas mudanças atingem três componentes em especial: as certezas, as ilusões e os determinismos. A redescoberta de que o futuro não é previsível, e de que, portanto, o progresso da humanidade não está garantido por um sistema (normativo-legalista), põe em xeque qualquer pretensão de explicar o homem e seu futuro por leis que o ultrapassam. É o fim das certezas, o fim das ilusões e o fim dos determinismos. Mas isso está longe de significar o fim da

¹⁷⁹ Nesse sentido, Lenio Luiz Streck refere que “a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto”. Ver: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.700.

¹⁸⁰ Nesse sentido, consultar Castanheira Neves sobre o seu modelo de juridicidade-jurisdição, qual seja, o jurisprudencialismo. CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit.

¹⁸¹ RAUX, Jean-François. Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: PRIGOGINE, Ilya; MORIN, Edgar et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*, op. cit.

história. São as engrenagens da história que se movimentam. Talvez Jérôme Deauvieu¹⁸² tenha razão: o século XX foi o século das previsões arrogantes, quase sempre desmentidas; e que o século XXI será o século da incerteza e, portanto, o século das imprevisões. Se o futuro não pode ser previsto, ele pode ser, sim, desejado. A construção de um futuro desejado se sobrepõe à previsão de um futuro imposto e afasta referências a um absoluto definido. E, nesse contexto, o papel do direito se mostra relevante. O direito não pode permanecer alheio às transformações sociais.

Não há como imaginar a evolução do direito, sintonizado com as transformações sociais, sem que isso, necessariamente, seja seguido por uma interrogação acerca do sentido da jurisdição. A perspectiva eminentemente repressiva ou reparadora assumida pela jurisdição estatal resta insuficiente para lidar com a emergência dos novos direitos, bem como ineficiente para atender ao sentido do próprio direito. A construção de uma tutela jurisdicional preventiva, que não seja um privilégio reservado àqueles amparados pela legislação esparsa ou em situações bastante peculiares que escapam do paradigma adotado pela codificação, é uma das respostas possíveis para um problema necessário do direito: a perda de sentido.

Nesse caminho, há que se problematizar o passado do direito: a compreensão dos fatores culturais que influenciam e influenciaram o pensamento jurídico é condição de possibilidade para a compreensão da crise do direito e formulação de alternativas possíveis. A crise do direito e da jurisdição é algo maior que pilhas de processos que se avolumam nos tribunais, não se reduz a simples relação existente entre o número de magistrados e processos, exige soluções que ultrapassem as alterações legislativas.

A preocupação com a realização concreta do direito problematiza a jurisdição chamada a realizá-lo. A construção de uma tutela jurisdicional preventiva está vinculada à defesa da jurisdição estatal. No entanto, a própria jurisdição estatal mantém-se sob um perfil eminentemente repressivo, e o sistema jurídico – amparado por seus esquemas processuais, mas, acima de tudo, pela formação cultural dos juristas – conserva-se refratário à construção de uma autêntica tutela jurisdicional preventiva, admitida em situações bem específicas e, na sua maioria, como uma espécie de privilégio. A construção de uma tutela jurisdicional preventiva não atende apenas a uma exigência

¹⁸² DEAUVIEAU, Jérôme. O futuro do tempo. In: *Le monde diplomatique Brasil*, março/2002.

imposta pelas transformações sociais, pela força da complexidade social ou pela emergência de novos direitos, especialmente daqueles ligados à personalidade, à honra, à imagem... Tampouco significa uma estratégia para privilegiar o imediato, o efêmero, a instantaneidade desses “tempos interessantes” em que a humanidade vive. A construção de uma tutela jurisdicional preventiva – e, antes disso, o dar-se conta das razões que conduzem o sistema jurídico a repelir formas de tutela preventiva – integra o sentido da jurisdição estatal. Por trás da resistência à tutela jurisdicional preventiva está a problemática da crise de sentido do direito e da jurisdição chamada a realizá-lo. Essa crise de sentido que atinge o direito, na verdade, representa um desdobramento de um processo maior que é a crise da razão moderna,¹⁸³ aquela razão (e não toda a razão) em que a modernidade depositou toda a sua crença.¹⁸⁴ Trata-se, ainda, de uma das conseqüências da fragilização do Estado.

O direito, como refere Castanheira Neves, deve ser fixado para certo momento temporal, eis que em constante mutação.¹⁸⁵ Para tanto, é preciso compreender que o texto não contém a norma e, portanto, toda a legislação processual civil deve estar necessariamente submetida ao exame constitucional. Desse modo, uma nova forma de atuar o processo civil implica a superação do paradigma dominante e o redimensionamento das instituições processuais e do papel do Poder Judiciário, sem, contudo resumir-se em reformas legislativas ou em esquemas procedimentais. Dito isso, a construção da tutela jurisdicional preventiva só será possível se forem encontradas respostas possíveis para o problema necessário da crise de sentido do direito, e isso

¹⁸³ A crise da razão resulta de uma racionalidade presa à compreensão instrumental das suas possibilidades. Dessa forma, a razão, que teve a tarefa de superar os mitos e a obscuridade da tradição metafísico-teológica, converte-se em novo mito ao priorizar somente as pretensões de validade verificáveis na esfera cognitivo-instrumental. A crise da razão é a crise do sujeito cartesiano, que, envolto em um tipo de racionalidade que lhe permitia o controle do conhecimento (razão clássica), depara-se, na segunda metade do século XX, com o desmoronamento de valores e o esgotamento de paradigmas. O homem, a partir de então, transforma-se em presa da incerteza e do sentimento de instabilidade. Sua visão limitada da realidade entra em contradição com o excesso de informação que lhe é disponibilizado. É o fim das certezas, o fim das ilusões e o fim dos determinismos. É o fim da pretensão de querer explicar o homem e o seu futuro por leis que o ultrapassam. RAUX, Jean-François. Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores*: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo, op.cit.

¹⁸⁴ A modernidade, cartesiana por origem, não mais consegue ser cartesiana em sua continuidade. De fato, a razão se faz necessária contra a atávica irracionalidade, mas abrir mão de uma (etapa da) razão não significa abrir mãos de toda a razão. A crise da razão não resulta em vazio ontológico.

¹⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: Coimbra, 1983.

implica a superação do modelo subsuntivo de aplicação do direito, admitindo a dimensão hermenêutica do direito; afastando, conseqüentemente, a sua identificação com a mera legalidade. Só assim, assumindo-se esta compreensão, torna-se possível ligar os fios do tempo e projetar um futuro possível, sinalizando o sentido do direito.

A modernidade – a racionalidade científica da modernidade – foi o terreno fértil para a formação de uma ‘ciência’ do processo e de um (ou vários) positivismo(s) jurídico(s). Foi a modernidade que embalou o direito processual técnico e pretensamente científico. Assumindo o caráter histórico-cultural do direito processual, é imperioso investigar sobre suas bases filosóficas e ideológicas, identificando seus compromissos atuais. De fato, as reflexões sobre a “crise do positivismo jurídico” já alcançam o *status* de lugar-comum. Do mesmo modo que, hoje, se tornou quase uma religião a crítica do Estado social, conforme afirma Gomes Canotilho.¹⁸⁶ Também se tornou quase uma religião apontar as insuficiências do positivismo jurídico (na verdade, dos vários positivismos jurídicos que se têm hoje): não se acredita mais que a lei, por si só, consiga lidar com o ritmo da sociedade. É verdade que a expressão “crise do positivismo jurídico” parece estar na boca de todos nos últimos tempos. Alguns se empenham em negar categoricamente a existência de tal crise; outros afirmam a disfunção do positivismo jurídico; outros, ainda, ocupam-se com a reformulação do positivismo jurídico, uma espécie de ‘movimento carismático’ do positivismo jurídico, visando torná-lo resistente às críticas e de fácil penetração nas massas.

O positivismo é fruto de um tempo e a sua crise também. O cenário que abrigou a formação e o desenvolvimento do positivismo jurídico foi o da racionalidade científica da modernidade. Tendo como pano de fundo, no plano das idéias, o Iluminismo do século XVIII, a racionalidade científica da modernidade pregava o desenvolvimento moral e material do homem pelo conhecimento, afirmando a razão e o método científico como as únicas fontes de conhecimento válidas.

Não se pode esconder a atual problemática jurídico-jurisdicional, ocultar um cenário marcado pela crise do direito e da jurisdição, tampouco esquecer que se trata de um contexto em que memória e projeto, passado e futuro alimentam o presente. As

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A governance do terceiro capitalismo e a constituição social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 2006.

expectativas que embalam o nascimento da modernidade, já no final do século XVIII, e as frustrações que se seguiram até a contemporaneidade resultaram uma modernidade inacabada, segundo alguns, ou no esgotamento da modernidade, segundo outros.¹⁸⁷ O fato é que a contemporaneidade abriga uma modernidade que, de algum modo ainda subsiste e tenta impor-se, até mesmo, pelo discurso que a nega. Há sempre um sentido que nos é antecipado, ou seja, há uma clivagem entre o intérprete e o mundo.¹⁸⁸

Eric Hobsbawm,¹⁸⁹ ao analisar o contexto político e social do “breve século XX” divide-o em três eras: “a era das catástrofes”, “a era do ouro” e, por fim, a “era do desmoronamento”. A primeira fase corresponde ao período de 1914 até o fim da Segunda Guerra Mundial, seguindo-se trinta anos que corresponderam à segunda fase, quando a humanidade viveu experiências de avanços tecnológicos e sociais jamais experimentados em espaço tão exíguo de tempo. A partir dos anos 1970, no entanto, emerge uma nova fase de catástrofes e involução. Na verdade, as três fases representam a movimentação das engrenagens da história e não necessariamente o caminho rumo ao fim da história ou da humanidade. Movimentação esta que explicita a necessidade de transformação do modelo de pensamento do Homem para trabalhar com as questões contemporâneas e superar contradições e insuficiências, respondendo, sofisticadamente, à complexidade contemporânea e às novas exigências.

Esse contexto atingirá inevitavelmente o cenário do direito na sociedade, obrigando o Homem a (novamente) questionar o seu discurso científico, a repensar seus paradigmas e rediscutir os fenômenos vistos como paradoxos. A partir da construção de Hobsbawm é possível descrever três fases do contexto jurídico no breve século XX: a era da destruição dos direitos e do homem; a era da fundamentação jurídica dos direitos e da emergência dos novos direitos, por fim, a era da inefetividade dos direitos e da insuficiência da jurisdição.

¹⁸⁷ Na perspectiva habermasiana, a modernidade é tomada como um projeto inacabado, um potencial utópico e não um período já esgotado e substituído pela pós-modernidade. De outro lado, considerando-a já esgotada, tem-se Jean-François Lyotard (HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000; HABERMAS, Jürgen. *Modernidade: um projeto inacabado*. In: ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992; LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998).

¹⁸⁸ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; ____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit. e ____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

¹⁸⁹ HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Os séculos XIX e XX pautaram-se pela busca de uma racionalidade que fosse capaz de transformar o direito em uma ciência. O papel da teoria e da dogmática no direito era apontar para um método previsível, determinado, calculado e infalível.

Esse modelo de racionalidade (paradigma racionalista) tem como berço as ciências naturais do século XVI, que, embebidas em um modelo autoritário, supunham que somente poderia nomear-se como ciência aquilo que acompanhasse seus padrões metodológicos e epistemológicos. Predominavam compreensões do tipo: "conhecer é quantificar", "conhecer é classificar". Fenômenos considerados relevantes eram aqueles possíveis de quantificar e medir. A realidade era conhecida quando dividida, classificada, quantificada. O modelo de Aristóteles (forma e substância) e o padrão de Descartes (objetos fragmentáveis e simplificáveis) formavam/formam a base desse paradigma científico. Almejava-se a cientificidade do direito. Desejava-se a sua previsibilidade, sua linearidade. Considerações de cunho político, econômico ou mesmo de caráter ético não eram assuntos para o direito, consagrando-se, assim, um positivismo científico clássico.

Paulatinamente, no entanto, a linearidade desse pensamento e o reducionismo das soluções alçadas vão cedendo espaço ante a preocupação com a produção de uma nova forma de pensar o direito e a sociedade. Era preciso reconstruir os paradigmas científicos e repensar a Ciência Jurídica diante dos paradoxos da modernidade. Emerge a necessidade de encontrar um novo paradigma que não incorpore no seu discurso qualquer forma de dogmatismo e de autoridade.

É exatamente esse o contexto da humanidade: a tentativa de superar o pensamento linear-cartesiano e revisar a racionalidade jurídica.

Na perspectiva de Antonio Castanheira Neves, o problema fulcral que atualmente se põe à reflexão jurídica é o problema da autonomia do direito e do significado dela no todo da realidade histórico-cultural e humano-social dos dias de hoje. Nesse problema convergem todos os outros decisivos: imediatamente o do sentido da normatividade jurídica, mediamente o do sentido do próprio direito hoje. Só que o sentido do direito em que a sua autonomia se afirme implica uma exigência de virtude, sem, contudo, resgatar o jusnaturalismo. Dito de outro modo: é preciso que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas

autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele, mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência e, então, não como uma externalidade apenas referida pelos efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido.¹⁹⁰

Castanheira Neves, em um discurso fortemente datado pelo período mais agudo de abril de 1974, ao falar sobre a revolução e o direito, recorda que “eram duas as correntes de compreensão da lei antes que o pensamento revolucionário de 1789, e na medida em que foi inspirado no Contrato Social, se orientasse para um outro que passou a predominar até aos nossos dias”. Uma dessas linhas, em que se afirma o pensamento clássico, e que partindo de Aristóteles havia de culminar em S. Tomás – com algum eco ainda em Montesquieu, embora neste já sob a influência de uma outra perspectiva –, via, na lei, a expressão da *ratio* chamada a determinar o “justo natural”. A outra linha, parte fundamentalmente de Hobbes, “sendo a vontade política, soberana e incondicionada, não só a fonte, mas o próprio fundamento das leis civis – *auctoritas non veritas facit legem*. Todo o positivismo jurídico, com a sua particular identificação do direito com a lei, tem aí, na onipotência do Leviatã (sincronizadas com as realidades políticas de Europa moderna das monarquias absolutas), a sua origem intencional e político-jurídica”. Assim, entre o positivismo legalista e as tradições legalistas do Estado-de-direito, havia de interpor-se o pensamento de Rousseau e o seu repúdio ao absolutismo político de Hobbes, não podendo regressar, no seu racionalismo iluminista e formal, ao jusnaturalismo da racionalidade material clássica, a alternativa foi a síntese entre a *voluntas* e a *ratio*, que havia de caracterizar a legalidade democrática e do respectivo Estado-de-direito.¹⁹¹

O resultado disso é o alto preço pago pelo direito, que permanece alienado da história e alijado dos fatos sociais. “A dramática distância entre o direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e história” é uma preocupação sempre presente na obra de Ovídio Baptista da Silva. Segundo ele, a doutrina, numa postura a-histórica, limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente,

¹⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit.

¹⁹¹ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v 1º. Coimbra: Coimbra, 1995, p.228-229.

sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo iluminista do século XVII.¹⁹²

Essa resistência do direito à dinâmica do próprio tempo¹⁹³ justifica-se sob a perspectiva histórica e filosófica. Essa aversão à possibilidade de o direito evoluir e, portanto, perder a sua estabilidade “natural” encontra raízes no programa do liberalismo¹⁹⁴ e na sua luta contra o Absolutismo, bem como nos esforços da lógica do positivismo jurídico para sobrepor-se ao direito natural, negando a existência de que algo exterior ao direito poderia fundá-lo. Nessa linha de raciocínio, garantia-se a estabilidade do direito, a sua perpetuidade, a conservação e continuidade de suas regras e princípios ao longo da história.¹⁹⁵

Assim, pensar o atual contexto e problemática jurídico-jurisdicional é mergulhar nas discussões sobre a crise da razão, a crise de uma racionalidade, ou seja, a crise de um modelo de racionalidade para direito e para a jurisdição. Tudo isso com reflexos no direito processual.

¹⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op.cit., p.199.

¹⁹³ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit.

¹⁹⁴ Nesse sentido, consultar a obra: EWALD, François. *Les forces créatrices du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 1 et seq.

¹⁹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p.192.

Capítulo 2 – A Jurisdição em (tempo de) crise

*La pregunta no es sólo qué tipo de procedimiento
queremos, sino también qué tipo de organización del
Estado poseemos
(Mirjan Damaska)¹⁹⁶*

2.1 A jurisdição presa aos grilhões do estado liberal de direito: imersos no tempo

Tratar sobre jurisdição, sua concepção e sua função é também discutir sobre o perfil do Estado. Antes de se defender um sentido de jurisdição, é preciso observar o Estado que se possui. Não é por acaso, portanto, que as reflexões sobre o Estado moderno e suas implicações na contemporaneidade consistem em temática recorrente, em especial, no contexto de um mundo globalizado. As mudanças estruturais da política nacional e internacional provocaram e continuam provocando profundas transformações no Estado, seja no que diz respeito às funções estatais, aos arranjos institucionais, à base social, à legitimidade política, à autonomia ou, ainda, no que diz respeito à promoção e proteção de direitos.

Os padrões de globalização e regionalização geram tensões sobre os planos decisórios, institucionais, distributivo e estrutural do Estado. O processo de tomada de decisões dos Estados nacionais se vê “forçado a levar em consideração crescentes

¹⁹⁶ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso penal*. Chile: Jurídica Chile, 2000, p. 86.

normas e compromissos internacionais e a abrir-se a extensas consultas e negociações com outros Estados, agências internacionais e atores não estatais transnacionais”.¹⁹⁷ bem como a conferir visibilidade à sua Constituição e aos compromissos por ele firmados com a sociedade, garantindo direitos fundamentais e legitimidade de atuação aos poderes públicos. Globalização e internacionalização, jurídica ou econômica, agregadas ao desenvolvimento tecnológico e ao avanço nas comunicações ecoam na sociedade e no Estado, impondo-lhes novos significados/sentidos.

Desde longa data, o perfil do Estado se reflete no modelo de produção do direito e na jurisdição. Seu crescimento está intimamente vinculado à criação – legislativa ou jurisdicional – do direito, revelando o vínculo existente entre Estado e Direito ou entre Poder e Justiça.¹⁹⁸ Nem sempre o direito ou a atividade jurisdicional foram monopólios do Estado, ou melhor, nem sempre a civilização conheceu um

¹⁹⁷ Nesse sentido, consultar: GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, em especial p.115.

¹⁹⁸ Inúmeras referências podem ser feitas quando se toca no assunto Estado e Poder, Direito e Justiça. De todo modo, cabe aqui registrar que, embora possa haver (e há) forte relação entre eles, Estado e Poder não se confundem. Qualquer identificação merece ser desmi(s)tificada. O Poder é uma “prática social histórica” que se expande por toda sociedade, que não se encerra à estrutura estatal (MACHADO, Roberto. Introdução: por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2007, ps. X). Igualmente pode ser dito sobre a relação entre Direito e Justiça. A justiça é um dos temas clássicos da Filosofia e da teoria do direito, marcando as idéias ocidentais não só na Filosofia, mas também na política e no direito. Por certo não se pretende revisar todos os postulados históricos que dão suporte a essa discussão, porém cabe esclarecer que afirmar a distinção entre ambos traz a necessidade de um regresso à idéia de justiça, sem, contudo, restaurar o discurso jusnaturalista. Adota-se, neste contexto, a perspectiva de Castanheira Neves e Arthur Kaufmann. Ver, nesse sentido, Kaufmann quando afirma que “*una situación en la que el contenido del Derecho estuviese siempre y absolutamente positivizado sería idílica. Pero sabemos por experiencia que este no es el caso: sabemos que se há positivizado la pura injusticia. Los contenidos concretos del Derecho no pueden alcanzar, en mayor o menor grado, e incluso de ningún modo, la realización. La esencia y la existencia del Derecho no tienen porque ir siempre parejas, pues existe entre ellas cierta contraposición, una diferencia ontológica. Es característico, tanto para el positivismo como para el jusnaturalismo, el no hacer caso de esa diferencia para poder coordinar legitimidad y positividad del Derecho. Esta tensión no culmina en anulación: la diferencia entre esencia e existencia es ontológica, no es circunstancial: está presente en todos los entes terrenales*” (KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 41). Em Castanheira Neves, de um modo bastante próximo a Kaufmann, tem-se que: “*se a fundamentação jusnaturalista invocava uma acrítica referência já ontológico-metafísica, já antropológica que se revelou insustentável, e a fundamentação racionalista, sob os diversos modelos de auto-constituídas racionalidades procedimentais, implicava afinal pressuposições que a invalidam nesse sentido, não fica excluído que se reconheça na experiência (poderá dizer-se, humano-hermenêutica) da histórico-cultural prática humana e da responsabilizante coexistência uma específica intencionalidade à validade em resposta ao problema vital do sentido, e estruturalmente constituída pela distinção entre o humano e o inumano, o válido e o inválido, o justo e o injusto, intencionalidades que refere sempre e convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos que pertencem ao ethos fundamental ou ao seu episteme prático de uma certa cultura numa certa época*” (CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.146).

Estado,¹⁹⁹ uma vez que este surge apenas na modernidade e só então passou a imprimir uma concepção e valores à jurisdição e ao direito por ele conduzidos.

Assumindo a modernidade como marco para o surgimento do Estado (moderno), tem-se que é só a partir de então que se pode falar em uma função nitidamente jurisdicional. Nos primórdios da civilização, antes do direito ser um monopólio estatal, ele era uma manifestação divina, revelado exclusivamente pelos sacerdotes, cuja atividade não pode ser identificada à função jurisdicional, limitando-se, apenas, a legitimar a defesa privada.

O surgimento da jurisdição estatal, nesta perspectiva, coincide com a formação do Estado moderno. Ambos – Estado moderno e jurisdição estatal – nascem em oposição à sociedade medieval pluralista, que compreendia diversas fontes de direito e formas de resolução de conflitos, caracterizando-se pela multiplicidade e descentralização do poder. Ergueu-se, assim, sobre os escombros do medievo, o Estado

¹⁹⁹ Para os limites desta pesquisa, valendo-se de um sentido mais restrito – e mais adequado para esta discussão – a expressão ‘Estado’ surge apenas no começo dos tempos modernos, em especial a partir do século XV. Esta conotação de Estado ergue-se para atender a uma nova realidade, apresentando-se como uma organização estatal completamente distinta das anteriores. Esta acepção, portanto, justificaria a descontinuidade entre o Estado moderno e àquelas formas organizacionais que o precederam, denominadas, por Bolzan de Moraes e Streck, como formas estatais pré-modernas, dentre as quais se destaca o ‘medievo’. A passagem do Medievo para o Estado moderno se deu na mesma medida em que se avança do feudalismo em direção ao capitalismo, momento em que surge o Estado moderno em sua primeira versão, qual seja, Absolutista. Em sentido estrito, portanto, somente a partir do Estado moderno é viável falar-se em Estado, tornando-se redundante a expressão ‘Estado moderno’. Sob esta ótica, o Estado consistiria em um fenômeno da modernidade, tendo como sustentáculo, em seu surgimento, as teorias absolutistas e um cenário concreto de urgência da concentração de poder. Inserido nessa discussão, Bobbio é bastante oportuno ao tratar da questão do nascimento da expressão ‘Estado’, bem como da questão da (des)continuidade histórica do Estado moderno em relação às ordens estatais precedentes. Para ele, saber se o Estado existiu sempre ou se existe somente a partir da Era Moderna consiste em uma questão dependente unicamente da definição da qual se opte: se por uma definição mais ampla ou se por uma definição mais restrita. Assim, “a escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade” (BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1987, p.65 et seq.). Sobre a discussão acerca das formas estatais pré-modernas, ver: STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit.

moderno, centrado no absolutismo,²⁰⁰ convertido posteriormente ao liberalismo, pretendendo-se, após, um Estado social e, mais recentemente, um Estado Democrático de Direito,²⁰¹ com base em valores constitucionais.

A civilização moderna testemunhou essa mutação estatal. As grandes transformações (no âmbito da política, da economia, da cultura, etc.) resultaram em uma nova sociedade que passou a exigir um novo Estado a cada nova fase. O constante e dinâmico processo evolutivo do Estado moderno foi marcado primeiramente pela presença de um poder ilimitado, absoluto e perpétuo, concentrado nas mãos de um monarca, justificado ideologicamente na teoria do direito divino dos monarcas.²⁰² Os intelectuais da modernidade, sobrepujando a mentalidade medieval, alinhavaram uma nova ideologia política, legitimando o absolutismo.²⁰³ O direito, àquela época, identificava-se com a ‘vontade do príncipe’: *L’Etat c’est moi*. Apesar de o Estado ter como única fonte jurídica a lei, esta não vinculava o príncipe, que estava acima e não limitado por ela. Na verdade, essa idéia não era inédita: na Roma clássica do século VI, o conceito de lei identificava-se com a vontade do imperador e, a partir do

²⁰⁰ Sob os escombros da sociedade feudal, moldado sob a perspectiva das monarquias absolutistas, emerge o Estado Absolutista. Nas palavras de Miranda, o Estado estamental da sociedade medieval foi substituído pelo Estado absoluto, o qual afirmava princípio da soberania, não aceitando qualquer interposição a separar o poder do Príncipe e os súditos (MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense. 2002). O Estado, em sua primeira versão absolutista e enquanto instituição centralizada, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, abriu mão do poder político, delegando-o ao soberano. Na virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então um privilégio da aristocracia (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3. ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.136). Assim, apesar de o Estado Absolutista ter como um de seus alicerces o apoio da burguesia aos monarcas, o ente estatal não foi controlado pela burguesia. Esta não ocupou o poder político do Estado Absolutista, restringindo-se ao domínio do poder econômico. A partir do século XVIII, a burguesia não estava mais satisfeita em deter apenas o poder econômico, reivindicando o espaço político para fazer par ao poder econômico já conquistado. Testemunha-se, então, uma nova tensão: a tensão entre o político e o econômico (STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit., p.44). Nesse aspecto, pode-se ilustrar citando que “o absolutismo do poder monárquico é alcançado, ao menos em teoria, na medida em que o príncipe não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado nascente” (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. v. I., op. cit., p. 429, verbete “absolutismo”).

²⁰¹ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit.

²⁰² “O poder que se aglutina neste momento reflete a idéia de sua absolutização e perpetuidade. Absoluto, pois não sofre limitações sequer quanto à duração e, por isso, também perpétuo. Resta, apenas, adstrito às leis divinas e naturais” (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.29).

²⁰³ Dentre os principais teóricos do absolutismo destacaram-se: Nicolau Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1530-1596), Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1619) e Jacques Bossuet (1627-1704).

Renascimento, por influência do direito romano renascido, a lei identificava-se com a vontade do príncipe, não mais um imperador, mas o poder do soberano estatal. A passagem do medievo para a modernidade representou a transição do poder que estava nas mãos da “coroa” para as mãos do Estado, ou seja, do rei para uma instituição.²⁰⁴ Assim, os séculos XVII e XVIII viveram o apogeu do Estado absoluto.²⁰⁵

As monarquias absolutistas e a atmosfera de opressão do Estado, aos poucos, ameaçaram os anseios da burguesia em ascensão e aos ideais dos grupos protestantes. Aquele poder absoluto e ilimitado, antes necessário, tornou-se um obstáculo aos ideais e valores liberais que começavam a ser ensaiados.²⁰⁶ O Estado Absoluto, que antes incentivava a burguesia e sua força produtiva, passa a obstruí-la, impondo limites à propriedade e cerceando a livre concorrência.²⁰⁷ Paulatinamente, a burguesia, auxiliada

²⁰⁴ [...] naquilo que se passou a denominar de Estado moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma idéia, com potência superior a dos indivíduos). É a idéia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O Poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado procede da institucionalização do Poder, sendo que suas condições de existência são o território, a nação, mais potência e autoridade. Esses elementos dão origem à idéia de Estado, ou seja, o Estado moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram donos do território e de tudo o que neles se encontrava (homens e bens), no Estado moderno, passa a haver a identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de Soberania estatal: *L'Etat c'est moi* (STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit., p.27). Para Filomeno, “[...] o Estado surge quando o poder se institucionaliza, tem-se que é ele, a um só tempo, a fonte irradiadora de direito e ente garantidor de sua efetiva observância, mediante meios coercitivos” (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de teoria geral do estado e ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p.64). O poder estatal, por conseguinte, vai reclamar certos limites nas suas relações com os indivíduos/súditos. Quer-se, com esse raciocínio, apontar para a materialização da idéia de um Estado limitado pelo direito, primando pela supremacia da lei. Fala-se do Estado de Direito, conforme será observado adiante.

²⁰⁵ Embora o absolutismo tenha sido a política dominante nessa fase da modernidade, na verdade, apresentou peculiaridades em cada região em que se instalou. Não cabe, neste momento, tratar dos desdobramentos regionais do absolutismo, que é aqui utilizado sob a perspectiva de marco histórico.

²⁰⁶ “Esgotada a sua função histórica como moldura institucional propícia à acumulação capitalista, o Estado absoluto passou a constituir um entrave à expansão das forças produtivas, na medida em que impunha limitação à propriedade ao continuar legitimando a estrutura fundiária feudal, e cerceava a livre concorrência, ao persistir na manutenção das corporações de ofício. Além disso, os antigos privilégios da nobreza, em especial, a isenção de impostos, continuavam a subsistir, onerando, assim, as demais classes sociais, notadamente a burguesia e o campesinato” (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.21-22).

²⁰⁷ Intensifica-se a luta entre a burguesia em ascensão e a monarquia em decadência. A derrocada das monarquias absolutas teve como grande marco a Revolução Francesa. Assumiram também especial relevância nessa mudança a Inglaterra e os Estados Unidos. Aquela com a Revolução Gloriosa e com a Revolução Industrial; estes com as primeiras Constituições escritas em sentido moderno e com a Revolução Americana.

pelas forças sociais populares e pelos pensadores liberais, fortalece-se.²⁰⁸ O Estado Absolutista passou a ser considerado um empecilho ao desenvolvimento das atividades econômicas,²⁰⁹ a expansão do capital precisava ir além das fronteiras nacionais e o absolutismo do *ancien régime* precisava ser substituído. O crescimento das economias de mercado e das mudanças na orientação econômica demandava novos rumos. A clareza cartesiana começa a despontar e contestar o Estado absoluto.

Diante das exigências por uma autonomia política e mais respeito às liberdades individuais, especialmente as religiosas, o edifício absolutista começa a ruir. Se o Estado absoluto emerge para opor-se ao modelo organizacional da sociedade medieval e ao poder feudal; o Estado liberal, que vai sucedê-lo, consagrou-se pela firme tentativa (e pelo sucesso) de frear aquele poder ilimitado, absoluto e perpétuo característicos do absolutismo (do rei).²¹⁰

De fato, todo período histórico abriga, no seu interior, forças que o contestam. Foi naquele contexto de repúdio às tendências absolutistas que os ideais liberais

²⁰⁸ Heller refere que a independência política do Estado Absolutista vê-se ameaçada pelos poderes econômicos privados que haviam crescido poderosamente – poder econômico da burguesia. Reproduzindo-se as palavras de Heller tem-se que: “*el poder del capital les permite dirigir la opinión pública de modo indirecto, valiéndose de las cajas de los partidos políticos y de los periódicos, del cine, de la radio y de otros muchos medios de influir en las masas, con lo cual adquieren un enorme poder político. Pero también pueden ejercer un influjo político formidable, de un modo directo, por la presión de su potencialidad económica sobre el poder del Estado, como, v. gr., mediante la financiación de la acción directa de fuerzas de choque de carácter político-militar, o también por su competencia en materias técnico-económicas que los sitúan por encima de la burocracia, y, en fin, mediante sus grandes relaciones internacionales*” (HELLER, Herman. *Teoria del estado*. Tradução de Luís Tobío. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 153-154).

²⁰⁹ Nesse sentido, consultar: SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.64.

²¹⁰ Enquanto no primeiro momento demandava-se um poder absoluto, garantidor da segurança dos indivíduos contra outros indivíduos, ou seja, nas relações entre particulares; no segundo momento, passa-se a exigir certa segurança aos indivíduos em face do próprio ente estatal, desenhando-se, então, a segunda articulação institucional sucessora do Estado Absolutista, qual seja, o Estado Liberal com conotação absentéista – Estado mínimo. A partir da consolidação e expansão do liberalismo, rompe-se com o Estado Absoluto e um novo perfil é assumido pelo Estado moderno, caracterizado pela omissão frente às questões de ordem social e econômica, baseado no princípio da não-intervenção. É neste contexto que o Estado Liberal é forjado, assumindo uma postura de Estado Mínimo ou Absentéista, dotado de funções ligadas tão-somente à garantia da segurança e da propriedade privada, calcado no absentéismo estatal.

brotaram e encontram como aliados o Iluminismo, o individualismo bem como o pensamento contratualista²¹¹ das escolas jusracionalistas.

O liberalismo surge como a melhor resposta contra o absolutismo (do soberano). A autonomia da vontade recebe destaque bastante especial, expressando a limitação da autoridade por meio do dogma da separação dos poderes e do princípio da legalidade. Elege-se um novo soberano para o Estado Moderno, qual seja, a assembléia parlamentar (a lei). O primeiro palco dessas modificações foi a França: a assembléia parlamentar francesa substituiu o rei na tarefa de legislar. O absolutismo do rei – um absolutismo institucionalizado – foi decapitado, mas o absolutismo da assembléia parlamentar francesa – um absolutismo velado – conseguiu ensaiar já seus primeiros sinais de vida.²¹² Mesmo que não se adote a perspectiva de uma continuidade do espírito monárquico nessa supremacia da lei, é praticamente inegável que se atribuiu à lei a responsabilidade de renovar o sistema jurídico da época. Certamente, não se trata da lei em um sentido substancial, mas tão somente em um sentido formal. Era hora da

²¹¹ Não cabe aqui uma exposição detalhada do pensamento contratualista. Basta, no entanto, referir seus principais expoentes: Hobbes, Locke e Rousseau. A despeito de suas discrepâncias, assumem como base do contratualismo o indivíduo, haja vista que é este que transfere ao Estado o poder. Ademais, os direitos naturais e inerentes ao homem demandavam a tutela e a proteção do estado civil e a conseqüente superação do estado de natureza, o que se perfectibilizaria rousseauianamente falando na substituição da liberdade primitiva e natural pela liberdade civil, ou seja, pela submissão de todos à vontade geral e soberana do povo, instrumentalizada através de constituições (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996).

²¹² Nesta quadra, o caminho trilhado pelo parlamento inglês será outro: o absolutismo é erradicado e a lei, conjugada a valores, dará origem ao sistema da *common law*. Nesse sentido, consultar: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos y justicia*, op. cit. e ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.

primeira revolução do Estado de Direito²¹³ de que trata Luigi Ferrajoli, ou seja, da afirmação da onipotência do legislador. Erigia-se, nesse caldo, o princípio da legalidade formal como critério de identificação do direito: sucessora do rei, a legalidade impunha limites às liberdades e arbitrariedades (do Estado). O forte governo monárquico cede espaço à força da representação popular, e o indivíduo passa a prevalecer/contrapor-se ao Estado.

Para atender a essa supremacia da lei, o dogma da separação dos poderes, também fixado pela Revolução Francesa, consolidou o poder legislativo como o protagonista do Estado. Chaïm Perelman²¹⁴ lembra do “*référé législatif*”, instituído através do Decreto de 24/08/1790, ainda no calor da revolução francesa: caso o juiz tivesse qualquer dúvida quanto à interpretação da lei, deveria, necessariamente, recorrer ao legislador. O objetivo era “impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la”.²¹⁵ As decisões judiciais, os atos administrativos e os negócios jurídicos não eram vistos como atos de criação do Direito. Na verdade, não podiam criar direitos, mas, apenas, aplicar um direito já pré-dado, predefinido pelo legislador.

O direito, já predefinido pelo legislador, representava, assim, a vontade geral rousseauiana – *la volonté general*. Ao mesmo tempo que se proclama a soberania da nação, estipula-se que a lei é a expressão da vontade geral e que todos os cidadãos têm o

²¹³ A expressão primeira revolução é aqui empregada no sentido utilizado por Luigi Ferrajoli. Na perspectiva de Ferrajoli, existem dois sentidos para o Estado liberal recém-formado, ou seja, dois sentidos para o princípio da legalidade que o apóia: um sentido fraco (formal) e um sentido forte (substancial). Aquele se refere a “*cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos*”, ao passo que um sentido mais forte refere-se “*sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los contenidos*”. No caso, o princípio da legalidade, neste período inaugural do Estado Liberal, assume-se com um sentido fraco, formal, “*como criterio exclusivo de identificación del derecho válido*”, alterando os paradigmas do direito e da jurisdição. A primeira revolução, nesta linha, representa a onipotência do legislador, submetido a vínculos exclusivamente formais (princípio da legalidade formal), e a segunda revolução representa o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais enquanto limites substanciais para a lei (princípio da legalidade substancial). Ambos os perfis do Estado de Direito, seja o primeiro (fraco), seja o segundo (forte) resultam de transformações paradigmáticas, no que se refere à natureza e estrutura do Direito, da Ciência Jurídica, bem como, da Jurisdição (FERRAJOLI, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de derecho”. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; também publicado em *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 17, Madrid, 2001, p. 31-46).

²¹⁴ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 517.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 520.

direito de concorrer para a sua formação.²¹⁶ Porém, o Estado é o responsável pela *volonté general*.²¹⁷ Não só na França, mas em toda a Europa do século XIX, o poder do parlamento se faz sentir de modo absoluto. A idéia da onipotência do parlamento converteu-se em um verdadeiro mito jurídico.

Estavam semeados os valores de um Estado Liberal, calcado na liberdade individual, na igualdade formal, na não-intervenção estatal, na separação dos poderes, fortemente influenciado pelo Iluminismo e marcado pelo positivismo jurídico, resultando no princípio (formal) da legalidade e a conseqüente subordinação do executivo e judiciário ao legislativo, ou seja, na supremacia da lei e simplificação das atribuições e poderes do judiciário. A supremacia da lei, portanto, reflete a transformação do papel do Estado na sociedade, bem como o papel do Direito/Lei enquanto meio de regulação estatal. A influência que este cenário exerce sob a concepção de direito e jurisdição é flagrante: tem-se nela uma função voltada eminentemente para dar atuação aos direitos privados violados, facilmente convertidos em valores pecuniários. Repararam-se direitos violados sem proteger direitos consagrados, ou seja, não há uma preocupação relevante com a prevenção do dano ou do ilícito. Na verdade, a preocupação principal, no cenário do Estado liberal, é com a construção de uma jurisdição atenta para os direitos privados violados.

No entanto, para Scaff, não se trata de um Estado absentéista por ordem natural, mas sim por imposição dos seus dirigentes. A partir de então se deu a estatização da produção normativa, cujo grande marco foi o Código Napoleônico (1804), servo dos objetivos do Estado Liberal. Prevalece, portanto, a concepção de um poder estatal limitado, controlado, com “dever de obediência a certas normas jurídicas,

²¹⁶ LEFORT, Claude. Nação e soberania. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A crise do Estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 69.

²¹⁷ Para Rousseau, “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Em que pese a crítica que se faz contra a vontade geral rousseauiana, há que se enfatizar a repercussão positiva deste conceito, como fonte permanente de inspiração. A teoria política de Rousseau baseada na vontade geral não se manifestou apenas na Revolução Francesa, mas inspirou muitas das teses republicanas e igualitárias no movimento de independência norte-americano e nas constituições das treze ex-colônias inglesas. Nesse sentido, ressaltando a contribuição da teoria da vontade geral, consultar: SALINAS FORTES, Luiz Roberto. *Rousseau: o bom selvagem*. São Paulo: FTD, 1989. Na verdade, a idéia da “*volonté generale*” surgiu para cuidar de um problema político como argumento para a Revolução e não como um problema filosófico.

cuja finalidade é impor limites ao poder e permitir, em conseqüência, o controle do poder pelos seus destinatários”.²¹⁸ O poder soberano não está mais exclusivamente nas mãos de uma única pessoa (soberano), mas, antes, nas mãos do povo (soberania popular).

Na verdade, o Estado Liberal, cuja semente foi burguesa, adotava a mesma retórica do Estado Absolutista, particularizada pela fundamentação da soberania não em Deus (poder divino do monarca), mas no povo. O Estado Liberal Mínimo representou a primeira forma de Estado de Direito,²¹⁹ concebido como aquele que realiza suas atividades subordinadas ao direito²²⁰ (identificado com a lei), atuando em conformidade com a ordem jurídica. Foi este o cenário do movimento de codificação presenciado pela modernidade, que consolidou a tradição jurídica romano-canônica. Assim, o modelo liberal formaliza-se como Estado de Direito, contrapondo-se ao modelo absolutista; e os valores liberais vão alimentar o movimento da codificação e a cultura jurídica européia e dos demais países que recepcionaram ou foram influenciados pela doutrina da Europa Continental.

O direito no Estado Liberal, diz Roth, destinava-se à proteção dos direitos dos indivíduos contra toda pretensão de interferência do Estado em sua vida privada. “Ele garante ao cidadão, com força se necessário, o uso e o respeito de suas liberdades privadas”; protegendo o direito de propriedade, da liberdade de comércio e de indústria,

²¹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.35.

²¹⁹ A locução ‘Estado de Direito’ foi cunhada, pela primeira vez, na Alemanha, na obra de Weicker, publicada em 1813. Consultar: HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad*. 5. ed. Madrid: Union, 1991, 510 p. (capítulo 18). Ao abordar a temática sobre o Estado de Direito, Canotilho refere que “contra a idéia de um Estado de Policia que tudo regula e que assume como tarefa própria a prossecução da ‘felicidade dos súditos’, o Estado de Direito é um Estado Liberal de direito no seu verdadeiro sentido. Limita-se à defesa da ordem e segurança públicas (‘Estado de Policia’, ‘Estado Gendame’, ‘Estado guarda-noturno’), remetendo-se os domínios econômicos e sociais para os mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Neste contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos, mas do respeito de uma esfera de liberdade individual” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.92-93).

²²⁰ Segundo Ferreira Filho, “é ao direito que o Liberalismo, descendente direto e imediato do iluminismo, confia a tarefa de limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre resguardando-se o fundamental: a liberdade, os direitos do homem” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.3-4).

e da liberdade de contratar. Funda-se, sobretudo, contra o direito do Estado e assegura a regulação espontânea da sociedade.²²¹

Toda a concepção de direito e de jurisdição idealizada no contexto do Estado Liberal foi o resultado da afirmação da onipotência do legislador, ancorada no princípio da legalidade formal²²² e na eliminação das tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*. O objetivo era vincular o direito e, em especial, o exercício do poder pelos juízes à estrita legalidade formal. O direito, personificado na figura do juiz, falava por meio da *bouche que pronnonce les paroles de la loi*, reduzindo-se à lei, elevada a ato supremo. A jurisdição resumia-se à atividade meramente declaratória.

A autovinculação e a autolimitação jurídica do poder estatal, portanto, impôs-se cada vez mais, fomentando o movimento constitucionalista do século XIX, ou seja, a afirmação do caráter plenamente normativo da Constituição dos Estados, considerada instância jurídica superior, símbolo maior do poder soberano.

Não se pode negar a íntima relação que se estabelece entre Direito e Estado, entre Justiça e Poder. A jurisdição, por sua vez, encontrou obstáculos no princípio da legalidade (formal) e no princípio da separação dos poderes, tal como concebidos pela doutrina clássica.

Importante apontar o liberalismo enquanto um legado do Iluminismo. Ora, o Iluminismo foi uma tentativa de substituir a religião, a ordem e o classicismo pela razão, pelo progresso e pela ciência, espalhando-se pela Europa, em meados do século

²²¹ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. p.19-20.

²²² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales: los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trota, 2001, p. 53.

XVIII.²²³ Há, portanto, uma forte coincidência entre os ingredientes liberais e iluministas.

O Liberalismo, segundo Antonio Carlos Wolkmer, “torna-se a expressão de uma ética individualista voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc”.²²⁴

Os liberais proclamavam o individualismo e as liberdades individuais, eminentemente a liberdade de movimento e de comércio. É, no entanto, um fenômeno histórico com inúmeros aspectos. Na verdade, o liberalismo moldou grande parte do mundo moderno, refletindo a diversidade da história moderna, a mais antiga e a mais recente. Semeado no período entre a Revolução Gloriosa (1688) e a Revolução Francesa (1789-1799), associava-se ao sistema inglês e funcionou como um protesto contra os abusos do poder estatal. Inicialmente, um movimento intelectual e só mais tarde uma prática política, instituiu não só uma limitação da autoridade, mas também uma divisão desta mesma autoridade: divide-se a autoridade de modo a manter limitado o poder.²²⁵

As conquistas liberais – liberdade religiosa, direitos humanos, ordem legal, governo representativo responsável e a legitimidade da mobilidade social – foram preservadas com o advento da democracia no Ocidente industrial a partir da década de 1870. O século XIX foi a idade de ouro do movimento liberal, porém nem todas as conquistas democráticas resultaram de forças explicitamente liberais e vários foram os

²²³ Os contornos do iluminismo foram ditados por Voltaire, Diderot, Hume, Adam Smith e Kant, para citar alguns. A doutrina do iluminismo, fortemente caracterizada pelo racionalismo e pela aversão ao absolutismo e mercantilismo, permitiu a discussão sobre direitos humanos, governo constitucional e liberdade econômica e, sobretudo, serviu de alicerce para o Estado liberal, assumido como república representativa constituída pelos três poderes (executivo, legislativo e judiciário). A partir da concepção de tempo, assumida na presente pesquisa, é razoável imaginar uma crítica aos ideais liberais e iluministas que alimentam, ainda hoje, o paradigma racionalista e o paradigma liberal-individualista-normativista. No entanto, não se pode negar a contribuição desses movimentos para aquele período da história e a evolução em termos políticos e filosóficos. Na verdade, trata-se, nos exatos limites deste trabalho, de avançar-se da crise (paradigmática) à crítica, em que a crise assume o significado (positivo) de ruptura com o passado e compreensão do presente, no sentido da construção de um futuro (possível). Negar a crise, portanto, é ocultar a temporalidade e deixar-se seduzir pela tentação do óbvio.

²²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 92-93.

²²⁵ MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p.15-17.

perfis assumidos pelo liberalismo, que teve como principais padrões o liberalismo de paradigma inglês e o liberalismo de paradigma francês.²²⁶

Na perspectiva de Roy Macridis,²²⁷ três núcleos distintos compõem o liberalismo: o núcleo moral,²²⁸ o núcleo político²²⁹ e, por fim, o núcleo econômico,²³⁰ justificando a tríplice composição do liberalismo clássico, qual seja: a teoria dos direitos humanos, o constitucionalismo e a economia liberal. Provavelmente, esses núcleos foram o resultado daquilo que Merquior chamou de “diferença vocacional entre os teóricos do liberalismo”.²³¹ já que os liberais alemães eram eminentemente juristas; os liberais franceses, historiadores (Guizot e Tocqueville) e os ingleses eram principalmente economistas (Adam Smith e Stuart Mill). Seja como for, o liberalismo, nas suas diversas versões, sempre propagou um Estado mínimo, absenteísta, enaltecendo as liberdades individuais e o papel negativo (não-intervencionista) do Estado e, conseqüentemente, de suas funções. De fato, o Poder Judiciário irá refletir os valores de um Estado Liberal, renunciando à tradição jurídica medieval também,

²²⁶ Ver, nesse sentido, a obra: MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

²²⁷ MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982, p. 38-52.

²²⁸ O núcleo moral, diz Macridis, “contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à ‘natureza’ de um ser humano”. A proteção do indivíduo contra o governo, em especial, no que se refere à liberdade pessoal (liberdade de pensamento, de expressão), bem como a liberdade social (oportunidades de progredir, acesso às oportunidades, mobilidade social) estão ligadas ao núcleo moral do liberalismo. Nessa ótica, a defesa dos direitos humanos é um dos velhos gritos de guerra do liberalismo (MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982, p. 39-40).

²²⁹ O núcleo político ou político-jurídico envolve o consentimento individual, a representação e o governo representativo, o constitucionalismo e a soberania popular. O pensamento contratualista é, portanto, o seu alicerce, eis que: o consensualismo individual é a fonte da autoridade do Estado; a representação significa a atribuição de autoridade à legislatura, eleita pelo povo, legitimadora das decisões do Estado em nome do majoritarismo. O constitucionalismo, por sua vez, limitava explicitamente o poder do Estado, mas também atribui responsabilidades aos governantes em relação aos governados, protegendo o indivíduo através do pacto escrito. Por fim, a soberania popular, menos relevante que o constitucionalismo, era a afirmação do poder absoluto da vontade geral, tratada por Rousseau (MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982, p. 46-52).

²³⁰ As liberdades econômicas, ou seja, o núcleo econômico do liberalismo acabou assumindo uma importância maior, considerando que o mercado é o ponto de encontro de várias vontades individuais, onde são feitas as relações contratuais. É neste núcleo que estarão compreendidos os direitos de propriedade privada, liberdade de produção, liberdades contratuais, a economia de mercado livre, sem intervenção estatal (MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982, p. 40).

²³¹ MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 9.

assumindo uma postura passiva. O julgador, na perspectiva liberal, limita-se a dizer o direito, e a jurisdição confunde-se com declaração de direitos, sem se questionar sobre a realização desses direitos. Baptista da Silva, há tempos, insiste nessa perspectiva, denunciando o perfil liberal e racionalista da jurisdição moderna.²³²

O modelo liberal clássico do Estado de Direito esgotou-se, havendo a carência de orientação das condutas humanas para a promoção do desenvolvimento econômico e social. A sociedade passou a exigir a presença de um Estado intervencionista.²³³ O ideal de um Estado liberal, com postura absentéista, que não interferisse no domínio econômico, não correspondia mais à realidade da época.²³⁴ Nesse momento, o cenário que se ergueu com o pós-guerra foi decisivo.

Na verdade, foi ficando cada vez mais difícil reduzir o direito a direito estatal exclusivamente. O cenário da internacionalização econômica, política e social provocou a aproximação de sistemas jurídicos e, principalmente, o desvelamento de novos direitos. Paralelamente, inicia-se um movimento de revisão das fontes do direito com o questionamento da supremacia da lei/legislador e da força do princípio (formal) da legalidade formal ganha espaço. Como refere Sundfeld a

A crise econômica do primeiro pós-guerra levou o Estado a assumir – forçado, diga-se, pelas exigências da própria sociedade – um papel ativo, seja como agente econômico (instalando indústrias, ampliando serviços, gerando empregos, financiando atividades), seja como intermediário na disputa entre poderes econômicos e miséria (defendendo trabalhadores em face dos patrões, consumidores em face de empresários).²³⁵

Nesse cenário, não era mais possível prescindir-se de uma postura interventiva do Estado sobre o domínio socioeconômico. O reflexo foi o progressivo alargamento das funções públicas. Novamente a burguesia atua como personagem na transformação

²³² Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit. e _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

²³³ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982, p. 23.

²³⁴ Dallari refere que apesar de o Estado Liberal, com um mínimo de interferência na vida social, ter trazido, de início, alguns inegáveis benefícios (valorização do indivíduo, desenvolvimento da idéia de poder legal a sobrepor-se a idéia de poder pessoal), o próprio modelo liberal criou as condições para a sua própria superação (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.54.

do Estado.²³⁶ Dá-se, portanto, a transição do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, permanecendo alguns caracteres essenciais do Estado Absolutista e outros do Estado Liberal, como a base nacional-territorial, a unificação administrativa, o arcabouço constitucional e a referência aos direitos e garantias fundamentais.²³⁷ Insere-se, no entanto, um novo componente, qual seja, a função social.²³⁸

*A passagem do Estado liberal ao Estado Social Moderno foi caracterizada por o Estado ter incluído no âmbito da sua atuação política, em medida crescente, aquelas decisões respeitantes às finalidades sociais e económicas e à sua efetivação planeada. Os principais elementos componentes deste alargamento das funções públicas foram a promoção do bem comum e da justiça social.*²³⁹

No Estado Social de Direito, o seu conteúdo jurídico passa a ser a questão social, visando ao bem-estar geral e dispondo-se a controlar os aspectos económicos, sociais e culturais da sociedade.²⁴⁰ Sobre essa nova roupagem do Estado de Direito, Garcia-Pelayo vai afirmar que não só se incluem direitos para limitar a ação do Estado, como também direitos a serem prestados pelo Estado, que, naturalmente, deverão obedecer a um princípio de eficácia, o que exige a harmonização entre a racionalidade jurídica e a racionalidade técnica.²⁴¹

²³⁶ Scaff infere desse cenário que a burguesia, ao sentir-se ameaçada pelas tensões sociais existentes, acaba por facilitar a realocação das forças do Estado, permitindo sua participação no processo produtivo do sistema económico-político (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39).

²³⁷ SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Safe, 1987, p.112.

²³⁸ A partir da leitura de Pasold, observa-se que a função social do Estado, apesar de não possuir um conteúdo fixado a priori e imediatamente, não pode ser compreendida com uma conotação de paternalismo ou de protecionismo, mas como uma consequência da necessária interação continuada entre Estado e sociedade. Em sendo assim, o Estado, necessariamente, precisa assumir dimensões fundamentais, executando determinadas atividades para a consecução dos objetivos pretendidos e anseios sociais, considerando as peculiaridades da época, haja vista tratar-se de um dever do Estado frente à sociedade. Para a compreensão da função social do Estado, Pasold parte dos elementos sujeito, objeto e objetivo, afirmando que a função social do Estado deve englobar a execução de ações que respeitem e valorizem o sujeito, observando o seu objeto e cumprindo com o seu objetivo, privilegiando o social e valores fundamentais do ser humano. A função social relaciona-se com a justiça social (PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.

²³⁹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*, op. cit., p.144.

²⁴⁰ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 3. ed. Madrid: Alianza, 1982, p. 24.

²⁴¹ Tradução livre da autora. No original: “[...] no sólo incluye derechos para limitar la acción del Estado sino también derechos a las prestaciones del Estado, que, naturalmente, han de obedecer al principio de la eficacia, lo que exige una armonización entre la racionalidade jurídica y la racionalidade técnica” (GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 3. ed., Madrid: Alianza, 1982, p .56).

Não obstante as discrepâncias e sinais de transformação, há que se trazer a lume o fato de que o núcleo básico em ambas as formulações estatais – Liberal e Social – não se altera. O Estado Liberal e o Estado Social apresentam certa similitude, segundo Streck e Bolzan de Moraes, no que tange à finalidade última; em ambas as situações, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida.²⁴²

Na seqüência de transformações verificadas no Estado de Direito, percebe-se que a garantia de liberdades negativas, privilegiando o indivíduo, e a promoção de liberdades positivas, atendendo ao bem-estar comum, deixaram de ser suficientes para suprir os anseios da sociedade da época, a qual passava a reivindicar uma pretensão à igualdade. Deu-se, assim, uma tentativa de transformação do *status quo* com o acréscimo do elemento democrático ao Estado de Direito. Trata-se do Estado Democrático de Direito.

Os modelos do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito não conseguem dar conta das progressivas e constantes demandas sociais, em especial no âmbito do ideal de liberdade e igualdade, da limitação do poder, da proteção e implementação dos direitos.²⁴³ O novo modelo de Estado de Direito – o Estado Democrático de Direito – tem o objetivo de imprimir o ideal democrático ao Estado de Direito, em que a “preocupação básica é a transformação do *status quo*”.²⁴⁴ O Estado Democrático de Direito, segundo Bolzan de Moraes e Streck, possui um “conteúdo transformador da realidade”, distinguindo-se do Estado Social de Direito, que visava à “adaptação melhorada das condições sociais de existência”.²⁴⁵ Streck vai dizer que “o Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social”.²⁴⁶ O Estado, enquanto fenômeno da modernidade, teve várias

²⁴² STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit., p. 91; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.83.

²⁴³ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.77.

²⁴⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.74.

²⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit., p.90.

²⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit., p.39.

roupagens, todas elas com conseqüências para a concepção de direito e de jurisdição de um determinado período.

2.2 A jurisdição presa entre a burocratização weberiana e a ‘burocratização’ arendtiana: a formação de diálogos sem som e monólogos na multidão no âmbito judicial

“A história do século XX é, de maneira geral, a história do crescimento da burocratização”. Essa afirmação, feita por Owen Fiss, embora elaborada para o contexto jurídico norte-americano, não está distante da realidade atual de muitos países de tradição romano-canônica, a exemplo do Brasil. É visível o aumento de organizações complexas de grande porte (empresas, sindicatos, universidades, hospitais, órgãos políticos...), em especial, no setor estatal. O executivo, mais do que o presidente e um pequeno grupo de conselheiros de confiança, compreende um vasto e crescente conglomerado de órgãos administrativos. Também o legislativo, formado de um grupo bastante complexo, composto por senadores, deputados, funcionários... vê-se envolto por essa mesma nuvem burocrática.²⁴⁷

Mas essa nuvem não paira apenas sobre o executivo e o legislativo. O judiciário não lhe fica imune. Longe de poder se reduzir à figura de um juiz isolado e solitário, o judiciário também é uma organização complexa de grande porte que, portanto, está envolta por certa burocratização. É claro que a burocratização do Judiciário, como bem observa Owen Fiss, embora apresente desenvolvimento semelhante à dos demais poderes, cria um peculiar desafio: o desafio relativo à legitimidade.²⁴⁸

²⁴⁷ FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.163.

²⁴⁸ Nesse sentido, ver FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.163-164.

Enquanto a legitimidade do executivo e legislativo nasce no desejo popular e a burocracia atua como um obstáculo à preponderância de interesses individuais em detrimento da transcendência desses desejos populares; no judiciário, a burocracia age, muitas vezes, como um corrosivo a sua própria fonte de legitimidade, que é a fundamentação da decisão ancorada no sentido da Constituição. É a fundamentação da decisão garantia contra arbitrariedades e, conseqüentemente, ingrediente legitimador do poder judiciário.

Para superar esse componente arbitrário, é indispensável que os magistrados fundamentem adequadamente os atos jurisdicionais, explicitando os motivos reais que o levaram a decidir da maneira que lhes pareceu mais justa e conforme ao direito. Terá de superar o tecnicismo no qual todo dogmático procura refúgio.²⁴⁹

Veja-se. O judiciário tem como forma de expressão por excelência a decisão judicial, obtida por meio de um processo judicial, amparado e guiado pela Constituição. A decisão judicial emana dos magistrados (juízes e tribunais) que receberam a investidura da atividade jurisdicional. Pode-se afirmar, assim, que esses magistrados são investidos de responsabilidade, a qual decorre de sua idoneidade, capacidade intelectual, imparcialidade e independência. Estão, por isso, aptos a compreender e interpretar os valores constitucionais dos textos normativos, que não podem ser ameaçados pela burocratização judicial, mas antes garantidas por esta. É verdade que a burocratização judicial tanto pode ser a expressão do formalismo e do procedimentalismo que obstaculiza a substancialização da jurisdição e do processo judicial; como também pode ser a garantia contra arbitrariedades no âmbito judicial e a tiranias no judiciário.²⁵⁰ A burocratização, como toda técnica, não é boa nem má em si.²⁵¹

²⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁵⁰ Nesse sentido, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das Sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁵¹ Nesse sentido, sobre o significado das técnicas sociais, recomenda-se a análise da obra: MANNHEIN, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

É preciso assumir uma compreensão sobre burocracia.²⁵² E, nesse aspecto, seguindo, em parte, o raciocínio de Owen Fiss, refutam-se as conotações exclusivamente pejorativas, oriundas de patologias ou disfunções organizacionais. A burocracia traz o sentido de (a) uma multiplicidade de atores envolvidos pela (b) confiança na hierarquia como núcleo duro das atividades realizadas que implica (c) uma divisão de funções ou responsabilidades entre esses atores. Existem pontos de contato entre esses atores e isso não descaracteriza a hierarquia. A estrutura do judiciário, em especial na tradição romano-canônica, aproxima-se de um desenho piramidal: a construção hierárquica é que define, de modo clássico, o principal traço de burocratização estatal. É preciso também assumir que nem todos os relacionamentos organizacionais ou institucionais são burocráticos. Não raro esses relacionamentos se dão mais coordenados que burocráticos. Um relacionamento burocrático caracteriza-se, sobretudo, pelo seu perfil hierárquico, piramidal, vertical, não horizontal.²⁵³

A burocratização do judiciário, assim como a burocratização do mundo, não pode ser evitada. Não é isso que se pretende! O ponto nevrálgico é compreender eventuais patologias ou disfunções que podem causar abalo (ou que abalam) à base da jurisdição e do processo judicial em si. Trata-se, portanto, de compreender a estrutura que pode ser assumida por uma burocracia. Uma investigação nesses moldes – que questione as razões, as raízes dos problemas – cria condições de possibilidade para superar o esgotamento de um modelo jurisdicional e conter (ou amenizar) as ameaças

²⁵² O termo burocracia (*bureaucratie*) nasce na metade do século XVIII, cunhado pelo economista fisiocrata Jean-Claude Marie Vincent, Seigneur de Gournay (1712-1759, francês), que o utiliza para designar (negativamente) o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal aos quais eram atribuídas funções especializadas, sob uma monarquia absoluta. Identifica-se, nessa acepção, uma desfuncionalidade organizativa. Posteriormente, assume outro sentido (negativo) quando o termo é empregado no pensamento marxista, indicando a progressiva rigidez dos partidos e dos Estados em prejuízo das exigências de democracia de base. Caracteriza, assim, a antidemocraticidade dos aparelhos dos partidos e dos Estados. É no século XIX que assume um conceito mais técnico, não polêmico, fruto do conjunto de estudos jurídicos e da ciência da administração alemães, com ênfase normativa. A partir de então passa a designar uma teoria e uma praxe da administração pública considerada a mais eficiente possível – uma técnica de administração pública. Em 1970, M. Abrow destacou sete acepções para a burocracia. Não há, portanto, uma formulação única (GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. v. I., op. cit., p. 124.

²⁵³ FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163-203.

que se impõem à jurisdição e ao sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito.²⁵⁴

É seguindo esta trilha que Fiss elege dois modelos de burocratização: o modelo de Max Weber e o modelo de Hannah Arendt. À luz do modelo weberiano, a burocracia é identificada com o comportamento comandado por normas: “um burocrata weberiano é um funcionário comandado por uma norma que o proíbe de considerar circunstâncias individuais”. A conhecida crônica de Fernando Sabino “Cem cruzeiros a mais” faz uma caricatura do burocrata weberiano e ilustra, de certo modo, a compreensão que os procedimentalistas²⁵⁵ têm sobre o direito e a contemporaneidade.²⁵⁶

Na crônica, um cidadão recebe cem cruzeiros a mais num guichê do Ministério e retorna para devolver a quantia. Após um longo ‘procedimento’ recebe atenção, mas em nenhuma das ‘instâncias’ consegue ser compreendido e atendido. É verdade que a crônica assume a imagem (caricaturada) do funcionário como incompetente, exageradamente formal, cuja ineficácia e irracionalidade são aspectos bastante presentes. Na construção de Weber, como é sabido, burocracia é uma organização eficiente por excelência, marcada pela racionalidade, precisão, confiabilidade (segurança), rapidez e competência, em que as normas recebem destaque. Mas nessa mesma teoria (sociológica) da burocracia em Max Weber, a patologia burocrática decorre de um comportamento excessivamente rígido. Essa conduta guarda relação com a obrigação que o burocrata tem de seguir as normas que definem seus poderes e seus deveres. Porém, como bem alerta Fiss, o modelo weberiano desconsidera o fato de que as normas, no âmbito da burocracia, são apenas um tipo de controle hierárquico. A rigidez excessiva é o risco que se assume diante da opção por um modelo weberiano.²⁵⁷

A outra tradição intelectual relativa à burocratização é o modelo de Hannah Arendt. Diferentemente de Max Weber, que identifica a patologia da burocratização

²⁵⁴ Ibidem, p.174-175.

²⁵⁵ Sobre a discussão procedimentalistas e substancialistas, consultar: STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit. e _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

²⁵⁶ SABINO, Fernando. Cem cruzeiros a mais In: ANDRADE, Carlos Drummond. *Para gostar de ler: crônicas*. São Paulo: Ática, 1979.

²⁵⁷ FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175.

com a excessiva rigidez, Hannah Arendt aponta para a moralidade daqueles que agem dentro da estrutura burocrática. Em Weber, a burocratização é a norma pela norma; em Arendt, a burocratização é a norma por ninguém. A patologia e disfunção da burocratização são visualizadas na banalização do mal e no vazio do pensamento, encontrados em Eichmann e descritos por Arendt. A burocratização gera a fragmentação e compartimentalização das tarefas e a difusão da responsabilidade.²⁵⁸

Deste modo, há um isolamento das experiências intelectuais críticas e nenhum indivíduo ou grupo de indivíduos assume responsabilidade integral pela organização.²⁵⁹ A exclamação de Arendt diante de Eichmann, ao descrever a organização nazista – “ele simplesmente... nunca percebeu o que estava fazendo”²⁶⁰ – pode ser repetida diante da burocratização judicial. Owen Fiss ilustra a burocratização do judiciário norte-americano à luz do modelo de Arendt com o uso do sistema dos pretores.²⁶¹ Nesse sistema, quando o juiz delega seu poder de decidir e simplesmente “carimba” a decisão pretoriana, tem-se o risco da imprecisão na divisão do poder de decidir, uma ambigüidade no relacionamento hierárquico entre juiz e pretor, o que pode prejudicar as decisões do pretor, eis que ele nunca sabe ao certo se é realmente responsável por decidir a questão ou somente é responsável por fazer uma ‘recomendação’ a ser reexaminada, a seu devido tempo, por um juiz. São os riscos da fragmentação da experiência humana e da responsabilidade difusa; um isolamento perigoso que dilui (enfraquece) o senso de responsabilidade individual. Segundo afirma Owen Fiss, “na

²⁵⁸ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. Veja também: FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

²⁵⁹ *Ibidem*, p.181.

²⁶⁰ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

²⁶¹ No direito norte-americano, pelo uso do sistema de pretores, é o pretor quem inicialmente colhe as provas e aplica do direito, anunciando a decisão recomendada, remetendo-a ao juiz, o qual pode determinar uma completa instrução probatória sobre o pedido da parte ou aceitar a decisão do pretor com base na transcrição impressa. Desse modo, o juiz pode conhecer do pedido em todas as suas particularidades, decidir e fundamentar sua decisão, valendo-se da investigação do pretor como procedimento suplementar. Há, nesse caso, um duplo julgamento. Porém, há o risco de o juiz não se utilizar do trabalho do pretor, mas delegar sua função de decidir e simplesmente ‘carimbar’ a decisão pretoriana (FISS, Owen. A burocracia do judiciário. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181-182).

medida em que o trabalho da organização é dividido entre muitas pessoas e é moldado pela estrutura organizacional, o indivíduo não precisa assumir responsabilidade integral pelas decisões ou ações da organização”. A par disso, nenhum sistema de responsabilização seria totalmente efetivo.²⁶²

No contexto da maioria dos países de tradição romano-canônica, a exemplo do Brasil, essa compartimentalização pode ser percebida tanto nas decisões colegiadas, como no próprio sistema recursal, produzindo esse isolamento perigoso. Basta lembrar a política do “voto com o relator”. A função decisória dos membros do órgão colegiado não pode ser delegada ao relator. Do mesmo modo, a função do juiz de primeiro grau não pode ser delegada ao juiz de segundo grau. Uma sentença não pode ser concebida como mera recomendação ao órgão hierarquicamente superior. O voto do relator, da mesma forma.

Existe uma bacia de Pilatos no relacionamento estabelecido entre os juízes de um órgão colegiado, entre os órgãos hierarquicamente vinculados, bem como entre o judiciário e o legislativo. O enfraquecimento do senso de responsabilidade individual do juiz atua sob a consideração de que o seu trabalho é produzido por “*many hand*” e, portanto, a decisão, ou o acórdão, não é inteiramente de sua autoria, há uma difusão da responsabilidade e um isolamento das experiências, sem um completo engajamento no diálogo processual que é a fonte da autoridade da decisão. Há poder, mas inexistente responsabilidade. O risco de se produzir decisões arbitrárias nesse vazio de pensamento é latente.

Por óbvio, o poder jurisdicional é exercido por uma multiplicidade de juízes, dispostos, não raro, de modo hierárquico. No entanto, julgar pressupõe um compartilhamento do poder, bem como da responsabilidade pela decisão. Mas a responsabilidade corporativa pode não ser um bom substituto para a responsabilidade individual no contexto da burocratização. O vazio do pensamento pode surgir exatamente nesses espaços do âmbito judicial, representando a falta de legitimidade e a degeneração do processo intelectual por meio do qual o juiz conhece o direito e, com isso, alcança a sua autoridade moral.²⁶³

²⁶² Ibidem, p. 182.

²⁶³ Ibidem, p.184.

De acordo com o modelo de Weber, o mal da burocratização está no excesso de rigidez; e, de acordo com o modelo de Arendt, o mal da burocratização está na fragmentação e compartimentalização.²⁶⁴ Esses dois males envolvem a tradição romano-canônica!

Veja-se, no entanto, que não se está pregando a eliminação da burocratização. A burocratização é algo inevitável e, até certo ponto, um traço desejável do judiciário contemporâneo. O ponto nevrálgico são as patologias dessa burocratização: o excesso de rigidez normativa; o isolamento das experiências intelectuais críticas e a diluição da responsabilidade pelas decisões proferidas.²⁶⁵

²⁶⁴ Na análise de Owen Fiss, embora a função dos auxiliares do judiciário possa adaptar-se ao modelo weberiano, este “não comporta o judiciário norte-americano”, pois “a rigidez excessiva não é o perigo”. Ao menos não no sentido alertado. A aderência às normas, em si, não se presta para enquadrar uma burocracia judicial ao modelo weberiano, pois essa aderência é exigida pela “própria idéia de Estado de direito e pela máxima que insiste em um ‘governo de leis e não em um governo de homens’”. O risco da rigidez está não nessa aderência, mas no fato das decisões manifestarem um excessivo comportamento de submissão (cega) à norma. O próprio Weber, no início do século XX, reconheceu explicitamente que o método jurídico da Inglaterra e dos Estados Unidos (em oposição ao do Continente) não era burocrático. Para Weber, o modelo jurídico norte-americano de jurisdição era descrito como ‘justiça empírica’, pois “os julgamentos formais realizam-se não pela subsunção a conceitos racionais, mas pela elaboração de analogias e pela interpretação e dependência de precedentes concretos”, pois, nesse modelo empírico, o conteúdo das normas gerais é preferencialmente genérico e abrangente, permitindo que as normas sejam passíveis de diversas interpretações”. Afora esse (a) compromisso ideológico da ‘justiça empírica’, há outros dois fatores que retiram o risco da rigidez excessiva e, portanto, afastam a burocracia judicial norte-americana do modelo norte-americano: (b) o papel dos advogados, os quais “possuem poder considerável para modelar e controlar os procedimentos judiciais e constituem o grupo a partir do qual os juízes são selecionados” e ainda (c) a relativa autonomia dos juízes de primeiro grau, pois “apesar de vinculados às normas gerais, a hierarquia entre os juízes é, na verdade, tão fraca que eles podem, com frequência, se desviar das normas gerais com pouco temor de censura”. No entanto, o judiciário dos países de tradição romano-canônica estão expostos ao risco da rigidez excessiva de que trata o modelo weberiano, bem como ao vazio e a ausência de que trata o modelo de Hannah Arendt (FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 175-179).

²⁶⁵ Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1989.

2.3 Uma resposta culturalmente humana a um problema também humano: a emergência do direito como plataforma civilizacional

Assumindo-se esta compreensão (hermenêutica), realmente causa estranheza a afirmação dos juristas Andrea Proto Pisani e Salvatore Satta,²⁶⁶ que consideram as categorias processuais eternas, ou seja, a-históricas. É de espantar, como bem registra Baptista da Silva, que ambos (Pisani e Satta) aceitem que o direito material esteja “naturalmente” submetido à contingência de mudanças constantes, segundo mudem as eventuais avaliações dos interesses em conflito, não, porém, o Direito Processual.²⁶⁷ Ledo engano! O direito e o processo evoluem, modificam-se, eis que convivem com um mundo essencialmente hermenêutico, no qual nada pode aspirar ao selo da eternidade. Uma ordem jurídica não se justifica, hoje, pelos valores que assimilou ontem. Assim, o sentido do direito não pode ser definido pelos fundamentos assimilados – tem-se que se reconstituir permanentemente em vista da historicidade que o anima. Ele é sempre mais do que aquilo que dele se objetiva num dado momento, como bem observa Pinto Bronze. Na verdade, o valor é cunhado pela historicidade, e o sentido é, ele próprio, o caminho a percorrer.²⁶⁸

É perceptível, nas entrelinhas, a força da concepção do direito processual como imutável ou irrelevante: o direito processual permanece imutável, insensível às modificações do direito material ou à evolução do direito processual é dispensável, afinal trata-se de mero instrumento (ou trata-se simplesmente do direito em movimento); ou, ainda, sua evolução se dá através de uma adaptação, sem necessidade de alterar o sistema. Ou pior, imagina-se que as reformas legislativas (e não são raras no

²⁶⁶ Andrea Proto Pisani, reproduzindo ao final Salvatore Satta, afirma que "os institutos de direito material estão destinados, diria que naturalmente, a mudar de acordo com o surgimento e a diferente avaliação dos interesses em conflito em relação à fruição dos bens materiais e imateriais. Diferentemente dos institutos materiais, os institutos de direito processual que visam a garantir a tutela jurisdicional dos direitos 'nascem, por assim dizer, não apenas com o selo terreno, mas com aquele da eternidade, que lhes é aposto por seu próprio destino de garantir a realização da justiça'" (o destaque reproduz a afirmação de Satta, aceita por Pisani como "substancialmente exata", embora considere que são raras as categorias processuais que realmente são "eternas"). BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 91; PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 16, 2001.

²⁶⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 91.

²⁶⁸ BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p.177-179.

contexto brasileiro) no direito processual civil tenham proporcionado a sua adequação a demandas do direito material. De qualquer sorte, estabelece-se uma dicotomia inexplicável entre direito material e direito processual, como se a evolução do direito só atingisse o seu aspecto material e não o seu aspecto processual. Ou antes, como se a prestação jurisdicional não dissesse respeito ao direito material.

A crise do sentido do direito compreende a cisão entre direito material e direito processual. A busca por um diferente sentido do direito implicará um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo e, conseqüentemente, do paradigma sobre o qual está alicerçado o direito processual civil. Não há como compreender o direito como mera legalidade, tampouco o processo como mero instrumento.

A crise de sentido do direito²⁶⁹ diz respeito também a essa dicotomia que insiste em manter-se entre direito material e direito processual. Como se o direito processual gozasse da virtude da eternidade, ou seja, que os avanços ocorridos no direito material não exigissem um mesmo avanço no direito processual.

O direito processual sofreria da Síndrome do Conde Fosca.²⁷⁰ O direito processual bebeu o elixir da imortalidade, tornou-se eterno e, por isso, acompanha os avanços e recuos, as sístoles e diástoles das discussões sobre o direito material, sobre a ciência do direito, sobre a realização do direito. Trata-se de mero expectador (ou de simples espectador). Permanece tal qual idealizado no período pós-revolução francesa.

De fato, no contexto jurídico brasileiro não se pode fechar os olhos à verdadeira inflação legislativa. Inúmeros são os projetos de lei que hoje tramitam com vistas a provocar alterações sutis ou substanciais não só no direito material, mas também no direito processual. Nesse campo, merecem ser citadas as alterações que introduziram o instituto da tutela antecipada, em 1994, e as modificações pelas quais

²⁶⁹ Vide item 1.4 O diagnóstico de uma crise de paradigmas na modernidade e a busca de um horizonte de sentido.

²⁷⁰ Conde Fosca é personagem do romance de Simone de Beauvoir “Todos os homens são mortais”. A autora narra a tragédia do conde Fosca, personagem do século XIII, que cede à tentação e bebe um elixir da imortalidade. O conde Fosca vê a história sempre se repetindo, pessoas morrendo e nascendo, revoluções se instaurando, tiranias se firmando, homens repetindo os mesmos erros, e ele, Fosca, carregando a maldição de não poder morrer. A respeitosa comparação que se pretende aqui é entendida como oportuna, pois parece que o direito processual tal como idealizado no século XVIII, em que pese os inúmeros avanços/retrocessos vivenciados pelo direito, permanece estancado, exatamente como idealizado, reservadas, é claro, algumas modificações na seara legislativa, mas praticamente intacto no que se refere ao seu pensamento e seus paradigmas.

esse mesmo instituto veio a sofrer paulatinamente nesta passagem de século; registre-se também as alterações vivenciadas no contexto do sistema recursal civil brasileiro, no contexto do processo de execução... Veja-se, todavia, que são reformas legislativas e não reformas de pensamento ou mudanças paradigmáticas.

Afasta-se, desse modo, a perspectiva a-histórica do jusnaturalismo clássico que universalizou o direito, inclusive materialmente, considerando que o direito hoje, na sua material normatividade, seria essencialmente o que fora o direito de ontem e o que havia de ser o direito de amanhã e de sempre. Isso, entretanto, não implica concordar com a perspectiva histórica (historicismo) e concluir que tudo no direito, ou que tudo que tenha a ver com o direito, pluralize-se historicamente, distinguindo-se, assim, o direito (a solução-direito) romano do direito medieval e este do direito moderno, que, por sua vez, distingue-se do direito dos dias atuais. O historicismo vai comprovar a diversidade histórica das soluções. De fato, o jusnaturalismo²⁷¹ confunde o problema com a solução, imputando a esta a universalidade que só se justifica para o problema; e o historicismo, incidindo na mesma confusão, recusa a universalidade ao problema e à solução, partindo da diversidade e do caráter histórico destas. Dito isso, verifica-se que a perspectiva da historicidade não impõe aceitar o historicismo. Daí poder-se identificar a universalidade do problema do direito e, simultaneamente, a diversidade histórica das soluções (e funções) normativo-históricas do direito. Esta é a perspectiva da historicidade²⁷² de que trata Castanheira Neves, segundo o qual, o direito é só uma resposta possível para um problema necessário, eis que o direito apenas surgirá

²⁷¹ O jusnaturalismo iluminista, diz Paolo Grossi, vai a “desembocar no mais agudo positivismo jurídico. E as codificações do século XIX, portadoras de valores universais, é reduzida à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado” (GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed revista e ampliada. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 96).

²⁷² Para Castanheira Neves, afirmar a universalidade do problema do direito não significa afirmar a universalidade-necessidade do direito em si. Do mesmo modo, a universalidade do problema do direito não implica a universalidade-necessidade de uma sua certa e mesma solução – um certo e mesmo direito – (CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 841).

enquanto tal caso se verificarem certas condições: as condições constitutivas da emergência do direito.²⁷³

O direito é, portanto, caracterizador de certa forma de vida – de certa cultura ou civilização – apresentando-se apenas como uma possibilidade, e não como uma necessidade – a ser assumida. A decisão pelo direito, segundo o pensamento de Castanheira Neves, é a decisão pela instauração do humano como pessoa. Portanto, tem-se que o direito não é uma qualquer institucionalização, mas a institucionalização de certa índole, na qual o homem se reconhece não apenas como o destinatário, mas verdadeiramente como o sujeito do direito. Trata-se, portanto, de uma alternativa humana, nos termos de Castanheira Neves. O que implica na conclusão de que o verdadeiro direito é, parafraseando Hannah Arendt, o “direito ao direito”.²⁷⁴

Assim, é preciso primeiramente compreender a situação e posicionar-se perante ela, abandonando as formas dogmáticas de pensar e superando a idéia de que é possível entender algo isolando-o de outras coisas. A questão é: o direito não carece de um método e, portanto, não se associa às ciências exatas, como pretendia o cientificismo moderno. Ao contrário, o direito pertence às ciências da compreensão e não se pode negar a sua dimensão hermenêutica.

O direito é uma “resposta culturalmente humana” ao problema também humano “da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social”, ele não é um dado, mas, antes, é “constituído por exigências humano-sociais particulares” e, portanto, sua validade é continuamente constituída pela práxis, pois o “direito é, diferentemente, convocado e, nessa convocação, problematizado pelo homem concreto que vive e comunitariamente convive os acontecimentos práticos (volvidos em casos ou

²⁷³ Essas condições de emergência do direito são a condição mundana, a condição antropológica-existencial e a condição ética, de que fala Castanheira Neves. Desste modo, o direito não é uma qualquer institucionalização, mas uma institucionalização de uma certa índole. Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, op. cit., p. 837-371. Consultar também CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1º. Coimbra: Coimbra, p. 296-299.

²⁷⁴ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 299; CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. (Orgs.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, op. cit., p.871.

problemas práticos) da inter-acção histórico-social”. Desse modo, o “direito é, na verdade, a alternativa humana nesta nossa circunstância, em que ele já só pode ser concebido como alternativa”.²⁷⁵

Isso significa que o direito tem uma carga axiológica que o homem, assume como sujeito-ético, assume. O direito, portanto, não é apenas uma ordem com estrutura, funções, notas caracterizadoras e efeitos observáveis. Apenas estes não desvelam o direito. Tampouco a referência ao Estado (à estadualidade) é necessária ou suficiente para reconhecer-se o direito. O direito tem um sentido, que importa compreender.²⁷⁶ Daí falar-se que tem sentido a pergunta pelo sentido do direito! De fato, a crise da jurisdição hoje demanda que se trilhe o caminho da estrutura à função,²⁷⁷ para que se possa retornar à estrutura (redimensionando-a), permitindo não a funcionalização do direito, mas a emergência do direito enquanto direito – a emergência do sentido.

A reflexão sobre as condições de emergência do direito enquanto direito e a interrogação sobre o seu sentido corroboram, portanto, a dimensão hermenêutica do direito e do direito processual nos limites da investigação que se pretende. Essa reflexão se torna urgente pela percepção de que a crise que assola o direito (colocando-o entre o ceticismo e o dogmatismo) põe em risco o próprio homem e sua cultura, na medida em que, não sendo necessário (eis que não é a única resposta para o problema humano), pode deixar de ser assumido e afirmado como a resposta para o problema universal da

²⁷⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, n. 74 (1998) – separata, p.18; CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit., p. 47; CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 309.

²⁷⁶ Basta lembrar que existem ordens epifenomenicamente análogas à de direito, mas que, intencionalmente, se situam nos seus antípodas, a exemplo, da máfia, como registra Pinto Bronze (BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op.cit., p.152-153 e 157).

²⁷⁷ A discussão em torno da estrutura e da função do direito material e do direito processual será abordada adiante, valendo-se da reflexão feita por Baptista da Silva em torno da obra do Norberto Bobbio e do contexto da crise do judiciário contemporaneamente (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.).

convivência. É pensável a não existência do direito.²⁷⁸ Seguindo a perspectiva de Castanheira Neves, se o direito não é necessário, mas apenas possível, é ele o resultado de uma decisão do homem na busca de resposta para o problema universal da convivência. Mas o abandono do direito implica abandonar também um dos traços caracterizadores da experiência cultural ocidental.²⁷⁹

A cultura européia, diferentemente de outras culturas, autonomizou o direito, eis que os homens se reconhecem, uns aos outros, nesse horizonte cultural, como pessoas, isto é, como sujeitos com uma inviolável autonomia e dignidade éticas. O modo de ser do homem-com-o-direito, no Ocidente, funda-se na responsabilidade recíproca entre pessoas que se reconhecem como tais e interrogam-se pela validade do direito, pela justiça. Essa é a matriz axiológica que justifica o direito naquilo que ele é e naquilo que ele há-de ser. Desse modo, as bases de uma discussão que se proponha a projetar um futuro possível para o direito processual civil não pode deixar de tomar o homem-pessoa como sujeito, com autonomia e dignidade éticas, e não como mero objeto da imperatividade do direito. Tampouco uma releitura do direito processual civil, umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito, pode deixar de interrogar-se sobre o sentido do direito. São os valores e os princípios que dão sentido à ordem jurídica – o direito “não é, portanto, uma qualquer ordem socialmente eficaz, mas a ordem que tem o seu fundamento nas valências éticas por mediação das quais nos reconhecemos uns aos outros como pessoas, sendo igualmente esse o fundamento que legitima a obrigatoriedade que ela nos dirige”²⁸⁰ – e viabilizam sempre uma integração das diferenças, eis que, nessa ordem integradora, é possível que os homens reconheçam-se uns aos outros como pessoas, e não como meros objetos da imperatividade do direito. Nessa perspectiva está imbricada a historicidade da cultura e do direito, e estes – cultura

²⁷⁸ O problema do direito (e do não-direito) compreende a pergunta pelo porquê do direito. Trata-se do problema radical da experiência jurídica. Pode-se afirmar, com apoio em Castanheira Neves, que esta mesma pergunta fundamental era posta por Martin Heidegger como a mais originária pergunta da filosofia: “por que é o ser e não antes o nada?” (HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Piaget, 2002). Nessa mesma trilha, a filosofia do direito também se questiona sobre por que o direito e não antes o não direito, ao que Castanheira Neves, como visto acima, responde com as condições constitutivas de emergência do direito, enquanto resposta apenas possível, e não necessária, ao problema (universal) do direito.

²⁷⁹ SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. Fundamentos da teoria do direito: A. Castanheira Neves e o direito como plataforma civilizacional. In: CONPEDI, 15., 2006, Manaus. *Anais...* Manaus, 2006. Disponível em: < <http://www.conpedi.org>.>. Acesso em: 02 de dezembro de 2006.

²⁸⁰ Nesse sentido, consultar: BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op. cit., p.186.

e direito – não podem inferir-se de qualquer pressuposto ontológico-metafísico,²⁸¹ pois têm um caráter histórico, constituindo respostas a problemas postos pela prática.

No entanto, o positivismo jurídico (nas suas diversas versões, seja ela mais teórico-racionalista ou mais empírico-materialista) ou o jusnaturalismo não nos desvelam o sentido do direito, que só pode encontrar uma resposta praticamente adequada a partir da transcendência do direito pré-dado e da superação do esquema sujeito-objeto, na medida em que o direito, como saber prático, assume um caráter hermenêutico que lhe é próprio. A tarefa, portanto, de qualquer teoria jurídica, como já observa Lenio Streck, é buscar as condições para a concretização dos direitos e, ao mesmo tempo, evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas, encontrando uma resposta correta para cada caso, enquanto uma construção hermenêutica.²⁸²

Reconhecer o presente do direito processual civil a partir deste contexto implica identificar as insuficiências dos paradigmas atuais, mirando com novos olhos (substancialistas) para a história do direito processual e para seus compromissos ideológicos, optando por construir um caminho à luz da dimensão hermenêutica do direito, assumindo homem-pessoa como sujeito com uma autonomia e dignidade éticas, conectando os fios do tempo. Um caminho que se faz ao andar! Para tanto, há que se questionar o papel da jurisdição. Um questionamento do papel da jurisdição, que leve a

²⁸¹ Deste modo, desde já se afasta a reabilitação de um jusnaturalismo clássico, segundo o qual o direito seria a expressão de algo indisponível ao homem (de Deus, do ser, dos axiomas da racionalidade humana etc). Tecendo algumas considerações críticas à reabilitação do jusnaturalismo, consultar na literatura lusitana: BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op. cit.; CASTANHEIRA NEVES, António. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.; CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, op. cit.; CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit.; CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, op. cit. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis et al. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit. STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

²⁸² Nesse sentido, consultar os ensaios: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Verdade e significado*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis et al. (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2005; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, n.4, 2006; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.

sério a concretização e o sentido dos direitos e da Constituição, impõe indagar sobre o paradigma dominante em que se apóia o direito processual contemporaneamente. A jurisdição, o processo e o direito são dignos de questionamento. Mas para que um questionamento seja possível faz-se necessária uma abertura. Na verdade, uma combinação entre abertura e fechamento.²⁸³ Daí falar-se que uma perspectiva substancialista (e não procedimentalista) do direito se impõe para conduzir os questionamentos sobre os problemas²⁸⁴ que assolam a jurisdição, o poder judicial e o papel do juiz.

Não se pode negar a específica situação problemática do direito – enquanto (a) alvo de negativos juízos críticos provindos dos mais variados quadrantes (religioso-teológico, ideológico, cultural, epistemológico); (b) impotente para realizar todas as expectativas que lhe são dirigidas, com um sentimento social de insatisfação; (c) diminuído na sua função, pela perda de relevo regulativo ao nível da eficácia social (desjuridicização e deslegalização). O direito tornou-se uma entidade radicalmente problemática, a pensar-se hoje na sua descartabilidade. O direito “deixou de ser um necessário, para ser, quando muito, apenas um possível”.²⁸⁵

Ou seja, é preciso compreender que a emergência do direito enquanto direito impõe assumir o carácter hermenêutico do direito e também um questionamento da jurisdição e do papel do juiz. Não há, todavia como trilhar esse caminho, nesta quadra da história, sem superar a idéia do processo civil sem conteúdo, neutro ou funcionalizado. Se, de um lado é certo afirmar que o direito material e o direito processual civil não estão imunes às contaminações político-ideológicas; de outro, também não se pode permitir que os mesmos se funcionalizem, ou seja, que sejam manipulados a serviço de estratégias de poder utilizadas pelos governos para implementar políticas.

²⁸³ Observe que essa combinação entre abertura e fechamento é a idéia do tempo, é a idéia da temporalidade. Nesse sentido, ver: FIGAL, Günter. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução de Marco Antonio Casanova. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 314.

²⁸⁴ A partir de Castanheira Neves, tem-se que esses problemas pertencem a duas categorias: os estruturais (ou externos ao exercício da jurisdição) e os intencionais (ou o problema de sentido) (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44.

²⁸⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.

O direito é uma “resposta culturalmente humana” ao problema também humano “da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social”, é “constituído por exigências humano-sociais particulares”.²⁸⁶ Entre as alternativas do ceticismo e do dogmatismo que povoam a modernidade, o direito é uma alternativa humana, e a jurisdição estatal merece ser defendida na condição de instituição indispensável à prática de um autêntico regime democrático, fundado em princípios e valores constitucionais. O direito deve ser tomado em seu tempo, eis que o direito temporaliza ao passo que o tempo institui”.²⁸⁷ O direito processual, por sua vez, no contexto de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismo, reage ao direito (material), não parecendo possível negar o caráter histórico-cultural também do direito processual.

Trata-se, por certo, de um problema prático e, como tal, deve ser pensado historicamente. Isso implica afirmar que não se pode pensá-lo em termos absolutos (historicamente desligado), mas, antes, que há de ser proposto um diálogo com a prática herdada e que condiciona o direito – especialmente o direito processual – moderno (ligar e desligar o passado). Como bem aconselha Pinto Bronze,

*teremos, pois, que olhar o nosso passado mais imediatamente próximo (pelo menos esse) se quisermos compreender adequadamente a nossa situação hodierna: o nosso tempo impõe a procura de respostas inovadoras porque os paradigmas herdados deixaram, por um lado, de conseguir assimilar os problemas que a prática hoje nos coloca e, por outro lado, porque aqueles modelos já se não mostram em consonância com as intenções e os sentidos que entretecem essa mesma prática.*²⁸⁸

A questão, seguindo este raciocínio, passa a ser: que herança se recebeu? Qual o paradigma do direito contemporâneo e por que ele não mais serve (se é que ele efetivamente não mais serve)?

²⁸⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit., p.47.

²⁸⁷ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit., p. 14.

²⁸⁸ BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op. cit., p.309.

2.4 A revisão do papel do jurista: os modelos de realização do direito

O Poder Judiciário, desde o final do século XX, tornou-se um dos principais alvos da atenção da sociedade contemporânea. No contexto nacional, é possível afirmar que o Poder Judiciário brasileiro nunca foi tão discutido pela sociedade quanto agora. Está na pauta da mídia a discussão sobre a morosidade da Justiça, a ineficiência/insuficiência da prestação jurisdicional, os custos de um processo, os vencimentos dos juízes, as posições assumidas pelos julgados, as arbitrariedades das decisões e corrupções dentro do Judiciário. Tudo isso (a transparência) reflexo de um contexto democrático, mas também de uma situação paradoxal: de um lado, o grande apelo e importância atribuídos ao Poder Judiciário; de outro, a intensa e crescente insatisfação com a atuação desse poder, objeto de críticas e de ceticismo.

O tempo da modernidade é um tempo em/de crise. O direito da modernidade é um direito em/da crise. Uma nova forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. Uma jurisdição eminentemente repressiva e reparadora não atende ao sentido do direito, na perspectiva acima exposta. O direito não é algo em geral, em abstrato, mas é substância, é valor. Não basta reparar a lesão a direitos ou a violação de direitos, mas é preciso preveni-las. Não parece existir divergência quanto a isso na doutrina. A discrepância, todavia, está entre o discurso de um direito e a prática de um direito, o que pode claramente ser percebido examinando-se bancos acadêmicos e a práxis forense. A reprodução de um senso comum oculta o sentido do direito, transformando juristas em *mitläufer jurídicos*,²⁸⁹ que, incapazes de criar um direito, reproduzem receitas de um direito sem sentido (e sem tempo) ou, pior, de um direito funcionalizado, instrumento do poder ou de governo.²⁹⁰

²⁸⁹ O uso da expressão surgiu a partir de conversa informal da autora com os professores Jorge Cunha e Jânia Maria Lopes Saldanha, quando se discutia sobre os hábitos dos alemães. *Mitläufer*, em alemão, significa aquele que segue o comportamento da maioria, irrefletidamente; e é aqui empregado no intuito de referir-se ao “senso comum teórico dos juristas”, cunhado por Warat (WARAT, Luiz Alberto. O Senso Comum Teórico dos Juristas. In: *Introdução crítica ao direito*. v. 1. Brasília: UnB, 1993, p. 101-104).

²⁹⁰ Sobre a crítica ao funcionalismo, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit.

Na sociedade contemporânea, complexa e conflituosa, os antigos modelos calcados no paradigma racionalista e no paradigma liberal-individualista-normativista estilhaçaram-se,²⁹¹ exigindo do Estado, da sociedade e do direito a revisão de seus modelos de pensamento e dos seus padrões de conduta.²⁹² É com a crise dos paradigmas da modernidade que ocorre uma (nova) ruptura, não para reinserir o presente no cerne das preocupações de todos, mas para inverter a ordem da temporalidade e revisar o papel do jurista e da jurisdição. Para tanto, é imperioso repensar o poder (função) judicial e o direito processual. Não exatamente no sentido do como se processa a prestação jurisdicional, mas na direção do desvelamento do papel do direito processual – da função social do direito processual – rumo à busca por novos paradigmas, por novos modelos de pensamento, por novas alternativas, mas tendo sempre o direito como uma alternativa humana.²⁹³ O direito, assumida a sua dimensão hermenêutica, passa a demandar novos paradigmas, que, por sua vez, exigem novas formas de compreensão, que superem o direito-enquanto-sistema-de-regras e resgatem o mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo e pelos valores liberais do Estado.

Discussões sobre acesso à justiça, concretização de direitos e sobre o problema da inadequação temporal proliferam-se diuturnamente, povoando a mídia, atraindo a atenção não só dos juristas, mas também de filósofos, sociólogos, antropólogos, economistas... Na verdade, não se trata de uma preocupação recente, mas de temática ainda pouco explorada no espaço jurídico brasileiro (e também no espaço lusófono e, arrisca-se afirmar, europeu). A dogmática jurídica satisfaz-se com discussões procedimentais e legislativas, desconsiderando, em grande parte, reflexões acerca das raízes históricas e ideológicas do direito processual civil brasileiro, de tradição romano-canônica, sem problematizar as razões da crise que assola a jurisdição e o direito. Não problematizar a crise ou não investigar suas razões inviabiliza, por óbvio, a trajetória

²⁹¹ STRECK, Lenio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.

²⁹² Importante registrar que a superação da crise do poder judiciário, enquanto sucedâneo da crise do próprio Estado, exige necessariamente uma nova rota, ou seja, é preciso trilhar o caminho das formas alternativas de tutela, com vistas a reduzir a litigiosidade. Segundo Baptista da Silva, dois aspectos emergem nesse sentido: o ensino do direito e a redução do fator burocrático do Estado (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., 2006).

²⁹³ Nesse sentido, ler: CASTANHEIRA NEVES, António. O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.

para a construção de alternativas para a crise, ou seja, inviabiliza o direito como alternativa humana diante da(s) crise(s).²⁹⁴

No âmbito da concretização de direitos, em especial no contexto de uma sociedade plural, díspar, na qual a maioria dos cidadãos clama pela consolidação do Estado Democrático de Direito e pela realização de direitos, como é o caso da sociedade brasileira, é preciso voltar os olhos para a jurisdição, o poder judicial e o papel do juiz. Ou seja, assumir a jurisdição estatal como instituição indispensável para a prática democrática, para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição. Não se trata da defesa de uma qualquer jurisdição, mas de uma jurisdição que não reduza o fenômeno jurídico apenas ao mundo normativo, em absoluto descompasso com o sentido do direito e com as transformações sociais testemunhadas pela Humanidade nos últimos séculos, especialmente, desde os movimentos liberais que culminaram na Revolução Francesa. Trata-se da defesa de uma jurisdição atenta à concretização dos valores constitucionais, que ultrapasse os (pseudo)limites estabelecidos como fronteira entre a mera declaração de direitos (*juris-dicção*) e a sua realização (*juris-construção*²⁹⁵ ou *juris-realização* ou *jurisdição criativa* ou *jurisciação*) e, por certo, que recupere a autonomia normativo-intencional do direito perante a mera legalidade, bem como preencha o espaço dos limites normativo-jurídicos da lei, na realização concreta do direito, enquanto um *continuum constituendo* em função de uma dialética normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.²⁹⁶

²⁹⁴ Ibidem.

²⁹⁵ Em um outro contexto, a expressão “jurisconstrução” foi usada por José Luiz Bolzan de Moraes, para atingir as formas alternativas de resolução de conflitos, com a participação das partes litigantes (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, op. cit. – ver, em especial, capítulo 2 – “Jurisdição e consenso: jurisconstrução”, p.126-133). Diz Bolzan de Moraes: “É por isso que propomos como gênero o estereótipo jurisconstrução, na medida em que essa nomenclatura permite supor distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito que reúne as partes” (AGRA, Walber de Moura et al. *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro; Forense, 2005, p. 7-8).

²⁹⁶ Sobre o direito como um *continuum constituendo*, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit. Castanheira Neves ao tratar sobre o sentido da jurisdição, aponta dois fenômenos jurídicos que indicam uma superação do positivismo jurídico: a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a legalidade e o reconhecimento dos limites normativo-jurídicos da lei (Ibidem, p.05-07).

Para defender a jurisdição, é preciso também assumir o direito como uma ciência da compreensão e não como ciência da explicação, superando o peso do paradigma liberal-iluminista e do pensamento linear-cartesiano, ainda tão presentes no nosso dia-a-dia. Faz-se urgente buscar novas lentes para enxergar o direito, especialmente o direito processual civil e, conseqüentemente, as suas bases filosóficas, políticas e jurídicas. Há que se buscar a inventividade do direito, não a partir de um abstracionismo, mas sim a partir de uma inventividade substancialista do direito e do processo, visto que se a normatividade só pode ser determinada realizando-se, faz-se necessária uma compreensão prática e não simplesmente uma compreensão dogmática ou lógica dessa normatividade.

Considerando que o palco eleito, como se percebe, é o cenário do direito processual civil e das ações (materiais) preventivas, quer-se dar atenção especial à função preventiva (de prevenção, de precaução) da jurisdição, para que seja possível compreender esta para além de sua função reparadora, repressiva, ressarcitória. Uma releitura do direito e do processo civil modernos é condição de possibilidade para a superação do direito enquanto sistema de regras e para a assunção de uma materialidade ocupada pelos princípios. Já não é novidade que grande parte dos direitos, tanto de cunho patrimonial como não patrimonial, não podem ser adequadamente protegidos, sequer concretizados, através da função reparadora exercida pela jurisdição. Não raro é possível verificar a inefetividade desta função jurisdicional, basta lembrar-se dos direitos de personalidade, dos direitos coletivos, dos direitos difusos, só para citar alguns.

O resultado desta releitura será a abertura de espaço para um novo cenário, para um novo paradigma hermenêutico ou, quiçá, para a libertação do direito dos grilhões paradigmáticos, favorecendo, deste modo, o reconhecimento de que o direito nasce do fato e não da lei. É preciso, no entanto, estarmos dispostos a essa releitura, suspendendo alguns prejuízos e desconfiando de algumas obviedades que se costumam reproduzir sem uma reflexão mais profunda.

Ora, o desvelamento dos novos direitos – o processo de multiplicação de direitos – que se verifica a partir dos últimos séculos, seja pelo aumento de bens a serem tutelados, seja pelo aumento do número de sujeitos de direito ou ainda pela ampliação

dos *status* dos sujeitos,²⁹⁷ somados às alterações no perfil da sociedade brasileira e do Estado moderno (desde o modelo liberal clássico, passando pelo (ou saltando o) Estado Social, até chegar – ou pretender chegar – ao Estado Democrático de Direito),²⁹⁸ exige (a) que se questione o papel da jurisdição ante a concretização dos direitos e (b) que se reconheça a função social do direito processual, superando a falsa idéia de que o processo se reduz a simples procedimento.

Esses problemas podem ser apresentados como pertencentes a duas categorias, conforme expõe Castanheira Neves: são os problemas estruturais ou externos ao exercício da jurisdição e o problema intencional, ou seja, o problema do sentido, do sentido da jurisdição, o qual orienta a discussão sobre a Crise do Juiz, a Crise da Justiça. Crises essas que não podem se traduzir exclusivamente ao negativo circunstancial, mas, em especial, à consumação histórico-cultural de um sistema, ou seja, perda contextual de sentido das referências até então regulativas. Para adotar uma terminologia que já faz parte do modismo intelectual, a crise representa o cenário de um paradigma que, antes em vigor, agora se esgotou, clamando por um novo paradigma, por um novo modelo de pensamento.

À luz da perspectiva substancialista, antes anunciada, é evidente que o principal elemento fundante dos sistemas e dos paradigmas não se concentra na sua estrutura, mas antes no seu sentido, eis que se a estrutura organiza e permite o funcionamento do sistema ou de um paradigma, só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Por esta razão, concorda-se com Castanheira Neves, quando, enfaticamente, alerta que uma crise só pode ser superada pela reflexão fundadora de um novo sentido, ou seja, é a crítica que supera a crise. Se assim é, não há como fundar um novo sentido sem distinguir os problemas estruturais e o problema intencional, traçando uma reflexão crítico-reflexiva acerca dos mesmos.²⁹⁹

²⁹⁷ Sobre a multiplicação dos direitos, consultar: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit. Ver também: OLIVEIRA JR., José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

²⁹⁸ Sobre as diversas roupagens do Estado moderno, consultar: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria geral do estado*, op. cit.

²⁹⁹ Nesse sentido, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44.

Os problemas estruturais – externos ao exercício da função jurisdicional – consideram o poder, a organização, a responsabilidade e o modo desse exercício, mas não se referem à intencionalidade material da própria jurisdição como jurisdição e o sentido que ela assume e realiza. Dizem o modo do fazer jurisdicional, mas não dizem “o que é” esse fazer ou “o que” nele se faz. São (a) os problemas diretamente político-constitucionais; (b) o problema institucional; e (c) o problema da legitimação decisória. Os problemas estruturais ou externos são condições de possibilidade da jurisdição que se pretende, mas o problema intencional ou interno compreende os momentos constitutivos da jurisdição, toca a essência, e não a forma; a substância, e não o procedimento. Assim, tem-se que a realização da essência está condicionada pela correta ou adequada solução dada aos problemas estruturais; a solução correta ou adequada será um correlato funcional do que seja ou se pretenda que seja a jurisdição enquanto tal. Como bem refere Castanheira Neves, pensar o sentido da jurisdição é pensar a sua relação com o direito (*juris-dictio*), o que significa que um diferente sentido do direito implicará correlativamente um diferente sentido da jurisdição chamada a realizá-lo. Importa, portanto, mais que discutir problemas estruturais do poder judiciário e da jurisdição, investigar sobre o problema do sentido, do sentido da jurisdição, para que assim seja possível ressignificar o direito e a jurisdição e, conseqüentemente o próprio papel do jurista.³⁰⁰

Mas, para isso, é preciso tomar como “ponto de referência quase obrigatório”, para usar a expressão de Braz Teixeira,³⁰¹ a superação do positivismo, nas suas diversas vertentes. Não há como, a partir de uma postura substancialista, compreender o direito pela perspectiva exclusiva de um legalista. Inúmeros hoje são aqueles que assumem perspectivas não-positivistas, negando a tese de Hans Kelsen, e que podem ser colocados lado a lado, não por adotarem a mesma direção ou uma direção única do pensamento, mas, antes, por assumirem a crítica ao positivismo (nas suas variadas vertentes) como ponto de partida, em busca do lugar e do papel do direito e do jurista.

³⁰⁰ *Ibidem*, p.1-44.

³⁰¹ BRAZ TEIXEIRA, Antonio. *Historia da filosofia portuguesa*. Lisboa: Camino, 2005.

O positivismo e o dogmatismo³⁰² estão presentes em todas as discussões contemporâneas, não só no contexto jurídico, mas especialmente no contexto jurídico, já que este é o recorte que se pretende. Não há como principiar qualquer reflexão sobre a emergência do direito enquanto direito ou sobre a realização de direitos e efetividade processual sem tecer uma crítica forte ao positivismo jurídico em seu sentido lato. Ele é o inimigo eleito.

É claro que a pauta desdobra-se em um emaranhado de críticas, réplicas e trélicas. Alguns insistem em negar o quadro de crise do positivismo jurídico, outros atestam a sua desfuncionalidade, outros, ainda, ocupam-se em reformular a teoria positivista, blindando-a contra as críticas. Exatamente por isso, parece de bom alvitre não só eleger o inimigo, mas caracterizar, de certo modo, a polêmica e as insuficiências que cercam este modelo de pensamento, que emerge no contexto pós-revolução francesa, sob os holofotes do Iluminismo racionalista no palco das filosofias liberais.

Falar em superação do positivismo, não necessariamente implica afirmar categoricamente que o legalismo foi abandonado. Ainda que a crítica ao fundamentalismo normativístico-legalista já tenha se tornado senso comum, não é possível, ainda, dizer que ele está de todo superado. Há mortos que morrem devagar; outros transformam-se em zumbis, mortos-vivos. Para superá-los, todavia, faz-se necessário identificá-los e problematizá-los diante da atual situação jurídico-jurisprudencial. A interrogação sobre o “porquê” desta resistência conduz uma reflexão sobre o sentido do próprio direito. A desmistificação do direito, especialmente do direito processual civil, é incontornável. Há que se desfazer mitos e operar mudanças de paradigmas. O paradigma jurídico-político ainda hoje dominante em todo o direito deve ser definitivamente superado.

Neste sentido, Michele Taruffo³⁰³ aponta três linhas para uma reflexão orientada à superação da situação problemática no direito processual civil, admitindo que são aspectos que poderão alcançar também ao processo penal e, ainda, para além do contexto italiano, pois se trata de situação comum a muitos países. A primeira direção

³⁰² O positivismo jurídico e o dogmatismo não são o direito positivo e a dogmática. A crítica que se pretende fazer refere-se àqueles e não a estes, conforme será elucidado ao longo do texto.

³⁰³ TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. In: *Doxa: Cuaderno de Filosofía del Derecho*, n.22, 1999, p.311-320.

rumo à superação da situação problemática no direito processual seria uma mudança na cultura processualista, que se sobreponha a atitudes obsoletas, formalistas da dogmática tradicional. A segunda direção é no sentido da recuperação e reformulação dos valores fundamentais e dos princípios gerais considerados válidos para o processo. A terceira direção está na redefinição da sistemática dos instrumentos de tutela processual.

Surge, portanto, a necessidade de uma nova forma de atuação do direito e dos juristas, que passa por quatro principais aspectos: (a) a recuperação de sentido do direito; (b) a recuperação do papel do poder (função) judicial; (c) a concretização jurídica e social dos direitos e (d) a rediscussão do direito Processual. Portanto, para que se alcance algum contributo para o processo civil moderno, não se pode furtar-se de, antes, investigar sobre o sentido do direito e os modelos jurisdicionais de realização do direito, buscando, com isso, identificar indícios da superação de velhos paradigmas e diagnosticar um novo caminho para o direito e, conseqüentemente, para o direito processual civil.

Para tanto, é importante debruçar-se sobre as aflições concretas da sociedade ante um modelo jurídico-institucional vigente, inserido em um contexto histórico de marcantes transformações. Só então será possível operar um diagnóstico crítico-reflexivo e uma releitura do direito processual civil, com a conseqüente assimilação da ação preventiva ao lado da tradicional ação repressiva, para que seja possível ampliar aquela, reduzindo esta, evitando-se/prevenindo-se, com isso, a violação de direitos e sua perda de sentido. Exatamente por isso a presente pesquisa é o resultado teórico de preocupações práticas, que, na perspectiva heideggeriana, assume-se como uma atitude diante do mundo que faz com que este estar-no-mundo se faça de modo pensado (uma “parada”, no sentido heideggeriano).

Essa “parada” diante do direito processual civil implica, para retomar a lição de Baptista da Silva, a investigação dos compromissos do direito processual civil com o paradigma dominante que transformou o direito em uma “ciência”, sujeita aos princípios metodológicos das ciências duras, reduzido a um conjunto sistemático de conceitos, com pretensão de eternidade, desvinculado da História e do Homem. Quanto mais organizado, sistematizado, dogmatizado, quando mais conceitos foram sendo construídos, mas o direito foi se assemelhando à geometria. A redução metodológica –

imposta no âmbito do ensino jurídico e também no âmbito da experiência forense – atingiu todo o direito e, nessa linha, o domínio jurídico mais danificado foi o direito Processual, haja vista ser o processo aquele “ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático”. Para Baptista da Silva: “os juristas do direito material levam, a este respeito, uma apreciável vantagem sobre os que se dedicam ao direito que se realiza no tumulto da vida forense”.³⁰⁴

Não basta – embora seja de vital importância para o debate – detectar a herança racionalista do direito (especialmente do direito processual civil). O dogmatismo sedimentado precisa ser superado, para que, só então, o direito recupere sua dimensão hermenêutica, a sua perspectiva substancialista e, conseqüentemente, o seu sentido.

É preciso enfrentar o dogmatismo sedimentado, sem, contudo, cair no modismo da crítica, sem perder o olhar na multidão e na reprodução de sentidos. Não basta navegar contra os ventos. Há que se navegar entre o Estado Democrático de Direito e a dimensão hermenêutica do direito, sem perder de vista o Homem, ou seja, garantir a prevalência do direito, numa perspectiva substancialista, e incluir a dimensão do tempo nos esquemas discursivos.

Um convite para repensar o direito processual civil, revelar o compromisso que existe, ainda hoje, entre as suas raízes histórico-ideológicas e o paradigma dominante será sempre bem-vindo, haja vista tratar-se de condição de possibilidade para a evolução do pensamento jurídico e da prática jurídica e judiciária. Repensar o direito é condição de possibilidade do próprio direito e, conseqüentemente, do próprio Homem, pois, como bem enunciou René Marcic, já tantas vezes citado por Castanheira Neves: “quem quer o homem haverá de querer o direito”. A condição problemática do direito na contemporaneidade “não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituinte, nos pomos em causa até o limite”. A

³⁰⁴ Nesse sentido, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 01.

realidade jurídica caracteriza-se, como anuncia Castanheira Neves, por uma evolutiva perda de sentido do direito.³⁰⁵

Não se trata de apresentar soluções, mas antes de um “problematizar o problema” da (in)efetividade do direito processual civil no contexto jurídico luso-brasileiro, sem ocultar a fragilidade das reformas processuais propostas pelo *establishment* e das construções doutrinárias, eis que reproduzem o paradigma dominante, sem problematizá-lo, sem revelá-lo, sem um “dar-se conta”, sem o necessário enfrentamento da crise de paradigmas que assola o direito e o Processo.

Retomando a sugestão de Taruffo sobre as três linhas para uma reflexão acerca da superação da situação problemática atual, é possível identificar alguns indícios que atestam já esta superação, com repercussão nas tarefas da função jurisdicional e na atual situação jurídico-jurisdicional.

Ao falar sobre isso, Castanheira Neves detecta alguns fenômenos jurídicos que indicam a superação do positivismo, quais sejam: (a) a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante a mera legalidade, na medida em que há uma renovada distinção entre *lex* e *ius*, seja através da preferência jurídica dos direitos (fundamentais) perante a lei, seja pelo reconhecimento de princípios normativos translegais (que transcendem a lei/legalidade); e (b) o reconhecimento de limites normativo-jurídicos da lei (os limites objetivos, os limites intencionais e os limites temporais).

Ora, na época do contratualismo moderno iluminista, proclamavam-se direitos naturais como pressuposto e ponto de partida fundamentante do próprio contratualismo. Com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), estes direitos passaram a ser assegurados pela lei contratualisticamente constituída, alimentando o movimento da codificação na modernidade. E mais: a lei iluminista (e revolucionária) identificava-se com o direito, eis que sua racionalidade e universalidade incorporavam os valores de liberdade e da igualdade, definindo um *status* normativo formal que enquadrava o comportamento social, mas dele se

³⁰⁵ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44; CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*, op. cit.

descomprometia. O resultado foi a identificação entre direito e lei, aquele foi reduzido a esta, transformando-se, gradativamente, em mero legalismo. No contexto contemporâneo, no entanto, o cenário é outro: as leis hoje são prescrições de forças políticas, não raro de forças partidárias, tendo-se transformado em instrumento político. Não se pode fazer vista grossa a essa constatação. Por certo, essas forças políticas adquirem legitimidade no âmbito político-estadual ou constitucional e, através delas, impõe-se um programa de ação político-social, em que uma política se afirma e concretamente se compromete com fins particulares – “governam-se com as leis”. A práxis social, por sua vez, acaba por politizar-se. Daí a preocupação de muitos, em especial Castanheira Neves, com o problema da autonomia do direito e da possibilidade institucional da sua afirmação.³⁰⁶

Ainda no cenário atual, (re)afirmam-se direitos fundamentais nas Constituições e princípios normativamente materiais, colocados antes e acima da lei. Esta deixa de ser o fundamento de validade jurídica dos direitos, e estes – reconhecidos como fundamentais – passam a condicionar a validade daquela. A normatividade passa a ser determinada realizando-se e na sua realização, eis que reconhecida na práxis histórico social. Torna-se já impossível continuar a identificar o direito com a legislação, bem como a idealizar o poder judicial como um poder nulo, acético, insípido. Daí falar-se na necessária revisão do problema das fontes do direito e do princípio da separação dos poderes.³⁰⁷ Para expressar este contexto, Castanheira Neves, num esforço de síntese, vai afirmar que

*as normas legais esperam a sua aplicação e em último termo visam-na, mas podem compreender-se e determinar-se sem ela, ou seja, na sua subsistência abstrata; não assim os princípios, já que o seu verdadeiro sentido não é determinável em abstrato, só em concreto, porque só em concreto logram a sua determinação e se lhes pode atingir o seu autêntico relevo. E decerto que a essa sua determinação em concreto será chamada, numa responsabilidade iniludível, a jurisdição nos seus juízos decisórios em soluções das controvérsias práticas suscitadas pela invocação daqueles mesmos direitos e destes princípios.*³⁰⁸

³⁰⁶ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.1-44.

³⁰⁷ *Ibidem*, p.05 e 12-13.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 07.

Afora a recuperação da autonomia normativo-intencional do direito perante à mera legalidade, implica a superação do positivismo o reconhecimento de limites normativo-jurídicos que fazem ver que é através da jurisdição que vai se dar a realização concreta do direito, em necessária intenção normativamente constituenda. Esses limites desvelam o espaço do poder judicial, da jurisdição e do papel do juiz. O direito legalmente positivado não alcança a dinâmica social, ficando aquém do domínio histórico-socialmente problemático a que terá de responder jurídico-normativamente. Isto significa que este limite objetivo exige um desenvolvimento autônomo do direito através da sua própria realização, ou seja, da sua jurisprudencial realização, afirmando-se não como um sistema fechado, mas antes como um sistema aberto. De outro lado, existem limites intencionais que fazem reconhecer que a realização do direito está para além de um sentido lógico-dedutivo e formal, apresentando-se como insuficiente a subsunção da lei ao caso. A realização do direito vai assumir um sentido normativamente material, mostrando-se concretamente adequada ao mérito problemático dos casos decididos e normativamente justificada em referência aos fundamentos axiológico-normativos que dão sentido normativo material ao próprio direito. Por fim, há também os limites temporais, catalogados por Castanheira Neves ao lado daqueles objetivos e intencionais. Todos eles desconsiderados pelo positivismo. Os limites temporais, assim, surgem do reconhecimento da dimensão histórica do direito e do seu sistema normativo. O positivismo, em qualquer de suas vertentes, vai ignorar esta dimensão histórica, operando a partir de uma racionalidade lógico-abstrata revestida por uma subsistência atemporal, a-histórica.³⁰⁹

A superação do positivismo, na perspectiva de Castanheira Neves, ainda vai se dar a partir do particular relevo da jurisdição constitucional, com a passagem do Estado-de-legislação para o Estado-de-Constituição. A Constituição, no entanto, apresenta-se não como fundamento normativo, como pedra filosofal, a juridicidade não se identifica com a constitucionalidade. Na verdade, a Constituição é meramente declarativa, diz Castanheira Neves, a implicar então que o fundamento será transconstitucional, numa intenção de autonomia constitutivo-fundamentante ao direito como direito. Por fim, a marca da superação do positivismo pode ser percebida no progressivo aumento da responsabilidade reconhecida à “criatividade da jurisprudência ou da jurisdição”, o que

³⁰⁹ Ibidem, p.08-09.

se relaciona com a transformação do próprio sentido do direito, que solicita a participação da função jurisdicional, abrindo aqui espaço à discricionariedade (e não arbitrariedade) decisória, que se pretende abordar adiante.

A par desses fenômenos jurídicos que compõem, sumariamente, a atual situação jurídico-jurisdicional é importante uma revisão das fontes do direito, eis que se tornou hoje inadmissível continuar a identificar o direito à legislação. Mas não só. Há que se revisar, ainda, a doutrina da separação dos poderes, eis que desgastada a fórmula de que o poder judicial funciona como “*la bouche de la loi*”, sendo os juízes “*êtres inanimés*”, detentores de uma tarefa estritamente exegético-aplicadora. Ora, a revisão das fontes do direito e do princípio da separação dos poderes força uma revisão do próprio sentido do Estado-de-direito, exigindo, definitivamente, a sua emancipação em relação os valores do liberalismo econômico, do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Por fim, chega-se então ao problema do sentido atual da função judicial, da jurisdição e do juiz a exigir a transformação irreversível do sentido das leis e a, como refere Castanheira Neves, assunção deliberadamente programática de uma estratégia político-social no todo da realidade social.³¹⁰

Na perspectiva de Castanheira Neves, duas alternativas emergem. De um lado, é possível que a resposta seja a opção por uma sobrevalorização da estratégia político-social, assumindo-se o político como o único protagonista e, conseqüentemente, a função judicial como operador tático, através de meios institucionais e normativo-decisórios; ou seja, a jurisdição passa a ser instrumento desta estratégia político-social ou *longa manus*. E, de outro lado, é possível que a resposta seja não uma disputa entre poderes, mas de afirmar o direito ao poder, de reconhecer o direito como dimensão constitutivamente indefectível do Estado e, assim, o Estado verdadeiramente como Estado de Direito. Neste caso, a universalidade de certos valores e princípios normativos em que todos se reconheçam é irrenunciável. É nesta universalidade axiológico-normativa que se traduz a autonomia do direito, para Castanheira Neves; terá de reconhecer-se no direito a “medida de poder”, ou seja, a sua validade crítica perante o político. Ao reconhecer-se esta autonomia do direito, há que se chamar uma instância para contrapor-se à unidimensionalidade (ou totalitarismo) do político. E esta instância,

³¹⁰ Ibidem, p.13.

por certo, não há de ser o poder legislativo ou a legislação, haja vista o seu compromisso político. A lei não é por si só o direito, podendo, inclusive, manifestar-se em contradição com ele. Esta instância há de ser o poder judicial, a jurisdição. Daí assumir-se a defesa da jurisdição estatal como instituição indispensável para a prática democrática, para o exercício da cidadania e para a realização da Constituição. Resta clara, portanto, a opção assumida por esta segunda alternativa, que se contrapõe a perspectiva de uma jurisdição enquanto mero instrumento a serviço da estratégia político-social, na qual o político é o único protagonista.³¹¹

Mas, ainda assim, o problema do sentido da jurisdição não se põe como solucionado. É preciso agora investigar sobre os modelos de juridicidade e seus correlativos modelos de jurisdição, entre os quais se pode continuar no caminho para uma resposta. Para tanto, assume-se a perspectiva da Castanheira Neves, a partir da qual são identificados os três modelos atualmente alternativos de realização jurisdicional do direito, os quais se apresentam entre o legislador, a sociedade e o juiz. Estes três modelos são: o normativismo legalista, o funcionalismo jurídico e o jurisprudencialismo.

De fato, sobre o normativismo legalista falou-se anteriormente. Na oportunidade, mencionaram-se os fenômenos jurídicos que comprovam a sua superação, alertando para o risco de imaginá-lo como um modelo já esgotado. Não se pode ignorar as tentativas de recuperação desse normativismo legalista, sob outras roupagens: pela restauração do liberalismo radical, pelo pensamento jurídico analítico ou, como alerta Castanheira Neves, pelo funcionalismo sistêmico, em alguma medida. O normativismo legalista não pode ser menosprezado, sob pena de deixar-se conduzir pelo canto da sereia. Se assim é, importante visualizar o normativismo legalista de que trata Castanheira Neves, perspectivado pelo individualismo moderno-liberal e iluminista, conforme já sinalizado noutra oportunidade. O normativismo legalista conta com um determinante antropológico, na medida em que a compreensão que o homem tem de si traz implicitamente a sua compreensão sobre o direito e a sociedade. Assim, a visão de

³¹¹ Ver, dentre as obras de Castanheira Neves: CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.14; CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit.

mundo que penetrava no século XVI até o século XVIII, radicava na autonomia humana, na ruptura com a ordem teológico-metafísico-cultural transcendente. Àquele tempo, o homem assumia como fundamento único de sua ação e de seu saber, respectivamente a liberdade e a razão, uma razão em diálogo com a experiência empírica. Paralelamente, afirmava-se ainda a secularização e a emancipação do econômico, especialmente em relação aos quadros ético-religiosos. Assim, o domínio da práxis social era o domínio dos interesses, expressão prática da liberdade. A consequência foi a emergência do individualismo moderno-iluminista e do racionalismo.³¹²

O Racionalismo, posto como pano de fundo do normativismo legalista, passa a ser a expressão da ratio moderna – uma razão autofundada em seus axiomas e sistematicamente dedutiva nos seus desenvolvimentos; uma razão que deixa de ser ontológico-metafísico-hermenêutica como a razão clássica; uma razão como sistema, uma razão cartesiana –. No contexto dessa visão de mundo, a visão de homens livres, racionais e, na sua liberdade, também iguais, exigia-se a institucionalização de um novo poder, cujo sentido fundante estaria no contrato social. Um contrato social perspectivado por Thomas Hobbes, por John Locke, por Jean-Jacques Rousseau ou por Immanuel Kant. A consequência, por certo, deste novo sentido fundante, aquele que o contrato constituísse, seria a constituição de uma legalidade: o direito reduzido à lei.

Foi a crise do normativismo legalista e as modificações ocorridas na cultura europeia no início da modernidade que abriram espaço para um novo modelo de judicialidade: o funcionalismo jurídico.³¹³ Este modelo de realização do direito assume como referencial não mais o indivíduo (como o faz o normativismo legalista) ou uma associação atomística de indivíduos, mas sim a sociedade, teorizada enquanto sistema social pensado funcionalmente, um sistema que funcionaliza todos os seus elementos e as suas dimensões, inclusive o próprio direito.

O pensamento moderno, entre os séculos XVIII e XIX, trouxe uma nova compreensão sobre o ser. Essencialmente diferente do pensamento clássico, o moderno

³¹² CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 15.

³¹³ Integra-se, no âmbito do funcionalismo jurídico, o *Critical Legal Studies Movement*.

se enraíza na história. Rompe-se com os compromissos platônico-aristotélicos e a atitude contemplativa perante o ser. O homem moderno viu-se perante um mundo de faticidade empírica e de causalidade, axiologicamente neutro³¹⁴ e a modernidade associou-se, dentre outros, à idéia de que o mundo é passível de transformação pela intervenção humana e, portanto, as ações sociais dos indivíduos são mediadas por algum tipo de interesse com um sentido objetivo: um outro tipo de racionalidade passou a permear todo o agir social.

Ora, a racionalidade invocada pelo funcionalismo jurídico, na verdade, consiste em uma racionalidade finalística (*zweckrationalitat*), não-axiológica (*wertrationalitat*) para falarmos com Max Weber.³¹⁵ Ou, ainda, de uma razão como instrumento, sob um aspecto utilitarista: uma razão instrumental na perspectiva de Max Horkheimer.³¹⁶

Em Max Weber,³¹⁷ a racionalidade implica adaptação dos meios aos fins. No entanto, a *zweckrationalitat* é uma ação racional com relação a um objetivo, movida pelo sopesar das vantagens, das utilidades, dos efeitos e dos danos, ou seja, pondera-se sobre fins, meios e conseqüências que estão implicados na ação: enquanto a *wertrationalitat* é uma ação racional com relação a um valor, que assume como referenciais princípios e um sentido ético. A racionalidade finalística (formal), portanto, preocupa-se com o modo como se atinge o conteúdo, e não com este propriamente dito – assume uma postura procedimentalista. A racionalidade axiológica (material), de outro lado, preocupa-se mais com o conteúdo, sem desconsiderar o modo de alcançá-lo, porém aquele é a principal preocupação. A passagem do pensamento clássico para o pensamento moderno faz com que as categorias da ação e do comportamento em geral não mais sejam as do bem, do justo, da validade (axiológica material), e sim as do útil, da funcionalidade, da eficiência. O processo de amplificação desta racionalidade vai repercutir em um atrofiamiento dos valores em relação aos fins; dos fundamentos em relação aos efeitos. E, claro, a legislação – um dos principais meios mobilizados pelo funcionalismo jurídico – passa a ser vista e tratada como instrumento da ação política,

³¹⁴ As influências de Descartes e Leibniz foram determinantes para esta ruptura com o pensamento clássico e para uma nova compreensão do ser.

³¹⁵ WEBER, Max. *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.

³¹⁶ HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.

³¹⁷ Foi Max Weber quem introduziu o conceito de ‘racionalidade’. WEBER, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*, op. cit.

sem se reduzir às funções normativas de garantia dos direitos ou segurança jurídica ou de limite dos poderes.³¹⁸ A preocupação primeira da perspectiva funcionalista não está em saber particularmente o que é o direito, mas sim, para que serve.³¹⁹

Embora a perspectiva do funcionalismo possa trazer algumas contribuições, em especial no contraponto que faz aos compromissos ideológicos assumidos pelo normativismo legalista, ela peca por projetar o direito como mero instrumento a serviço de finalidades externas ao direito. A decisão judicial, na concepção funcional do direito, é vista como a realização de uma estratégia político-social, teleologicamente programada. É a decisão-solução enquanto momento tático. Perspectiva esta sedutora, exatamente no contexto atual, em que o homem se preocupa com a eficiência, a utilidade, o dano, porém ignora, por vezes, o conteúdo e a materialidade de suas ações. Isso poderá conduzir o direito à arbitrariedade, na medida em que o direito nada mais terá a falar, visto que, na sua generalidade e realização concreta, é condicionalmente determinado pelos interesses política ou socialmente mais adequados. Como bem alerta Castanheira Neves, o direito é afinal puramente política, no funcionalismo político; simplesmente tecnologia ou administração no funcionalismo social e econômico. Veja-se que o funcionalismo jurídico não envolve as funções que o direito exerce na sociedade, mas antes as funções que se pretende realizar através dele. Assim, pretender conferir funções ao direito ou realizar sua função, não significa que se esteja assumindo uma opção pela perspectiva funcionalista, mas, antes, uma opção pelo próprio direito e

³¹⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.17.

³¹⁹ A complexidade do funcionalismo jurídico vai justificar o seu desdobramento em modalidades distintas: o funcionalismo político, o funcionalismo social-tecnológico, o funcionalismo socioeconômico e o funcionalismo sistêmico. Uma abordagem detalhada sobre os mesmos não se faz imprescindível para atingir os objetivos propostos neste trabalho. Para uma melhor compreensão sobre eles, vale a exposição e cuidadosa crítica que lhes faz Castanheira Neves ao longo de sua obra. O primeiro deles – o funcionalismo político – encontra expressão na “teoria crítica do direito” ao assimilar o projeto filosófico-social da Escola de Frankfurt, bem como no “*Critical Legal Studies Movement*”. O funcionalismo social-tecnológico é percebido na “*social engineering*” de Roscoe Pound ou no racionalismo crítico de Hans Albert, que converte a teoria epistemológica de Karl Popper para o pensamento jurídico. Já o funcionalismo socioeconômico está contido na “análise econômica do direito”, na perspectiva da “maximização da riqueza” de Richard Posner. Ainda nesta perspectiva, tem-se a abordagem preponderantemente econômica do direito de Guido Calabresi e Ronald Coase. Destaca-se, ainda, o funcionalismo sistêmico, cujos principais expoentes são Niklas Luhmann e Gunther Teubner.

pelo homem, ou seja, uma opção antropológico-cultural de que dependerá o sentido do direito e a sua subsistência enquanto tal.³²⁰

Por fim, tem-se o jurisprudencialismo, trazido por Castanheira Neves como contraponto aos radicalismos dos dois modelos anteriores (normativismo-legalista e funcionalismo jurídico) e orientado por uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*: “axiológico-normativa nos fundamentos; prático-normativa na intencionalidade e judicativa no modus metodológico”. O jurisprudencialismo parte de uma perspectiva do homem-pessoa, ou seja, de uma perspectiva em que o direito está diretamente a serviço de uma prática pessoalmente titulada e historicamente concreta.³²¹ Nega-se, assim, a identificação da pessoa ao “indivíduo” e se recusa o individualismo para desvelar a responsabilidade ética perante a pessoa em todo o universo humano, bem como a responsabilidade ética da pessoa relativamente a esse universo. Dito de outro modo, “a pessoa não é só sujeito de direitos, sejam eles fundamentais ou outros, mas simultaneamente sujeito de deveres”. E mais: não são os direitos simples reivindicações politicamente sustentadas, tampouco os deveres exterioridades limitativas só pelo cogente cálculo dos interesses e sempre repudiavelmente sofridos, como acontece com a polarização prática do indivíduo, mas manifestações mesmas da axiologia responsável e responsabilizante da pessoa. É esta abordagem, conforme adiante se terá a oportunidade de explanar, que irá fundar e fundamentar a crítica à abstração das pessoas e dos bens, própria da época do direito liberal, e à sanção eminentemente ressarcitória no contexto do direito processual civil. A assumir a defesa da jurisdição e do direito não se esgota em mudança de instituições, exige-se mudanças de mentalidade. Afinal, não se faz futuro sem idéias.

Nessa perspectiva, uma concepção da jurisdição, da função judicial e do papel do juiz passa, necessariamente, pela recompreensão do próprio homem, de seus compromissos, passa pelo reconhecimento comunitário da pessoa e da sua dignidade ética, mas também assume implicações normativas, conseqüentes desta recompreensão e reconhecimento. Trata-se, nas palavras de Castanheira Neves, de uma “exigência de

³²⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.31-32.

³²¹ *Ibidem*, p.15 e 32.

fundamento”, exigência essa que, enquanto expressão de uma *ratio*, manifestação de um sentido, ou de um valor, ou de um princípio transindividuais, está implicada no postulado do sujeito ético e na intenção de um social compromisso prático em que a racionalidade não advém de um teórico universal sistemático, mas por uma prática fundamentação normativa material. Sob esta ótica, o direito não se reduz a simples objeto normativo para uma determinação estritamente racional, tampouco a mero instrumento ou meio de um heterônomo finalismo funcionalmente eficiente, mas um “axiológico-normativo fim em si – ele próprio um valor na validade que exprime”. Trata-se daquilo que Castanheira Neves designa por “consciência axiológico-normativa da consciência jurídica geral da comunidade histórico-cultural”.³²²

Essa compreensão faz crer uma opção diversa, que não se enquadra nem no jusnaturalismo, tampouco no positivismo jurídico. Assume-se o direito como “uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social” sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas sim com a historicidade e a condicionalidade de toda a cultura. O direito não é, portanto, um dado, um “descoberto” pela “razão teórica”, mas, antes, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela “razão prática”. E mais: não trata simplesmente do resultado normativo de uma *voluntas* orientada por um finalismo de oportunidade ou a mera expressão da contingência e dos compromissos político-sociais, haja vista que a prática jurídica (decorrente também de uma prática histórico-cultural) convoca constitutivamente na sua normatividade certos valores e certos princípios normativos fundamentantes de uma certa cultura numa certa época. Recusa-se, assim, a lei como critério jurídico para a decisão concreta, eis que se exige uma autônoma constituição da solução jurídica – não se identifica nem se esgota no texto legal. Este é o núcleo da concepção jurisprudencialista, que, acredita-se, muito poderá contribuir para o repensar do direito processual civil, rompendo, assim, com as

³²² Neste sentido, ver: CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 51-239 (em especial p. 208-222); _____. Justiça e direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 241-286 (em especial p. 274-284) e _____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 35.

resistências hoje detectadas à função preventiva do poder judicial, da jurisdição, e à reformulação do papel do juiz.³²³

A consequência, claro, é uma indeterminação normativa que vai exigir: primeiro, uma determinação de índole dogmática a que são chamadas as normas legais, com a complementaridade da reelaboração doutrinal e dos contributos jurisprudenciais (um sistema normativo) e, segundo, uma índole de mediação judicativa a realizar-se na concreta problematização dos casos decididos (um problema prático). É exatamente a dialética entre o sistema e o problema concentrados no objetivo judicativo de realização normativa que desenha a racionalidade jurídica do jurisprudencialismo – racionalidade esta atenta à intenção de justiça material em relação ao problema (numa perspectiva substancialista), sem, contudo, ignorar a intenção de concordância normativa (que não se resume ao texto legal, mas o transcende, para alcançar os princípios normativos).

Assim, o alargamento e aprofundamento da experiência problemática, enquanto experiência também histórica, não causa estranheza, mas, antes, a angústia do estranhamento,³²⁴ para falar com Heidegger. A mudança permanente nos horizontes de expectativa do homem está implicada em novas intenções que, através de novos problemas e novos sentidos às respostas, vão sendo assumidas, demarcando a capacidade hermenêutica do direito. Não se admite uma sobrevalorização do sistema que se traduza no axioma de que os problemas a emergir serão unicamente aqueles suscitados tal qual idealizados. Novas perguntas (problemas) surgem, bem como outros sentidos para as respostas, implicados em novas intenções, são assumidos: o direito realiza-se na sua possibilidade de vir-a-ser, em constante tensão com o tempo. Castanheira Neves vai dizer que

o problema deixa de ser a expressão interrogante da resposta-solução já disponível, ou a pergunta que antecipa e nos remete a essa resposta-solução, para ser uma pergunta que ainda não encontrou resposta, uma

³²³ CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, op. cit. e CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.35-36.

³²⁴ Segundo Heidegger, a “angústia é a situação emotiva capaz de manter aberta a contínua e radical ameaça que sai do ser mais íntimo e isolado do homem”. Diante da angústia, Heidegger afirma haver duas soluções: ou o homem foge para a vida cotidiana, ou supera a angústia, manifestando seu poder de transcendência sobre o mundo e sobre si mesmo (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.).

*experiência problemática que não foi absorvida por uma intencionalidade dogmática acabadamente fundamentante.*³²⁵

Ou seja, o direito não é um dado, ou um objeto, mas, antes, um problema – um “contínuo problematicamente constituendo”. Exatamente por isso cumpre a ele ultrapassar o jurídico positivo e, como dito, recusar o texto de lei como critério jurídico para a decisão concreta. Isso implica um diálogo problemático entre a norma (enquanto normativa solução abstrata de um pressuposto problema jurídico tipificado) e as exigências normativas específicas do caso decidendo compreendido autonomamente. Há, portanto, inevitavelmente uma mediação judicativa a que o intérprete (o julgador concreto-judicativo) será chamado e – veja-se – de que será o responsável.

Assim, o jurisprudencialismo assume o paradigma da jurisdição centrado no juízo e não na subsunção lógico-dedutivista ou na simples decisão. Juízo esse que não se identifica com um qualquer raciocínio lógico, mas que, antes, realiza o sentido prático de julgar. É um juízo da ponderação prática, de índole prático-argumentativa, que assume como critério fundamentos³²⁶ – ou seja, um juízo que, mediante uma ponderação argumentativa racionalmente orientada, convoca posições divergentes e conduz a uma solução comunicativamente fundada. É preciso alertar, no entanto, que o argumento não é, nesta perspectiva, uma premissa, não se trata de uma proposição pressuposta de uma inferência necessária. Se assim fosse, estaríamos-nos conduzindo para a mera subsunção lógico-dedutiva. Trata-se, portanto, de juízos axiológico-normativamente críticos sobre o objeto problemático de resolução, cuja principal função social está na afirmação de valores em seu concreto cumprimento. Assim, para o jurisprudencialismo, a perspectiva normativa é imanente e o seu tempo é o presente (não o passado, como na perspectiva legalista, nem no futuro, como na perspectiva funcionalista), sendo indispensável o juiz e a sua responsabilidade ética de projeção comunitária. O papel a ser assumido pelo juiz, nesta quadra, não é o de mero

³²⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.38.

³²⁶ Esses fundamentos não são considerados como premissas ou como efeitos, mas fundamentos propriamente dito, ou seja, fundamentos em que a normatividade do sistema da validade se manifeste e se determine, como bem refere Castanheira Neves (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 41).

funcionário, servidor passivo do legislador ou simples burocrata, mas daquele que assume para si uma responsabilidade ética, que constitui o direito como expressão humana. É esse juízo que importa considerar para uma revisão do direito processual civil e de seus compromissos ideológicos.

Não há como desviar-se da perspectiva filosófico-fenomenológica para compreender a situação problemática do direito hoje, especialmente no que se refere às insuficiências do direito processual civil e os obstáculos à construção e à compreensão da tutela jurisdicional preventiva. Ora, sem o exercício filosófico-reflexivo, o homem (e o direito) torna-se simplesmente vítima do processo histórico e do curso dos fenômenos. Sem uma “parada” filosófica, novas atitudes dos juristas de hoje não pode ser pensadas e o direito não pode ser problematizado. Por óbvio, há que se pôr de lado aprofundamentos filosóficos, primeiro por não ser este o objetivo da pesquisa, segundo por não se ter condições e formação para fazê-lo. Porém, evidenciar os pontos de partida assumidos se faz necessário. O itinerário não se assenta em “essências” ou em “*a priori*” ontológicos, mas assume a perspectiva do homem-pessoa e a defesa da jurisdição estatal, enquanto instituição indispensável à prática de um regime verdadeiramente democrático, incorporando a dimensão do tempo na compreensão hermenêutica do direito processual civil. Nessa quadra, refuta-se imediatamente um modelo de normativismo legalista bem como modelos de funcionalismo jurídico, assumindo o direito como ciência da compreensão, valendo-se, para tanto, do modelo jurisprudencialista de Castanheira Neves.

Capítulo 3 – O Direito, a Jurisdição e o Processo

O diálogo que travamos com o passado nos coloca diante de uma situação fundamentalmente diferente da nossa – uma situação ‘estranha’, diríamos –, que conseqüentemente exige de nós um procedimento interpretativo.
(Hans-Georg Gadamer)³²⁷

3.1 Da jurisdição dos conflitos à jurisdição da concretização da Constituição: o desdobramento no tempo

A passagem do Estado absoluto para o Estado liberal, com a formação de um Estado de Direito, significou não só uma profunda alteração na roupagem do Estado, mas também implicou transformações nas concepções de direito e de jurisdição.³²⁸

Traçando uma interessante análise entre justiça e poder, ou seja, entre jurisdição/processo e Estado, Mirjan Damaska³²⁹ contrapõe esse perfil reativo do Estado liberal ao perfil ativo desejado para o Estado democrático. Contrapondo modelos hierárquicos a modelos paritários (ou coordenados) de organização do poder do Estado, Damaska faz imaginar dois perfis de jurisdição: uma jurisdição cujo principal objetivo é

³²⁷ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizado por Pierre Fruchon. Tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p.20.

³²⁸ Ver nesse sentido: FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., também publicado em *Revista Internacional de Filosofía Política*, n. 17, Madrid, 2001, p. 31-46.

³²⁹ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2005.

a resolução de conflitos; e outra, cujo objetivo primeiro é a implementação de políticas do Estado, ou seja, a concretização de valores constitucionais.

A distinção entre modelos hierárquicos e modelos paritários refere-se à estrutura do poder; enquanto a distinção entre o objetivo de resolução de conflitos e o de implementação de políticas refere-se à função assumida pelo mesmo Estado. Por certo, trata-se de modelos teóricos puros, que não podem ser encontrados por aí, tal como se estivesse a trabalhar com experiências laboratoriais. O Estado liberal corresponderia a um Estado reativo, enquanto o Estado social ou o Estado democrático, a um Estado ativo, cada um deles delineando um perfil diferente para a função jurisdicional e, conseqüentemente, para a construção do seu edifício processual.

Em um Estado cujo perfil seja ativo, a exemplo dos Estados social e democrático, a resolução de conflitos subjetivos são pretextos para que seja possível encontrar a melhor solução para um problema social. Deste modo, antes de investigar sobre que tipo de Jurisdição ou de Processo Judicial se pretende para uma determinada sociedade, inevitável observar qual o perfil do Estado. Isso implica dizer que o direito, para além do simples texto de lei, tem sua substância moldada pela Constituição e que o juiz, para além de um funcionário público e do objetivo de resolução de um conflito intersubjetivo, é um agente de poder que, através da interpretação/hermenêutica da lei e do controle da constitucionalidade, faz valer os princípios constitucionais que estão sempre por trás de toda e qualquer lei. Nesta perspectiva, toda e qualquer decisão deve partir dos princípios constitucionais e da implementação de direitos fundamentais, exercendo, o judiciário, papel de extrema importância para a consolidação dos valores inscritos na Constituição. Resta, portanto, a conclusão de que a função nitidamente jurisdicional não se contenta com o modelo de solução de controvérsias – de cariz eminentemente privado, individualista – mas ultrapassa-o para atender aos valores constitucionais.

Não se pode negar a (re)aproximação que se tem verificado entre as tradições jurídicas ocidentais da *common law* e a romano-canônica. A abordagem que Owen Fiss, embora feita no contexto da *common law*, é bastante compatível com os anseios (e problemas) da sociedade moderna, guardadas as diferenças entre as tradições jurídicas. Owen Fiss afirma, com propriedade, que “*the function of a judge is to give concrete*

meaning and application to our constitutional value”,³³⁰ ou seja, ao judiciário incumbe a atribuição de sentido e significado aos valores constitucionais (“*give meaning to our public value*”). Não se trata, por óbvio, de tornar o judiciário parte ativa na política de grupos de interesse ou o advogado das minorias, mas também não há que se imaginar um judiciário silente, “neutro” ante ameaças aos valores constitucionais.³³¹ A tarefa da jurisdição não é declarar o ‘certo’ ou o ‘errado’ ou simplesmente atribuir significado à lei, mas sim realizar, no caso, o que foi prometido pela Constituição.

Há que se registrar que assumir a jurisdição na perspectiva da implementação dos valores constitucionais para além do modelo de solução de controvérsias (arraigado a uma visão individualista), é refutar o modelo do normativismo-legalista,³³² bem como o modelo do funcionalismo jurídico, em nome de uma perspectiva polarizada no homem-pessoa, sujeito da prática problemática-judicanda e assumido como a reafirmação/recuperação do sentido da prática jurídica como *iuris-prudentia*. Daí falar-se da importância do papel e da delicada atuação do juiz para a concretização dos valores constitucionais.³³³

³³⁰ FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, 1979, p. 4.

³³¹ Reproduzindo Owen Fiss, tem-se que “judges have no monopoly on the task of giving meaning to the public values of the Constitution, but neither is there reason for them to be silent. They too can make a contribution to the public debate and inquiry” (FISS, Owen. *The forms of justice*, op. cit., p. 2).

³³² Sobre a crítica ao modelo normativo-legalista, consultar a obra de Castanheira Neves, em especial, CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 35; CASTANHEIRA NEVES, António. A revolução e o direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 51-239 (em especial p. 208-222); CASTANHEIRA NEVES, António. Justiça e direito. In: *Digesta*, v. 1, op. cit., p. 241-286 (em especial p. 274-284).

³³³ A discussão acerca do papel e atuação do magistrado é de extrema relevância, pois que não pode atuar como um arbitrário tampouco como um autômato, daí falar-se que o juiz está imerso em valores constitucionais e que estes não se reduzem o texto legal. A discussão, porém, é bastante delicada e está longe de navegar em águas tranqüilas. Para uma reflexão sobre o tema, ver, em especial, as obras: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.; CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. In: *Digesta*, v. 1, op. cit.

3.2 A jurisdição no Estado Constitucional e as duas faces de *janus*: afinal, o que há de romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica?

Considerando os degraus da história, vê-se que, na tradição romano-canônica, “a jurisdição é judicial, e não jurisdicional, no sentido autenticamente romano”, como bem adverte Ovídio Baptista da Silva em seus estudos sobre a *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna.³³⁴ Quando se busca compreender o sentido moderno da jurisdição e se indica esta como herdeira do legado de direito romano, não se pode desconsiderar que a própria história do direito romano conheceu várias fases. Não há uma correspondência absoluta entre a *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna! No entanto, é irrefutável que as instituições processuais contemporâneas reproduzem princípios, categorias e institutos praticados no direito romano decadente.³³⁵ Portanto, questiona-se o que há de efetivamente romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica.

Convém advertir que o interesse que ora se levanta por aspectos históricos do direito e da cultura jurídica de Roma, na Antigüidade clássica e no Medievo, não pretende um estudo estritamente historiográfico. Tampouco tal interesse pode ser acusado de resumir-se a uma mera compilação de historietas do mundo antigo ou medieval. Lançar esse olhar sobre o direito e a cultura jurídica de Roma, nos limites que se propõe, longe de significar um apego ao conceitualismo puro e à cronologia de fases históricas com ênfase à evolução linear do tempo, é, antes de mais nada, uma alternativa para fugir do anacronismo de compreensões que tomam instituições do mundo antigo como categorias modernas, desconsiderando por completo uma historicidade do próprio direito, ocultando os verdadeiros compromissos dessas categorias. Como bem refere Baptista da Silva, “o sinal mais aparente do dogmatismo – a razão da formação do dogma – é a perda da perspectiva histórica por parte daqueles que lidam com o sistema”. E mais, “obscurecida a historicidade do direito, perde-se a capacidade de

³³⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

³³⁵ Ver, nesse sentido, as obras: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit. e _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

elucidar o ‘porquê’”.³³⁶ Torna-se impossível conceber que a realidade histórica esteja à disposição no mundo da vida (*lebenswelt*). Ao contrário! Ela é construída pelo olhar do intérprete, que, consciente dessa dimensão hermenêutica, repudia verdades absolutas, mesmo as verdades históricas.

Quando se lança o desafio de investigar o grau de fidelidade entre a jurisdição moderna e a *jurisdictio* romana, assume-se o risco de abalar a estrutura da compreensão aceita contemporaneamente de que a superação da influência do direito germânico medieval fez com que a tradição jurídica retornasse às bases do direito romano.³³⁷ Trata-se, portanto, da introdução de um problema essencialmente hermenêutico. A reprodução, como refere Gadamer,³³⁸ é uma interpretação que implica certa compreensão do texto original. Assim, considerando-se que cada intérprete propõe a sua própria interpretação, que não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definitivo de propriedade (*justesse*), não se pode falar em uma objetividade absoluta.

Deste modo, é possível reler a história do direito e dos institutos processuais para que seja possível adquirir um conhecimento sobre a tradição jurídica romano-canônica e, quiçá, enriquecê-la, confirmá-la ou modificá-la. Contribuir, assim, para a descoberta da identidade da tradição jurídica romano-canônica. Afinal, os preconceitos que dominam uma determinada época (ou o senso comum teórico dos juristas) freqüentemente comprometem um (re)conhecimento do passado histórico.³³⁹ Desse modo, o recuo do tempo (a distância temporal de que falava Gadamer) permite que uma compreensão não se reduza a um juízo arbitrário.³⁴⁰

Assim, importante observar que durante a história do direito romano, que cobriu não só o mundo antigo como também o medieval, é possível notar uma mudança no caráter do direito de acordo com a evolução da civilização romana, com as alterações

³³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Prefácio à obra MACHADO, Fabio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit., p. XV.

³³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 263.

³³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit., p.10.

³³⁹ Ver, nesse sentido, a obra: GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit.

³⁴⁰ Nas palavras de Gadamer, tem-se que “cada um de nós sabe quão arbitrariamente emitimos os nossos juízos quando nossas idéias não se tornam esclarecidas pelo recuo do tempo”. É a distância temporal que irá permitir distinguir os preconceitos que cegam daqueles preconceitos que esclarecem (Ibidem, p.68.)

políticas, econômicas e sociais que a caracterizavam. Para melhor compreender a evolução do caráter do direito na civilização romana, os historiadores costumam referir-se a duas cronologias³⁴¹ da história romana: uma cronologia política (história externa) e uma cronologia jurídica (história interna). Aquela leva em consideração a organização política de Roma e as formas de manifestação do direito (fontes de cognição do direito) na época. A cronologia jurídica, por sua vez, parte das instituições do direito, relacionando-se também com a (pré)-história do direito processual.

Partindo da perspectiva hermenêutica, vislumbra-se a história jurídica romana estendida em quatro períodos, organizados conforme as formas de governo: (a) período real; (b) período republicano; (c) período do principado e (d) período do *dominato*.³⁴² Quanto à história interna, existiram três fases: (a) a do direito romano antigo ou pré-clássico; (b) a do direito clássico e (c) a do direito romano pós-clássico ou romano-helênico.³⁴³

Percorrer esses diferentes momentos da história do direito em Roma permite observar uma marcante diferença entre a *jurisdictio* do período republicano e a

³⁴¹ Sobre a história do direito romano, seus períodos e características, consultar: GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, op. cit.; D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA, 1997; KASER, Max. *Direito romano privado*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle do original alemão intitulado: *Romisches Privatrecht*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. v. I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002; HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982 e MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁴² O período monárquico (realeza) da história de Roma cobre desde as origens de Roma (753 a.C.) até 510 a.C. O período republicano estende-se desde a queda da realeza (510 a.C.) até 27 a.C, quando o Senado investe Otaviano (o futuro Augusto) no poder supremo com a denominação de *princeps*, inaugurando-se, assim, o período do principado (de 27 a.C. até 285 d.C.), considerada uma fase de transição entre a república e o *dominato*. O período do *dominato* (de 285 a 565) estende-se até a morte de Justiniano, a partir de então passa a falar-se em período do direito bizantino.

³⁴³ Sob esse critério, tem-se o período antigo ou pré-clássico considerado como uma fase primitiva do direito romano, que compreende desde as origens de Roma (753 a.C.) até aproximadamente 149 e 126 a.C., com o advento da *Lei Aebutia*, responsável pela substituição do processo das *legis actiones* pelo processo *per formulas*. A partir de então, ingressa-se no período do direito romano clássico (de 149/126 a.C. até 305 d.C.) que irá influenciar a civilização romana até o término do reinado de Diocleciano. A fase seguinte corresponde ao direito romano pós-clássico, que, a partir do reinado de Justiniano, também pode ser designada por fase do direito justinianeu.

jurisdição praticada nos estágios finais do direito romano.³⁴⁴ No direito clássico – que compreende a parte final da República romana e grande parte do Principado – a lei não é a fonte exclusiva ou principal do direito, é sim, fonte secundária. Na verdade, as leis escritas eram raras nessa época. Aliás, a forma escrita não era o penhor da difusão do direito na Antigüidade. Ela permitia uma memorização superior à oralidade, mas não se pode olvidar que reduzir o direito ao que estava escrito à época impõe o risco de considerar-se apenas o instrumento de uma minoria, próxima do poder. São os limites do muro da escrita de que fala Norbert Rouland.³⁴⁵

O período clássico, que atravessa a República tardia e enfrenta o início do Principado, não era dotado de um sistema jurídico organizado, sistematizado legislativamente. Nessa época, a norma a ser observada no caso concreto era criada através da *jurisdictio*. Ou seja, o direito era criação da *jurisdictio* pretoriana, não se tratava de uma norma abstrata, tal qual as leis do direito moderno. Como refere Baptista da Silva, ao pretor “não cabia a criação das normas gerais, como o faz o legislador moderno, ou como o produziu o direito do estado romano, criado pelos *principes* e depois pelos imperadores. A *jurisdictio* pretoriana criava um ‘vínculo jurídico concreto’ entre as partes litigantes (*ius*), nunca uma norma abstrata, semelhante a nossas leis”.³⁴⁶

Os textos legais romanos (as leis) vão se formar gradativamente. A lei só assumirá um lugar de destaque, no contexto romano, a partir do reinado de Justiniano,³⁴⁷ com a publicação das suas compilações (Codex, Digesto, Institutas e Novelas), já no

³⁴⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit. Nos limites propostos, não será feito um levantamento histórico da Jurisdição. No entanto, recomenda-se o estudo feito em _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit. Na mesma linha de raciocínio, consultar também: MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*, op. cit.; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit.; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

³⁴⁵ “A escrita modifica o direito. Mas não o cria”. Nesse sentido, tratando sobre o ‘muro da escrita’, ver: ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*, op. cit., p.32 et seq.

³⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.08-09.

³⁴⁷ O imperador Justiniano, em 527, sobe ao trono em Constantinopla, permanecendo no poder até 565, quando morre (HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit.; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002).

século VI, entre os anos 529 e 534, batizadas bem mais tarde de *Corpus Juris Civilis*.³⁴⁸ A partir de então, é que se pode inferir que as normas legais começaram a representar uma fonte significativa de produção do Direito. Isso vai corresponder à fase do direito romano pós-clássico, quando a lei se assume como fonte exclusiva do direito e o Imperador como seu único intérprete³⁴⁹.

Justiniano, contam os historiadores em voz única, era um amante da passada glória romana: era um restaurador, tudo que era bom estava no passado, e a jurisprudência de seu tempo era considerada decadente.³⁵⁰ Com um espírito codificador-simplificador da época, o *Corpus Juris Civilis* justificou a proibição de toda referência à obra dos jurisconsultos não incluída no Digesto e a queima dos manuscritos de jurisconsultos excluídos.³⁵¹ Deu-se a reprodução do passado, sem uma releitura. O resultado foi inevitável: em pouco tempo o *Corpus Juris Civilis* cai no esquecimento. Mais tarde, entre os séculos XI e XII, com o auxílio dos glosadores e pós-glosadores, o *Corpus Juris Civilis* foi resgatado. Foram os sistemas europeus, bem mais tarde, que institucionalizaram as leis (movimento da codificação do século XIX).

Essa substituição da *jurisdictio* pretoriana, enquanto fonte do direito, pelos textos romanos representou a passagem do direito do caso à justiça da lei (imposta pelo soberano): aquele cedeu lugar a esta. Exatamente por isso, a ciência jurídica vai assumir a justiça não como algo a ser desvelado pelo juiz, mas ao contrário, como algo a ser dado pelo legislador. O direito, na concepção moderna, apresenta-se não como uma criação do caso, mas como algo pré-dado, imposto pelo Estado. Perdeu-se, assim, o sentido da *jurisdictio* ao longo do processo de monopolização da produção do direito pelo Estado. Daí falar que a memória do direito está cheia de esquecimento!

³⁴⁸ O nome *Corpus Juris Civilis* será utilizado pelo romanista Dionísio Godofredo, em 1538, para designar as compilações de Justiniano (HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit.; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, op. cit.).

³⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 02.

³⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, op. cit., p. 117; MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canônica*. 2. ed. 5. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

³⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, op. cit., p.118.

A doutrina brasileira³⁵² costuma afirmar que a jurisdição é uma atividade substitutiva do juiz. Quando assim afirma, aproxima-se de Chiovenda³⁵³ que definiu a jurisdição como sendo a função estatal que está a atuar à vontade concreta da lei, mediante a substituição de uma atividade pública. Destacando a natureza publicista do processo civil, Chiovenda compreende a jurisdição como a atuação concreta da lei. Ela – a lei – é a expressão do poder estatal, conseqüentemente a jurisdição manifesta-se a partir da revelação da vontade do legislador.³⁵⁴ É curioso que, para Chiovenda, o ordenamento jurídico seria pleno e, ao juiz, cabia subsumir a vontade abstrata da lei ao caso concreto, por meio de atividade intelectual. É inegável a presença da influência da clássica tripartição dos poderes, bem como dos valores da Revolução Francesa e dos ideais iluministas: existe a função de fazer as leis (poder legislativo) e a função de aplicá-las (poder executivo e poder judiciário). A aplicação da lei, por sua vez, faz-se de dois modos, (a) para o administrador, a lei é o seu limite, não tendo como função específica aplicá-la, mas, antes, realizar o direito, promovendo atividades destinadas ao bem comum dentro da lei – poder executivo; (b) e, para o julgador, a lei é o seu fim, ou seja, a ele cabe aplicá-la, em uma atividade secundária e coordenada, afirmando a vontade abstrata da lei e, por conseqüência, tornando-a realidade no caso concreto³⁵⁵ – poder judiciário. A criação do direito, nessa perspectiva, não é atribuição do juiz!

Essa concepção da jurisdição moderna, para Chiovenda, teria superado o peso da influência do direito germânico medieval e significado o retorno da jurisdição moderna à *jurisdictio* romana. Mas, como bem destaca Baptista da Silva, “esse retorno ao conceito romano de jurisdição era visto por Chiovenda de uma perspectiva funcional, através da qual o grande processualista percebia a identidade entre a *jurisdictio* e a jurisdição estatal moderna, no ponto em que ambas limitavam-se à função declaratória

³⁵² Os principais teóricos sobre o conceito de jurisdição são, ao lado de Chiovenda, Allorio e Carnelutti. Parecem convergir à concepção chiovendiana, no contexto brasileiro, a obra de Alexandre Freitas Câmara, Arruda Alvim, Celso Agrícola Barbi e Cândido Dinamarco. Para confirmar essa conclusão, ver: CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I. 15. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 68-72; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 310-311; ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*. v. I. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179; BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. I. 11. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 09-14.

³⁵³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, op. cit., p.03-14.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 55 et seq.

³⁵⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil*, v. I. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 26-30.

de direitos”. O juiz moderno está submetido à idéia de uma jurisdição caracterizada, sobretudo, pela atividade declarativa e pela ausência de *imperium*.

O argumento de Gadamer mostra-se mais coerente com a necessidade de fundamentação quando diz que cada intérprete propõe a sua própria interpretação, que não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definitivo de propriedade (*justesse*). Assim, uma interpretação implica certa compreensão do texto original.³⁵⁶ Veja-se que as fontes a que se referia Chiovenda, como bem observa Baptista da Silva,³⁵⁷ não dizem respeito ao direito romano clássico, mas ao período entre o direito romano pós-clássico do século III (período do *dominato*), em especial, a partir do estágio da *cognitio extra ordinem*,³⁵⁸ e do auge do direito justiniano, com seu *Corpus Juris Civilis*. Como bem refere Montaigne, “para um ateu todos os escritos sustentam o ateísmo”.³⁵⁹

Não se pode esquecer que a crise do Império Romano, a partir do século III, e a posterior queda do Império do Ocidente (476) põem em crise o saber jurídico romano (e a jurisprudência dos pretores).³⁶⁰ Como refere Hespanha, “num Império vasto, longe da atuação dos pretores urbanos de Roma, o que progressivamente foi ganhando mais importância foram as leis imperiais (*constitutiones principum*)”. Assim, “de um saber de uma elite cultivada numa longa tradição intelectual passou para uma técnica burocrática de aplicação, mais ou menos, mecânica, de ordens de poder. Ganha-se em generalidade e automatismo aquilo que perde em fineza casuística e apuramento intelectual”.³⁶¹

³⁵⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*, op. cit., p.10 e 68.

³⁵⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

³⁵⁸ O Processo no direito romano conheceu três períodos: o das *legis actiones*, o da *per formulas* e o da *extraordinaria cognitio*. Esta última fase, iniciada a partir do Principado (27 a.C.), correspondeu à fase da ruptura com o antigo processo do *ordo judiciorum privatorum*, presente nas duas fases anteriores. Santos Justo aponta que a *extraordinaria cognitio* fortaleceu cada vez mais o poder central e, assim, progressivamente o *princeps* foi afirmando-se como a fonte única do direito e os titulares da maioria das antigas magistraturas (que conheceram o seu auge no direito romano clássico e na República) tornaram-se simples funcionários do imperador (SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito privado romano*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 387).

³⁵⁹ MONTAIGNE, Michel. *Ensaio*. Tradução de Sergio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

³⁶⁰ Enquanto no Ocidente o saber jurídico romano entra em crise, acabando por administrar-se (burocratizar-se); no Oriente, o direito romano clássico deixou-se contaminar pelas influências culturais helenísticas e pelas particularidades do direito local (HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit., p. 92-93).

³⁶¹ *Ibidem*, p. 92.

A trilha seguida por Chiovenda está marcada pela matriz liberal, pela força do Estado liberal de direito, no qual estava ele inserido. O direito romano pós-clássico, o período do principado (e depois o *dominato*) e o processo romano *cognitio extraordinaria*, assim como o Estado liberal,³⁶² transformaram o Direito em um assunto de Estado, funcionalizando-o. O direito – funcionalizado – passou a ser concebido como um instrumento do poder, do governo (antes do Império, agora do Estado), como uma função a serviço de fins que lhe sejam externos.³⁶³ A apropriação do Direito pelo Estado, ou seja, o monopólio estatal da Jurisdição, guarda suas raízes em Roma, quando progressivamente o *princeps* afirma-se como única fonte de direito, e os magistrados tornam-se simples funcionários do imperador.³⁶⁴ A jurisdição moderna foi o resultado do longo processo político de formação do Estado, conseguido através do monopólio estatal da jurisdição, conforme bem observa Baptista da Silva.³⁶⁵

É certo que a memória do direito de Roma foi o principal fator de unificação dos direitos europeus.³⁶⁶ Mas o uso da distância temporal, recomendada por Gadamer, faz ver que as discrepâncias existentes entre a jurisdição dos romanos na República e a jurisdição dos romanos nos estágios finais do Império são suficientes para justificar a indagação sobre o que há de romano na jurisdição moderna. É a própria dúvida que vai nos dar a certeza.

A concepção de direito que se tem no período clássico do direito romano – período esse apontado pelos romanistas como tendo sido o auge da evolução do direito

³⁶² A ascensão do Estado liberal e das ideologias que o forjaram acentuaram ainda mais a compreensão da jurisdição enquanto atividade declarativa, desprovida de *imperium*. Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.

³⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

³⁶⁴ Santos Justo anota que, com as reformas administrativas de Diocleciano, o pretor urbano reduziu-se a um puro nome e a perda definitiva das suas faculdades jurisdicionais assinala o fim do *ordo iudiciorum privatorum* e o triunfo da *cognitio extra ordinem* (SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito privado romano*, op. cit., p. 388).

³⁶⁵ Os primeiros passos rumo à apropriação do Direito pelo Estado foram, nessa perspectiva, dados pelo próprio direito romano, no seu estágio final. Mas a sofisticação dessa funcionalização do direito e a consagração de uma concepção do direito enquanto expressão da vontade do soberano vão se dar só no século XVII e XVIII a partir de Thomas Hobbes e os filósofos contratualistas. Conforme registra Baptista da Silva, gradativamente “a justiça deixa de ser uma questão inerente à *jurisdictio*, para ser um assunto de Estado” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.4).

³⁶⁶ HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit., p. 91 et seq.

romano – é bastante diferente da concepção atual, onde a lei é praticamente fonte exclusiva do direito. No período clássico, coexistiam várias fontes do direito:³⁶⁷ “o momento da resolução dos casos é muito criativo, pois a lei não amarra, de modo algum, a inventiva do magistrado, que fica bastante livre para imaginar soluções específicas para cada situação”. Na verdade, como bem ressalta Hespanha, o direito ganha “um caráter casuístico que incentiva uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto”.³⁶⁸

A partir deste olhar, parece inevitável concluir que “a *jurisdictio* do direito romano clássico diverge da jurisdição que nosso direito recebeu como herança”. É nesta trilha que segue Baptista da Silva,³⁶⁹ acrescentando, ainda, que o caráter privado – ou seja, não estatal – da jurisdição romana do período clássico também se distingue do perfil da jurisdição moderna. Falar em privado, em sede de direito romano, não é opor-se ao público, mas sim ao estatal.³⁷⁰ Assim, se a jurisdição moderna é uma função do Estado, a *jurisdictio* romana (expressão do *imperium* romano) estava desligada das funções estatais e isso vai ser muito mais acentuado na tradição romano-canônica do que na tradição *common law*.³⁷¹

É verdade que o direito moderno é o herdeiro, seja nos seus conceitos, seja nos seus institutos ou mesmo na sua linguagem, daquela longa tradição que os textos de direito romano tiveram lugar. No entanto, não se deve ignorar que, ao longo desta tradição, os textos romanos sofreram (re)interpretações contínuas e, simultaneamente, aqueles que protagonizavam o discurso jurídico iam sucessivamente mudando. Trata-se da contínua alteração silenciosa do direito romano invocado pela tradição romanística!

³⁶⁷ São fontes do direito, na república, o costume, a lei e os editos dos magistrados (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, op. cit.; MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, v. I., op. cit.; HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit.).

³⁶⁸ HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit., p. 92.

³⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

³⁷⁰ Nesse sentido, registra Baptista da Silva que “poderíamos indicar o caráter privado da jurisdição romana daquele período, como um ponto em que ela se distingue da jurisdição que nos foi legada pelo direito de Justiniano. Quando, porém, antepomos a caráter privado do processo romano clássico ao caráter público da jurisdição moderna, é necessário advertir que a palavra privado, aqui, não se opõe a público, e sim a estatal. A *iurisdictio* do direito clássico era tão pública, como autêntica expressão do *imperium*, quanto poderá sê-lo a jurisdição moderna. Ela não era estatal, como hoje, enquanto expressão da soberania do Estado romano” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.).

³⁷¹ *Ibidem*.

É claro que, não fossem essas mutações, o direito romano talvez não sobrevivesse às transformações culturais e sociais da sociedade européia durante mais de dois milênios, como bem observa Hespanha. Exatamente por isso que é preciso ter-se claro que cada instituto jurídico ou cada conceito de direito faz parte de um contexto, do qual recebe o seu sentido. Mudado o contexto, os sentidos das peças isoladas recompõem-se, nada tendo a ver com o sentido que elas tinham no contexto anterior.³⁷²

É bem provável que, na tradição jurídica romano-canônica, exista mais esquecimento que memória. Ou, para parafrasear o especialista americano em memória, James McGaugh,³⁷³ “a memória está feita basicamente de esquecimento”. Só porque esquecemos os sentidos originários das instituições é que elas podem continuar a funcionar, nesta contínua readaptação que é a sua história.

Só por que esquecemos o sentido originário das palavras romanas que significam ‘obrigação’ (obligatio – atar em volta de) ou ‘pagamento’ (solutio – desatar) é que alguns textos de direito romano que se lhes referem, podem continuar a ser invocados (depurados, como é evidente, dos seus sentidos, explícitos ou implícitos, originais).³⁷⁴

Ou, ainda, “só por que esquecemos o conteúdo originário de conceitos romanos como *paterfamilias* (ou mesmo *familia*) ou *actio* (ação) é que podemos continuar a tirar partido de alguns princípios de direito romano que se lhes referem”.³⁷⁵ Certamente, “o aspecto mais notável da memória é o esquecimento”. A memória da jurisdição moderna está ocupada pelo esquecimento do sentido da *jurisdictio* romana. “O nosso conceito de jurisdição não coincide com o romano de *jurisdictio*”.³⁷⁶

Mas ainda há lugar para outros esquecimentos na memória da tradição romano-canônica. A confusão que se faz entre *jurisdictio* romana e jurisdição moderna implica a perda da sensibilidade jurídica para distinguir a função do juiz privado (*iudex*) e a função do pretor (*praetor*).³⁷⁷ Aquele julgava, aplicava o direito, mas não estava investido do poder jurisdicional. Esse, por sua vez, era quem exercia a autêntica

³⁷² HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit., p. 98-99.

³⁷³ MCGAUGH, James apud IZQUIERDO, Iván. *A arte de esquecer*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2005.

³⁷⁴ HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*, op. cit., p. 99.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 99.

³⁷⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.15.

³⁷⁷ *Ibidem*, p.6.

jurisdição (*jurisdictio*). Assim, pode-se afirmar que a função do *iudex* identifica-se com a função dos magistrados do direito moderno: a aplicar o direito. A função do pretor significava, no sentido moderno, uma atividade análoga a do legislador: o pretor legisla para o caso concreto, praticando a *jurisdictio*. Assim, alerta Baptista da Silva, a jurisdição moderna “é ‘judicial’, não jurisdicional, no sentido autenticamente romano”. A função que os romanos atribuíam ao pretor, conferindo-lhe o exercício da *jurisdictio*, ou seja, o poder de dizer o direito (*dicere ius*), não se identifica com a compreensão moderna de jurisdição.³⁷⁸

A função legislativa e a função jurisdicional não encontram correspondência no direito romano. No direito moderno, costuma-se identificar o verbo *dicere* (da expressão *ius dicere*) com ‘declarar’, ‘dizer’ na sentença o direito a ser aplicado. Baptista da Silva defende, com propriedade, que o sentido romano de *ius dicere* não contém a função declaratória das sentenças do direito moderno. Basta investigar a produção legislativa no direito romano: a lei vai surgir, lentamente, a partir do Principado.³⁷⁹ Só então a lei passa a ser considerada uma fonte significativa de produção do direito, substituindo paulatinamente as fontes clássicas, conforme afirmado acima. Antes do Principado, na República, a principal fonte do direito era pretoriana,³⁸⁰ ou seja, a criação, a evolução e a renovação do direito romano (clássico) era fruto principalmente da atividade dos magistrados e dos jurisconsultos (jurisprudência clássica).

³⁷⁸ Não se deve esquecer de que as leis eram raras àquela época e inexistia um sistema jurídico organizado, sistematizado legislativamente. Isso faz crer que, de fato, o pretor atuava como o atual legislador, criando a norma para o caso concreto (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.6).

³⁷⁹ Recordar que o Principado (27 a.C.-285 a.C.) é a fase de transição entre a República e o Dominato. Foi a partir de Augusto (Caio Julio Cesar Octaviano), o primeiro imperador romano, que o “direito romano passou a contar com um corpo de normas jurídicas, cuja importância não parou de crescer até nossos dias”, conforme observa Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.08).

³⁸⁰ Nesse sentido, consultar: HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005; LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, op. cit.; TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1989; BESSONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1992.

3.3 Direito material e direito processual: a diferença (ontológica) que faz diferença

Até chegar aos dias atuais, a relação entre direito material e processo assumiu diversas perspectivas, revelando uma forte influência exercida pelo normativismo sobre a ciência processual. O resultado foi a dificuldade em compreender as especificidades do direito material, ocultado no direito processual, que restou superdimensionado (autonomizado) pela ciência processual, deixando-se, não raro, influenciar-se por uma concepção unitária, posteriormente ocorrendo a separação entre ambos e a autonomização do direito processual, resultado da fase instrumental do direito processual. São os períodos sincrético, autonomista e instrumentalista. Na sua primeira fase – sincretismo ou praxismo –, o processo subordinava-se ao direito material, reduzindo-se a uma simples sucessão de atos, a mero procedimento, sem autonomia científica. A relação entre ambos explicitava-se na *actio* romana. A sua segunda fase – processualismo – teve como mentor intelectual Oscar Bülow. A partir de então é possível falar em uma ciência processual: o processo, agora autônomo, desprega-se do direito material e passa a construir as suas próprias categorias e seus próprios conceitos.

Mas é ao tom do processualismo, sob os olhos das filosofias liberais e do racionalismo, que o procedimento ordinário alastra-se como procedimento padrão. Na sua terceira fase – instrumentalismo ou formalismo-valorativo³⁸¹ – emergem valores constitucionais e a instrumentalidade ética do processo. Direito material e processo estabelecem uma relação de interdependência: aquele é essencial a este e este fundamental àquele. Fala-se em efetividade processual e no processo como instrumento – instrumento ético-político de resolução de conflitos.³⁸² Esta fase, oriunda do cientificismo, ignora a capacidade criativa do poder judicial e, portanto, o cariz hermenêutico e a natureza dialógica do processo. Não há uma sintonia com a quadratura atual, marcada pela transição paradigmática.

³⁸¹ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

³⁸² Nesse sentido, consultar: DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A relação entre direito material e processo provocou intensas discussões no contexto da ciência processual. A ciência processual moderna³⁸³ lutou muito para firmar-se sobre as bases de um direito processual autônomo e desvinculado do direito material. No entanto, todos os esforços para ‘separar’ o processo da relação jurídica material não foram capazes de compreender a ‘diferença’ entre os planos processual e material. O resultado foi a completa cisão entre direito material e processo, com a ocultação das ações de direito material e a substituição da *actio* romana pela “ação” processual.³⁸⁴ A dogmática processual, através de uma tarefa intelectual árdua, apropriou-se de uma categoria milenar (*actio*) que não correspondia em nada à moderna “ação” processual, eliminando as ações de direito material e, conseqüentemente, o ponto de contato entre direito material e processo,³⁸⁵ Nesse percurso, perdeu-se também a compreensão sobre pretensão.

Como bem refere Clóvis do Couto e Silva, “em sua maioria, os processualistas analisam apenas os aspectos dogmáticos atuais do direito processual, livres de toda e qualquer preocupação de aplicar elementos da teoria geral do direito ou de fazer uma história dos conceitos”.³⁸⁶ Assim, além de se reduzirem à dogmática, desconsideraram toda a historicidade.

³⁸³ Observe-se que a ciência processual nasce na modernidade e, com ela, não se confunde o direito processual. Faz-se indispensável distinguir ciência do direito processual e direito processual.

³⁸⁴ Utilizar-se-á a grafia ação para designar a ação de direito material e “ação” para designar a ação de direito processual, seguindo orientação de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998 (em especial, p. 123-130). A expressão “ação” (de direito processual) é aqui utilizada entre aspas, seguindo orientação de Pontes de Miranda e Baptista da Silva, para ressaltar sua diferença em relação à ação de direito material. Como bem refere Pontes de Miranda, “a ação exerce-se principalmente por meio de ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou. A ação exerce-se, porém, de outros modos” (Ibidem, p.124). Seguindo idêntica orientação, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.; _____. *Direito material e processo*. In: *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba, jul./set., 2004, p. 615-635; AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. In: *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, n. 34, Curitiba, out./nov., 2004, p. 665-689; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*, op. cit., p.110-129; MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 139-164.

³⁸⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. A unidade do ordenamento e jurisdição declaratória. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

³⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. In: *Revista Ajuris*, v. 43, Porto Alegre, jul./1988, p. 69-78; e *Revista de Informação Legislativa*, v. 100, Brasília, 1988.

Desde a formação da ciência processual, o esforço (e os equívocos cometidos) para separar direito material e processo resultou na ruptura do elo de ligação entre direito material e processual: ocultou-se a diferença (ontológica) entre eles.³⁸⁷

O processo, em conseqüência, paulatinamente foi perdendo sua função, restringindo-se a mero procedimento vazio de sentido, esvaziando-se enquanto instrumento de tutela de direitos, perdendo a sua vinculação com a concretização dos direitos. Essa separação entre direito material e direito processual, tal qual apresentada pela ciência processual, significou a reduplicação de entes que, em seu ser, são a mesma coisa.³⁸⁸ A imagem de um direito processual desligado do direito material fez pensar (equivocadamente) que a própria existência do direito material é dependente do exercício da “ação” processual. O processo, reduzido ao mundo da técnica, ficou cercado por automatismos burocráticos e pela coisificação do direito material.

Alessandro Pekelis, seguindo esse entendimento, recusa a prioridade do direito material sobre o processo, afirmando que “si ritornerà alla concezione unitaria dell’ordinamento giuridico, superando così la concezione dualistica, frutto e sintomo, come ogni dualismo, di una profonda crisi nel campo ove domina”.³⁸⁹ Adotando posição similar, Calmon de Passos também confirma que “não há um direito fora do processo de sua produção”. Para o autor, “só há direito que o processo produz”.³⁹⁰

³⁸⁷ A “diferença ontológica” é aqui utilizada no sentido empregado por Heidegger na fenomenologia hermenêutica e transportada para o direito por Lenio Streck, para significar a diferença entre o ser e o ente. É a diferença ontológica que permite perceber que o ser não é o ente, muito embora o ser não apareça senão vinculado ao ente. O ser não pode ser pensado do mesmo modo que o ente é pensado. Ser e ente estão intimamente ligados, embora não se identifiquem. Há um mútuo pertencimento entre ambos. Ou seja, ser e ente não se identificam, nem se separam, mas se diferenciam (ontologicamente). É esta diferença que faz a diferença entre texto e norma, entre vigência e validade, conforme observado por Lenio Streck (STRECK, Lenio. *Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo*. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLVI, p. 55-86, 2006). Desse modo, há uma diferença ontológica entre direito material e processo, sem, contudo, escorregar para a teoria da unidade do ordenamento, haja vista que esta identifica o direito material unicamente ao processo, ou seja, ao direito produzido através do processo. A teoria da unidade, portanto, não pensa a diferença (ontológica) entre ser e ente, pensa, antes, o ser como um ente possível. Deste modo, a diferença ontológica é aquela que permite que o ser se distinga do ente e o transcenda. Ver, nesse sentido, STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaio sobre a desconstrução*. Porto Alegre, Edipucrs, 2000; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

³⁸⁸ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.185-194.

³⁸⁹ PEKELIS, Alexandro. *Il diritto come volontà costante*. Milão: CEDAM, 1931, p. 173.

³⁹⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. É possível pensar o direito processual. In: *Informativo Incijur*, Joinville, n. 63, out./2004, p. 02.

Valendo-se de algumas categorias do pensamento heideggeriano para explicitar a relação entre o direito material e o processo, sem separá-los (duplicá-los), é importante partir, em especial, de duas categorias: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico – progressivamente temas centrais da filosofia heideggeriana. A diferença ontológica acontece na faticidade circular do ser-aí e não como o resultado de um conhecimento ou de um esforço reflexivo. A diferença ontológica se apresenta como elemento estrutural básico que informa o próprio ser-aí, dando-lhe seu ser e seu sentido.³⁹¹

A relação entre direito material e processo, com a formação da ciência processual, deu-se eminentemente a partir de um raciocínio procedural, separando ser e ente, desconsiderando a diferença ontológica³⁹² entre estes dois planos, duplicando entes, coisificando³⁹³ o direito material.

Desse cenário é possível observar um equívoco histórico, um resultado prático e uma (pseudo)polêmica. O equívoco histórico consiste na apropriação de uma categoria milenar – a *actio* romana – transfigurando-a em um fenômeno absolutamente distinto, a “ação” processual. O resultado prático consiste na utilização de uma mesma expressão para designar fenômenos distintos, pertencentes a planos também distintos – ação de direito material e a “ação” processual. Diante do equívoco e seu resultado, a polêmica em torno da ação se desenvolveu, embora muitos pensassem estar discutindo sobre o conceito de um mesmo fenômeno. Na verdade, estavam a tratar de fenômenos distintos, batizados com o mesmo nome. Uma pseudo-polêmica! Estavam tratando de coisas

³⁹¹ Heidegger coloca a questão do ser, partindo da diferença ontológica – ser e ente relacionam-se um com o outro, mas estão apartados. Para uma compreensão sobre as categorias, diferença ontológica e círculo hermenêutico, consultar: HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, op. cit.; _____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*, op. cit.; _____. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijui, 2001; INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 42 e SAFRANSKI, Rudiger. *Ser e tempo. Que ser? Que sentido?* In: _____. *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 206.

³⁹² A categoria “diferença ontológica”, ao lado da categoria “círculo hermenêutico” tornaram-se progressivamente o tema central da filosofia heideggeriana e aqui são utilizadas no argumento central do capítulo: a existência da ação de direito material enquanto elo de ligação entre direito material e direito processual, haja vista a diferença entre estes dois planos. Contesta-se, assim, a tese dos unitaristas, que peca pela ocultação do sentido do direito e pela separação entre ser e ente.

³⁹³ A expressão “coisificação” é aqui empregada no sentido de um direito material criado unicamente a partir da técnica, do procedimento judicial, tratado no contexto da relação sujeito-objeto e fruto de perspectiva procedimentalista.

distintas, partindo de pressupostos distintos, mas discutindo sobre os resultados de uma e outra percepção. A historicidade da linguagem foi desconsiderada, pois sob um mesmo termo podem ocultar-se sentidos distintos e diferentes práticas.

De fato, um dos aspectos que, de longa data, tem movimentado debates calorosos entre estudiosos do direito processual sem dúvida gira em torno da ação. Transcorrido já mais de um século desde o início da polêmica em torno da ação, ela ainda tem ocupado a agenda de muitos processualistas.³⁹⁴ De fato, trata-se de um dos aspectos mais transcendentais da dogmática jurídica no contexto processual civil.

Foram dois os episódios marcantes na história das modernas instituições processuais que auxiliaram na compreensão do equívoco cometido pela doutrina moderna: (a) a polêmica sobre a ‘*actio*’ romana sustentada, em meados do século XIX,³⁹⁵ por Bernhard Windscheid³⁹⁶ e Theodor Muther,³⁹⁷ traduzida por Pugliese³⁹⁸ e (b) o ensaio de Adolf Wach sobre a ‘pretensão de declaração’, publicado também no século XIX. A partir de então foram lançadas as bases para a percepção da autonomia da “ação”, preparando o cenário para a recepção da obra de Oskar Von Bülow. Contemporâneo de Muther, Adolf Wach, em 1886, afirmou a autonomia da ação. Para ele, o problema da ação é o problema da relação entre direito e processo, que reside na encruzilhada entre a norma e a vida.³⁹⁹

Assim, os primeiros passos para a autonomização do direito processual foram dados a partir de 1868, com a célebre obra ‘*Die Lehre von den Prozesseinreden und die*

³⁹⁴ A polêmica, no cenário nacional, foi retomada a partir do ensaio de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira que enfrentou a doutrina de Pontes de Miranda (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema de eficácia da sentença. In: *Revista de Processo*, n. 112, São Paulo: out./dez. 2003, p. 09-22). A resposta a este ensaio veio de Baptista da Silva, resultando na organização da obra coletiva: MACHADO Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, op. cit.

³⁹⁵ PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la “actio”*. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974; WINDSCHEID, Bernhard. *La “actio” del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual: polemica sobre la actio*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 01-196.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 01-196; WINDSCHEID, Bernhard. *La actio: replica al Dr. Theodor Muther. Polemica sobre la actio*. Tradução de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 293-355.

³⁹⁷ MUTHER, Theodor. Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestato y de la sucesion singular en las obligaciones: polemica sobre la actio. Tradução de Tomás A. Banzhaf Buenos Aires: EJE, 1974, p. 197-291.

³⁹⁸ PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la “actio”*, op. cit.

³⁹⁹ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

Prozessvoraussetzungen’,⁴⁰⁰ de autoria de Oskar Von Bülow, versando sobre os pressupostos do processo. A obra e os estudos que a partir dela se seguiram inauguraram uma nova fase para o direito processual, que passou a ser concebido de modo desvinculado do direito material. Fala-se, então, na cientificidade do direito processual. O direito banhou-se na empolgação dos séculos XIX com a ‘cientificidade’ de conhecimento humano.⁴⁰¹ Conseqüentemente, o direito passou a ser considerado uma ordem jurídica única e imutável, idealizando-se um direito processual despido de uma de suas características fundamentais, qual seja, a sua capacidade de inserir-se no campo das verdades contingentes.

Até meados do século XIX, afirmava-se categoricamente que quem tinha direito tinha ação. O resultado foi a transfiguração da *actio* romana, pertencente ao plano do direito material, em um fenômeno absolutamente distinto. Houve a substituição, porém, sem qualquer correspondência!

A partir de então, gerou-se uma confusão: a ‘ciência’ processual encarregou-se de negar a existência da ação de direito material e da pretensão, entendendo (equivocadamente) que a *actio* romana é a origem da “ação” processual moderna, confundindo ação de direito material com “ação” processual (remédio jurídico

⁴⁰⁰ Original: BULOW, Oscar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Giessen: Roth, 1868. Traduções da obra: BULOW, Oscar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964; BULOW, Oscar. *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003.

⁴⁰¹ É nesse sentido que Baptista da Silva vai afirmar que “seduzidos pelo espetacular progresso da astronomia e da matemática imaginaram eles [os filósofos e juristas europeus] que o direito, se quisesse aspirar à condição de uma verdadeira ciência, haveria de submeter-se aos padrões epistemológicos das ciências experimentais, das ciências de medir, pesar e contar, quando não, decididamente, teria de sujeitar-se aos padrões epistemológicos da matemática. Para o pensamento moderno, tudo o que não se possa comprovar pela experiência, não será racional. Racional será o experimentalmente demonstrável. As fantasias, os mitos e mistérios, próprios do pensamento medieval, haveriam de ceder lugar às verdades cientificamente provadas. É o que Max Weber indicou como “desencantamento do mundo”, um dos alicerces da cultura moderna.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Direito Material e Processo*. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, op. cit. – o artigo também está publicado em In: *Gênesis Revista de direito Processual Civil*. v. 9, n. 33, Curitiba: Gênesis, p. 615-635, jul./set. 2004; In: *Revista Ajuris*. v. 31, n. 96, ano XXXI, Porto Alegre: AJURIS, p. 289-311, dez. 2004; In: *Revista Magister: direito civil e processual civil*, v.1, n.1, p.5-29, jul./ago. 2004; In: *Revista Jurídica*, São Paulo, v.52, n.321, p.7-27, jul. 2004.)

processual), indicando com o mesmo nome (ação) categorias que pertencem a planos distintos,⁴⁰² qual seja, material e processual.⁴⁰³

Essa confusão guarda relação com o fato de os autores que à época se dedicavam ao processo civil serem, em geral, grandes romanistas, e, em consequência, também grandes civilistas. Veja-se o caso de Bülow, importante professor de direito romano, que se consagrou como grande civilista, tendo contribuído não só para os estudos sobre o processo, mas também sobre a teoria do negócio jurídico. É inegável que os juristas que tratavam sobre o direito processual antes de segunda metade do século XX tinham em vista os conceitos utilizados no direito civil, contrabandeando categorias deste para aquele.⁴⁰⁴

Passados alguns séculos, a polêmica continua:⁴⁰⁵ de um lado, aqueles que consideram irrelevante qualquer discussão sobre a ação de direito material, salvo a discussão que as elimina; de outro, aqueles que a defendem, apontando-a como o elo de ligação entre direito material e direito processual.

Na discussão nacional contemporânea, assume-se, no primeiro grupo, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e, no segundo grupo, Ovídio Araujo Baptista da Silva. De

⁴⁰² Sobre essa problemática, denunciando o equívoco dos processualistas modernos, que confundem “ação” processual com a *actio* romana, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. “Direito material e processo”. In: *Gênese Revista de direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba, jul./set., 2004, p.615-635. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. “‘Ação’ e ações na história do processo civil moderno”. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.165-200. Sobre a renovada polêmica da ação, reunindo ensaios com entendimentos divergentes, consultar MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, op. cit. Consultar, ainda, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, op. cit., p.132-131.

⁴⁰³ Adota-se, para os limites da tese, a teoria dualista da ação, concordando com a construção de Baptista da Silva, ao sustentar, na linha de Pontes de Miranda, a distinção entre ação (de direito material) e “ação” (de direito processual).

⁴⁰⁴ Neste sentido, ver: COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. In: *Revista Ajuris*, v. 43, Porto Alegre, jul./1988, p. 69-78; e *Revista de Informação Legislativa*, v. 100, Brasília, 1988.

⁴⁰⁵ A polêmica da ação subsiste e foi renovada pelo debate estabelecido entre Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Ovídio Araujo Baptista da Silva. Nesse sentido, consultar: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, op. cit. e BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Unidade do ordenamento e jurisdição Declaratória. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

um lado, a doutrina monista, que reduz o direito ao processo,⁴⁰⁶ operando a ocultação do ser – no sentido heideggeriano-gadameriano. De outro, a doutrina dualista, que defende a existência de categorias do plano material (direito subjetivo, pretensão material e ação material) e categorias do plano pré-processual e processual (direito à tutela jurídica, pretensão à tutela jurídica e “ação”), reconhecendo-se a diferença (ontológica) entre os dois planos, sem contudo separá-los: material e processual. A teoria dualista não insere a “ação” no plano de direito material, como refere a crítica feita pelos monistas.⁴⁰⁷ Na verdade, a ação pertence ao direito material!

A “ação” processual é assegurada a todo cidadão enquanto garantia constitucional (art. 5º XXXV, CF); ao passo que a ação de direito material, conforme se defende, é afirmada como hipotético conteúdo da “ação” processual, mas não depende, para sua existência, da verificação daquela. A “ação” processual é abstrata. Nesse ponto – a abstração da ação processual – não há controvérsia entre monistas e dualistas.

A recente intensificação do debate, no entanto, entre os autores reacendeu a (interminável) polêmica em torno da ação.⁴⁰⁸ Como refere Baptista da Silva, Pontes de Miranda continua incompreendido: a ação de direito material e a “ação” processual são fenômenos diversos que pertencem a planos diversos. A advertência de Marc Bloch para a historicidade da linguagem faz sentido neste contexto: os homens não mudam de vocabulário sempre que mudam de costumes.⁴⁰⁹ Foi o que aconteceu: o mesmo vocábulo foi utilizado, mas para representar coisas distintas.

Discutir sobre “ação” e ação, não se resume a um capricho teórico ou vaidade conceitual, mas representa um primeiro degrau para a desconstrução e (re)construção de

⁴⁰⁶ No contexto internacional, pode-se citar entre os defensores da unidade do ordenamento jurídico Salvatore Satta, Ramos Mendez, Carnelutti. Dentre os defensores da existência de uma ação de direito material, está Chiovenda, que se afirmava defensor da dualidade do ordenamento jurídico (embora não o fosse na integralidade de seu raciocínio). Embora defenda a dualidade do ordenamento, Chiovenda não admitia que o “estado de pendência” pudesse tornar “não evidente” o direito. Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Unidade do ordenamento e jurisdição Declaratória. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

⁴⁰⁷ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira afirma que a teoria dualista insere a ação no plano do direito material. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 441, n.29).

⁴⁰⁸ Sobre o ressurgimento da polêmica da ação, consultar a obra: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito material e processo*, op. cit.

⁴⁰⁹ BLOCH, Marc. *Introducción a la historia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990, p.31.

uma nova jurisdição, atenta ao tempo do direito e aos valores constitucionais. Exatamente por tratar-se de um primeiro degrau, é preciso seguir além para investigar sobre seus efeitos.

Na verdade, a polêmica da ação continha outra polêmica e não enfrentava o real problema: a diferença (ontológica) ente os dois planos – processual e material. É provável que a afirmação de Pontes de Miranda não tenha sido percebida: “a ação exerce-se principalmente por meio de “ação” (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica, que o Estado criou”.⁴¹⁰ Com isso, ocultou-se o caráter hermenêutico do direito, operando-se a separação (e não a diferença) entre direito material e processo.

Assumida a perspectiva hermenêutica, faz-se indispensável superar os dualismos próprios da metafísica, como essência-aparência, teoria-prática, palavra-coisa, questão de fato-questão de direito, ser-ente, transpondo o realismo platônico-aristotélico, mas também o idealismo cartesiano kantiano.⁴¹¹ Assim como não há como cindir teoria e prática, fato e direito, tampouco é possível cindir interpretação e aplicação ou direito material e processo. A teoria monista separa direito material e processo. A teoria dualista vê a diferença (ontológica) entre ambos. Existe uma diferença (ontológica) entre texto e norma, assim como há uma diferença (ontológica) entre direito material e direito processual. Não prosperando, nesta trilha, a teoria do monismo jurídico, que duplica (metafisicamente) direito material e processo.

No pensar hermenêutico, fato e direito compõem uma unidade, havendo, entretanto, uma diferença ontológica entre eles: não há uma separação entre ser e ente,

⁴¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, op. cit., p.124.

⁴¹¹ Nesse sentido, consultar STRECK, Lenio. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, v. XLVI, n. 01, 2005, Coimbra: Coimbra, p. 55-86. STRECK, Lenio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, v. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.

mas sim uma diferença entre ser e ente, ou seja, há uma relação entre ser e ente através do *Dasein*.⁴¹²

As inúmeras teorias que problematizaram o conceito de ação,⁴¹³ especialmente a partir do século XIX, insistiram sempre em considerar a “ação” sob uma perspectiva unitarista e, conseqüentemente, subjugando a ciência processual ao direito material, ocultando a ação (de direito material) e a pretensão. Teorizava-se sobre um direito processual dogmaticamente independente, dotado de princípios, instituições e metodologias próprias: um direito processual autônomo em face do direito material.⁴¹⁴ Tudo isso sob o palco do Iluminismo racionalista e do positivismo jurídico imperantes naquela época, desenhando uma espécie de dualismo metafísico e velamento do ser do ente dos institutos processuais.

O compromisso da ciência processual com a ideologia do Estado liberal podia ser facilmente percebível aqui, idealizando-se um direito processual desligado do direito material. Daí o equívoco de imaginar que a existência deste – direito material – dependia do exercício da “ação” processual.

O velamento das ações preventivas pelo dogmatismo guarda raízes na confusão existente entre “ação” e ação. Importante repetir: ação de direito material e “ação” processual são categorias absolutamente discrepantes, que pertencem a planos flagrantemente distintos por possuírem uma diferença ontológica entre si. Confundir esses dois planos, em especial, confundir “ação” e ação, implica reduzir o direito apenas

⁴¹² Ver, nesse sentido, as considerações de Lenio Streck e Ernildo Stein. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*, op. cit. Sobre a categoria da diferença ontológica, ver HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. Portugal: Livraria duas cidades, 1971; HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II, op. cit.

⁴¹³ Friedrich Karl Von Savigny, representante da Teoria Civilista, vai inaugurar a discussão. No entanto, a sua teoria foi abafada pela polêmica instalada na Alemanha (1856-1857) entre Bernard Windscheid (Universidade de Greifswald) e Theodor Müther (Universidade de Königsberg). A partir de então, assenta-se a distinção entre direito material e ação. Em seguida, instala-se a Teoria do Direito Concreto de Ação, defendida pelo jurista alemão Adolf Wach. Posteriormente (1877-1880), emerge a Teoria da direito Abstrato de Ação, defendida pelo alemão Heinrich Degenkolb e pelo húngaro Alexandre Plósz. Em 1903, o italiano Giuseppe Chiovenda, dissidente da teoria concretista, traça a teoria do direito potestativo de agir. Mas a teoria largamente aceita e aplicada, no contexto jurídico nacional, é a Teoria Eclética, idealizada (1940) pelo italiano Enrico Tullio Liebman. No entanto, todas essas construções teóricas sobre a problemática da ação assumem como característica comum a opção por um conceito unitário da ação, considerando-a a partir de um único plano do direito.

⁴¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na na tradição romano-canônica*, op. cit., p. 161.

ao plano normativo, concebendo-o abstratamente. Somente se for reconhecida a diferença (ontológica) entre ação e “ação”, tem-se condições para superar a separação entre “fato” e “direito”, incorporando os valores constitucionais à prática judiciária. Quando se afasta a teoria monista, na verdade, afasta-se uma perspectiva metafísica, que tem insistido na separação entre ser e ente.

Há uma diferença ontológica entre ser e ente. Não identificar esta diferença ontológica entre ação e “ação” conduz à conclusão – equivocada – de que “não há um direito fora do processo de sua produção”,⁴¹⁵ recusando-se a premissa de que o processo serve ao direito material⁴¹⁶ e, portanto, este é prioritário àquele. Essas conclusões estão intimamente relacionadas com o normativismo jurídico, ou seja, com a concepção do direito definido como norma coercitiva imposta pelo Estado: direito como norma, distante do fato, afastada da realidade social.⁴¹⁷

Não obstante, a ciência processual encarregou-se, ao longo do tempo, de encobrir a ação de direito material, que deriva da milenar *actio* romana. A força do dogmatismo, não contente com a confusão operada entre ambas as categorias, insiste que de um lado, discutir sobre o assunto é irrelevante e, de outro, retrata a preocupação dos amantes por conceitualismos.

Na verdade, defende-se aqui exatamente o contrário! Uma compreensão adequada entre ação e “ação” é de suma relevância para resgatar a função social (e constitucional) do processo e a construção das autênticas tutelas preventivas. Aquilo que, para parte da doutrina seria uma “preocupação dos amantes por conceitualismos”, na verdade, consiste em preocupação quanto à realização dos direitos. Ainda que haja consenso sobre ser a “ação” processual abstrata, monistas e dualistas partem de pressupostos distintos.

Os monistas entendem que a “ação” processual derivara do conceito romano de *actio* e da clássica definição de Celso – “*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeat iudicio persequendi*”. Ao rejeitarem ação de direito material antes da decisão

⁴¹⁵ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. É possível pensar o direito processual. In: *Informativo Incijur*, Joinville, Incijur, a. VI, n. 63, out. 2004, p. 1-5; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Uma nova teoria geral do processo? In: *Informativo Incijur*, Joinville, Incijur, a. V, n. 54, jan. 2004, p. 1-5.

⁴¹⁶ PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Pádua: CEDAM, 1930.

⁴¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p.01-02.

judicial, negam a existência de um “estado de incerteza” como característica do fenômeno jurídico. Nessa linha de raciocínio, o direito ou ação só passam a existir depois da decisão judicial transitada em julgado. Seguindo essa trilha, seria possível considerar jurídicas as relações sociais, qualificadas pelos códigos como direito, quando inexistente sentença? Evidentemente, o direito material não está resumido no direito processual. Há, por certo, direito antes, durante, após e até independentemente do processo!

Não se pode concordar tratar-se o direito de uma criação processual ou procedimental, sob pena de corroborar a cumplicidade da separação entre ser e ente, tão praticada pelo positivismo jurídico, pelo dogmatismo jurídico e pelas concepções procedimentalistas⁴¹⁸ difundidas hodiernamente. O direito não é uma criação processual, mas fruto de uma autonomia normativo intencional do direito perante a mera legalidade de uma jurisdição atenta à concretização dos valores constitucionais, que ultrapasse os (pseudo)limites estabelecidos como fronteira entre a mera declaração de direitos (*jurisdicção*) e a sua realização (juris-construção ou juris-realização ou jurisdição criativa ou jurisciação), que preencha o espaço dos limites normativo-jurídicos da lei, na realização concreta do direito, enquanto um *continuum constituendo* em função de uma dialética normativa que articula os princípios normativo-jurídicos com o mérito jurídico do problema concreto através da mediação das normas legais.⁴¹⁹

A cegueira diante da pretensão e da ação de direito material causa uma grande confusão entre a ação e “ação”. Existem, sim, os dois planos: o direito material e o processo, porém, “coordenados em paralelo”.⁴²⁰ O direito existe antes ou fora do processo (inclusive independentemente dele), um contrato de compra e venda não existe só porque o juiz disse que ele existe. A concreção de uma norma jurídica não vai se dar só no processo, mas também através da conduta social, que não é estranha ao direito.⁴²¹

⁴¹⁸ Sobre a discussão entre concepções procedimentalistas e substancialistas, consultar: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit. (em especial, seu capítulo 4 e 5) e _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.

⁴¹⁹ Nesse sentido, ver item 2.4 A revisão do papel do jurista: os modelos de realização do direito.

⁴²⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro, op. cit., p. 123.

⁴²¹ Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit. e _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.165-200.

Ocorre que, no processo, o direito alegado (bem como a pretensão e a ação de direito material) transforma-se em expectativa, sua existência é provável! Não se pode tratá-lo (o direito, a pretensão ou a ação de direito material) como certo: não há certeza sobre a sua existência, não existem certezas no processo. São “alegadas” pelo autor como categorias existentes, ou seja, são simples afirmações. E é por isso que o direito sempre conserva a sua conotação problemática: ele é um problema e não um teorema, conforme insiste Baptista da Silva, está na vida e não em um laboratório.⁴²² Não há como negar a sua dimensão hermenêutica, exigindo que os fatos sejam interpretados, operando com realidades (e verdades) contingentes.

As teorias monistas da ação banham-se no procedimentalismo e, ao contrário do que pensam os monistas, elas causam a separação entre ser e ente.⁴²³ Na verdade, sustentar a diferença entre direito material e processo, ou seja, sustentar a primazia do direito material sobre o processo (substancialização do processo) é assumir a dimensão hermenêutica do direito e reconhecer a diferença ontológica entre direito material e processo, não ocultando a natureza fenomenológica do direito.

Não há como se imaginar uma pretensão preventiva se não se consegue aceitar a própria pretensão à segurança (ou a própria existência da pretensão e da ação de direito material).⁴²⁴ É claro que o Código Civil faz calar a dúvida sobre a pretensão como um *flatus vocis*.⁴²⁵ Reconhecer os dois planos e desocultar a pretensão e a ação de direito material é o primeiro degrau para a admissão das ações preventivas, operando não a separação entre direito e processo, mas a diferença ontológica entre ambos, reconhecendo a ação de direito material como o elo de ligação entre direito material e processo. De todo o modo, para conceber tutelas preventivas, é preciso ir além de admitir a pretensão e ação de direito material e investigar sobre qual o sentido do direito.

⁴²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

⁴²³ Os monistas, no entanto, acusam a teoria dualista de fazer essa separação entre *ser* e *ente*.

⁴²⁴ Nesse sentido, consultar a produção de Baptista da Silva, em especial: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit. e _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

⁴²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Unidade do ordenamento e jurisdição Declaratória. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.; _____. “Direito material e processo”. In: *Gênese Revista de direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba, jul./set., 2004, p.615-635; _____. “Ação’ e ações na história do processo civil moderno”. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.165-200.

A “ação” processual independe da existência da ação de direito material. O alegado direito, a pretensão e a ação de direito material, afirmados na demanda judicial, podem vir a ser considerados inexistente e, portanto, indigno de uma sentença de procedência. Desse modo, não há qualquer justificativa para manter-se a repulsa à ação (de direito material) preventiva. É, sim, perfeitamente admissível que aquele que se considere ameaçado em seu direito ou em sua pretensão e que, por óbvio, imagine-se (alegue-se) portador de uma ação de direito material possa recorrer ao poder judiciário postulando uma atuação jurisdicional. A incerteza é uma contingência do processo!

É possível, com isso, que se possa falar em uma pretensão de prevenção, uma pretensão (e sua conseqüente ação de direito material) de proteção, para além da função repressiva do poder judiciário? Se for possível fazer esse tipo de raciocínio, então não se justifica a resistência que o ordenamento jurídico e a própria jurisdição (mais esta que aquele) fazem às ações (de direito material) preventivas. Esse comportamento refratário, portanto, denuncia o (ainda) forte compromisso que se tem com o racionalismo, com o dogmatismo e com o positivismo jurídico. Não há como superar tal resistência, sem antes superá-los (o dogmatismo e o positivismo).

Por fim, admitindo-se que o direito não se resume ao processo e assumindo-se a postura substancialista, é preciso reconhecer que há direito antes e fora do processo (e até independentemente deste, eis que a conduta humana também é forma de concreção da norma social). Nessa quadra, não se pode reconher a jurisdição como função meramente declaratória: a jurisdição é também criativa. O juiz cria o direito. Não se trata de uma arbitrariedade, mas de uma prerrogativa. O direito não é algo predeterminado, algo posto que aguarda ser identificado – não se trata de uma abstração.

As afirmações podem, em um primeiro momento, parecerem contraditórias: se o direito existe antes e fora do processo, então, a decisão judicial – a partir do procedimento – limitar-se-ia a declarar o direito que já existe, sem criá-lo. E, se a jurisdição é criativa, então, não há direito fora do processo. Ora, reconhecendo-se a diferença ontológica entre os dois planos e o caráter hermenêutico assumido pelo direito no Estado Democrático, é possível chegar-se a uma conclusão melhor, iluminada não mais pelas luzes do século XVIII, mas pela clareira do Estado Democrático de Direito e

do neoconstitucionalismo, que retiram o processo da sua dimensão processual, recolocando-a na dimensão substantiva em sintonia com o direito material e a jurisdição constitucional.

Diferentemente do que pensa Salvatore Satta,⁴²⁶ a realidade não é ordenada porque o juiz a reconhece, a ordem social não depende do reconhecimento judicial. Tem razão Baptista da Silva quando afirma que “a radical separação que envolve a doutrina, entre ‘fato’ e ‘direito’ (concebido como norma) faz com que os processualistas, que recusam a existência das ações de direito material, adotem-na sem saber que prestam homenagem ao normativismo e às raízes racionalistas que o alimentam”. Quando se eliminam as pretensões e as ações de direito material, mergulha-se no mais profundo normativismo e aderindo a um estilo de procedimentalismo que dificultam a compreensão de determinadas pretensões de direito material, a exemplo da pretensão à segurança e, conseqüentemente, a concepção de determinadas tutelas que lhe são próprias,⁴²⁷ a exemplo da tutela preventiva. O direito material, nesse raciocínio, resta sacrificado.⁴²⁸

⁴²⁶ SATTÀ, Salvatore. *Commentario al código di procedura civile*. v. I. Milão: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, 1966. Para Salvatore Satta, somente é direito aquilo que for considerado pelo juiz. Antes disso, o direito seria abstrato enquanto norma. Dito isso, tem-se que o direito, enquanto prática social, não seria um fenômeno jurídico, mas apenas um fenômeno social. Assim, por exemplo, um contrato de compra e venda, se não for reconhecido por uma sentença, será mero “*flatus vocis*”. Ramos Mendez segue essa mesma linha de raciocínio, (MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Gerona: Hijos de José Bosch, 1979) e afirma: “*fuera de la acción procesal, acción jurídica, existen tan solo relaciones económicas o sociológicas entre los individuos*”. Para uma crítica à idéia da unidade do ordenamento jurídico e a construção de Salvatore Satta, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Unidade do ordenamento jurídico e jurisdição declaratória. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 01-11.

⁴²⁷ *Ibidem*, p.08.

⁴²⁸ Afora a persistência no equívoco de sustentar a inexistência da ação de direito material, há ainda uma outra concepção que igualmente oculta essas ações. Trata-se da tese que substitui as ações pelas tutelas, por formas de tutela processual. Nesse sentido, encontram-se: Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.227-306; MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.420-476. Em especial: MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, op. cit., p.197-252) e Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, op. cit., p.41-54).

Na verdade, “a ação, tanto no campo do direito material quanto no domínio do processo, haverá, por definição, de ser um agir conforme o direito”.⁴²⁹ Porém, “a ação de direito material evidentemente existe como expressão do direito, mas nada tem a ver com “ação” processual, que é também um agir, todavia para a realização do direito subjetivo público, de que é sujeito passivo o Estado”.⁴³⁰

Quando se refuta a teoria da unidade do ordenamento jurídico, desvelando-se a categoria da ação de direito material de um lado e a “ação” de direito processual de outro, aponta-se que são aquelas, as ações de direito material, a categoria capaz de restabelecer o elo perdido entre o direito material e o processo.⁴³¹ Superada a gênese do equívoco que, ao longo da história do direito processual fez com que a *actio* fosse substituída pela “ação” processual, há que se reconhecer a inequívoca distinção entre ação de direito material e “ação” de direito processual, bem como a diferença ontológica entre esses planos. Ação de direito material e “ação” processual devem coexistir!⁴³²

A ocultação da ação de direito material traz como resultado a procedimentalização do direito material, de um estilo de pensamento com forte carga racionalista.

É nesse aspecto que Baptista da Silva refere que o problema do direito processual é uma questão de estrutura e não uma questão de função. O sistema vem funcionando conforme seus princípios e pressupostos, sem que se questione a estrutura do sistema processual: o conceito de jurisdição, a diferença (ontológica) entre direito material e direito processual, a formação e mentalidade do jurista.

Nessa linha de pensamento, alguns pontos necessários precisam ser evidenciados: (a) aquilo que hoje se entende por “ação” processual não é uma

⁴²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil*, v. I, op. cit, p.88.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 88.

⁴³¹ MACHADO, Fabio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, op. cit., p. 139-140.

⁴³² Nesse sentido, Baptista da Silva afirma: “Por que através do processo deve-se exercer a ação material, concede-se a todos, tenham ou não direito subjetivo e a ação correspondente, direito à prestação jurisdicional, exercido em concreto através da “ação” processual: “o Estado, para poder realizar o direito material, terá necessariamente de averiguar, antes, a existência do direito cuja titularidade seja porventura afirmada por aquele que o procura para exigir a tutela jurisdicional. Desta contingência decorre a circunstância inevitável de ter-se de conceder “ação”, no plano do direito processual, igualmente ao que não tenha direito, não tenha pretensão nem ação”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil*, v. I, op. cit, p. 88.

decorrência da *actio* romana; (b) há uma diferença ontológica entre ação e “ação”; (c) a desconsideração da ação de direito material e a vinculação do surgimento do direito subjetivo à violação da norma restringe o sentido do direito bem como suprime a ação preventiva e limita a jurisdição à função repressiva e reparadora e, por fim, (d) as “ações” processuais, unanimemente consideradas abstratas (seja pelos monistas, seja pelos dualistas), não podem ser classificadas: classificam-se, sim, as ações de direito material.

Resgatar a discussão se faz imprescindível para os limites da tese, haja vista que a eliminação de um sentido sobre a pretensão e ação de direito material é um dos fatores responsáveis pela resistência imposta ao desvelamento das ações (de direito material) preventivas, impossibilitando, portanto, a acionabilidade das pretensões de segurança e das pretensões preventivas. Parte-se, portanto, de uma perspectiva dualista⁴³³ da ação, afastando-se qualquer tentativa de construir um conceito unitário de ação, sob pena de separar-se direito material e direito processual.

Com isto, quer-se indicar que a discussão sobre a ação preventiva exige, necessariamente, uma revisão acerca das opções (e confusões) que a Ciência Processual assumiu (e insiste em manter) ao longo dos tempos.

Imperioso que se indague acerca dos porquês da polêmica da ação e se investigue quais os efeitos concretos dessa discussão aparentemente teórica. Primeiramente, tem-se que a subsistência da discussão faz reconhecer as insuficiências da ciência processual moderna. Por força dessa insuficiência, inevitável não reconhecer também que a jurisdição, se levada a sério, está em débito com a sociedade contemporânea, carente de um modelo de jurisdição (e justiça) atenta não só à reparação e repressão de danos e de ilícitos, mas também a sua prevenção, resgatando, assim, um sentido de direito e de jurisdição. Por fim, há que se reconhecer, ainda, a dificuldade de incorporar a idéia de indeterminação no processo, estabelecendo-se a dicotomia entre os planos de direito material e processo.

Defende-se, portanto, que é preciso superar a polêmica da ação, admitir a idéia da imprevisão e indeterminação no curso do processo para só então ser possível, não só

⁴³³ A defesa do dualismo da ação implica o reconhecimento da diferença ontológica entre direito material e direito processual. Não se trata da defesa de um dualismo metafísico, mas do reconhecimento da dimensão hermenêutica do direito!

reler a jurisdição contemporânea, mas (re)construir uma jurisdição, reconhecendo-a – para além da declaração de direitos – como espaço para a criação de direitos. A jurisdição (compreendida aqui como aquela eminentemente declaratória e repressiva, reparadora) há que ceder espaço à “jurisconstrução”,⁴³⁴ compreendida como espaço para a criação de direitos e também atenta ao tempo do direito, a um tempo de concretização dos valores constitucionais.

3.4 O peso da herança racionalista e as escolhas do direito processual ao longo do tempo

O direito processual civil hoje busca uma nova racionalidade contra o racionalismo/irracionalidade, o que passa pela necessária revisão das fontes do direito e da separação dos poderes, como já exposto e, conseqüentemente, pela revisão dos institutos processuais, propriamente dito, que merecem ser iluminados pelo sentido de Constituição.

A construção de uma genuína tutela preventiva assumida como condição de possibilidade para a concretização de direitos e para a recuperação do sentido do direito no contexto de um Estado Democrático de Direito exige uma abordagem sobre as ações plenárias e sobre a tendência à ordinaryidade procedimental e, conseqüentemente sobre o da precedência da cognição ante a execução.⁴³⁵ Ora, a tutela preventiva é absolutamente incompatível com a construção teórica do denominado Processo de Conhecimento, haja vista o forte vínculo deste com a noção de certeza e com a supressão das formas de sumarização do processo⁴³⁶ – as marcas do Estado Liberal – que conduziram à ordinaryização do processo.

⁴³⁴ A expressão “jurisconstrução” é empregada num outro sentido por Bolzan de Moraes, ao tratar sobre Mediação e Arbitragem (BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, op. cit.).

⁴³⁵ A reforma do processo de execução recentemente atenuou essa precedência, porém, como se verá, ela ainda está impregnada no sistema processual brasileiro.

⁴³⁶ Sobre esses aspectos, consultar a produção de Baptista da Silva (em especial, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit. e _____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.). Ver item 5.1 *Um processo civil em construção: o direito processual hoje e com que sentido?*

A ciência processual foi construída sobre sólidos pressupostos teóricos e metodológicos que lhe atribuíram um forte compromisso com os grandes sistemas filosóficos que alimentaram as idéias e sistemas políticos desenvolvidos na Europa a partir da Revolução Francesa.⁴³⁷ Deste modo, qualquer desconstrução, crítica ou reflexão sobre a ciência processual acaba por invadir domínios que não são exclusivamente do direito, mas que pressupõem enveredar-se pelos caminhos da Filosofia. No entanto, é preciso alertar que essa investigação não se pretende filosófica, mas antes uma investigação jurídica que busca auxílio na perspectiva filosófica, sem a qual o direito não pode aceitar o convite para refletir sobre suas próprias escolhas ao longo da história.⁴³⁸

Dentre as diversas escolhas assumidas pela ciência do direito, seis delas destacam-se para o enfoque que se pretende dar. A primeira escolha foi pela ocultação das ações e pretensões de direito material, com a conseqüente construção da teoria trinária das ações, abrigo das sentenças condenatórias e desconsiderando a existência de sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, resistindo, sobretudo, ao reconhecimento da pretensão à segurança e das tutelas preventivas. A segunda escolha, assumida ao longo da história, foi pela ordinarização do processo, privilegiando a cognição exauriente, fruto da idealização de um juiz passivo, mero “boca da lei”. Escolha essa que hoje se coloca como obstáculo à criação de uma genuína tutela preventiva, haja vista a imprescindibilidade da sumarização do processo e da sumarização da cognição.⁴³⁹ A terceira escolha assumida foi pelo princípio da separação dos poderes e concepção de uma magistratura imparcial e neutra. A quarta escolha foi pela plenitude de defesa e redução do princípio do contraditório, erigindo-os a garantias constitucionais e restringindo as situações de contraditório diferido ou de contraditório eventual. A quinta escolha foi pela cisão entre fato e direito (enquanto norma), exigindo que as atividades executivas fossem necessariamente precedidas por atividades

⁴³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit.

⁴³⁸ Assumir essa perspectiva implica em aceitar o risco da pesquisa distanciar-se de seu objetivo, porém negá-la comprometeria por completo os resultados da investigação, inviabilizando o debate sobre a situação problemática da ciência processual bem como a proposição de alternativas contra o dogmatismo sedimentado e superação da crise paradigmática.

⁴³⁹ Sobre a sumarização material, vide item 5.2 A leveza, o ritmo e a exatidão na cognição judicial: sumarização material (e a releitura do princípio do contraditório) enquanto condição de possibilidade para a reconstrução do horizonte temporal da democracia

cognitivas, evidenciando, desse modo, o valor atribuído à certeza e à segurança jurídica. A sexta escolha, praticamente imbricada nas escolhas anteriores, foi a opção feita pela busca de certeza jurídica, balizada pela necessidade (humana) de segurança e de segurança jurídica e pela cede (humana) de verdades absolutas.

Todas essas escolhas fizeram-se, não aleatoriamente, mas por tributo ao vínculo genético ainda existente entre a ciência processual e os sistemas políticos e filosóficos de um tempo que já não é mais o tempo do direito. Conseqüentemente, tais escolhas são o reflexo de uma perda de sentido do direito, são sintomas de uma falta de significado e de sentido. A ciência processual, assim, transformou-se numa grande feira de repetição de receitas, sobretudo, no campo na construção da tutela jurisdicional preventiva. O direito processual civil reduziu-se a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, meramente abstrato e conceitual. O direito processual, responsável pela concretização jurisdicional do sentido do direito e da dignidade humana, está prenhe do vazio.

O estado da arte atual da ciência jurídica é marcado pela conquista da autonomia científica do processo em relação ao direito material. Desde então a beleza da arquitetura conceitual que envolveu o direito processual capturou os processualistas para o interior de uma estrutura estética.⁴⁴⁰ O desenvolvimento exagerado da concepção de autonomia do direito processual, como sustentado, desenhou os contornos da concepção procedimentalista na ciência processual, eliminando a ação de direito material e a pretensão.

A concepção ideológica por traz disso sugere que a natureza científica do direito deve corresponder a um método procedimental igualmente científico, independentemente do direito material. Seguindo essa trilha, o sistema processual dos países de tradição romano-canônica, sobretudo o Brasil, foi concebido eminentemente para a busca da verdade sobre o direito controvertido e, assim, para alcançar um sentido unívoco. Diante disso, é inegável o compromisso com os ideais racionalistas de unidade e plenitude do sistema jurídico.

⁴⁴⁰ CLAUS, Ben-Hur Silveira. A ordinarização do procedimento: uma herança do racionalismo sob interrogação. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *A teoria e a prática dos saberes do cotidiano*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005. p.27-39.

No caso do direito brasileiro, a caricatura do racionalismo é o processo de conhecimento, através do qual se imagina ser possível alcançar a verdadeira vontade da lei, pois está encerra um sentido unívoco a ser revelado pelo juiz através do método científico adequado. Nesses termos, para o paradigma dominante é o processo de conhecimento (ordinarizado) a condição de possibilidade para a revelação do sentido unívoco da lei, sendo o procedimento e o método científico as garantias de que o cientista atingirá essa verdade única e definitiva.

Esse palco ideológico, com base naquelas seis escolhas feitas pela ciência processual, sobretudo no contexto nacional, acaba denunciando a separação absoluta entre as funções declarativa e criativa do direito. Esses compromissos da ciência processual resultam em uma tendência a reduzir a importância do direito material bem como mitigar a própria função jurisdicional.

Cada uma dessas seis escolhas do sistema, que foram movidas por razões históricas e ideológicas, hoje funciona, de certo modo, como entraves do sistema, obstáculos à concretização da Constituição e ao desvelando do sentido do direito hoje. Seis obstáculos que precisam ser, portanto, superados. Seis desafios para a construção de um novo processo civil e para o desvelamento das tutelas preventivas.

Esses obstáculos deverão ser superados, mas, para tanto, há que se ter em mente que tipo de jurisdição se pretende construir e, em última análise, que tipo de Estado se tem (ou se quer ter). Por certo, estamos a falar de uma jurisdição imersa no contexto e nos valores do Estado Democrático de Direito e, portanto, a Constituição é o fluido nutriente no qual os juristas deverão banhar-se.⁴⁴¹ É ela o “caminho a ser caminhado”.⁴⁴²

A Constituição, por sua vez, só atingirá a sociedade, transformando-a e promovendo e concretizando direitos se, e somente se, aplicada. Ela se dá na aplicação,

⁴⁴¹ Nestes termos, convém concordar com Konrad Hesse quando diz que a Constituição transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se se fizerem presentes, na consciência geral (em especial daqueles que são os responsáveis pela ordem constitucional), não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 05.

⁴⁴² STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit. (em especial, seu capítulo 4 e 5); _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, op. cit., p. 135.

só existe na prática, na práxis.⁴⁴³ Sua força normativa está condicionada à possibilidade de concretização do seu conteúdo bem como a vontade constante dos implicados no processo de realização de seus conteúdos.⁴⁴⁴ O ‘acontecer’ da Constituição é a condição de existência do próprio direito e cabe ao intérprete, ao jurista e, em última análise, ao juiz “arrancar o ente do seu velamento” e “vigiar o ser, guardando-o com o devido cuidado (*sorge*)”.⁴⁴⁵

No entanto, o peso da herança racionalista e a força da concepção procedimentalista insistem em velar o sentido da Constituição, mantendo inalterada a estrutura do sistema jurídico da tradição romano-canônica, impedindo que sejam criadas as condições para a abertura (clareira) necessária e suficiente para a manifestação do ser da Constituição e seus desdobramentos. Enquanto os juristas estiverem mergulhados na cultura liberal individualista e a Constituição for compreendida como mera instrumentalidade formal, o Direito não representará uma possibilidade de transformar a realidade e toda a legislação, ainda que sofra alguma reforma, restará mantida intacta,⁴⁴⁶ sem sofrer a necessária filtragem hermenêutico-constitucional. Não basta a emergência de um novo paradigma, há que ser sepultado o paradigma dominante, pois os juristas ainda não compreendem o sentido do direito num ambiente constitucional, não têm o “cuidado” (*sorge*), não vivem na “angústia do estranhamento” e reproduzem o “sentido

⁴⁴³ Lenio Streck faz estudo aprofundado sobre a baixa constitucionalidade e os pré-juízos inautênticos que orientam a modernidade tardia no Brasil. Ancorando-se nos pressupostos de uma Nova Crítica do Direito como, Streck pretende des-objetificar a Constituição, o que só é possível mediante a superação do paradigma metafísico que habita o imaginário dos juristas. Para Streck a “hermenêutica como modo de deixar o fenômeno Constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica (categoria) a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa (método), por muitos denominada de hermenêutica constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 210-211.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, ver HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*, op. cit., p.24-25. Deste modo, tem razão Luis Roberto Barroso, ao afirmar que “a efetividade da Constituição depende da “cristalização de um sentimento constitucional, resultado último do estranhamento da Lei Maior na vivência diária dos cidadãos” (BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 41)

⁴⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.191.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, Baptista da Silva diz que “teríamos, ao que se supõe, conseguido o prodígio de transformar tão profundamente o pensamento jurídico e o estilo judiciário, sem que nada fosse alterado, preservando, em seus mínimos pormenores, as instituições e as práticas do antigo direito”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 90.

comum teórico do jurista”.⁴⁴⁷ Trilhar, portanto, o caminho que liberte do peso da herança racionalista e da tentação das posturas procedimentalista para lidar com a tensão entre Judiciário e Legislativo/Executivo é vital partir para um enfrentamento com o homem, sua cultura, sua ética antes de optar pela via da reforma dos poderes ou da legislação, pela edificação de regras de conduta ou de procedimento. É esse o significado das palavras de Heidegger: “*Wege, nicht Werke*” (caminhos, não obras).

Desse modo, mais que reformar, é preciso repensar. E só é possível repensar algo, não partindo do acervo das certezas já dadas e das questões e princípios que as produziram, mas de ler e acessar essas certezas à luz do questionamento. Só assim o direito processual poderá despertar do sono dogmático e ver-se para além de mera técnica, simples procedimento, ver-se para além das suas escolhas e de seus compromissos.

⁴⁴⁷ Neste contexto, ao denunciar a “baixa constitucionalidade” e tratar sobre o confinamento do Direito ao *habitus* e sobre o papel do direito na sociedade contemporânea, diz Streck que “não ocorreu a “angústia do estranhamento”. No lugar onde deveria exsurgir o novo, continuou-se com as velhas práticas, insuladas pelo sentido comum teórico”. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 39-40.

PARTE II – O FUTURO DO PRESENTE – PROMESSA E REQUESTIONAMENTO

Da função jurisdicional repressiva à função jurisdicional (também preventiva): assumindo a condição de sujeitos da História das instituições ou da estrutura à função

Ultrapassada a reflexão sobre o direito e a jurisdição em (tempo de) crise e desvelado os seus compromissos históricos e ideológicos, não se pode negar que há sempre um sentido que é antecipado. Mergulhado nesses compromissos, o direito processual, em especial aquele de tradição romano-canônica, tem a necessidade de um desvelamento da crise que encobre seu sentido e sua função. O direito processual civil, sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, tem encontrado dificuldades em lidar com as novas realidades decorrentes desse novo paradigma. Esse descompasso do direito processual civil de tradição romano-canônica, com nova realidade de uma sociedade complexa, com os novos direitos, os novos conflitos, e, sobretudo, com as exigências do Estado Democrático de Direito, forçam mirar e revisar quais são as funções do direito processual civil, em relação ao direito material e em relação à Constituição. A par disso, a defesa da Jurisdição e da Constituição, como indispensáveis

às práticas democráticas, à luz da hermenêutica,⁴⁴⁸ exige uma compreensão acerca das decisões judiciais e sua capacidade de concretizar direitos para além da tarefa jurisdicional de reparar e restituir. Nesse aspecto, ao lado da crítica ao paradigma liberal-individualista racionalista, à teoria monista e ao procedimentalismo, faz-se imperioso indagar sobre o papel reprodutivo ou criativo dos juízes.

A segunda parte da tese, portanto, vale-se do caminho trilhado na primeira parte para estabelecer as condições necessárias para compreender o estado da arte do direito processual civil na tradição romano-canônica. Destina-se a contrapor as promessas do Estado Democrático de Direito com os compromissos do direito processual civil. Desse choque, vê-se que a disfunção do direito processual civil é em relação ao seu tempo, porém não em relação à sua idealização. O direito processual civil está funcionando com o máximo de efetividade e eficiência nos moldes em que foi criado. A problemática, iluminada pela discussão feita na primeira parte da tese, está na sua estrutura. Não basta, portanto, uma reforma legislativa ou uma reforma do judiciário, sem antes operar-se uma refundação da ciência processual e seus postulados.

No entanto, as insuficiências do direito processual civil contemporâneo ocupam e preocupam juristas não só no contexto brasileiro. A partir de uma perspectiva comparatista vê-se que o processo civil vem ocupando certo lugar de destaque nas reformas processuais da França, Espanha, Alemanha, Áustria, Holanda, Inglaterra, Itália entre outros países.⁴⁴⁹ A ânsia reformista se faz notar nos países de tradição romano-canônica e nos países de tradição *common law*. Paralelamente a essa ânsia reformista nos respectivos direitos internos, há também um ambicioso projeto de normatização de normas transnacionais de processo civil, visando à uniformização e à harmonização do

⁴⁴⁸ Assume-se, para os limites da tese, o paradigma hermenêutico-filosófico e a postura substancialista definida à luz da hermenêutica nos termos apresentados por Lênio Streck (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.).

⁴⁴⁹ TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli, 2005.

direito processual.⁴⁵⁰ No âmbito do direito nacional, foco privilegiado nesta pesquisa, várias reformas processuais já foram realizadas. Em meio às profundas mudanças sociais e políticas, a renovação do debate (já histórico) sobre a reforma dos códigos nacionais se faz presente e tem sido intensificada nos últimos anos.

Se é verdade que o direito é um dos construtores da sociedade, então é preciso concordar que o direito e a história caminham de mãos dadas. Nessa linha, é bom recordar François Ost⁴⁵¹ quando diz que o tempo é uma construção social; e o direito tem por função contribuir para a institucionalização do social. Ora, o direito cria institutos, institucionaliza determinados valores – esta é a sua função básica. Mas não pode perder de vista que, em pouco tempo, esses valores virão a se modificar, por serem efêmeros. Se o direito precisa daquilo que François Ost denomina “questionamento”, ter a capacidade de institucionalizar, admitir desinstitucionalização e novamente uma outra reinstitucionalização, então ele tem de ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o tempo e a si próprio.⁴⁵² O direito processual civil, por óbvio, não pode ficar alheio ao tempo do direito, refratário às constingências históricas.

O Código de Processo Civil vem sofrendo inúmeros “retoques”, transformando-se numa verdadeira “colcha de retalhos”.⁴⁵³ Já somam quatro as “ondas

⁴⁵⁰ No âmbito do direito privado, em 1926, foi criado o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), com sede em Roma, visando a harmonizar e coordenar o direito privado entre os Estados, preparando-os para a adoção de uma legislação uniforme. O UNIDROIT envolve países dos cinco continentes: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Bolívia, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, China, Chipre, Colômbia, Croácia, Cuba, Dinamarca, Egito, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Índia, Irão, Iraque, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Jugoslávia, Luxemburgo, Malta, México, Nicarágua, Nigéria, Noruega, Paquistão, Paraguai, Países-Baixos, Polônia, Portugal, República da Coreia, República Checa, Romênia, Reino Unido, São Marino, Santa Sé, Senegal, Suécia, Suíça, Tunísia, Turquia, Uruguai e Venezuela.

⁴⁵¹ OST, François. *O tempo do direito*, op. cit. Nessa obra, Ost apresenta a dialeticidade que existe na relação entre o Direito e o Tempo, demonstrando a proximidade entre as convenções temporais e legais e as estruturas sustentadoras das civilizações. Ost pretende demonstrar a presença de uma força humana ativa neste contexto. Também do mesmo autor sugere-se: _____. *Contar a lei*. São Leopoldo: Unisinos, 2005 e _____. *Sade et la loi*. Paris: Odile Jacob, 2005.

⁴⁵² Nesse sentido, ver: ROCHA, Leonel Severo. “A construção do tempo pelo direito”. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003; SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reformas do processo civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

⁴⁵³ A expressão colcha de retalhos não é aqui empregada no sentido pejorativo, mas quer imprimir a idéia de que, não raro, é possível apontar posições ideológicas antagônicas a guiar as várias reformas que permearam o direito processual civil. Não há, como bem refere, Baptista da Silva, uma teoria consistente por trás das várias reformas dos últimos anos.

reformistas⁴⁵⁴ que atingiram o Código de Processo Civil. E sabe-se que outras ainda estão por vir. Rumo à efetividade na prestação jurisdicional, na década de 1990, testemunhou-se a primeira onda, ou o primeiro ciclo/fase reformista do Código de Processo Civil.

Integram essa primeira etapa da reformas as seguintes leis: a) Lei n. 8.455, de 24/08/92⁴⁵⁵ (deu nova feição à prova pericial: dispensou-se o compromisso de peritos e assistentes técnicos; instituiu-se a possibilidade de dispensa de perícia formal, quando os laudos técnicos trazidos pelas partes já contenham elementos necessários à formação da convicção do julgador e a apresentação do laudo, oralmente, em audiência, pelo perito); b) Lei n. 8.710, de 24/09/93⁴⁵⁶ (estendeu a admissibilidade da citação por correio como regra geral); c) Lei n. 8.898, de 29/06/94⁴⁵⁷ (modificações quanto à liquidação de sentença. Foi suprimida, como procedimento diferenciado, a liquidação por cálculo do contador); d) Lei n. 8.950, de 13/12/94⁴⁵⁸ (pretendeu dar maior impulso à sistemática recursal, atingindo os recursos de embargos de declaração, embargos infringentes, apelação, agravo e recursos destinados aos Tribunais Superiores); e) Lei n.

⁴⁵⁴ Com o objetivo de pôr fim (ou atenuar) a crise da efetividade processual, as reformas empenharam-se em modificar o Código de Processo Civil. Desse modo, sobrevém a primeira onda reformista. Esta primeira onda forma-se em 1992, com a entrada em vigor da Lei 8.455/92 e, em seguida da Lei 8.710/93. Mas foi a partir de 1994 que esta primeira onda atingiu um território maior de alterações no processo civil, com as leis: 8.898/94, 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94. O encerramento dessa fase de mudanças foi com as leis: 9.079/95, 9.139/95, 9.245/95, 9.099/95, 9.280/96, 9.415/96, 9.462/97, 9.668/97 e 9.756/98. Os destaques dessa primeira onda reformista foram a criação do instituto da tutela antecipada e da tutela específica, com a adoção das medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais, bem como o surgimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A segunda onda reformista ocorreu no final de 2001, com a publicação das leis: 10.173/01, 10.259/01, 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02, quando surgem os Juizados Especiais Federais e significativas alterações no sistema recursal e na eficácia das decisões judiciais. Uma tendência ao sincretismo das tutelas, como forma de agilização da prestação jurisdicional, fazem-se presente nessas reformas. Até que surge a terceira onda reformista, com a publicação das leis 11.187/05 e 11.232/05. Além dessas, houve a edição das leis: 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.341/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06 e 11.441/06. Insira-se, nessa terceira onda, também as alterações inseridas pela Reforma do Judiciário, provocadas pela Emenda Constitucional n. 45/04. Estas alterações, em especial a partir de 2004, orientaram-se eminentemente pelos compromissos assumidos por um Pacto de Estado.

⁴⁵⁵ Alterou os seguintes dispositivos: art. 138, III; art. 146, § único; art. 421, caput e § 2º, art. 422, 423 e 424, II e § único, 427, 433, caput e § único. Revogou os arts. 430, 431 e o § único do art. 432 (Governo Fernando Collor de Mello).

⁴⁵⁶ Alterou os seguintes dispositivos: 222, 223 caput e § único, 224, 230, 238, 239 caput, § único e III, 241 e 412, § 3º (Governo Itamar Franco).

⁴⁵⁷ Alterou os seguintes dispositivos: arts. 603, 604, 605 e 609 (Governo Itamar Franco).

⁴⁵⁸ Alterou os seguintes dispositivos: arts. 496, II e VIII, 500, I, 506, § único, 508, 511, caput e § único, 516, 518, caput e § único, 519, caput e § único, 520, V, 531, 532, 533, caput e § único, 535, caput, I e II, 536, 537, 538, caput e § único, 539, 540, 551, § 3º, 563, 541 a 546. Revogados os arts. 464 e 465, o § único do art. 514 e o § único do art. 531 (Governo Itamar Franco).

8.951, de 13/12/94⁴⁵⁹ (entre outros, criou a consignação em pagamento extrajudicial, iniciando a busca de alternativas ao poder judiciário);⁴⁶⁰ f) Lei n. 8.952, de 13/12/94⁴⁶¹ (criou o instituto da tutela antecipada e da tutela específica, com a adoção das medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais); g) Lei n. 8.953, de 13/12/94⁴⁶² (alterou topicamente o processo de execução); h) Lei n. 9.079, de 14/07/95⁴⁶³ (introduziu a ação monitória no sistema brasileiro).

Na segunda etapa, foram introduzidas as seguintes leis: a) Lei n. 10.352, de 26/01/01⁴⁶⁴ (modifica novamente o sistema recursal, notadamente o Reexame Necessário); b) Lei n. 10.358, de 27/12/01⁴⁶⁵ (modificou o processo de conhecimento, consolidando, entre outros, a existência e eficácia das decisões mandamentais); c) Lei n. 10.444, de 07/04/02⁴⁶⁶ (modificou pontualmente o processo de execução e a antecipação de tutela). Note-se, que nesta segunda fase, inclui-se também o surgimento dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01), bem como a sua informatização, com o chamado E-PROC (Processo Eletrônico).⁴⁶⁷

A partir de 2005, ingressou-se a denominada terceira etapa das reformas, que foi inaugurada com a Emenda Constitucional n. 45/2004. Em dez meses, foram

⁴⁵⁹ Alterou os seguintes dispositivos: arts. 890, 893, 896, 897, 899, 942 E 943 (Governo Itamar Franco).

⁴⁶⁰ Nesse mesmo sentido, na busca de soluções alternativas ao judiciário, recebeu-se também a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96). Está em tramitação do Projeto de Lei 4827/98 – de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, que institucionaliza a Mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos (www.camara.gov.br).

⁴⁶¹ Alterou os seguintes dispositivos: art. 10, 18, 20, 33, 38, 45, 46 §único, 125, IV, 136, §4º, 170, 172, 219, 239, 272, 273, 296, 331, 417, 434, 460, 461, 800, 805. Revogados o inciso I do art. 217 e o § 2º do art. 242, renumerando-se os incisos II a V daquele artigo e o § 3º (Governo Itamar Franco).

⁴⁶² Alterou os seguintes dispositivos: art. 569, 584, 585, 601, 614, 621, 623, 644, 645, 659, 669, 680, 686, V e VI, 687, 692, 738, 739, 741, 747, 791, 792 (Governo Itamar Franco).

⁴⁶³ Acrescenta ao Livro IV, Título I, do CPC, o Capítulo XV, sob a rubrica "Da ação monitória" (Governo Fernando Henrique Cardoso).

⁴⁶⁴ Alterou os arts. 475, 498, 515, 520, 523, 526, 527, 530, 531, 533, 534, 542, 544, 547, 555 (Governo Fernando Henrique Cardoso).

⁴⁶⁵ Alterou os arts. 14, V, 154, 253, 407, 433, §único, 575, IV, 854, III e VI. Acrescenta os arts. 431-A e 431-B. Revoga o inciso III do art. 575 (Governo Fernando Henrique Cardoso).

⁴⁶⁶ Alterou os arts. 273, §3º, §6º, §7º, 275, I, 280, 287, 331, caput e §3º, 461, §5º, §6º, 588, 604, §1º §2º, 621, 624, 627, 659, 814, 744. Acrescentou o art. 461-A (Governo Fernando Henrique Cardoso).

⁴⁶⁷ Sobre o processo eletrônico, consultar: ALMEIDA FILHO, Jose Carlos Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007; ALVIM, J. E. Carreira. *Processo judicial eletrônico: comentários à lei 11.419/06*. Curitiba: Juruá, 2006; CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico: em conformidade com a lei 11.419, de 19.12.2006*, Curitiba: Juruá, 2006; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Comentários à nova sistemática processual civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2007.

publicadas mais seis novas leis. São elas: a) Lei n. 11.187, de 19/10/05⁴⁶⁸ (nova disciplina ao cabimento dos recursos de agravo retido e de agravo de instrumento, tornando aquele a regra e esse a exceção); b) Lei n. 11.232, de 22/12/05⁴⁶⁹ (estabelece a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revoga dispositivos do CPC relativos à liquidação de sentença e à execução fundada em título executivo judicial); c) Lei n. 11.276, de 07/02/06⁴⁷⁰ (trouxe alterações no sistema recursal, estabelecendo a súmula impeditiva de recursos, fazendo par com a súmula vinculante já institucionalizada com a EC 45/2004; d) Lei n. 11.277, de 07/02/06⁴⁷¹ (trouxe uma alteração radical para a dinâmica do processo civil, enfocando o tratamento de ações idênticas); e) Lei n. 11.280, de 16/02/06⁴⁷² (envolve alterações esparsas no CPC, a exemplo da incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória, vista dos autos) e f) Lei n. 11.341, de 07/08/2006⁴⁷³ (permite a admissão de decisões disponíveis em mídia eletrônica para fundamentar novos recursos como prova de divergência).

Mas as reformas continuaram e outras modificações ainda estão por vir. No final de 2006, abriu-se a quarta etapa da reforma. Foram publicadas as leis: 11.382/06, de 06/12/06 (execução de título executivo extrajudicial); 11.417/06, de 19/12/06 (regulamenta a súmula vinculante); 11.418/06, de 19/12/06 (regulamenta o § 3º do art. 102, da CF inserido a repercussão geral como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário); 11.419/06, de 19/12/06 (sobre a informatização do judiciário) e, por fim, a Lei 11.441/06, de 04/01/07 (que altera os artigos 982, 983 e 1.031 e acrescenta o artigo 1.124-A ao Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa)

⁴⁶⁸ Alterou os arts. 522, 523, §3º, 527, II, V, VI, §único e revogou o §4º, do art. 523 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

⁴⁶⁹ Alterou os arts. 162, 267, 269, 463, 741, 1102-B; acrescentou os arts. 466-A, 466-B e 466-C, 475-A até 475-R. Revogou o inciso III do art. 520, os arts. 570, 584, 588, 589, 590, 602 a 611, 639, 640, 641 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

⁴⁷⁰ Alterou os arts. 504, 506, 515 e 518 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

⁴⁷¹ Acrescentou o art. 285-A (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

⁴⁷² Alterou os arts. 112 e 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489, 555. E, ainda, revogou o art. 194, do CC/02 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

⁴⁷³ Alterou o §único, do art. 541 (Governo Luiz Inácio Lula da Silva).

É bom registrar que as alterações estão em franca ebulição. A parte infraconstitucional da Reforma do Judiciário possui mais de 20 projetos de lei em tramitação,⁴⁷⁴ incluindo, além do processo civil, os processos trabalhista e penal. Na verdade, são projetos que se inserem no compromisso assumido, em conjunto, pelos três poderes do Estado e que recebeu o nome de Pacto de Estado em Favor do Judiciário mais Rápido e Republicano, assinado em 15/12/2004, pelos Presidentes da República,⁴⁷⁵ da Câmara dos Deputados⁴⁷⁶, do Senado Federal⁴⁷⁷ e do Supremo Tribunal Federal⁴⁷⁸. Esse Pacto enumera onze compromissos com o objetivo de tornar o Poder Judiciário mais eficiente e acessível à população.⁴⁷⁹ Estes onze compromissos são: (1) Implementação da Reforma Constitucional do Judiciário; (2) Reforma do Sistema Recursal e dos Procedimentos; (3) Defensoria Pública e Acesso à Justiça; (4) Juizados Especiais e Justiça Itinerante; (5) Execução Fiscal; (6) Precatórios; (7) Graves Violações contra Direitos Humanos; (8) Informatização; (9) Produção de Dados e Indicadores Estatísticos; (10) Coerência entre Atuação Administrativa e as Orientações Jurisprudenciais já Pacificadas; e (11) Incentivo à Aplicação das Penas Alternativas.

Por certo, não será possível dedicar atenção pontual a cada uma dessas reformas. No entanto, é possível observar que o ponto de contato dessas reformas, como bem confirma o Pacto de Estado em Favor do Judiciário mais rápido e republicano, é a atenção ao tempo, ou seja, na luta contra a morosidade do Judiciário, contra a intempestividade da prestação jurisdicional e a efetividade de suas decisões. Todas as

⁴⁷⁴ Afora os projetos de lei em tramitação, existem também o anteprojeto de lei para o Código de Processo Civil Coletivo, que vem sendo conduzido por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi. O seu anteprojeto (apresentado nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevidéu, em outubro de 2002) converteu-se em Projeto, que foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, em Caracas, transformando-se, assim, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. A proposta é de este Código Modelo ou Código Tipo servir como repositório de princípios e como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. Paralelamente, pode-se destacar também o Projeto de lei 186, que trata sobre a estabilização da tutela antecipada; bem como o esboço do anteprojeto de reformulação do CPC que altera o seu Livro III, substituindo o processo cautelar, pelas medidas cautelares e antecipatórias.

⁴⁷⁵ Luiz Inácio Lula da Silva (PT/SP).

⁴⁷⁶ João Paulo Cunha (PT/SP).

⁴⁷⁷ José Sarney (PMDB/AP).

⁴⁷⁸ Nelson Jobim (2004/2005).

⁴⁷⁹ A íntegra do Pacto pelo Judiciário está no site do Ministério da Justiça, disponível em: <<http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm>>.

reformas referidas acima representam o “gigantismo do legislador”. São alterações legislativas com vistas a dar maior efetividade à prestação jurisdicional, lapidando o sistema processual. É preciso, portanto, indagar sobre os resultados dessas alterações legislativas, seu impacto na concretização de direitos pela via da jurisdição. Essas reformas assumiram um ponto de vista procedimental ou também um ponto de vista substancialista do direito processual?

Os Capítulos 4 e 5 desta Parte II pretendem apontar respostas possíveis, sugerindo uma refundação do direito processual civil a partir da construção da tutela preventiva autônoma e materialmente sumária.

Capítulo 4 – O direito, processo e a jurisdição no Estado Democrático de Direito: decifra-me ou te devoro

*E esse modo alargado de pensar, que sabe, enquanto juízo, como transcender suas próprias limitações individuais, não pode, por outro lado, funcionar em estrito isolamento ou solidão; ele necessita da presença de outros ‘em cujo lugar’ cumpre pensar, cujas perspectivas deve levar em consideração e sem os quais ele nunca tem oportunidade de sequer chegar a operar. Como a lógica, para ser correta, depende da presença do eu, também o juízo, para ser válido, depende da presença de outros. Por isso o juízo é dotado de certa validade específica, mas não é nunca universalmente válido. Suas pretensões a validade nunca se podem estender além dos outros em cujo lugar a pessoa que julga colocou-se para suas considerações*⁴⁸⁰
(Hannah Arendt)⁴⁸⁰

4.1 A tutela preventiva na formação da ciência processual e na construção do Estado Democrático de Direito

A ciência processual, nascida no contexto liberal-individualista da Europa do século XIX, deixou marcas profundas no direito processual contemporâneo, provocando não só a sua autonomização face o direito material, mas a ruptura entre o direito processual e a práxis, entre ‘mundo jurídico’ e ‘mundo real’. A ciência processual

⁴⁸⁰ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*, op. cit., p.275.

deixou-se seduzir pelo canto do dualismo, dos universalismos, dos generalismos.⁴⁸¹ A conseqüência desse “defeito congênito”, como o definiu Baptista da Silva, foi o aperfeiçoamento de uma mentalidade comprometida com a ideologia da ordinariedade e a repugnância que o sistema desenvolveu às formas sumárias de tutela processual.⁴⁸² Isso explica o uso deslumbrado e indiscriminado das cautelares, banalizando-as ao ponto de confundi-las com as tutelas de índole satisfativa. Ora, as cautelares, que não são uma invenção do século XX, são uma forma de tutela preventiva de simples segurança (não satisfativa) que existe desde o direito romano, quando teve acentuada importância.

Há, portanto, (a) tutelas preventivas cautelares; (b) tutelas preventivas que não chegam a ser cautelares e (c) tutelas preventivas que vão além dos limites da simples cautelariedade. Todas elas destoam da herança da *ordo iudicium privatorum* do direito romano e fazem perceber que a jurisdição e o processo não podem ser reduzidos exclusivamente à função repressiva.⁴⁸³

Inexiste no direito brasileiro uma investigação teórica voltada para a construção da tutela preventiva genuína e genérica.⁴⁸⁴ No entanto, o direito brasileiro conhece hipóteses típicas de tutela preventiva (da mesma forma que o direito italiano também as conhece), porém estas são insuficientes para dar conta das exigências contemporâneas ou para abrigar as promessas de um Estado Democrático de Direito.

O debate sobre as tutelas preventivas tem sido alargado no direito contemporâneo, não só na proteção de direitos individuais (direito à honra, direito de personalidade, propriedade intelectual etc.), mas sobretudo na proteção de direitos transindividuais (direitos coletivos e difusos: direitos do consumidor, direitos referentes

⁴⁸¹ Sobre os compromissos da ciência processual, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit. e _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

⁴⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.8.

⁴⁸³ Observe que, para Luiz Guilherme Marinoni, a tutela cautelar não tem caráter preventivo, mas funciona como tutela repressiva antecipada. Sua contribuição é de larga importância ao constatar que a tentativa de construir uma tutela preventiva no direito italiano restou frustrada, haja vista a fidelidade ao paradigma.

⁴⁸⁴ Luiz Guilherme Marinoni afirma isso em: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit., p.35. Em Baptista da Silva, essa constatação está ao longo de toda a sua obra, especialmente, em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 92, §4.

ao meio ambiente etc.). O ponto frágil, porém, é que a tutela preventiva é lida a partir do paradigma que tem orientado a ciência processual desde a sua formação, um paradigma comprometido com os ideais liberais-iluministas e com o racionalismo dos séculos XVIII e XIX.⁴⁸⁵ Ou seja, a tutela preventiva é inserida no contexto das demandas plenárias, tornando-se vítima da ordinarização do procedimento, cedendo às armadilhas do paradigma racionalista e tornando-se prisioneira nas garras do pensamento objetificante. A tutela preventiva, assim como todo o processo civil, não tem incorporado os valores da leveza, rapidez, exatidão, multiplicidade, visibilidade e consistência.⁴⁸⁶ Ao contrário! A tutela preventiva tem se mostrado refratária ao paradigma do Estado Democrático de Direito, ocultando-se sob os valores do Estado liberal.

A jurisdição, sob os holofotes do Estado liberal e do princípio da separação dos poderes, tinha como função viabilizar a reparação do dano, não admitindo uma função de prevenção diante da ameaça. Não se pode esquecer da afirmação de Chiovenda, dizendo que a ação é uma potestade intrínseca ao direito de reagir contra uma violação, sendo, portanto, a *actio* sinônimo de *obligatio*.⁴⁸⁷ O caráter patrimonialista e pecuniário dos direitos estaria garantido pela função de reparação, não havendo qualquer preocupação com a integridade do direito material. Na verdade, desconsidera-se juridicidade do direito material, tornando quase utópico pensar uma tutela preventiva sumária e autônoma.

Isso não significa afirmar que as tutelas preventivas inexistiram na história do direito processual, tampouco que elas inexistem no ordenamento jurídico atual. As tutelas cautelares, forma de tutela preventiva sempre existiram e tiveram acentuada

⁴⁸⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; _____. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁴⁸⁶ A referência aos valores: leveza, rapidez, exatidão, multiplicidade, visibilidade e consistência é uma apropriação feita a partir da obra de Italo Calvino. Nesse sentido, ver adiante item 5.1 *Um processo civil em construção: o direito processual hoje e com que sentido?* e itens seguintes.

⁴⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di processuale civile*. Milão: Giuffré, 1993, p. 6-10.

importância no direito romano⁴⁸⁸. No direito medieval, sob a inspiração dos interditos romanos, é possível apontar formas de tutela preventiva também.⁴⁸⁹ Elas existiram, portanto! Não só existiram, como também renasceram na tradição romano-canônica. As tutelas cautelares,⁴⁹⁰ no direito moderno, podem ser apontadas como formas de tutelas preventivas. Elas não só existiram, como ainda existem! Na verdade, a dificuldade está, como bem refere Baptista da Silva, na “inaptidão para a construção de uma tutela preventiva que não seja, necessariamente, um apêndice de alguma tutela repressiva”.⁴⁹¹ Esse é o ponto! E essa inaptidão “sustenta-se na doutrina da separação de poderes, portanto, numa ideologia política peculiar do Estado moderno”,⁴⁹² ou seja, nos compromissos assumidos pela ciência do processo. Portanto, o problema da resistência às tutelas preventivas é estrutural e não um problema funcional, como bem refere Baptista da Silva: “O sistema é infenso à tutela genuinamente preventiva”.⁴⁹³ Na verdade, não exatamente o ordenamento jurídico, já que – no âmbito da legislação brasileira – dentre os valores constitucionais consta a função jurisdicional de proteção não só à lesão de direitos, mas também à ameaça de lesão de direitos. A princípio, não existem obstáculos legislativos. Ao contrário! O direito às tutelas de preventivas tem

⁴⁸⁸ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*, op. cit., p.3. O direito romano conheceu formas de tutela preventiva, concedida por meio dos interditos e não através das *actiones*, porém estes dois institutos (interditos e *actiones*), com o tempo, acabaram se confundido, em especial a partir do Código de Justiniano. Com o advento do período da extraordinária *cognitio*, verificou-se tal confusão. Para um aprofundamento sobre os interditos no direito romano, diferenciando-os das *actiones*, ver: SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954; BISCARDI, Arnaldo. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, n. 5, p. 14-16; BUONAMICI. *La storia della procedura civile romana*. Roma: L’Erma’ di Bretschneider, 1971, v. I, p. 422; GANDOLFI. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1955, cap. III, n. 2, p. 36 e GANDOLFI, Giuseppe. *Lezioni sugli interdetti*. Milano: La Goliardica, 1960, cap. II, n. 5, p. 67 et seq.

⁴⁸⁹ Os interditos romanos (anteriores ao período da extraordinária *cognitio* romana) foram recepcionados pelo direito canônico e pelo direito comum medievais, em especial, os interditos relativos à posse (*uti possidetis et utrubis*). Esses interditos poderiam ser manuseados tanto diante da lesão à posse como da ameaça dessa violação. O direito medieval manteve os interditos romanos bem como ampliou os meios de coerção (*missio in possessio, sponsio*, pena de banimento etc.) com vistas a proteger os direitos e a obter a satisfação das obrigações. Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Baptista. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.; SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, op. cit.

⁴⁹⁰ As tutelas antecipatórias poderão ser consideradas preventivas quando anteciparem efeitos também preventivos.

⁴⁹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 215.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 215.

⁴⁹³ *Ibidem*, p. 217.

densidade no contexto normativo constitucional⁴⁹⁴ bem como no contexto normativo comunitário.⁴⁹⁵ Há perfeita simetria constitucional quanto à recepção das tutelas preventivas em sentido genérico. “A tutela preventiva está inscrita, no sistema, como uma possibilidade”. A assimetria está, portanto, não no sistema em si, mas nos operadores do sistema, na mentalidade dos juristas modernos, comprometida com a ideologia da ordinaryness e com a figura do juiz imparcial e neutro, a quem se proíbe decidir com base em simples verossimilhança, negando-lhe o poder e responsabilidade. Trata-se de um “bloqueio mental, culturalmente construído através da doutrina” e, claro, não se imagina abrir mão do juízo de certeza (incompatível com a tutela preventiva), pois o peso do paradigma persiste. Descartar o juízo da certeza e do pensamento calculante (lógico-subjuntivo), que está imbricado na formação da função de julgar, não faz parte do horizonte da cultura jurídica com raízes no racionalismo-individualista-iluminista.⁴⁹⁶

Esse “bloqueio mental” não foi fruto do acaso, mas o resultado de um processo histórico, construído a partir da formação da ciência processual. Ora, um sistema jurídico construído sob as luzes do iluminismo, sobre as bases teóricas do Estado liberal e aos olhos do racionalismo não pode admitir, sem resistências, tutelar o que provavelmente possa ocorrer. E tutelar o que provavelmente possa ocorrer pressupõe sustentar, em certa medida, um juízo de verossimilhança, não um juízo de certeza. No entanto, admitir juízos de verossimilhança corresponderia a conceder ao juiz poderes que o sistema não está disposto a transferir-lhes. Daí advém o bloqueio mental!

Acreditar que o direito processual civil forjado no paradigma racionalista, senhor das certezas jurídicas e da previsibilidade das decisões judiciais como ideais da atuação judicial (tal como se visualizava ao tempo da inauguração do Código Civil Francês 1804), tem as respostas para os problemas de uma sociedade moderna complexa e conflituosa é crer em uma ilusão. Uma ilusão conscientemente construída,

⁴⁹⁴ Nesse sentido, ver o artigo 5º, XXXV c/c LXXVII, CF.

⁴⁹⁵ O Brasil promulgou o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994.

⁴⁹⁶ Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 217; _____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit., p. 11.

ou seja, uma fraude inocente.⁴⁹⁷ A construção montesquiana do juiz enquanto ventríloquo da lei é uma fraude inocente (ou não tão inocente), construída culturalmente pela tradição romano-canônica. Na verdade, trata-se de uma elegante fuga da realidade.

A grande fraude inocente é que se mantém a reprodução – o papel das universidades nessa reprodução é relevante – do modelo de pensamento herdado do passado, sem perceber que se vive hoje, sobre outras bases, em um outro tempo. Mas como uma fraude pode ser inocente ou como a inocência pode ser fraudulenta?⁴⁹⁸ Está é a indagação feita por John Kenneth Galbraith:⁴⁹⁹ se há inocência, ela está a indicar ausência do sentimento de culpa ou responsabilidade; de outro lado, se há fraude, ela remete à deturpação, mais ou menos deliberada, da realidade. Ora, a ocorrência simultânea de ambas é o resultado, em parte, do senso comum e, em parte, da construção de uma teoria e de seu ensino, voltados para a justificação de interesses. A “fraude inocente” pode decorrer de um forte amparo a interesses individuais ou coletivos e chegar a atingir a credibilidade e a autoridade do conhecimento comum.⁵⁰⁰ Não se pode negar que há, na legislação atual, proteção a direitos individuais e a direitos transindividuais (coletivos e difusos). A emergência de novos direitos é hoje já inconteste. Mas afirmar isso é uma fraude – uma “fraude inocente”! Grande parte desses novos direitos não encontra amparo na jurisdição repressiva, não pode ser reduzido a categoria de direitos patrimoniais e, portanto, a reparação à violação desses direitos não protege um sentido de direito, não garante o “acontecer” da Constituição.⁵⁰¹

⁴⁹⁷ A expressão “fraude inocente” – *innocent fraud* – é do economista John Kenneth Galbraith, na obra: GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

⁴⁹⁸ *Ibidem*.

⁴⁹⁹ A discussão feita sobre as fraudes inocentes por John Kenneth Galbraith, embora alicerçada em outro contexto – a economia – parece fazer muito sentido para a análise que se pretende sobre a ocultação das tutelas preventivas e os compromissos da ciência processual.

⁵⁰⁰ GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*, op. cit., p. 15-16. Galbraith, exemplificando as fraudes inocentes, refere que quando a designação histórica do capitalismo deixou de ser satisfatória, “a denominação do sistema foi mudada. A nova designação era conveniente, mas destituída de sentido”. A conotação de poder e dominação que o termo capitalismo evoca vê-se omitida pelo termo “sistema de mercado”, amplamente aceito porque encobre o significado historicamente negativo do termo capitalismo. Esse raciocínio pode, também, ser empregado no contexto do direito.

⁵⁰¹ Sobre o “acontecer” da Constituição, buscar subsídios na obra de: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.

Dáí falar-se que a resistênciã que o paradigma dominante impõe às tutelas preventivas foi o resultado de um senso comum, mas também dos interesses de uma época. Curioso é observar que, examinando-se o percurso histórico da ciência processual, quanto mais próximos do direito contemporâneo, mais raros são os casos de aplicação de formas preventivas genérica e mais freqüentes os esforços para reduzir toda a jurisdição à *ordinarietà*.⁵⁰²

O direito processual do século XIX absorveu a ideologia do Estado de Direito e do pensamento liberal-individualista-iluminista. A tutela preventiva não foi alvo de reflexões, tampouco foi tratada como temática autônoma pelos juristas ao longo da primeira metade do século XX. E isso não por acaso! O silêncio se deve à estranheza da noção de controle jurisdicional preventivo aos fundamentos teóricos do Estado liberal e da interpretação do binômio autoridade-liberdade. A herança do século XIX determinou a prevalência da escola da exegese no estudo do direito processual civil, revelando também a grande preocupação com a liberdade individual do cidadão.⁵⁰³

O século XIX pôs em cheque o núcleo do jusnaturalismo, respondendo, sob outras bases, o problema das relações entre legislador e juiz. Trata-se das concepções absolutista e liberal, afirmando-se o primado da legislação e o princípio da certeza jurídica.⁵⁰⁴ Como bem anota Bobbio, “a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da onipotência do legislador”. A concepção absolutista reside na transferência de poderes plenos, ilimitados, para o legislador. E a liberal, na garantia do cidadão contra arbitrariedades dos poderes: o legislador poderia controlar o judiciário, por meio de normas iguais para todos. O controle do legislador exigia recursos constitucionais: o princípio da separação dos poderes e o da representatividade.⁵⁰⁵ Deste modo, estaria legitimado democraticamente o dogma da onipotência do legislador –

⁵⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Uso alternativo do procedimento ordinário: tutelas de urgência. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 220.

⁵⁰³ Essa é a perspectiva de: RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987. Ver, em especial, seu capítulo I (p.13-76). Nas palavras de Rapisarda, tem-se que “*il tema della tutela preventiva non fu oggetto di autonoma trattazione [...]*”

⁵⁰⁴ Nesse sentido, consultar a obra CATTANEO, Mario A. *Iluminismo e legislazione*. Milano: Comunità, 1986.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, ver: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. São Paulo, Ícone, 1995, p.38-39.

núcleo duro da escola de exegese. O método exegético, portanto, resultou da fusão de elementos do iluminismo e do positivismo jurídico.

Toda a construção ideológica do século XIX, portanto, vai influenciar a elaboração teórica do conceito de jurisdição, de ação e interesse de agir, como principais pontos de referências da discussão sobre a tutela preventiva. E os reflexos do paradigma do século XIX na elaboração teórica do conceito de jurisdição pode ser examinado, segundo Rapisarda, a partir de uma dupla perspectiva com impacto à construção das tutelas preventivas. A primeira perspectiva refere-se àquela que identifica o favorecimento dos espaços de liberdade individual em face à autoridade estatal e à prevalência da noção de direito subjetivo como causa para a concepção da jurisdição “*quale funzione diretta all’attuazione dei diritti suggestivi privati*”. Trata-se da uma função jurisdicional concentrada na reintegração do direito violado, excluindo-se, assim, a “*funzione di prevenzione dell’illecito dalle finalità del processo civile*”. Imaginar uma função de prevenção do ilícito para além da repressiva à violação implicaria, naquele contexto liberal-iluminista-individualista, alargar os poderes do juiz e limitar a liberdade de regulamentação autônoma das relações jurídicas privadas. Desse modo, tem-se que a prevenção do ilícito não estaria em sintonia com o paradigma dominante naquele século. O direito processual civil concentrou-se, então, na obtenção da máxima garantia social com o mínimo de sacrifício de liberdade individual – esse objetivo materializava-se na concepção de uma jurisdição como forma de controle repressivo,⁵⁰⁶ o que teve reflexos na construção do conceito de ação e de interesse de agir. A segunda perspectiva refere-se, especificamente, ao princípio da separação dos poderes também como um obstáculo à admissibilidade da função de prevenção do ilícito ao conceito de jurisdição. A prevenção não fazia parte da jurisdição! Imaginar uma função de prevenção do ilícito poderia implicar na sobreposição ou substituição de poderes – em especial, do judiciário sobre os demais – o que contrastava com o princípio da separação dos poderes e com os ideais iluministas que concebiam o Estado com funções bem definidas exercidas pelos três poderes.⁵⁰⁷

⁵⁰⁶ Rapisarda afirma que “la concezione della giurisdizione quale forma di controllo repressivo fu, dunque, ispirata al principio per cui il processo civile deve essenzialmente tendere a”, como refere G. Manfredini, “procurare ai diritti privati la massima garanzia sociale col minimo sacrificio di libertà individuale” (RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., p. 18).

⁵⁰⁷ Ibidem, p.14-19.

Assim, é também a concepção do conceito de jurisdição e a força do princípio da separação dos poderes, nos moldes do século XIX, que impõem resistências à tutela preventiva, à função de prevenção do ilícito. A jurisdição moderna está contornada, de um lado, pelo pensamento liberal-individualista-iluminista e, de outro, pelo princípio da separação dos poderes e pela onipresença do legislador. Imaginar a tutela preventiva, que invade a autonomia da vontade e desestabiliza o princípio da separação dos poderes tal qual concebido no século XIX, choca-se frontalmente com a memória da ciência processual, porém é condição de possibilidade para a emergência das promessas da modernidade, eis que não há como proteger direitos, eminentemente os direitos humanos (os novos direitos, em especial), sem a abertura de um mínimo de espaço às tutelas preventivas. Não há como sustentar um Estado Democrático de Direito sem o aprimoramento da função preventiva da Jurisdição, ao lado de sua função repressiva.

A resistência oposta à introdução de uma tutela preventiva passa também pelo conceito de ação, concebido pela ciência jurídica no século XIX europeu, para confirmar, a partir daí, o conceito de jurisdição. O requisito da violação do direito está na estrutura lógica do conceito de ação iluminado pelos pensadores do século XIX. Ora, não se deve esquecer que a ação, para Savigny, influenciado pelas fontes romanas, nascia de uma segunda relação jurídica, surgida da violação do direito. Como bem observa Baptista da Silva, para toda a doutrina desde Savigny até a contemporaneidade, passando naturalmente por Chiovenda, o conceito de ação está ligado a dois pressupostos implícitos: o racionalismo e a *litis contestatio*. O direito de ação foi construído teoricamente como poder jurídico a estimular a intervenção jurisdicional em consequência de uma violação ou de uma lesão já verificada sobre o terreno do direito substancial e em função tipicamente repressiva da *'fattispecie'* do ilícito civil. Trata-se, na perspectiva da doutrina, como uma atividade dirigida à remoção do “obstáculo impeditivo” ao gozo do direito, daí seu sentido repressivo, nunca preventivo. O “futuro obstáculo”, conforme alerta Baptista da Silva, mal se adapta a esse conceito de ação, pois se trata de um obstáculo apenas antevisto como provável.⁵⁰⁸

Conforme observa Rapisarda:

⁵⁰⁸ Nesse sentido, ver: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.94-96.

Il costante riferimento alla nota formula di Celso e, soprattutto, l'evidente ispirazione al pensiero del Savigny, condusse a negare l'autonomia del diritto di azione, che fu piuttosto intenso come facoltà giuridica intrínseca al diritto suggestivo sostanziale. La prevalenza, sul piano ontológico, del diritto suggestivo sostanziale, indusse, inoltre, a porre in diretta relazione la facoltà di agire in giudizio con la violazione del diritto stesso, quale requisito necessário, sotto il profilo oggettivo, al concreto sorgere del diritto di azione. L'identificazione dell'azione con il diritto sostanziale sottostante implicava, cioè, la perfetta coincidenza tra il sorgere del diritto di azione ed il verificarsi del momento patológico della violazione o della lesione del diritto soggettivo materiale, prima della quale esisteva solo il diritto sostanziale, in regime pacífico godimento.⁵⁰⁹

Sob essa perspectiva, o surgimento do direito de ação coincide com a verificação do “*momento patológico della violazione o della lesione del diritto soggettivo materiale*”, antes do qual existia apenas o direito substancial, em regime de “*pacífico godimento*”. No entanto, o reconhecimento da função de prevenção do ilícito nas ações declarativas não contrasta com o que se está observando, eis que se mantém nos limites do “*fattispecie*” típico da prevenção.⁵¹⁰

A concepção sobre a violação ou lesão de direito, colocado como fundamento da teoria da ação, apresenta-se como ponto de referência essencial da noção de interesse de agir. A discussão sobre a admissibilidade da tutela preventiva girou em torno dos critérios de legitimidade e atualidade do interesse de agir. Considerando que o interesse de agir processualmente decorre da utilidade e necessidade da provocação da atividade jurisdicional, historicamente vinculou-se o interesse de agir à lesão de direito. Sem a afirmação de violação, a direito substancial e da necessidade da tutela inexistia direito de ação.⁵¹¹ O interesse de agir define-se a partir da existência de uma violação do direito, quando necessária a intervenção da atividade jurisdicional, provocada pelo exercício da pretensão à tutela jurídica. Assim, “*il concetto di legittimità dell'interesse venne comunque ricondotto alla violazione del diritto, considerata quale 'fattore essenziale dell'interesse ad agire', poiché nel propósito della rimozione di tale stato di violazione sta appunto la utilità finale dell'azione giudiziaria*”. Para Rapisarda, foi o conceito de interesse de agir associado ao de violação do direito um dos responsáveis pela pouca

⁵⁰⁹ RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*, op. cit., p.23-24.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 23-27.

⁵¹¹ Crisanto Mandrioli afirma que não é suficiente, para demonstrar o interesse do agir, a afirmação de um direito subjetivo, porém é essencial a afirmação da necessidade de tutela desse direito, demonstrada através da alegação da sua violação (MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Turim: G. Giappichelli, 1993, v. I, p.50).

importância dada à tutela preventiva, ficando circunscrita praticamente à ação declaratória e às ações cautelares.⁵¹²

Negar as tutelas preventivas é fechar os olhos para os novos direitos. Não se pode falar em proteção a direitos humanos (em especial, os novos direitos) sem romper com os obstáculos (bloqueio mental) à tutela preventiva: concepção de jurisdição, ação e interesse de agir. Nesse sentido, Rapisarda registra que

il contenuto non patrimoniale dei nuovi diritti determina, infatti, normalmente, l'irreparabilità della loro lesione, onde diviene essenziale privilegiare forme preventive di tutela, che consentano di evitare l'eventualità dell'evento lesivo. D'altro canto, la non patrimonialità pone in luce anche l'esigenza di forme di tutela ripristinatorie o, più precisamente, reintegratorie, che mirino a garantire l'attuazione "dell'interesse specifico per cui si invoca la tutela", anziché del diverso interesse alla restaurazione patrimoniale del soggetto leso, secondo il principio dell'equivalente monetario⁵¹³.

Ora, é o conteúdo não-patrimonial dos novos direitos que determina, não raro, a irreparabilidade da lesão, razão pela qual se faz essencial privilegiar formas preventivas de tutela que permitam evitar a concreção do evento lesivo, porém, não sobre as bases da ordinarização do procedimento, da cognição exauriente. É preciso superar a estrutura do direito processual para, só então, atingir uma função do processo compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

No cenário nacional, atribui-se a Luiz Guilherme Marinoni⁵¹⁴ a ampliação do debate sobre as tutelas inibitórias. Esse debate, sob outras bases, já havia sido antecipado por Baptista da Silva ao abordar as tutelas preventivas no contexto das tutelas cautelares e tutelas antecipatórias, tecendo severas (e fundadas) críticas aos padrões paradigmáticos da tradição romano-canônica que apóiam a ordinarização do procedimento. Traz, Marinoni, importante contribuição para a discussão contemporânea quando mostra que a tentativa feita pelos juristas italianos de construir uma tutela preventiva, conservando-se fiéis ao paradigma, resultou em completo fracasso.

⁵¹² RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit., p.28-30.

⁵¹³ Ibidem, p.81.

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitoria: individual e coletiva*, op. cit.; _____. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; _____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992; _____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, dentre outras.

A função preventiva da atividade jurisdicional visa a prevenir o ilícito, apresentando-se como tutela anterior à sua prática e, portanto, não voltada para o passado, à semelhança das tradicionais tutelas repressivas. Enquanto estas se preocupam em saber quem deve suportar o custo do dano, as tutelas preventivas, atendendo ao sentido da jurisdição e do direito material, pretendem impedir um ilícito. Certamente as tutelas preventivas foram ocultadas por um longo processo de evolução histórica que culminou na suposição de que o bem juridicamente protegido é, necessariamente, uma mercadoria e não a integridade do direito! A tutela ressarcitória, não raro, acaba por substituir o direito originário por um direito de crédito, ou seja, preocupa-se com a integridade patrimonial dos direitos e não com o direito em si. A tutela preventiva, por sua vez, não tem por objetivo reintegrar ou reparar o direito violado.

Essa tutela genuinamente preventiva (e atípica), a que se refere neste texto, seguindo a linha de Baptista da Silva, é incompatível com as exigências da cognição exauriente.

Uma análise superficial faz crer que, no direito brasileiro, diferentemente do que se vê no direito italiano,⁵¹⁵ praticamente inexistem obstáculos, no plano dos instrumentos processuais, para a concepção de uma tutela preventiva atípica.

Uma proposta de estudo sobre a tutela preventiva, tema de indiscutível atualidade em sociedades complexas e conflituosas, tem se mostrado rebelde à formação jurídica de tradição romano-canônica, como alerta Baptista da Silva. A tutela preventiva, não só se revela capaz de superar o privatismo característico do sistema

⁵¹⁵ No direito italiano, a atipicidade das tutelas inibitórias encontra resistência, eis que as sentenças não podem impor um fazer ou não fazer sob pena de multa. Na verdade, o direito italiano sempre resistiu à possibilidade de o juiz exercer *imperium* e de poder impor condutas às partes. Já existiram formas típicas de tutela preventiva no direito italiano (p. ex., *giudizio di giattanza*, cautelares típicas etc.). Paulatinamente, surge, no direito italiano, tutelas preventivas típicas no âmbito dos direitos de personalidade, direito da propriedade e da posse, direito da concorrência, direitos de propriedade intelectual. A partir dessas, alguns juristas italianos entendem a possibilidade do exercício do poder geral de prevenção dos direitos (art. 700 do CPC italiano), que autorizaria as tutelas preventivas atípicas. Neste sentido, consultar: FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974; PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitória e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998; RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*, op. cit.; TARZIA, Giuseppe. *Presente e futuro delle misure coercitive civile: esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Padova: Cedam, 1994. No direito brasileiro, praticamente inexistem obstáculos legais à tutela preventiva. Os obstáculos à tutela preventiva estão menos na legislação (art. 461, CPC e art. 84, CDC) do que na crise de paradigmas (art. 5º, XXXV, CF) e no cientificismo do direito moderno.

processual brasileiro, como também avança em direção ao direito público e vincula-se à mandamentalidade das decisões judiciais.

A tutela inibitória foi introduzida na dogmática jurídica brasileira contemporânea, por Luiz Guilherme Marinoni.⁵¹⁶ Ainda no contexto nacional, é possível citar também Sérgio Cruz Arenhart, que vem se dedicando a investigar aspectos da tutela inibitória, não só no âmbito da vida privada, mas também nos domínios do direito público.⁵¹⁷

Nasce a tutela inibitória como instrumento de tutela preventiva, vinculando-se, na história, aos interditos do direito romano. Sem a pretensão de mergulhar na história e reconstruir todos os caminhos trilhados pela tutela preventiva até a atualidade, é preciso registrar que ao longo da história do direito romano somado à história do direito em geral houve um drástico desvirtuamento do sentido e da abrangência da condenação e a conseqüente regressão do campo de incidência dos interditos.⁵¹⁸ O resultado disso – da atrofia dos interditos e do superdimensionamento da *condemnatio* – foi devastador, pois a ciência processual (e o direito processual) passa a conceber todos os direitos, quando ‘jogados’ para dentro de um processo, como mera obrigação.

Inúmeras razões podem ser tratadas como causas dessa ampliação da *condemnatio* e redução dos interditos. Mas é possível selecionar alguns que se fazem pertinentes para a construção do raciocínio que se pretende. Louis-Bernard Bonjean chama a atenção para o fato de que a retração da aplicação dos interditos decorreu, dentre outros motivos, da sua inserção enquanto fórmula genérica nos Editos das fórmulas.⁵¹⁹ Ora, havendo previsão genérica dos interditos, era despiciendo buscar o pretor para a edição de um interdito específico. Ao lado disso, progressivamente, a

⁵¹⁶ Do autor, ver as obras: MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória: individual e coletiva, op. cit.; _____. Tutela específica, op. cit.; _____. Tutela cautelar e tutela antecipatória, op. cit.; _____. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença, op. cit.

⁵¹⁷ Ver as obras: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit.; _____. *A tutela inibitória da vida privada*, op. cit.; _____. La tutela inhibitoria y el “amparo de protección colectivo” en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán. In: *La ley* – Noroeste, ano 3, n. 7, Argentina, nov. 1999.

⁵¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p.71; MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit.; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit.

⁵¹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p.72.

noção de obrigação vai tomando espaço, ao ponto de identificar-se o direito pessoal e o direito real.

Pensa-se a “*pretensa reale come qualcosa di perfettamente analoga alla pretesa personale caratteristica dell’obbligazione*”. Não mais se justifica, portanto, manter formas específicas de tutela para direitos pessoais e direitos reais, pois ambas acabam por identificar-se ao ponto de exigirem a mesma proteção. Mais um equívoco histórico oriundo de uma interpretação feita sobre os textos romanos clássicos. Equiparou-se obrigação e direitos reais. Todo o direito quando posto em juízo se converte em uma obrigação. Como refere Baptista da Silva: “o obscurecimento da distinção entre as ações *in personam* e as ações *in rem*, de onde derivavam os conceitos de direito obrigacional e direito real, a partir do período justiniano, é um dado histórico indiscutível”.⁵²⁰

Desde então, padecendo de uma tendência à mitomania,⁵²¹ os juristas têm acreditado na própria mentira e comportando-se como se, de fato, todas as espécies de pretensão fossem a mesma coisa, e, portanto, pudessem ser protegidas ou satisfeitas com o mesmo mecanismo. O obstáculo à construção das tutelas preventivas e à concretização dos valores constitucionais e do Estado Democrático de Direito, nessa ótica, passa a ser uma consequência praticamente inevitável. Todo o direito, posto em juízo, passa a ser uma obrigação e, como tal, protegido. A *litis contestatio* transformou toda relação jurídica em uma obrigação.⁵²²

Ao lado dessa ‘religiosa’ conversão, deu-se, no mesmo contexto da história do direito romano, a universalização do procedimento da *actio*, que resultou na supressão

⁵²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 241.

⁵²¹ Observe que, contemporaneamente, em que pese as recentes reformas do processo de execução, subsiste o caráter condenatório da sentença condenatória, revelando, neste ponto, a tendência que o sistema jurídico tem de produzir suas inovações, sem alterar a realidade. O sistema jurídico, como se padecesse de um desequilíbrio psíquico, gera mentiras, fábulas e simulações (mitomania), acredita mudar sem nada transformar. Daí Baptista da Silva falar que o problema é de estrutura e não de função. Sobre a crítica à reforma do processo de execução e a sentença condenatória, ver o ensaio de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Ações e sentenças executivas. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 193-262; _____. *Sentença condenatória na lei 11.232*. Disponível em: <<http://www.baptistadasilva.com.br/artigos001.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

⁵²² Sobre a *litis contestatio* e o conteúdo das obrigações, consultar: BONIFACIO, Franco. *Studi sul processo formulare romano*. Napoli: Jovene, 1959, tomo I, p. 27.

do processo interdital e, claro, no aumento do prestígio do direito obrigacional⁵²³ e na universalização da ação condenatória.⁵²⁴

É impressionante observar, ao longo da história da tradição romano-canônica, como – tão rapidamente – deu-se a transformação da atividade jurisdicional em simples exercício de declaração de direitos, tal qual como o faziam os *iudex* romano. A sentença não deveria, sob essa perspectiva, ir além do reconhecimento (declaração) de existência dos direitos.⁵²⁵ Exatamente por isso, durante muito tempo, insistiu-se na classificação trinar das ações. Na verdade, um duplo engano: primeiro porque essa classificação diz respeito às ações de direito material e não às ações de direito processual (conforme quer sustentar a dogmática processual); segundo, porque essa visão trinária não se sustenta se as ações de direito material forem observadas cuidadosamente. Apenas a sentença (que ainda subsiste) condenatória é, de fato, uma criação processual.

Na tentativa de superar os resíduos da celeuma em torna da classificação das ações, Marinoni trata da classificação das tutelas sob a perspectiva da tutela jurisdicional efetiva, ou seja, sob o prisma das peculiaridades diferenciadas da realidade jurídica atendida. A partir da construção de Marinoni, ao lado das tutelas declaratória e constitutiva, estão formas diferenciadas de fazer atuar as tutelas de prestação, são elas: a tutela ressarcitória, a tutela reintegratória, a tutela de adimplemento e, por fim, a tutela inibitória.⁵²⁶ Para a compreensão dessa classificação das tutelas, Marinoni trata das

⁵²³ Para uma melhor compreensão acerca do percurso histórico da obrigação e a alteração gradual de sua noção, consultar o cuidadoso estudo feito na obra: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, op. cit. Do mesmo autor, consultar também: _____. *Sentença e coisa julgada*, op. cit. e _____. A ação condenatória como categoria processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit. Ver também, na doutrina italiana, BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*. v. II, Milano: Giuffrè, 1953; _____. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: Giuffrè, 1955. Na doutrina nacional contemporânea, para além da referida acima, tem-se os trabalhos de: MACHADO, Fabio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*, op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfil da tutela inibitória coletiva*, op. cit.; MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*, op. cit.

⁵²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*, op. cit.; _____. A ação condenatória como categoria processual. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit.

⁵²⁵ A insistência da visão trinar das ações – declaratória, constitutiva e condenatória – encontra amparo nesta perspectiva. No entanto, é preciso reconhecer que poucos são aqueles que ainda hoje mantêm esta visão trinária. A dogmática jurídica, pelo que se percebe, calou-se a respeito e, sem explicações, começou a tratar das ações mandamentais e executivas *lato sensu* como se nunca as tivesse refutado. A discussão entre os defensores das teorias trinária, quaternária e quinária das ações, que muitas páginas rendeu para a doutrina, parece ter desaparecido. Todos já se referem às ações mandamentais e às ações executivas *lato sensu*.

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; _____. *Tutela específica*, op. cit.; _____. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

distinções entre as categorias dano e ilícito, desconsiderada pela doutrina do direito privado,⁵²⁷ para expor realidades diferentes e formas distintas de proteger o dano ou o ilícito.

Não é novidade que grande parte dos civilistas⁵²⁸ dá atenção ao ilícito apenas sob a perspectiva do dano, ou seja, da reparação! Não havendo dano, não há que se falar, segundo eles, em ilícito a ser reparado. O dano é elemento do ilícito, desconsiderando que ambos constituem-se em realidades diversas!

Desse modo, a universalização da ação condenatória vem confirmar o auto-engano dos civilistas, transformando todo o direito, posto dentro do processo, em obrigação, sujeito a uma reparação. Agrega-se a isso o princípio – alicerçado sob a bases do liberalismo-individualista – da incoercibilidade do vínculo obrigacional. Pontes

⁵²⁷ O Código Civil atual não distingue esses fenômenos, mantendo a confusão de outrora. O artigo 186 parece eleger o dano como elemento do ilícito, quando afirma que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*.

⁵²⁸ Para fins de confirmar essa afirmativa, pode-se buscar alguns civilistas na doutrina. Silvio Venosa incisivamente diz que “no campo civil, só interessa o ato ilícito à medida que exista dano a ser indenizado. O Direito Civil, embora tenha compartimentos não patrimoniais, como os direitos de família puros, é essencialmente patrimonial. Quando se fala da existência de ato ilícito no campo privado, o que se tem em vista é exclusivamente a reparação do dano, a recomposição patrimonial” (VENOSA, Silvio. Direito civil. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006). Igualmente, para Clóvis Bevilacqua, tem-se que “todo ato ilícito é danoso e cria para o agente a obrigação de reparar o dano causado” (BEVILAQUA, Clóvis. Código civil comentado. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947, p. 290). Seguindo esses passos, Silvio Rodrigues vai afirmar que “poder-se-ia dizer que o ato ilícito é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem. O ato ilícito só repercute na órbita do direito civil se causar prejuízo a alguém” (RODRIGUES, Silvio. Direito civil. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 19). Serpa Lopes corrobora esses civilistas afirmando categoricamente que “enquanto no ilícito civil a regra transgredida é inerente à convivência e compatibilidade das atividades dos particulares entre si, no ilícito penal o que está em causa é a conduta a ser observada pelos indivíduos em relação ao todo social. No crime, a figura do criminoso é apreciada como um ente anti-social, ao passo que no Direito Civil o que se tem em vista é o prejuízo patrimonial. Tal a razão pela qual o Direito Civil só se movimenta em defesa do aspecto patrimonial” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de direito civil. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 419-420). E Caio Mário Pereira, contrapondo as esferas penal e civil, aduz que “para o direito penal, o delito é um fator de desequilíbrio social, que justifica a repressão como meio de restabelecimento; para o direito civil o ilícito é um atentado contra o interesse privado de outrem, e a reparação do dano sofrido é a forma indireta de restauração do equilíbrio rompido” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 416). Maria Helena Diniz e Limongi França não se distanciam destes, confirmando a confusão entre as categorias ilícito e dano, pois entendem que o “ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual” e, portanto, “causa dano à outrem, criando o dever de repará-lo” (DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 169). Desse modo, “a consequência da prática do ato ilícito, devidamente caracterizado, é a obrigação de reparar o dano” (FRANÇA, R. Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 132). A confusão se dá não só no âmbito do direito nacional, mas também no direito italiano. O civilista Vittorino Pietrobbon afirma que “l’illecito civile corrisponde, nell’aspetto suo tradizionale, alla causazione di un danno e trova la sua sanzione essenzialmente nel risarcimento” (PIETROBON, Vittorino. Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento, op. cit., p. 03-04).

de Miranda afirma que “a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles a quem ela se dirige tenham obrado contra o direito, que tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (*com-damnare*)”.⁵²⁹

Assim, para entender as dificuldades da introdução da tutela preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, a análise feita sobre ação e “ações” é importante. A doutrina insiste que a ação (de direito material) surge com a violação do direito. É flagrante, pois, o sentido eminentemente repressivo (e não preventivo) na atividade jurisdicional nesta concepção.⁵³⁰ A lógica do sistema é perversa e mantém intacta a sua estrutura, fazendo todos crerem que o calcanhar-de-aquiles é a sua função. Não se toca a função do direito processual civil, aproximando-o do paradigma do Estado Democrático de Direito, sem que antes haja uma refundação de sua estrutura para além das modificações legislativas, atingindo a sua estrutura paradigmática a partir da releitura dos institutos jurídico-processuais.

Ademais, prever o futuro nunca foi imaginado como função do juiz. Toda a construção da separação dos poderes vai impor determinadas capacidades e funções aos três poderes. Ao legislador compete prever o futuro; ao executivo, tratar do presente, e ao judiciário, reparar o passado. Calamandrei já havia feito esta observação quando comparou o trabalho de juiz ao trabalho do historiador, apontando que ambos, juiz e historiador, investigam o passado e tentam reparar os danos já causados, os direitos já violados.

Desse modo, não há como cumprir-se com a função judicial num Estado que se pretende democrático de direito, seja ela uma função repressiva ou preventiva, se o direito processual civil não passar por uma revisão da compreensão moderna da jurisdição, da lei e do papel/poder do juiz. É preciso libertar, a jurisdição e o direito, dos grilhões que o paradigma racionalista impôs, submetendo-os à tirania do método, transformando-os em instrumento do poder (funcionalizando-os).

Enquanto a ciência moderna se embriaga com seu rigor metodológico, os juristas oscilam entre o medo de perder o controle da “tecnologia” jurídica moderna e o medo de deixarem-se seduzir pelo niilismo, pelo relativismo. O resultado é que qualquer

⁵²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I, op. cit., §25, 1, c.

⁵³⁰ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit. e _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

tentativa de revisar as raízes da tradição jurídica romano-canônica – para detectar não só o seu legado e a fidelidade do direito moderno, mas também o que é romano no que se diz hoje moderno – faz-se a partir de um diálogo de surdos, pois a força do paradigma não dá alternativas fora do paradigma.

A superação do paradigma racionalista, com a conseqüente construção da tutela preventiva – sumária e autônoma – deve se dar a partir da compreensão de que há um horizonte infinito de possibilidades abertos ao pensamento. Cabe ao direito processual civil, nesta quadra da história, eleger seu itinerário a partir de uma ‘concepção’ de direito que não seja nem a do convencionalismo – almejado pelo positivismo jurídico em suas diversas variantes⁵³¹ – nem a do pragmatismo jurídico⁵³² – representado pelo funcionalismo jurídico, mas antes um itinerário marcado por uma dimensão ético-jurídica. É nesse caminho que a construção da tutela preventiva será possível, possibilitando, assim, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a concretização dos direitos.

O esquema idealizado pelo paradigma racionalista ao contruir a *ordo iudicium privatorum* teve seus méritos ao longo da formação da ciência processual, mas a prática histórica nunca foi um reino de essências puras e, exatamente por isso, tolera inversões e simplificações de modelos, embora não abra mão de conteúdos mínimos, nos quais se incluem o caráter dialógico-argumentativo do discurso, bem como os valores constitucionais que alicerçam o Estado Democrático de Direito. No entanto, é preciso registrar que a retórica, mesmo compreendida nos termos propostos por Perelman, não é

⁵³¹ O rótulo “positivismo jurídico” identifica uma variedade de teorias diferenciadas, cujo denominador comum é a separação entre direito e moral. A expressão “convencionalismo” é utilizada por Dworkin ao referir-se às concepções do positivismo jurídico e do normativismo positivista representados paradigmaticamente por Herbert Hart, que afirmava o direito enquanto um sistema de regras vigente e socialmente reconhecido (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jedderson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

⁵³² O pragmatismo é, paradigmaticamente, representado pelas correntes do *Legal Realism* e pela *Law and Economics*, que propõem uma perspectiva político-social para o futuro da humanidade, considerando os juízes como os arquitetos deste mundo melhor. Enquanto a perspectiva do convencionalismo (vide nota acima) é o passado, a perspectiva do pragmatismo é programaticamente o futuro. Toda a discussão dessa tese refuta ambas as teorias, construindo-se sob as bases de uma perspectiva hermenêutica, cujo objetivo não é um conhecimento objetivo (científico) do mundo, mas a compreensibilidade da realidade humana e, no caso, do direito, ou seja, da práxis. Em toda a compreensão, seguindo esta perspectiva, há a vivência de uma pertença, conforme refere Gadamer. Reconhecendo-se, assim, uma indissociável associação entre o passado e o presente, ou seja, do horizonte cultural do passado (tradição cultural) com o horizonte cultural do presente (que está na compreensão que se realiza). A isto, Gadamer denomina “fusão de horizontes”. Sendo o futuro, na linguagem heideggeriana, “o passado que vem ao nosso encontro”.

suficiente para desvelar a intencionalidade do direito e do pensamento jurídico metodologicamente comprometido.⁵³³ É importante reconhecer-se que o procedimentalismo faz-se presente de modo mais ou menos explícito, em algumas teorias da argumentação, a exemplo da construção de Robert Alexy, haja vista aceitar a tese segundo a qual a validade é “o resultado de um determinado proceder”. No entanto, as teorias da argumentação, bem como a hermenêutica, partilham o mesmo mote, qual seja, “argumentar num sistema aberto”, deixando para trás o direito natural e o positivismo jurídico.⁵³⁴

Isso significa dizer que a construção da tutela preventiva precisa de uma revisão do direito processual civil, quebrando com o peso do racionalismo, mas sem se deixar levar pelas concepções procedimentalistas. O procedimento não é excluído quando se assume uma concepção substancialista, embora o inverso não seja verdadeiro.⁵³⁵ Daí a afirmação de que “a eliminação da retórica suprimiu, *ipso facto*, tanto a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, quanto sua essencial dimensão hermenêutica”,⁵³⁶ na qual sua índole ética-jurídica é decisiva.⁵³⁷

4.2 O abandono do ideológico conceito iluminista de lei: para não construir o telhado antes de erguer-se o muro da casa

Tudo que vem sendo dito até agora compõe o caminho para a construção da tutela preventiva no contexto da tradição romano-germânica, habilitando o jurista a

⁵³³ Nesse sentido, consultar: BRONZE, Fernando José Bronze. As margens e o rio (da retórica jurídica à metodologização). In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.81-119.

⁵³⁴ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 133-134.

⁵³⁵ O foco da discussão deste trabalho não é contrapor as teorias procedimentalistas e teorias substancialistas do direito. No entanto, elege-se a postura substancialista como condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas, retomando, assim, o carácter hermenêutico do direito, retirando-o do âmbito das ciências da explicação para inseri-lo nas ciências da compreensão. Sobre o debate entre procedimentalistas e substancialistas, ver: STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.

⁵³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 97.

⁵³⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, op. cit.

visualizar a função preventiva a partir de um redimensionamento da estrutura desta jurisdição. É preciso, no entanto, cuidar para não se colocar o telhado antes de construir os muros da casa. Não há como prosseguir sem superar pontualmente o conceito iluminista da lei que veio sendo construído desde o movimento das codificações.

A codificação,⁵³⁸ em especial a partir dos séculos XIX e XX, tornou-se a vinculação central das decisões judiciais e, em última análise, da própria jurisdição. Na construção desses séculos, “os códigos mais ou menos exactos e unívocos prescrevem ao juiz as normas de acordo com as quais ele tem de decidir os seus casos; e mais: eles ‘vinculam’ o juiz”. Dito isso, tem-se que a força da vinculação à codificação afeta necessariamente a atuação jurisdicional e, conseqüentemente, a própria atividade jurisprudencial. Há, portanto, forte influência das codificações – da lei – no papel a ser desempenhado pelos juízes. Saber qual a função da codificação nas decisões judiciais e como se dá a vinculação do juiz à codificação, escapando das arbitrariedades, exige atribuição de maior ou menor imperatividade à lei na decisão judicial.⁵³⁹ A garantia de uma decisão justa, correta, estará exclusivamente na codificação. O caso se subsumiria na norma codificada? Parece que não. A codificação que nasceu no direito natural, mas acabou consagrando o direito positivo, separando direito e moral, chocou-se com um universo de experiência humana e de tradição cultural, ou seja, com um horizonte do mundo.

A crise do positivismo jurídico conduziu à superação da rígida distinção entre direito (lei) e moral bem como à abertura do debate filosófico jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos. O resultado foi a transformação da compreensão da lei. Para uma visualização do percurso evolutivo da lei e uma adequada compreensão acerca de

⁵³⁸ O direito natural preparou a codificação e se consumou no direito positivo. Nesse sentido, Castanheira Neves afirma que: “O jusnaturalismo moderno-iluminista preparou, desde os meados do século XVIII, e consumou-se, a partir de 1794 (Código Prussiano), na codificação. Os códigos iluministas, e mesmo o pós-revolucionário Code civil francês de 1804 outra coisa não foram, fundamentadamente, do que a consagração dos sistemas racionalmente construídos pelo jusnaturalismo moderno-iluminista em positivo-codificados sistemas legislativos – ainda que decerto com o elemento político coadjuvante quer da intenção dos soberanos iluministas, os ‘déspotas esclarecidos’, a um direito que superasse a crise já então do *ius commune*, com a sua dispersão, as suas contradições e a sua falta de unidade integrante, por um direito racionalmente sistemático, unitário e estável, quer de objectivos mais directamente revolucionários” (CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*, op. cit., p.26-27).

⁵³⁹ KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas, op. cit., p.281.

seu papel na construção do direito moderno, é possível identificar momentos distintos da concepção de lei.

Inicialmente, com a formação do Estado moderno, a lei “adquire um sentido normativo-jurídico que faz dela o próprio ‘*constituens*’ do direito e o sistema político institui-se, em termos intencionais e constitucionalmente deliberados, de modo a competir exclusivamente ao poder político a criação do direito através de suas leis”. Havia uma relação de identidade entre direito e legislação, sendo a ‘*voluntas*’ uma das dimensões constitutivas do direito.⁵⁴⁰

A lei assume a expressão da própria razão humana por meio da ‘*volonté générale*’. O movimento de codificação, por isso, será considerado o auge desse primeiro momento de concepção da lei, apontada como instrumento de racionalização, previsibilidade e segurança de um Estado liberal.⁵⁴¹ Construía-se o iluminístico conceito da lei, enquanto “a manifestação da vontade geral – estando esta para aquela como que numa relação de potência a acto ou de essência a existência – , pelo que o ser político e soberano que, respectivamente, ganham corpo e se identificam com a vontade geral só são objetivamente (ou se exprimem) no *modus* jurídico que é a lei”.⁵⁴²

A lei iluminista identificava-se com o direito, eis que, na sua pretensão de racionalidade e universalidade, os valores da liberdade e igualdade se assimilariam e se garantiriam, definindo seu *status* normativo formal. Considerava-se a identificação entre a razão e a vontade *na* lei como limite de atuação do Estado e da liberdade individual. No entanto, ao mesmo tempo que essa concepção enquadrava o comportamento social, dele se descomprometia. Essa concepção resultava em um estrito legalismo, reduzindo o pensamento jurídico ao pensar legislativo. Emergia o ‘Estado de legislação’ e o período de grande ênfase do poder legislativo. Essa fase começa a perder seu brilho no século

⁵⁴⁰ CASTANHEIRA NEVES, António. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais, op. cit., p.526.

⁵⁴¹ MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra, 2003, p.693.

⁵⁴² CASTANHEIRA NEVES, António. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais, op. cit., p.545.

XIX, com a emergência dos direitos sociais, estruturando-se, assim, uma nova concepção de lei.⁵⁴³

A identificação entre direito e lei entendida como racionalização da *volonté générale* positivada cede espaço ante a constatação da heterogeneidade e complexidade da sociedade. Conforme Castanheira Neves, “não é já a lei a dar validade jurídica a direitos, enquanto direitos subjectivos, são os direitos, os reconhecidos como direitos fundamentais, a imporem-se à lei e a condicionarem a sua validade jurídica”. Dá-se novos contornos para a concepção da lei a partir da “emigração da juridicidade da lei” e, conseqüentemente, do poder legislativo, para os princípios aplicados no contexto da jurisdição. Desse modo, as leis não mais poderiam ser imputadas ao comum social de todos, pois representavam uma força política fruto da transação das forças particulares, mesmo que elaboradas e impostas a toda uma coletividade.⁵⁴⁴

Certamente, a percepção da lei enquanto instrumento realizador de planos políticos, compromete a autonomia do direito, nos termos de Castanheira Neves, bem “como a possibilidade institucional da sua afirmação”, pois se esvazia a sua juridicidade e passa a ser preenchida por exigências políticas de determinados grupos. Lamentavelmente,

hoje as leis não são mais do que prescrições de certas forças políticas, mesmo partidárias, que no quadro dos sistemas político-estaduais ou constitucional adquirem legitimidade para tanto e pelas quais impõe um programa de acção político-social, em que uma política se afirma e concretamente se compromete com fins particulares – numa palavra, se as leis, de estrito estatuto jurídico passaram a instrumento político (governa-se com as leis); também, por outro lado e numa evidente coerência com o ponto anterior, a práxis social radicalmente se politizou, tornando-se objeto, o campo e o objectivo do que se diz ‘Big Government’ globalmente interventor e transformador.⁵⁴⁵

Da juridicização da política pelo direito passa-se para a instrumentalização do jurídico pelo político. A crise do positivismo jurídico vai produzir, portanto, uma crise

⁵⁴³ Ibidem, p.539; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p.13.

⁵⁴⁴ Ibidem, p.5; CASTANHEIRA NEVES, António. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais, op. cit., p.585.

⁵⁴⁵ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 13.

da juridicidade legislativa. A solução para isso – seguindo a trilha de Castanheira Neves – está na aplicação do direito. O pensamento jurídico “vê actualmente o seu metodológico objeto problemático não já na norma (na interpretativo-dogmática determinação do direito positivo), mas essencialmente no caso (na decisão judicativa do problema jurídico concreto)”. A proposta consiste no desenvolvimento de uma ‘metodologia’ jurídica que possibilitasse, quando da aplicação da lei a um caso concreto, reduzir a arbitrariedade, pois “só em concreto, logram a sua determinação e se lhes podem atingir o seu autêntico relevo”. A questão da juridicidade, portanto, desloca-se para a aplicação do direito.⁵⁴⁶

Admite-se, portanto, que “o direito se submete às contingências históricas, devendo conviver com a natural insegurança, peculiar à vida humana, administrando-a, como sua condição essencial”.

De resto, a lei, longe das expectativas com que sonharam as filosofias europeias dos séculos XVII e XVIII, não é mais – na verdade nunca foi – a garantia de nossas liberdades e nem o remédio contra as incertezas inerentes à condição humana. Nosso angustiado século XX encarregou-se de desfazer essa doce ilusão. [...]

As ‘certezas’, que não existem nem mesmo nas ciências naturais, não são – nunca foram – critérios ou objetivos próprios do direito. A justiça, para desgosto de nossos teóricos, não poderá ser normatizada. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade.

⁵⁴⁷

A lei contemporânea voltou a ser, “como sempre fora, uma norma comprometida com particulares forças políticas, quando não partidárias”.⁵⁴⁸ A lei, portanto, há de ser pensada dentro do seu contexto histórico e político, mas isso também significa que ela “*non è punto de arrivo ma doveroso punto di partenza di un dubio*”.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*, op. cit., p. 587. CASTANHEIRA NEVES, António. O actual problema metodológico da realização do direito. In: *Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 321; CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 7.

⁵⁴⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.138-139.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p.141.

⁵⁴⁹ BORRÉ, Guiseppe. La corte di cassazione oggi. In: BESSONE, Mario (Org.). *Diritto giurisprudenziale*. Turim: Giappichelli, 1996, p.161.

Os conceitos indeterminados, ambíguos, que emergem da produção legislativa, abrem, necessariamente, lacunas a serem preenchidas quando da compreensão/aplicação no caso concreto pelo intérprete/julgador. Esses espaços amedrontam a todos.⁵⁵⁰

O ponto nevrálgico passa a ser, então, o limite entre o exercício da discricionariedade, segundo Baptista da Silva, essencial ao ato jurisdicional, e o decisionismo, a arbitrariedade, que põe em cheque o caráter democrático da jurisdição e compromete o Estado Democrático de Direito. É, portanto, no direito processual civil que é possível visualizar o fosso que se estabeleceu entre o ideológico conceito iluminista da lei, que suportava uma vontade invariável, inserida no contexto do legislador e a práxis jurídica na contemporaneidade.⁵⁵¹ Assim como a concepção de lei, também a concepção e o papel do juiz não se mantiveram inalterados no tempo. Contemporaneamente, pode-se dizer que a função do juiz vem se tornando cada vez mais complexa e ampliada, seja sob o ponto de vista procedimental seja sob o ponto de vista substancial.⁵⁵²

4.3 Alguns degraus para a (re)construção da tutela preventiva: a decisão em (tempos de) crise, sua (in)capacidade de concretização dos valores constitucionais e o problema da “baixa constitucionalidade”

O filme *Minority Report* (2002), dirigido por Steven Spielberg, inspirado num conto de ficção científica escrito por Philip K. Dick (1956), trata sobre uma sociedade do futuro próximo (2054), na qual os criminosos são presos antes mesmo de cometerem os crimes, pois a divisão *pré-crime* conta com três humanos paranormais (os *precogs*) que têm a capacidade de ver o futuro, podendo prever atos atentatórios à ordem social. A divisão pré-crime é apresentada como um sistema extremamente seguro, não sujeito a contestações. Os três humanos paranormais trabalham em conjunto, conectados em um

⁵⁵⁰ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p.281 et seq.

⁵⁵¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 140.

⁵⁵² Ver, nesse sentido: MORELLO, Augusto M. Perfil del juez al final de la centúria. In: *La ley*. Tomo 1998 C, p.1246.

tanque. Quando um crime é previsto pelos *precogs*, o nome da vítima, o nome do culpado, data e hora exata em que o crime irá ocorrer aparecem gravados em esferas. Diante disso, a equipe da divisão pré-crime entra em ação, localizando e prendendo o futuro transgressor do sistema, evitando o ilícito e qualquer dano.

Dois aspectos do enredo do filme chamam a atenção. Primeiro: se a prisão é realizada antes do ilícito acontecer, como pode a pessoa ser acusada e punida quando o motivo de sua prisão, de fato, nunca se concretizou? Segundo: na trama há situações em que um dos *precogs* discorda dos demais: são os “relatórios minoritários” (*minority reports*), ou seja, uma espécie de “voto vencido”. A previsão de um dos *precogs* diverge da previsão dos outros dois *precogs*, abrindo a possibilidade de diversos futuros potenciais, pondo sob suspeita o próprio sistema.

Transportando a idéia do filme para a compreensão do direito processual civil, por exemplo, ter-se-iam os mesmos dilemas da atuação jurisdicional diante da pretensão à segurança.

A Constituição autoriza que o cidadão busque a proteção de uma pretensão simplesmente ameaçada, ou seja, ainda não violada, mas que está na iminência de ser violada (no futuro). O sistema jurídico tem essa intenção de proteger o futuro, conforme se vê expresso na Constituição, ao afirmar que o Poder Judiciário não pode furtar-se ante lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF). Trata-se de uma função de prevenir e não uma função de prever.

É fato que os magistrados não estão mergulhados em um tanque de fluido nutriente e, portanto, não têm a capacidade de ver (e prever) o futuro. Na verdade, sequer têm a capacidade de reconstruir, com perfeição, o passado.

Os magistrados, da primeira à última instância, trabalham, sim, em conjunto, mergulhados no fluido nutriente composto pela Constituição e pelos valores do Estado Democrático de Direito. Embora não tenham o dom de ver (prever) o futuro ou de reconstruir o passado, têm o dever de reparar e prevenir a lesão e a ameaça de lesão aos direitos, cuidando da integridade do sentido do direito, cientes da impossibilidade de um juízo de certeza ou da existência de verdades únicas absolutas. Os magistrados não são *precogs*, homens paranormais ou super-homens, não realizam pré-cognição, são homens com suas precompreensões. Porém, têm a função de julgar e decidir, mergulhados no

paradigma do Estado Democrático de Direito para a concretização dos valores constitucionais. Eles não estão em busca de uma verdade a ser revelada, mas de uma verdade hermenêutica que se dará no momento da decisão. Só essa, a verdade hermenêutica, é que se pode encontrar.

Não há como eliminar o dilema da decisão: toda decisão implica assunção de riscos, seja, por exemplo, aquela decisão que defere a tutela preventiva, como aquela que indefere a tutela preventiva. É preciso lembrar que, seja positivo ou negativo o conteúdo de uma decisão, ainda se está diante de uma decisão, que carrega consigo todas as suas conseqüências e dilemas. A decisão traz consigo o seu tempo, está inserida em um contexto histórico, dentro de uma pré-compreensão. Isso, no entanto, não significa que não seja importante o conteúdo da decisão (ao contrário!), mas antes que o direito não goza da mesma eternidade e imutabilidade de que se vangloriam as matemáticas.⁵⁵³

A geometrização do direito – fruto do paradigma racionalista – é o núcleo da resistência oferecida pelo sistema à idéia de que o Direito seja uma ciência da compreensão bem como pela aversão aos juízos de verossimilhança, considerados sempre falsos. Para a ciência processual (geometrizada), é o juiz o dono da verdade, a verdade já trazida pelo legislador, competindo-lhe apenas despertá-la. Costuma-se, então, apontar que o legislador é quem tem a missão de prover para o futuro; o executivo incumbe-se de lidar com o presente e, ao judiciário, compete, apenas, consertar o passado.

É comum se afirmar a possibilidade de trazer à memória o tempo passado. Daí a maior facilidade que se tem de tratar com a reparabilidade das lesões e não com a sua prevenção, eis que o tempo futuro (a ameaça de lesão) não é possível antecipar (com a certeza e segurança que a ciência processual exige). “Ao se buscar prever o futuro identificando as causas que podem intervir no desenvolvimento dos acontecimentos, se encontra uma variedade de circunstâncias, assim a insegurança se multiplica na medida

⁵⁵³ Sobre a discussão acerca da decisão discricionária e decisão arbitrária, sustentando a fundamentação da decisão enquanto garantida constitucional para a concretização dos direitos bem como a vinculação da decisão aos valores constitucionais e ao paradigma do Estado democrático de direito, ver o item 5.3 *A visibilidade, a multiplicidade e a consistência na fundamentação das decisões: os limites entre a arbitrariedade e a discricionariade.*

em que se busca elucidar o tempo futuro”.⁵⁵⁴ Não se tem acesso direto ao futuro; logo, há uma tendência a manutenção do *status quo*.

Ora, talvez fosse prudente fazer a mesma pergunta sobre o passado, problematizando aquela afirmativa de que é possível trazer à memória o tempo passado. Não é verdade, não se tem acesso direto ao passado, mas às memórias do passado. Assim, não há um acesso direto nem ao futuro, nem ao passado.⁵⁵⁵ O passado é memória e lembrança; o futuro é imaginação, projeto e probabilidade. Como poderá então o legislador prever o futuro e o judiciário consertar/reparar o passado?

Na medida em que se reconhece que não se tem acesso à verdade única e absoluta para a formação de um juízo de cognição sobre determinado caso exposto à decisão judicial, as possibilidades de racionalizar as decisões se vêm reduzidas. O direito moderno, fruto de seu tempo, confiou no discurso racional, no método indutivo e dedutivo, por meio de cálculos e procedimentos, porém, a sociedade contemporânea, marcada pela emergência dos novos direitos, pelo neoconstitucionalismo e pelo próprio contexto da mundialização, está a exigir um outro porto seguro, que não o discurso racional do método. A decisão judicial deve, portanto, ancorar-se nos valores constitucionais para só assim efetivamente concretizar direitos, sem se preocupar em reconstruir o passado ou prever o futuro, mas apenas concretizar os direitos e garantir os valores constitucionais. Desse modo, defender a construção das tutelas preventivas, por meio de uma ação sumária materialmente autônoma, não significa acreditar na possibilidade de prever o futuro (danos ou ilícitos) ou que seja essa uma função do judiciário, mas antes defender a possibilidade e necessidade de a Jurisdição concretizar valores constitucionais, protegendo pretensões, sejam elas individuais ou coletivas.

Torna-se necessário, portanto, detectar os problemas que causaram, na expressão de Streck, a “baixa constitucionalidade” e, por consequência, a frustração das “promessas da modernidade” no que se refere às decisões judiciais, responsáveis pela concretização dos valores constitucionais. Nessa investigação, não será difícil apontar como responsável a (insistente) preferência, não só pelo paradigma racionalista, mas também pelo paradigma da filosofia da consciência que, mergulhada em seu caráter

⁵⁵⁴ DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 148, p. 99-110, jun./ 2007, p. 103.

⁵⁵⁵ Nesse sentido, ver item 1.1 Os tempos do direito: ligar e desligar o tempo.

objetificante (metafísico), provocou a entificação do sentido do Direito e, conseqüentemente, da Constituição. Em análise cuidadosa, é possível acrescentar outros coadjuvantes: a não concretização do Estado Social; a prevalência do paradigma liberal de Direito (ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente); inexistência de um tribunal constitucional *ad hoc* e o fenômeno da globalização e das políticas neoliberais.⁵⁵⁶

Por óbvio, uma reflexão nesse sentido exige uma perspectiva absolutamente anti-metafísica, liberta dos grilhões do racionalismo-liberal, do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência. Só assim a linguagem deixará de ser vista como uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto (entificação do ser), tornando-se condição de possibilidade, vista como meio de acesso ao mundo e às coisas. Nesse compasso, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*).⁵⁵⁷

Torna-se, portanto, necessário investigar como as novas concepções de compreensão ou mesmo de construção do conhecimento caracterizam um rompimento com o paradigma epistemológico tradicional concentrado na reprodução do Direito, identificado a um “o-que-a-lei-manda-fazer”. As discussões jurídicas, sufocadas pelo “senso comum teórico dos juristas” e pelos *mitläufer jurídicos*,⁵⁵⁸ limitam-se à lógica do “diz-que-diz-que”: *o legislador quis dizer que... a lei quis dizer que... o ‘supremo’ diz que... a jurisprudência dominante diz que...* Trabalha-se com universais! A prática discursiva dos juristas oculta o *aparecer* da singularidade, o *aparecer* da coisa mesma (*Sache selbst*). É exatamente esse o palco da crise de baixa constitucionalidade – aplica-se o novo com olhos do velho. Romper com o paradigma exige priorizar-se a norma, na medida em que é ela o resultado da interpretação do texto.

O Direito, por excelência, possui especificidades. Como bem refere Streck, “a interpretação de um texto normativo – que sempre exsurgirá como norma – depende de sua conformidade com um texto de validade superior”. É preciso, nessa linha de

⁵⁵⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.18-19.

⁵⁵⁷ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 18-21 e _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.

⁵⁵⁸ Ver nota 289.

raciocínio, desmi(s)tificar a dualidade metafísica entre texto e norma, entre vigência e validade. “No texto não está a norma, o texto não carrega um sentido-em-si-mesmo”. Ora, esse texto de validade superior é a Constituição! Na verdade, não é só texto, mas condição de possibilidade hermenêutica de outro texto. O texto jurídico está contido na norma, que, por sua vez, é o resultado da atribuição de sentido. A conformidade do texto com a Constituição somente poderá ser aferida se houver uma pré-compreensão (*Vorverständnis*) sobre o sentido de Constituição. Estabelece-se, assim, uma relação de co-pertencimento entre faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional.⁵⁵⁹

O sentido que o intérprete tem sobre a Constituição consiste na antecipação de sentido – concepção prévia. O que vai corroborar a afirmativa de que só é possível interpretar, porque antes já se compreende, e se compreender, porque antes já há pré-compreensão. Nas palavras de Gadamer, tem-se o seguinte: “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”.⁵⁶⁰ Na verdade, esse é o movimento da circularidade da autocompreensão dentro da hermenêutica, trata-se da *applicatio*. A *applicatio* se dá quando compreensão – interpretação – e aplicação ocorrem simultaneamente. “Quando o intérprete interpreta um texto, estará no entremeio do círculo hermenêutico”. Não há, por óbvio, como cindir a aplicação; não existe decisão e, depois, fundamentação ou vice-versa. Um faz parte do outro!⁵⁶¹

É risível imaginar a Constituição – ou um texto infraconstitucional – como uma carta de intenções, a partir da qual o intérprete extrai a vontade do legislador. Na verdade, essa é a digital que está fortemente impressa na cultura moderna, um legado dos séculos XVII-XIX, em especial dos ideais revolucionários de 1789, quando, sob a égide do racionalismo e do liberalismo, se corroborou a clássica separação de poderes, restando ao poder judiciário a função de mero aplicador da lei. São pré-juízos impressos

⁵⁵⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.208-209.

⁵⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit. p.406.

⁵⁶¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.210-211.

no constitucionalismo contemporâneo que podem ser mais bem visualizados na crise constitucional – em especial a crise constitucional brasileira – quando se dá pouca (ou nenhuma) importância ao Direito constitucional e ao texto constitucional e, em última análise, ao próprio Estado Democrático de Direito. É essa indiferença à Constituição que Lenio Streck batiza de “baixa constitucionalidade”. Diz ele: “no campo jurídico brasileiro, esses prejuízos, calcados em uma história que tem relegado o Direito constitucional a um plano secundário, constituindo-se em algo que se pode denominar de “baixa constitucionalidade”, que, hermeneuticamente, estabelece o limite do sentido e o sentido do limite de o jurista dizer o Direito, impedindo, conseqüentemente, a manifestação do ser (do Direito)”.⁵⁶²

Retomando aqui a construção acerca dos *mitläufers jurídicos*,⁵⁶³ é curioso observar que eles são, na verdade, gerados pela “baixa constitucionalidade”, a qual se perpetua pelo comportamento dos mesmos. Eles são a manifestação inautêntica do ser do Direito, na medida em que ocasionam o ocultamento/des-velamento das possibilidades da manifestação de um Direito transformador e do Estado Democrático de Direito. Ocultamento/des-velamento que se percebe na repugnante inefetividade da Constituição, na morosidade da prestação jurisdicional, no não acesso à justiça, na ineficácia jurídico-social dos Direitos Humanos.

De fato, vive-se a era das codificações, iniciada sob a égide do racionalismo-liberal pós-revoluções burguesas. Os códigos valem mais que as Constituições, e o legislador é o dono do mundo, só ele possui o conteúdo do texto. Esse cenário, fruto do paradigma metafísico-objetificante, marca o ocultamento do ser – a entificação do ente. O senso comum teórico dos juristas é o modo inautêntico de fazer o Direito. A disseminação dos *mitläufers jurídicos*⁵⁶⁴ e a “baixa constitucionalidade” tendem a se perpetuarem enquanto não for superada a tradição própria de um novo constitucionalismo, ou seja, enquanto não houver uma reforma de estrutura⁵⁶⁵ do pensamento jurídico e, em especial, na ciência processual.

⁵⁶² Ibidem, p.215.

⁵⁶³ Ver nota 289.

⁵⁶⁴ Ver nota 289.

⁵⁶⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

A “baixa constitucionalidade” transforma a Constituição em um fenômeno encoberto, vestida com uma capa protetora contra o estranho. Pode-se arriscar a dizer que muitos ‘esquecem’ que há Constituição e que esta antecede a ‘aplicação’ dos códigos. Para Lenio Luiz Streck, a “angústia do estranhamento” não está ocorrendo, e a prova disso é a inefetividade constitucional. Há uma carência de horizonte de sentido. Ora, “todo escrito é por excelência objeto da hermenêutica”. A compreensão não significa uma transposição psíquica. “Conceitos normativos, como a opinião do autor ou a compreensão do leitor originário, representam, na realidade, apenas um lugar vazio que se preenche de compreensão, de ocasião por ocasião”.⁵⁶⁶ Esse horizonte de sentido é, nas palavras de Streck, o “teto hermenêutico”.⁵⁶⁷ Ter horizonte, portanto, é não estar limitado ao que está mais próximo, àquilo que já é conhecido. Ter horizonte é ir/ver além!⁵⁶⁸ Ter horizonte é também um dar-se conta sobre os pré-juízos; eis que a descoberta de um pré-juízo não é possível enquanto ele permanecer como tal. E a missão da hermenêutica é exatamente desvelar os preconceitos.⁵⁶⁹ Gadamer refere que:

É claro que destacar um preconceito implica suspender sua validade. Pois, na medida em que um preconceito nos determina, não o conhecemos nem o pensamos como um juízo. (...) a compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema. Sabemos agora o que isso exige: suspender por completo os próprios preconceitos. Mas, do ponto de vista lógico, a suspensão de todo juízo, e a fortiori de todo preconceito, tem a estrutura da pergunta.⁵⁷⁰

A inefetividade constitucional, a “baixa constitucionalidade”, é o reflexo de pré-juízos não esclarecidos, é o resultado do não des-velamento da Constituição. No entanto, ainda assim, o des-velamento permanente é impossível. Existe o jogo de ambivalência entre velamento e des-velamento. Segundo Lenio Streck, “todo o des-velamento pressupõe a desconstrução/destruição da tradição jurídica inautêntica, mergulhada na crise de paradigmas. Ao des-construir, a hermenêutica constrói,

⁵⁶⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p.512.

⁵⁶⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.222.

⁵⁶⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p.512.

⁵⁶⁹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p. 222.

⁵⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p.396.

possibilitando o manifestar-se de algo (o ente Constituição em seu estado descoberto).⁵⁷¹

Quando se trabalha a inefetividade dos Direitos e a crise da Constituição sob a perspectiva da hermenêutica heideggeriana-gadameriana – provocando a angústia do estranhamento –, não resta outro caminho senão a des-ocultação do que está velado. Usando a expressão gadameriana: trata-se do “acontecer”⁵⁷² da Constituição; que nada mais é senão a revelação da existência do jurídico (constitucional). É preciso desvelar o acontecer da Constituição. Para tanto, é imprescindível que se ponha um fim na interpretação de cunho tradicional, baseada na mera reprodução, na busca da "melhor interpretação", "o sentido exato da norma"), direcionando a Constituição para a clareira, para a luz da hermenêutica, ou seja, para a compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e às coisas.

O “acontecer” do sentido da Constituição se dá na compreensão, manifestando-se na *applicatio*. Não há, portanto, que se fragmentar os fenômenos da compreensão, interpretação e aplicação, visto que se dão simultaneamente. E isso só será possível a partir do momento em que a tradição (ou cadeia de tradições, como refere Lenio Streck⁵⁷³) for superada. A “tradição” é o véu do sentido; é ela quem oculta o ser, na medida em que não é percebida – pois, anônima – pelo sujeito. Gadamer percebeu isso e registrou que

*o que é consagrado pela tradição e pela herança histórica possui uma autoridade que se tornou anônima, e nosso ser histórico e finito está determinado pelo fato de que também a autoridade do que foi transmitido, e não somente o que possui fundamentos evidentes, tem poder sobre nossa ação e nosso comportamento. (...) A realidade dos costumes, p. ex., é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação.*⁵⁷⁴

⁵⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit., p.224.

⁵⁷² Sobre o “acontecer” da Constituição, buscar subsídios na obra de STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.; _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; _____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.

⁵⁷³ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

⁵⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p.372.

Seguindo Lenio Streck, é fácil perceber que é na tradição (ou cadeia de tradições) que estão as normas jurídicas em vigor e as correntes de pensamento, e todas elas sobrevivem graças aos esforços de juristas que precederam os atuais. Nas suas palavras, é na cadeia de tradições que “se inclui tudo o que se faz no campo jurídico (doutrina, decisões judiciais, pareceres, etc.), enfim, aquilo que denomino de síntese entre o modelo de produção de Direito e o campo jurídico”. A partir daí, infere-se que é na tradição que está o paradigma dominante. É preciso, pois, citar Heidegger, para fazer registrar que a tradição “tende a tornar tão pouco acessível o que ela ‘lega’ que, na maioria das vezes e em primeira aproximação, o encobre e esconde. Entrega o que é legado à responsabilidade da evidência, obstruindo, assim, a passagem para as ‘fontes’ originais”.⁵⁷⁵

Nessa linha, Gadamer é bastante firme quando pondera que “a tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. (...) Em todo caso, a conservação representa uma conduta tão livre como a destruição e a inovação”.⁵⁷⁶ Não se trata, porém, de banir a tradição, mas antes de admitir que não existe um grau zero, pois já sempre se está embebido nos pré-conceitos e pré-juízos.

A história do pensamento jurídico ocidental e toda a ciência processual estão, nessa linha, mergulhadas no formalismo e na compreensão do direito como um sistema de normas, conduzido pelo positivismo legalista da Escola da Exegese, pelo normativismo da Escola de Viena e pelo pensamento neopositivista. Isso tudo resultou no distanciamento da realidade e na referida “baixa constitucionalidade”. O reflexo do Iluminismo no âmbito do direito processual civil contemporâneo, como visto, mantém-no servilmente dependente das doutrinas filosóficas e políticas da cultura europeia do século XVIII e XIX.⁵⁷⁷ Reside exatamente nesse aspecto as discrepâncias entre os dois principais sistemas jurídicos ocidentais: a *common law* e a *civil law* (ou direito

⁵⁷⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I, op. cit., p.49-50.

⁵⁷⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p. 373.

⁵⁷⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 87.

continental europeu, ou, ainda, tradição romano-germânica ou romano-canônica).⁵⁷⁸ Um enfoque comparatista é elucidativo para desvelar as resistências a um novo modo de pensar o direito processual e seus institutos, bem como permite encontrar algumas justificativas para a sobrevivência do paradigma racionalista na tradição romano-canônica.⁵⁷⁹

A eclosão da tradição romano-canônica se deu com a formação do Estado na Europa, alicerçada sobre a doutrina da separação dos poderes e da segurança jurídica. Os pressupostos culturais daquele tempo impuseram a substituição dos direitos costumeiros medievais pelo direito produzido exclusivamente pelo Estado, primeiro enquanto vontade do monarca, depois enquanto vontade do legislador. Iniciava-se o monopólio do Estado, bem como a cisão entre teoria e prática. A classe dominante almejava, com isso, “a sujeição dos magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei” – *la bouche de la loi* –; bem como “concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito”.⁵⁸⁰ Curioso, no entanto, que a figura do juiz, na história do direito romano clássico, reunia a função legislativa e jurisdicional. Ou seja, era o juiz romano quem legislava e aplicava a lei ao caso concreto – a jurisdição compreendida o ato de legislar⁵⁸¹ no período áureo do direito romano.

⁵⁷⁸ Em que pese as inúmeras terminologias, preferiu-se adotar a expressão tradição romano-canônica, haja vista a marcante influência do direito romano-cristão no cenário jurídico continental europeu ao longo da sua formação. De todas as expressões, considera-se menos adequado o emprego de *civil law*, considerando-a extremamente restritiva para abrigar a tradição jurídica pretendida.

⁵⁷⁹ Não se pretende explorar aprofundadamente a comparação entre os sistemas da *common law* e da tradição romano-canônica. No entanto, para uma discussão mais detalhada, consultar: MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canônica*, op. cit.; MERRYMAN, John Henry. Lo ‘stile italiano’: l’interpretazione”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1968, p.373-414; MERRYMAN, John Henry. “Lo ‘stile italiano’: la doctrina”. Tradução de Diego Corapi e Giuseppe Marziale. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1966, p.1169-1209; SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito nos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001; DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998; DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997; LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 36.

⁵⁸¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. In: _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

Sabe-se que a organização do poder judiciário e seu sentido político (ou não político) dependem, entre outros fatores, da concepção do direito que vige em um determinado sistema e em uma determinada cultura político-social, bem como da relação que se estabelece entre direito e lei.⁵⁸² É, portanto, a idéia de jurisdição, como visto, o núcleo da função político-social de dizer o direito na sociedade.⁵⁸³ A partir do momento em que a lei se tornou a principal fonte do direito – formando-se a tradição romano-canônica – o problema do poder judiciário é sempre apresentado juntamente com o problema do poder legislativo, sobretudo após o Iluminismo.

Desde a formação do Estado Moderno, almeja-se subordiná-lo aos ditames do Direito, surgindo, ao longo do tempo, concepções diferenciadas da lei que refletiram na própria jurisdição estatal. Sendo o direito uma ciência exata, tal como idealizada no contexto das filosofias européias do início da Idade Moderna, as decisões judiciais poderiam ser classificadas como certas ou erradas, do mesmo modo como as soluções dadas aos problemas matemáticos.⁵⁸⁴ Essa concepção está impregnada na nossa formação cultural ocidental, de forte influência européia. Aquele que se beneficiou com o teor da decisão judicial aponta-a como uma sentença certa. Ao contrário, aquele que não obteve vantagem alguma, aponta-a como uma sentença errada, injusta. Trata-se de uma compreensão anacrônica do fenômeno jurídico.⁵⁸⁵

O direito é uma ciência da cultura,⁵⁸⁶ que trabalha com verdades contingentes, verdades hermenêuticas, afastando-se do determinismo das ciências exatas. Trata-se de uma “ciência da compreensão, não uma ciência explicativa; que o juiz, ao contrário do

⁵⁸² Sobre a dimensão política do poder judicial, consultar: RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos*. Porto: Publicações Universidade Católica do Porto, 2001, p.23-104.

⁵⁸³ Importa registrar a crítica feita por Requejo Pagés quanto ao recurso à etimologia para construir um conceito material (e absoluto) de jurisdição (REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 178-180).

⁵⁸⁴ Nesse sentido, ver a crítica de Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 26 et seq).

⁵⁸⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 27.

⁵⁸⁶ Parte-se aqui do raciocínio desenvolvido por Peter Habberle, segundo o qual o homem não vive somente de cultura, no entanto, vive essencialmente em um contexto cultural ou entorno cultural. Trata-se de um produto de gerações passadas bem como das gerações atuais, haja vista ser a cultura um acervo de conhecimentos que se transmite historicamente às gerações (atuais e futuras), condicionando, portanto, o presente e projetando um futuro possível. Desse modo, a cultura não só é, como também cria uma gama de possibilidades, sendo a história uma realidade aberta. O papel dos agentes que conformam a realidade é, portanto, fundamental (HÄBERLE, Peter. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, p. 24 et seq.)

que desejava Chiovenda, tem, sim, vontade e que o ato jurisdicional é necessariamente discricionário”.⁵⁸⁷

Apesar das objeções já feitas nos capítulos anteriores, o método e a estrutura do sistema positivista ainda subsistem e influenciam, sobretudo, a práxis forense. A cientificidade que inunda a ciência do processo, desconsiderando a improbabilidade dos juízos de certeza e a incapacidade de o direito prever o futuro, na verdade, é uma forma de conservar o poder – a dominação simbólica⁵⁸⁸ exercida por meio da ordinarização do processo e da exigência quase absoluta da cognição exauriente. O direito processual civil produz, assim, um *modus operandi* uniformizador; a jurisdição resta normatizada; e os juristas mergulhados no senso comum teórico de que falava Warat.⁵⁸⁹

Para além da ficção de que as decisões judiciais têm o condão de reconstruir o passado (reparando o dano ou restituindo o bem litigioso) ou antecipar o futuro (prevenindo as ameaças ao direito), está a problemática da concretização dos direitos e da superação da “baixa constitucionalidade”. Os juízes não são os *precogs*, com capacidade de prever o futuro, e a Jurisdição não é uma divisão pré-ilícito. A jurisdição é incapaz de prever o futuro ou reescrever o passado, mas não pode furtar-se à responsabilidade de concretizar direitos, ou seja, de ser coadjuvante no caminho que leva ao “acontecer”⁵⁹⁰ da Constituição. Não há como prever o futuro, mas há como construí-lo a partir de uma referência ético-jurídico. O Estado não pode se furtar a essa responsabilidade se ele se pretende um Estado Democrático de Direitos.

⁵⁸⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 28.

⁵⁸⁸ A expressão é utilizada nos termos de Pierre Bordieu (BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996, p. 37 et seq.).

⁵⁸⁹ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Safe, 1995.

⁵⁹⁰ Ver nota 501.

4.4 Entre deuses e homens: onde está o juiz? Há um modelo de juiz para o Estado Democrático de Direito compatível com a função preventiva da jurisdição?

A crise do positivismo jurídico, em suas diversas versões, pressupõe uma discussão sobre as transformações na concepção de lei⁵⁹¹ bem como sobre a vinculação do juiz à lei, especialmente quando o palco é a tradição romano-canônica. É ponto de convergência, nas posturas positivistas, a separação entre direito e moral, atribuindo-se à lei como fonte da decisão judicial. Essa visão positivista traz consigo a (ingênuo) “ideologia da subsunção”, ou seja, a convicção de que cabe ao juiz (irresponsável) deduzir a sua decisão judicial da lei, subsumindo o caso na codificação. Isso significa que a decisão judicial é correta (e justa!) se tiver o condão de transportar o conteúdo da lei (texto) para o caso (fato), sem lhe acrescentar ou tirar nada. O juiz, na construção positivista, deve manter-se fiel à lei, à codificação, não podendo desviar seu olhar, mesmo que isso implique na sua petrificação (a-historicidade) diante da realidade social.

Nesse prisma, a lei (a codificação) é quem garante, em cada caso, a correção (validade) da decisão judicial. “A sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei é imperativa. O ideal da segurança jurídica parece atingido”.⁵⁹² Estaria criado, assim, o “melhor dos mundos”, onde as decisões jurídicas podem ser, cada uma delas, previstas de antemão, eis que brotam da lei antecipadamente formulada.

Mas (feliz ou infelizmente) um mundo perfeito e uma jurisdição previsível não existem! Então essa concepção de que a decisão judicial decorre incontornavelmente da lei não tardou em ser superada, cedendo ao reconhecimento de que também o juiz cria o direito. Não havendo uma subjugação absoluta do juiz à lei, o ponto nevrálgico passa a ser saber qual a função da codificação, qual o papel da lei diante da “criação” do juiz, qual o significado que o direito codificado (positivado) ainda tem no processo de

⁵⁹¹ Ver item 4.2 O abandono do ideológico conceito iluminista de lei: para não construir o telhado antes de erguer-se o muro da casa

⁵⁹² HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, op. cit., p.281-282.

decisão judicial? E, claro, se há um modelo de juiz compatível com o Estado Democrático de Direito e, especificamente, qual o modelo de juiz que melhor se adapta para a construção das tutelas preventivas? Respostas prontas não existem, mas é possível tentar construí-las. E como um questionamento sempre abre várias respostas, surgem várias concepções matizadas entre a nostálgica ideologia da subsunção – segundo a qual o juiz encontraria na lei a resposta unívoca e absoluta para o caso concreto – e a idéia de que o juiz não se curva diante da lei – pois decide orientado por sua sensibilidade jurídica ou pela sua compreensão sobre os interesses das partes em litígio.

Diante da complexidade social, do quadro de crises (do Direito, do Estado, da Jurisdição, do processo) e da nova realidade do ordenamento jurídico (com a emergência de novos direitos e um novo perfil de Estado) é comum que surja o questionamento sobre o papel do juiz e sua relação (vinculação) com a lei, sobretudo no contexto de tradição romano-canônica, a exemplo do Brasil. É necessário um novo modelo de juiz? Quais os modelos de juiz construídos pela ciência processual ao longo da história do direito? François Ost e Ronald Dworkin vão tentar responder a esses questionamentos.

François Ost identifica dois modelos de juízes com os quais a teoria do direito opera: juiz Júpiter e juiz Hércules. Cada um desses modelos de juízes corresponde a um modelo de direito. O “direito jupiterino” é aquele que resulta do positivismo jurídico de feição piramidal-dedutivo, tendo a lei como a principal fonte do direito. Trata-se do direito imposto de cima para baixo, hierarquizado, com uma estrutura piramidal, expresso imperativamente, identificado com a lei (código) e de onde irradia toda a justiça. Há, neste “direito jupiterino”, a marca do sagrado e da transcendência.⁵⁹³ É o modelo clássico do direito codificado, largamente reproduzido nos bancos acadêmicos na tradição romano-canônica, em que a criação do direito está articulada em forma hierárquica e piramidal. Esse modelo está alicerçado no monismo jurídico (lei como fonte do direito); no monismo político (soberania estatal); na racionalidade dedutiva e linear (racionalidade do legislador); e pressupõe uma concepção do tempo orientado para um futuro controlado, ou seja, é marcado pela pretensão de dominar o futuro pela

⁵⁹³ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz. In: *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993, p. 170.

lei, que antecipa um estado de coisas possíveis, preferíveis e tem o condão de conduzir a humanidade para um porvir melhor (temporalidade voluntarista e continuísta) – a lei, portanto, é garantia do progresso da ordem normativa.

O segundo modelo de Ost, diferentemente do modelo jupiterino, tem o juiz (decisão judicial) como a única fonte do direito válido. É o direito herculeano. O juiz Hércules é um semi-deus capaz de realizar trabalhos pesadíssimos e suportar em seus ombros todo o ordenamento jurídico, resolvendo todo o tipo de conflitos. O direito é jurisprudencial, é a decisão e não a lei que cria autoridade, ou seja, é a singularidade e a concretude do caso que se sobrepõem à generalidade e à abstração da lei. Ost projeta no mito de Hércules⁵⁹⁴ o modelo do “juiz-assistencial”. Esse modelo herculeano, representado pela figura de um funil, pode ser encontrado no “realismo jurídico americano”⁵⁹⁵ ou na “sociological jurisprudence” (jurisprudência sociológica).⁵⁹⁶

O juiz Hércules é um engenheiro social, responsável por conciliar as economias familiares em crise; dirigir as empresas em dificuldades, evitando, se possível, a falência; decidir se é melhor para a criança ficar com o pai ou com a mãe; apreciar sobre o aborto em casos de anencefalia; intervir em conflitos coletivos; julgar sobre a obrigatoriedade do véu islâmico... Ele está presente em todas as frentes, decide e também aplica as normas como fazia o juiz Júpiter.

Relativiza-se, assim, o mito da supremacia do legislador. Enquanto o juiz Júpiter era um homem da lei; o juiz Hércules é um engenheiro social. Um é a imagem inversa do outro. Contrapondo-se ao monismo jurídico (monismo normativo) do modelo jupiterino, tem-se a proliferação de decisões; o monismo político cede espaço à dispersão das autoridades encarregadas de aplicar o direito (dispersão sem sentido); a racionalidade dedutiva e linear do juiz Júpiter é substituída por uma racionalidade indutiva. A temporalidade contínua do juiz Júpiter desaparece e, em seu lugar, há um tempo descontínuo.

⁵⁹⁴ Na mitologia, Hércules era aquele que se empenhou obstinadamente em heróicas tarefas, para se redimir pelo infanticídio que Hera o incitara a cometer. O oráculo ordenou a Hércules que realizasse doze trabalhos (impossíveis de serem cumpridos), dos quais saiu-se vitorioso.

⁵⁹⁵ Os principais representantes do realismo jurídico norte-americano são: Jerome Frank, Felix Frankfurter, Karl Llewellyn e Benjamin Cardozo.

⁵⁹⁶ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950.

O direito jupiteriano (piramidal) traduz as exigências do Estado Liberal do século XIX, enquanto o direito herculano (funil) traduz as exigências do Estado social ou assistencial do século XX. Aquele traz consigo a figura do “*juge-pacificateur*” e este a figura do “*juge-arbitre*”. Observando o modelo jupiterino e o modelo herculano, surge a advertência de Gaston Bachelard sobre a “lei da bipolaridade dos erros”: o repúdio por um modelo pode levar a um grave equívoco, ou seja, adotar posição oposta, igualmente reducionista. Para escapar do gigantismo do legislador, cai-se no decisionismo do julgador.

Propõe, então, o modelo do juiz Hermes para construir uma teoria lúdica do direito, afastando-se das figuras da pirâmide e do funil, da transcendência e da imanência, um juiz que não fica subjugado ao código ou à jurisprudência (precedente). Para Ost, a tarefa do juiz é uma obra hermenêutica, um trabalho que está sempre recomeçando, daí falar que o juiz não está vinculado nem à lei, nem ao precedente. O modelo do juiz Hermes é o “*juge-entraîneur*” (“juiz-treinador”), no qual o “juiz-treinador” renuncia ao papel passivo do “juiz-árbitro”, concorrendo, com suas decisões, para a promoção dos interesses e objetivos socioeconômicos.⁵⁹⁷

Concorda-se, portanto, com a necessidade de superar-se os modelos do juiz Júpiter e do juiz Hércules (nos moldes apresentados por Ost), contudo, também a figura do *juge-entraîneur*⁵⁹⁸ deve ser refutada. Esse juiz-treinador, proposto por Ost, pressupõe uma racionalidade finalista, guiada por interesses sociais e políticos, ou seja, uma racionalidade voltada para os efeitos sociais da decisão. A decisão judicial proferida pelo juiz-treinador atenderia à teleologia política, comparando as conseqüências dos resultados possíveis oriundos dessa decisão. Na verdade, o juiz-treinador de Ost está mergulhado em uma racionalidade que cede aos apelos do modelo tecnocrático. Este juiz corresponde ao funcionalismo, identificando-se a um juiz “performático”, ou seja,

⁵⁹⁷ OST, François. *Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modes de justice*. In: OST, François; KERCHOVE, Michel van de; GERARD, Philippe. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelles: Facultes universitaires Saint-Louis, 1993, p.46-47.

⁵⁹⁸ *Ibidem*, p. 47.

orientado pela eficiência. O direito, nesses termos, é visto como um simples instrumento para a obtenção de determinados fins socioeconômicos.⁵⁹⁹

Ronald Dworkin⁶⁰⁰ vai trazer a figura do juiz Hércules,⁶⁰¹ que não é o mesmo Hércules apresentado por François Ost, mas antes uma blindagem contra aquilo que Ost acredita ser característica do modelo herculano.⁶⁰² A coerência e a integridade no modelo dworkiniano acabam coincidindo com o Hermes de Ost, sem, contudo, identificar-se com o juiz “performático” do funcionalismo.

Diante dessa relação (aproximação e distanciamento) entre lei e decisão, vê-se que, por óbvio, o direito não é algo posto, predeterminado, previsto inteiramente no texto e explicitado na decisão judicial. Tanto é assim que é perfeitamente possível que o conteúdo (material) de um entendimento jurisprudencial, por exemplo, seja profundamente alterado sem que isso implique (como causa ou consequência) na renovação da lei aplicável. É verdade que a crise do positivismo jurídico fez com que todos questionassem a ingenuidade da ideologia da subsunção, a fragilidade da vinculação absoluta da sentença à lei (o modelo do juiz Júpiter). Mas tudo isso não autoriza a construção de um juiz totalmente desvinculado da lei (o modelo do juiz Hércules de Ost).⁶⁰³ É preciso ter cautela para não cair na bipolaridade do erro. Um e outro representam puro decisionismo, são anti-democráticos e, portanto, contrários ao perfil do Estado Democrático de Direito.

Uma jurisdição que se pretende democrática, apta a receber a tutela preventiva, precisa desconstruir os modelos de juízes, embora tenha neles – os juízes – forte aliados para viabilizar sua construção e consolidação em sintonia com os ideais do paradigma do Estado Democrático de Direito, superador do modelo liberal. Toda decisão judicial é

⁵⁹⁹ Sobre a crítica ao funcionalismo bem como ao normativismo, consultar item 2.4 *A revisão do papel do jurista: os modelos de realização do direito*. Sobre a crítica ao juiz performático, ver: MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea: para além dos reducionismos tradicionais. In: *Revista de informação legislativa*, ano 39, n. 154, abr./jun. 2002, p. 71-92.

⁶⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, op. cit.

⁶⁰¹ Lenio Streck apresenta uma série de objeções em relação à tese de François Ost, em especial no que se refere às críticas que Ost faz ao “modelo herculeano”. Para Streck, Hércules não é a encarnação do juiz solipsista, mas sim a antítese do juiz discricionário (STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p.338-343).

⁶⁰² *Ibidem*, p.340.

⁶⁰³ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*, op. cit., p.284.

uma opção ética que, portanto, mostra-se incompatível com a passividade de Júpiter, com o ativismo de Hércules e com a performance de Hermes. Os juízes não são deuses, não atendem a modelos ou fórmulas padrões, são homens de carne e osso que assumem a responsabilidade ética e constitucional que o Estado Democrático de Direito lhes confere.

Não se pretende declarar a livre criação judicial do direito, tampouco uma rebelião do juiz contra a lei. Igualmente, não se afirma que a lei admite uma interpretação ilimitada (sem limites) ou que está aberta ao ativismo judicial. A lei, sobretudo a Constituição, na tradição romano-canônica, é instrumento de regulação social e continua sendo a expressão do princípio democrático. O juiz não é “*un órgano ciego y automático de aplicación de las Leyes, pero tampoco puede ser el señor del Derecho en una sociedad libre e igualitaria*”. O juiz não tem um papel neutro (divino) nem ativista, mas atento à Constituição e sua dimensão ético-jurídica que se revela enquanto concretizada.

4.5 A superação do juiz “boca da lei” e do juiz “vespa”: eliminando modelos para construir o juiz (ética e constitucionalmente) “responsável” do Estado Democrático de Direito

Na célebre construção de Montesquieu, “os juízes da Nação [...] são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” das palavras contidas na própria lei, com a intenção primordial de assegurar certeza ao Direito.⁶⁰⁴ Para ele, “os tribunais não devem ser fixos, devem-no os julgamentos. A tal ponto que não sejam estes jamais senão um texto preciso da lei. Fossem eles a opinião particular dos juízes, e viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente quais os compromissos assumidos”.⁶⁰⁵

Os modelos de juízes são deveras reducionistas. Sabe-se, no entanto, que o paradigma do Estado Democrático de Direito que está assentado na proteção dos

⁶⁰⁴ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.178.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 170.

direitos fundamentais e no respeito à democracia é incompatível com a solução dos casos por subsunção (juiz boca da lei), mas também com os juízes irresponsáveis e arbitrários de Aristófonos (juiz-vespa).⁶⁰⁶ O perfil de juiz no Estado Democrático de Direito se aproxima do “bom juiz”⁶⁰⁷, da dimensão ético-jurídica das decisões, repudiando o juiz Pilatos.⁶⁰⁸

Se, de um lado, soa ingênuo insistir na crítica à figura do juiz boca da lei, já que o senso comum hoje já o refuta, de outro lado, o papel criativo dos juízes não pode servir de alicerce para práticas arbitrárias e decisionistas. Nesse aspecto, a contribuição de Dworkin é de suma importância para mostrar o caráter absolutamente antidemocrático do decisionismo.⁶⁰⁹

Quando se pretende construir ou consolidar o Estado Democrático de Direito e defender a jurisdição constitucional, o papel do juiz mostra-se de suma importância. Na verdade, não é exatamente quem dá a resposta, quem decide o ponto nevrálgico, mas sim como se dá a decisão, ou seja, o processo de interpretação/compreensão do direito,⁶¹⁰ ou seja, o processo de atribuição de sentido (*Sinngebung*) próprio do processo hermenêutico. Deste modo, a fundamentação das sentenças deve ser levada às últimas consequências.⁶¹¹ Não uma qualquer fundamentação da decisão judicial, mas uma fundamentação responsável, capaz de enfrentar os vestígios do passado (o paradigma) e as mentiras sobre o futuro (ideologia) a partir de uma dimensão ético-jurídica. Essa é a

⁶⁰⁶ ARISTÓFONES. *As vespas. As aves. As rãs*. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

⁶⁰⁷ MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da França: um modelo em questão*. São Paulo: Editora de Direito, 2001.

⁶⁰⁸ Expressão utilizada por Cândido Dinamarco (DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 134.)

⁶⁰⁹ Observe que Ronald Dworkin vai fazer uma crítica a “discricionariedade” dos juízes, acusando-a de ser antidemocrática. Para Dworkin, são a coerência e a integridade do juiz Hércules (dworkiano) a blindagem contra aquilo que François Ost acredita caracterizar o seu modelo herculeano. Os tribunais, portanto, exercem controle contramajoritário a partir da jurisdição constitucional construindo as condições de possibilidade para afastar as arbitrariedades e decisionismos. (Neste sentido, consultar STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p. 338 et seq.). Para os limites desta pesquisa, usa-se distinguir a ‘discricionariedade’ da ‘arbitrariedade’, sendo esta, apenas, antidemocrática. A discricionariedade é a marca do papel criativo do juiz dentro da dimensão ético-jurídica e da historicidade do direito.

⁶¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p. 338 et seq.

⁶¹¹ Sobre o assunto, consultar BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das Sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137-163; bem como _____. Os juristas e o poder. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

responsabilidade do juiz. Pois, como bem refere Castanheira Neves, “o direito convoca uma problemático-concreta decisão normativo-judicativamente fundada – não se trata aí de um tão-só correcto compreender, mas de um justo decidir, de um justo juízo decisório ou com concreta justeza problemático-normativa”.⁶¹²

O juiz responsável, ética e constitucionalmente, sabe que o direito é uma realidade histórico-concreta e, portanto, não está posto, não é pré-dado, tampouco oscila conforme as arbitrariedades e decisionismos do poder (político, econômico). A questão deixa de ser como o direito pode ser logicamente deduzido a partir da lei, da codificação, para ser “como o direito pode ser hermeneuticamente compreendido a partir da viva linguagem histórica”. O direito justo (a resposta certa) não se oferece presente e pré-existente, como uma substância ou como um estado – tal imagina o cientificismo, o racionalismo. Na verdade, acontece antes historicamente num processo sem fim, advém só num processo de compreensão, haja vista que inexiste uma justiça objetiva do direito fora desse processo. Ao direito corresponde uma “analogicidade”⁶¹³ marcada não só por uma intencionalidade puramente hermenêutica (compreensivamente concretizadora), mas também por uma intencionalidade prático-normativa (judicativamente decisória).⁶¹⁴ Uma vez superado o positivismo, para recolocar o Direito e especialmente o Processo, no campo das ciências hermenêuticas, toda e qualquer decisão judicial torna-se o reflexo da constelação de valores válidos para as circunstâncias históricas que os produziram.⁶¹⁵

⁶¹² CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação, op. cit., p.64-65.

⁶¹³ *Ibidem*, p.64-65; BRONZE, Fernando José Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença*: reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico. Coimbra: Studia Iuridica, 1994; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Do lógico ao analógico. In: _____. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista, op. cit.; KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Tradução de Enrique Barros Bourie. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

⁶¹⁴ CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação, op. cit., p.64-65.

⁶¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Do lógico ao analógico. In: _____. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista, op. cit., p. 269.

O juiz responsável é aquele que realiza sempre um projetar. A compreensão do texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que é constantemente revisado, fundase, portanto, na historicidade.⁶¹⁶

⁶¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, op. cit., p. 402. A força do tempo reside exatamente nesta historicidade do homem e desabrocha na palavra. Nesse sentido, consultar também: STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1972, p. 24 et seq.

Capítulo 5 – A redefinição do papel da jurisdição e a recuperação do sentido do direito para a construção do Estado Democrático de Direito: da reparação à prevenção – uma questão de estrutura ou função?⁶¹⁷

Enquanto presentificarmos apenas um par de sapatos em geral ou enquanto considerarmos, no quadro os sapatos que estão simplesmente aí, vazios e sem uso, nunca experimentaremos o que é verdadeiramente o ser-utensílio. Pela pintura de Van Gogh nem sequer podemos determinar onde estão estes sapatos. À volta deste par de sapatos de camponês não há nada a que possam pertencer, nem aonde, apenas um espaço indeterminado. Nem sequer estão pegados a eles torrões de terra do campo de cultivo ou dos carreiros, o que poderia ao menos apontar para o seu uso. Um par de sapatos de camponês e nada mais. E, apesar disso...
(Martin Heidegger)⁶¹⁸

⁶¹⁷ A obra “*Dalla struttura alla funzione*”, de Norberto Bobbio, cujo título toma-se de empréstimo para este tópico, propõe uma reflexão sobre a função promocional do direito, para além da análise de suas estruturas. Seguindo, no entanto, a crítica de Baptista da Silva, é preciso divergir de Norberto Bobbio, assinalando que o problema da crise do processo civil está em sua estrutura, na sua crise paradigmática, e não na sua função.

⁶¹⁸ HEIDEGGER, Martin. *Os caminhos da floresta*. Tradução de Irene Borges Duarte. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 24-25.

A condição existencialmente cultural – e a condição decisiva – refere uma exigência de virtude. Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido. O direito só concorrerá para a epifania da pessoa se o homem lograr culturalmente a virtude desse compromisso (Castanheira Neves⁶¹⁹)

5.1 Um processo civil em construção: o direito processual hoje e com que sentido?⁶²⁰

O século XX, com a intensificação da emergência dos novos direitos e a abertura democrática de grande parte do mundo, teve, entre outros resultados, uma verdadeira proliferação de leis, uma “orgia legiferante” ou “poluição legislativa”, como é referido pela doutrina. O “gigantismo do legislador”,⁶²¹ no entanto, não conseguiu, com seus códigos e leis, construir um processo civil para o século XXI. O peso da herança racionalista⁶²² não permite que a estrutura do direito processual se compatibilize com as exigências de um novo contexto histórico, e as decisões judiciais deixam de concretizar direitos, limitando-se tão somente a dizer os direitos, ficando entre o dogmatismo do normativismo legalista e as arbitrariedades das posturas procedimentalistas que têm se erguido para combater aquele. Entre um extremo e outro, a Constituição não acontece no direito processual civil e este, embora atenda à função

⁶¹⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit., p.75.

⁶²⁰ Esse título foi apropriado da obra de CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit.

⁶²¹ Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. v. I. Tradução e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 7-8.

⁶²² Ver item 3.4 O peso da herança racionalista e as escolhas do direito processual ao longo do tempo.

para a qual foi idealizado no berço do Estado Liberal, não altera a sua estrutura para acompanhar as exigências do Estado Democrático de Direito e sua sociedade. Nessa perspectiva Baptista da Silva constata que o problema do direito processual hoje é um problema estrutural e não funcional.⁶²³

Assumir a defesa da jurisdição exige esse enfrentamento da atual problemática jurídico-jurisdicional: diagnosticar a crise de paradigmas na qual a modernidade vê-se envolvida e os grilhões que mantêm a jurisdição ainda presa a valores já incompatíveis com a contemporaneidade, mas também arriscar uma proposta que possa superar as armadilhas do paradigma racionalista e as idéias iluministas e liberais, revisando o papel do jurista para além do modelo normativista ou funcionalista do direito. É preciso revisar as estruturas do direito processual civil.

Num contexto marcado pela “*liquid modernity*”,⁶²⁴ por uma sociedade “plural” e “global” e por um “*diritto mite*”⁶²⁵ impõe-se trilhar o caminho para a construção de um processo civil adequado às exigências dessa sociedade e que possa ser observado enquanto um dos instrumentos para a concretização dos valores constitucionais, afastando ou reduzindo os riscos da “baixa constitucionalidade”. Exige-se, para tanto, tomá-lo no seu tempo, assumindo este (o tempo) bem com a cultura como fontes do direito. Desse modo, no contexto da ciência processual, é imprescindível desocultar a ação de direito material e as discrepâncias existentes entre a *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna, bem como desvelar os compromissos históricos e ideológicos. Só assim será possível a construção de um processo civil atento ao seu tempo e, como tal, à prática de uma autêntica democracia.⁶²⁶

A construção de um novo processo civil exige que sejam repensadas suas estruturas, ou seja, que seja questionado o paradigma dominante. Há que se repensar as

⁶²³ Nesse sentido, consultar a obra de Baptista da Silva. Em especial: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit. e _____. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit.

⁶²⁴ Ver nota 41.

⁶²⁵ Ver nota 42.

⁶²⁶ Sobre os compromissos históricos e ideológicos da ciência processual, rever o item 3.2 A jurisdição no Estado Constitucional e as duas faces de janus: afinal, o que há de romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica? e o item 3.3 Direito material e direito processual: a diferença (ontológica) que faz diferença.

escolhas feitas pela ciência processual,⁶²⁷ ou seja, detectar os compromissos assumidos pelo sistema. O paradigma dominante, portanto, fez com que as ações e pretensões de direito material fossem ocultadas e, em seu lugar, construídas as teorias da unidade do ordenamento jurídico e a trinária das ações (primeira escolha). Fez também com que o processo assumisse uma vocação às demandas plenárias, deixando-se seduzir pela ordinarização do procedimento e pela cognição eminentemente exauriente (segunda escolha), apegado ao princípio da separação de poderes e da concepção de uma magistratura imparcial e neutra (terceira escolha), supervalorizando a plenitude da defesa e o contraditório eminentemente prévio, restringindo (ou quase desconsiderando) as hipóteses de contraditório diferido ou contraditório eventual (quarta escolha). Ao lado de todos esses compromissos (escolhas), também a cisão entre fato e direito, desenhando a jurisdição como atividade meramente declaratória de direitos (quinta escolha) e a crença na certeza jurídica, na segurança jurídica e em uma verdade única e absoluta (sexta escolha) acompanharam a formação e o desenvolvimento da ciência processual e o direito processual até os dias de hoje. Essas seis escolhas merecem ser repensadas no contexto do Estado Democrático de Direito e são apontadas como desafios para a construção de um novo processo civil, ou melhor, para a construção de uma nova estrutura para o direito processual civil no contexto jurídico brasileiro. Desse modo, quer-se dizer que para a construção de uma tutela genuinamente preventiva é preciso ir além da indicação de sua necessidade, é preciso “refundar” o próprio direito processual civil.

As seis propostas ou lições de Ítalo Calvino, apresentadas como valores a serem preservados, podem auxiliar para uma reflexão sobre o processo civil na tradição romano-canônica, bem como podem ser utilizadas para auxiliar na elaboração de uma proposta de revisão (da estrutura) do processo civil e de releitura daquelas seis escolhas da ciência processual. A riqueza e o vigor da obra de Calvino ultrapassa os contornos da literatura para inspirar uma reflexão sobre o processo civil contemporâneo.

Em *Lezioni Americane*, publicada postumamente sob o título *Seis Propostas para o Próximo Milênio*, Ítalo Calvino⁶²⁸ trata sobre os valores literários que merecem

⁶²⁷ Sobre as escolhas feitas (compromissos assumidos) pela ciência processual ao longo de sua formação, voltar ao item 3.4 O peso da herança racionalista e as escolhas do direito processual ao longo do tempo.

⁶²⁸ CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio*, op. cit.

ser preservados nesse milênio: leveza, rapidez, exatidão, visibilidade, multiplicidade e consistência. Nenhum desses, no entanto, exclui o seu valor contrário. O elogio à leveza traz implícito o seu respeito pelo peso, assim como a apologia à rapidez não nega os prazeres do retardamento.⁶²⁹

A crise de efetividade do processo, percebida como uma crise de sentido ou crise de valores⁶³⁰ que invade o direito hoje, encontra, nessas seis lições, alguns referenciais. As seis propostas para o novo milênio de Calvino não são respostas prontas para o que aqui se discute – as tutelas preventivas –, mas servem de inspiração para a construção de respostas possíveis. Aqueles seis valores anunciados por Calvino, em um outro contexto, podem ser utilizados para superar os compromissos do processo civil com a tradição liberal individualista, libertando-o da crise que o assola com o desvelamento do sentido do direito,⁶³¹ com a concretização dos direitos e com o “acontecer” da Constituição.⁶³²

Dáí falar-se na necessidade de repensar o direito processual civil a partir da leveza, da rapidez, da exatidão, da visibilidade, multiplicidade e coerência. Tudo isto com vistas a uma melhor compreensão do direito processual enquanto instrumento para a concretização de valores constitucionais e não apenas enquanto instrumento de resolução de conflitos.⁶³³ O objetivo é atingir a sua estrutura paradigmática.

Na concepção de Calvino, a leveza relaciona-se à idéia da percepção através do texto, à sensibilidade; a rapidez consiste em questionar a duração, em reduzir detalhes em favor do ritmo e da narração; a exatidão, que está associada à leveza e à rapidez,

⁶²⁹ Ibidem, p. 59.

⁶³⁰ Sobre a crise de sentido do direito, ver item 1.4 O diagnóstico de uma crise de paradigmas na modernidade e a busca de um horizonte de sentido.

⁶³¹ Ver, nesse sentido: CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* o problema actual da autonomia do direito, op. cit.; _____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, n. 74 (1998); _____. *Digesta*. v. 1. Coimbra, Coimbra, 1995; _____. *Digesta*. v. 2. Coimbra: Coimbra, 1995; _____. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura et al. (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002.

⁶³² Ver, nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.

⁶³³ Ver, nesse sentido: DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, op. cit.; FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

significa que, para buscar o leve, a abstração, o ritmo e a rapidez, é necessária a idéia de limite, de medida, ou seja, a leveza e o ritmo são precisos, exatos (e não vagos). A visibilidade, por sua vez, relaciona-se ao caráter polissêmico do texto e às possibilidades diversas de leitura que o texto carrega, associando-se à multiplicidade, que consiste na presença de visões de mundo divergentes, no qual o conhecimento deve ser construído e pensado. A coerência, no entanto, restou ausente no texto de Calvino, mas parece aproximar-se de uma justificação normativa fundada em valores éticos, não se confundindo com uma simples explicação psicológica, sociológica ou histórica. Todas essas seis propostas parecem inspirar alternativas de superação dos obstáculos enfrentados pelo direito processual civil hoje.

O peso do paradigma racionalista e dos ideais liberais e iluministas presente na formação da ciência processual bem como do Estado liberal marcaram a estrutura do direito processual civil. A defesa da Jurisdição e do Estado Democrático de Direito, admitindo ser o direito uma resposta culturalmente humana a problemas também humanos, merece ser repensada à luz da leveza, ritmo e exatidão da sumarização material do processo, bem como pela visibilidade, multiplicidade e consistência da garantia da fundamentação das decisões judiciais, sob uma perspectiva substancialista (e não procedimentalista).

Desse modo, ao lado da sumarização material que traz o juízo de verossimilhança e o redimensionamento do princípio do contraditório para dar leveza, ritmo e exatidão ao direito processo civil, valorizando o direito material posto em causa e, assim, tornar o solo fértil para o florescimento das tutelas preventivas, há também que se dar atenção especial à fundamentação das decisões judiciais, com vistas a atender a visibilidade, multiplicidade e consistência do direito processual enquanto instrumento (não funcionalizado) do direito material. Essas são, portanto, as duas colunas sobre as quais será possível superar o paradigma racionalista e sustentar as bases para a construção de um novo processo civil apto a receber as tutelas preventivas e a defender a jurisdição e o Estado democrático de Direito. Merecem, portanto, uma abordagem mais detalhadas.

5.2 A leveza, o ritmo e a exatidão na cognição judicial: sumarização material (e a releitura do princípio do contraditório) enquanto condição de possibilidade para a reconstrução do horizonte temporal da democracia

A leveza,⁶³⁴ tomada aqui em especial, é valor que se opõe ao peso, à petrificação, à imutabilidade, correspondendo à necessidade de mudança constante, de superação do peso dos paradigmas herdados de uma época e já incompatíveis com o contexto atual. Seguindo Paul Valery,⁶³⁵ existe a leveza do pássaro e a leveza da pluma. Aquela é precisa (exata), esta está sujeita aos impulsos do vento. A leveza que se pretende imprimir no processo civil é a leveza do pássaro, não a da pluma. Quer-se evitar que o peso do procedimento esmague o direito material, mas também que este fique à deriva do sopro do decisionismo e das arbitrariedades do poder. A leveza não está associada àquilo que é vago, aleatório, arbitrário. A leveza de que trata Calvino, e aqui é apropriada, relaciona-se à precisão e à determinação⁶³⁶ e não se dilui na irracionalidade ou na arbitrariedade, mas permite que se possa ver e sentir o mundo a partir de uma nova perspectiva, de novos paradigmas, de novos caminhos. Para alcançar o leve, não se pode prescindir de limites, de medidas, ou seja, é preciso limitar o campo do que se pretende dizer, narrando o mínimo, o exato, ou seja, é preciso precisão.

Quando se faz a crítica da ordinarização do processo e da cognição exauriente e plenária está se criticando a rigidez da estrutura processual que, refém do direito romano tardio, não se permite olhar para a leveza e o ritmo do direito material, resistindo a toda e qualquer forma de sumarização material do processo. A sumarização material pressupõe o abandono do peso do paradigma racionalista e a recepção da leveza do juízo de verossimilhança; bem como uma revisão do princípio do contraditório com vistas a estabelecer contornos precisos (exatidão) às demandas e à cognição do juiz, com a limitação da defesa, sem ferir garantias constitucionais.

⁶³⁴ CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio*, op. cit., p. 15-41.

⁶³⁵ “*Il faut être léger comme l’oiseau, et non comme la plume*” (é preciso ser leve como o pássaro, e não como a pluma). A citação é de Paul Valery e trazida por Calvino para indicar que a leveza está associada à precisão e à determinação, nunca ao que é vago ou aleatório (Ibidem, p.28).

⁶³⁶ Ibidem, p. 28.

*A sumarização de determinada demanda pressupõe que o juiz esteja autorizado a fundamentar o julgamento, em certa medida, num juízo de verossimilhança, numa verdade possível naquele momento processual, tendo em conta que a supressão de certas provas, como ocorre com o mandado de segurança, ou a eliminação de certas áreas do conflito, como nas possessórias – de modo que a lide não se apresente com as dimensões que poderia ter, não fora essas limitações – fará com que o julgador não disponha de todos os elementos, de fato e de direito para formar o convencimento com a ‘plenitude’ que seria desejável, caso as partes pudessem utilizar, na sustentação de suas alegações, todos os fatos e todas as alegações possíveis de direito, que os amparassem.*⁶³⁷

O apego à ordinarização e o repúdio à sumarização das demandas é fruto da rigidez e do peso na doutrina da separação de poderes e da concepção de uma magistratura imparcial e neutra, uma rigidez que oculta a função jurisdicional e a criatividade do juiz bem como as pretensões e as ações de direito material, quebrando o elo entre cognição e execução, em nome das certezas e verdades absolutas. Seguindo a doutrina da separação dos poderes, o direito é inteiramente produzido pelo poder legislativo, cabendo à jurisdição apenas revelá-lo (declará-lo). Acreditava-se, ao construir o princípio da separação dos poderes, que a “vontade da lei” fosse uma vontade naturalmente constante e não uma vontade “provável” da lei. Não seria possível sustentar que a lei tem uma vontade a ser descoberta se essa vontade se modificasse constantemente.⁶³⁸ Deste modo, “partindo da premissa de que o juiz seria aquele ser inanimado imaginado por Montesquieu, incumbido de revelar a ‘vontade da lei’, chegaremos à conclusão de que o magistrado não poderá prestar jurisdição valendo-se do juízo de verossimilhança”.⁶³⁹

É fato que a sumarização material pressupõe uma revisão, não só do princípio da separação dos poderes, mas, no contexto da dogmática processual, também uma

⁶³⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 265.

⁶³⁸ Observar o título dado a obra de Alessandro Pekelis (PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*, op. cit.). Nesse sentido, consultar as anotações de Baptista da Silva (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005).

⁶³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 265.

revisão/releitura do princípio do contraditório. É o contraditório a sentinela avançada do processo ordinário, pois pensado quase que exclusivamente como prévio. As formas do contraditório eventual e do contraditório diferido⁶⁴⁰ são ocultadas pelo sistema, pois estas quebram a ordinariedade. O ritmo que vem guiando o direito processual civil é, portanto, um ritmo absolutamente incompatível com as exigências do novo milênio, dos direitos e dos novos direitos.

Há, assim, uma aproximação entre a idéia de leveza e sumarização da cognição judicial bem como do contraditório diferido e eventual.⁶⁴¹ Isso, porém, não significa que se está declarando guerra ao procedimento ordinário ou ao contraditório pleno. Não são eles os inimigos: a ilusão de que através deles é possível encontrar uma verdade única e absoluta, ou de que eles são os guardiões da certeza e segurança jurídica são os inimigos do horizonte temporal da democracia. O procedimento ordinário, universalizado na tradição romano-canônica, evidencia a preferência ideológica do sistema, mas também é garantia de um poder já instalado.⁶⁴²

A busca da leveza surge como possibilidade de resistência à ordinarização do processo e à dogmatização do direito. A busca da leveza recoloca o direito nas ciências da compreensão e permite que o direito processual possa ser visto como instrumento democrático não apenas para a resolução de conflitos, mas, sobretudo, para a

⁶⁴⁰ No contraditório diferido, admite-se que sejam praticados atos executivos antes da formação do título. No contraditório eventual, elimina-se o contraditório do interior da demanda, transferindo-o para uma ação incidental ou para uma ação autônoma desvinculada. A técnica do contraditório eventual está contida no Projeto de Lei 186, que trata da Estabilização da Tutela Antecipada (ver os artigos 273-B e 273-D do anteprojeto).

⁶⁴¹ Sobre a sumarização do processo, consultar a tese: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva*: uma tentativa de substancialização do direito processual civil, op. cit. No mesmo sentido, entendendo a importância da sumarização do processo e os cortes na cognição do juiz, consultar também: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista, op. cit.; _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit.

⁶⁴² Sergio Chiarloni vinculou a ideologia da ordinariedade às exigências dos grupos sociais dominantes. Segundo ele, a universalização da ordinarização do procedimento evidencia a preferência ideológica do sistema bem como as exigências materiais de grupos já instalados no poder ("*la procedura ordinaria corrisponde alle preferenze ideologiche e alle esigenze materiali di gruppi già fermemente consolidati nel potere*"). Chiarloni ressalta que a grande revolução ocorrida no Direito moderno não foi trazido pelo (lento e pesado) *procedimento ordinário*, mas sim pela *tutela sumária*, expressa no *título executivo*. A construção do capitalismo industrial, o grupo de poder à época, precisava de um procedimento privilegiado. Nesse sentido, consultar: CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizione de Comunita, 1972; CHIARLONI, Sérgio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1975 (em especial p. 25 et seq.).

concretização de valores constitucionais.⁶⁴³ O direito processual não possui o peso do selo da eternidade.

A leveza é, portanto, um modo de ver o mundo. No contexto do direito e do processo, trata-se de um modo de ver o mundo fundamentado não no peso (e dureza) da dogmática jurídica, tampouco nas brisas de interesses políticos ou econômicos circunstanciais, mas na hermenêutica, inserindo o direito nas ciências da compreensão e não mais nas ciências naturais, nas matemáticas, como se imaginava à época do Iluminismo e do Racionalismo dos séculos XVIII e XIX.⁶⁴⁴ Fala-se de uma leveza hermenêutica do pensamento. A leveza da compreensão como reação ao peso da dogmatização do direito e da petrificação (ordinarização) do processo civil. O peso, a inércia, a opacidade do mundo aderem facilmente ao poder, ao Estado, ao Judiciário, ao direito, quando não se encontra um meio de fugir a eles.

Calvino se impressiona com o fato de o mundo, por vezes, parecer transformado em pedra e diz que essa lenta petrificação não poupa nenhum aspecto da vida. E tem razão. Nem mesmo o processo civil, ramo do direito mais rente à vida, como referia Pontes de Miranda,⁶⁴⁵ escapa ao olhar inexorável da Medusa.⁶⁴⁶ Ao menos, é assim que ele vem sendo tratado e visto. Basta lembrar-se da observação feita por Andrea Proto Pisani e inúmeras vezes já citada por Ovídio Baptista da Silva.⁶⁴⁷ Para Proto Pisani e Salvatore Satta, o direito processual civil nasce com o “selo da

⁶⁴³ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*, op. cit.

⁶⁴⁴ Nesse sentido, retomar as considerações feita no item 3.4 O peso da herança racionalista e as escolhas do direito processual ao longo do tempo.

⁶⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, op. cit., p.XIII, prólogo.

⁶⁴⁶ O processo civil, tal como no mito da Medusa, foi petrificado pelo olhar inexorável, ordinarizando todo o procedimento e tornando-o refém da herança racionalista do século XIX. Tal como na mitologia, é preciso decepar a cabeça da Medusa sem deixar-se petrificar. Perseu foi quem conseguiu tal façanha, olhando não diretamente para a Medusa, mas para uma imagem capturada no espelho, sustentando-se sobre a leveza das nuvens e do vento. Perseu recusava a visão direta, mas não recusava a visão da realidade do mundo.

⁶⁴⁷ PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, n. 16, 2001, p. 23-42; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 90-91.

eternidade”.⁶⁴⁸ Trata-se de posição que exemplifica o pensamento moderno, cuja contradição é percebida por Baptista da Silva: ambos os juristas, Proto Pisani e Salvatore Satta, concebem que “o direito material está ‘naturalmente’ submetido às contingências de mudanças constantes, segundo mudem as eventuais avaliações dos interesses em conflito, não, porém, do direito processual”.⁶⁴⁹ A petrificação e o peso do direito processual contrasta com a leveza exigida pela democracia pluralista e pelo advento dos novos direitos. A leveza de um mundo hermenêutico choca-se com a ahistoricidade do pensamento moderno.

Mas não basta a leveza, é preciso ritmo, rapidez, mas não aceleração. A proposta da rapidez/ritmo – tema importante para tempos em que a urgência é tão valorizada – não se presta a uma aceleração irreflexiva, mas sim à compreensão de que a prestação jurisdicional, em tempo hábil, faz parte também do sentido de acesso à justiça, para o qual o apego exacerbado à plenitude de defesa e a valorização do contraditório pleno (preterindo-se as outras formas de garantia do contraditório: eventual e diferido) não têm colaborado satisfatoriamente.⁶⁵⁰

“Um raciocínio rápido não é necessariamente superior a um raciocínio ponderado, ao contrário; mas comunica algo de especial que está precisamente nesta ligeireza”.⁶⁵¹ Assim, a rapidez não é um valor em si.⁶⁵² Num cenário em que se fala em prazo razoável⁶⁵³ para a prestação da tutela jurisdicional, a rapidez parece sim emergir como um valor, embora não negue a necessidade de um raciocínio judicial ponderado. Quer-se, com isso, na verdade, tratar sobre a importância de privilegiar as formas breves, rompendo com a vocação à ordinaryness do processo, nos termos em que a expõe Baptista da Silva.⁶⁵⁴ Na verdade, não é o valor rapidez, mas sim o ritmo que deve ser impresso ao direito processual para fazer par ao valor leveza. E isso – esse ritmo que

⁶⁴⁸ PISANI, Andrea Proto. Público e privado no processo civil na Itália. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, n. 16, 2001, p. 23.

⁶⁴⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. O paradigma racionalista e a tutela preventiva. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 91.

⁶⁵⁰ Nesse sentido, consultar a crítica feita por BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit.

⁶⁵¹ CALVINO, Ítalo. Seis propostas para o próximo milênio, op. cit., p. 58.

⁶⁵² *Ibidem*, p. 48.

⁶⁵³ A temática sobre o ‘prazo razoável’ do processo não é aqui objeto de análise pontual.

⁶⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 89-129 e p.131-164.

permite a concretização de direitos – pode ser garantido com uma atenção especial à sumarização das demandas e ao desvelamento das diversas formas de contraditório, com a conseqüente abertura à compreensão das tutelas de urgência de um modo geral e às tutelas preventivas à luz do Estado Democrático de Direito.

Vive-se hoje em uma sociedade que privilegia o imediato, o instantâneo e até o efêmero. E, claro, toda essa imediatidade, instantaneidade e efemeridade lesa, não raro, as responsabilidades democráticas. No entanto, quando se fala em ritmo e em rapidez, no contexto do direito processual civil, não se está falando em ceder às pressões da instantaneidade e do imediato. Ao contrário. A leveza, o ritmo e a exatidão aqui apontados como valores a serem incorporados ao direito processual civil representam a necessidade de reconquistar o horizonte temporal de que a democracia precisa para se expandir, reinscrevendo o agir do homem ao longo do tempo.

A máxima latina *festina lente* – “apressa-te lentamente” –, pronunciada pelo imperador romano Octavius Augustus (27 a.C. – 14 d.C.), força distinguir velocidade de pressa. A rapidez está vinculada à idéia de tomar decisões no tempo necessário, portanto, à velocidade mental e não à velocidade física. Na verdade, diz respeito à relação entre velocidade mental e velocidade física.⁶⁵⁵

A questão, como dito, é a visualização de que ao lado das demandas plenárias, existem as demandas sumárias, tão importantes quanto aquelas, ambas vitais para a construção e consolidação do Estado Democrático de Direito e para a concretização das promessas da modernidade. Defender as demandas sumárias não significa excluir as demandas plenárias, mas superar o sistema dogmático-objetificante de modo a encontrar uma sintonia entre a jurisdição e a democracia prometida pelo Estado Democrático de Direito. Na verdade, trata-se de desvelar a sumarização das demandas enquanto

⁶⁵⁵ Ao encerrar a lição da rapidez, Calvino cita a história chinesa de Chuang-tse: “Entre outras numerosas qualidades, Chuang-tse tinha uma grande segurança de mão. O rei pediu-lhe que desenhasse um caranguejo. Chuang-tse disse que precisava de um prazo de cinco anos, assim como uma casa com doze criados. Ao fim de cinco anos, o desenho ainda não estava começado. ‘Preciso de mais cinco anos’, disse Chuang-tse. O rei concedeu-lhos. Quando se esgotava o décimo ano, Chuang-tse pegou no pincel e, num instante, de um só traço, desenhou um caranguejo, o caranguejo mais perfeito que jamais alguém viu”. A passagem pode servir para confirmar a crítica que vem sendo feita quanto à ordinarização do processo e às demandas plenárias (CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio*, op. cit., p. 67).

condição de possibilidade para a construção de tutelas preventivas, por meio de ações sumárias materialmente autônomas.⁶⁵⁶

A generalização do procedimento ordinário, com demandas plenárias, formadoras dos processos totais, na linguagem de Carnelutti, é um dos obstáculos não só para o reconhecimento das tutelas preventivas, mas para a obtenção de uma tutela processual efetiva e para a construção de um novo processo civil sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Essa generalização revela o peso e a rigidez dos compromissos históricos da ciência processual, explicando a resistência do direito moderno às tutelas preventivas genéricas. Há que se dedicar atenção, portanto, à sumarização das demandas.

A sumarização material das demandas é um dos caminhos para a consolidação do Estado Democrático de Direito.⁶⁵⁷ Porém, não se trata de uma inovação. Basta observar a história das instituições processuais, a partir da tutela interdital do direito romano, especialmente das construções medievais das ações sumárias e será possível detectar a presença de técnicas de sumarização processual, sem prejuízo do direito material.

O direito processual sumariza a demanda, reduzindo o campo de cognição judicial, o que pode se dar quando:

a) permite-se que o juiz decida com base em cognição apenas superficial sobre todas as questões da lide, como acontece com as decisões (sentenças) liminares; b) permite-se que o juiz decida com base em cognição exauriente das questões próprias daquela lide, mas veda-se que ele investigue e decida fundado em determinadas questões previamente excluídas da área litigiosa a ela pertencente. É isto o que ocorre com as

⁶⁵⁶ Importante destacar que a construção de uma tutela preventiva por meio da ação sumária materialmente autônoma não se confunde com a denominada ação inibitória, oriunda do direito italiano e problematizada no direito brasileiro, em especial, por Luiz Guilherme Marinoni. Essa ação inibitória dá-se por meio de uma demanda plenária, ainda que se admita a possibilidade da antecipação da tutela inibitória interna à ação inibitória plenária. Nesse sentido, consultar as obras: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit.; _____. *A tutela inibitória da vida privada*, op. cit.

⁶⁵⁷ Nesse sentido, consultar: MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*, op. cit. (em especial p. 171-218 e 278-280); HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*, op. cit.; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*, op. cit.; _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.; _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit.; e a tese de doutorado: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*, op. cit.

ações cambiárias e possessórias, para mencionar apenas os exemplos mais notórios; c) sumariza-se, também, impedindo que o juiz se valha de certa espécie de prova, como acontece nos chamados processos documentais, de que, aliás, o cambiário foi o exemplo mais eminente, mas que encontram na ação de mandado de segurança uma espécie típica do moderno Direito brasileiro; finalmente d) pode dar-se sumarização, ao estilo dos antigos processos sumários, com verdadeira ‘reserva de exceções’, por exemplo, em certas ações de despejo (convalida di sfratto) do direito italiano e nos processos d’inguinzione também existentes no direito peninsular, nos quais a sentença liminar torna-se desde logo executiva se o demandado não oferecer prova escrita contrária, reservando-se para uma fase subsequente da própria ação o exame das questões que exijam prova demorada e complexa.⁶⁵⁸

Desse modo, uma lide pode ser “completa” e, mesmo assim, ser sumária sob o ponto de vista material. Adota-se, aqui, a perspectiva da sumarização utilizada por Baptista da Silva, cujo ponto de vista diverge da doutrina que usualmente identifica cognição sumária à cognição superficial, enquanto para os limites desta pesquisa a cognição superficial é apenas uma das formas de sumariada material, mas não a única.⁶⁵⁹

Observando a obra de Kasuo Watanabe, vê-se que a cognição pode ser vista em dois planos diferentes: horizontal (extensão, amplitude) e vertical (profundidade). No que se refere àquele (cognição horizontal), a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo, podendo ser plena ou limitada (ou parcial) conforme a extensão permitida. Já este (cognição vertical) é classificado, segundo o grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta). Tem-se, portanto, que a cognição exauriente é sempre aquela que encerra a relação processual, apreciando o mérito da causa, independentemente do grau de profundidade dessa cognição. São exaurientes as cognições nas ações ordinárias e plenárias, a exemplo de uma ação de cobrança, bem como as cognições nas ações de procedimentos especiais, a exemplo da ação de busca e apreensão do bem fiduciariamente alienado, na ação cautelar, na ação cambiária típica. Isso significa que, para Watanabe, uma lide ‘completa’ (denominada cognição exauriente pela doutrina tradicional) não pode ser sumária sob o ponto de vista material.

⁶⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Comentários ao código de processo civil*. v. 13. Dos procedimentos especiais (arts. 890 a 981). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 58-59.

⁶⁵⁹ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit., p. 253-286.

Identifica-se, na doutrina, cognição sumária e cognição superficial.⁶⁶⁰ Esta perspectiva é incompatível com a construção da sumarização material que se pretende nesta pesquisa, pois a cognição sumária nem sempre será superficial, podendo ser definitiva.

Uma compreensão acerca das demandas plenárias e da sumarização das demandas enquanto condição de possibilidade para a construção das tutelas preventivas, impõe que se inicie uma discussão pelo princípio do contraditório e sua amplitude, revendo o (re)dimensionamento que lhe foi dado ao longo da formação da ciência processual.

O princípio do contraditório teve suas dimensões reduzidas nos sistemas modernos tornando-se hoje a sentinela mais avançada da ordinarização do processo. Essa redução significou que o contraditório restou limitado ao contraditório prévio (*audiatur et altera pars*), universalizando-se ao longo da construção teórica do direito processual civil moderno. É ele – o contraditório prévio – pressuposto retórico preservado pelo sistema. A doutrina afirma que o contraditório pressupõe necessariamente a prévia audiência do demandado, como condição para que o juiz possa julgar a causa, não podendo haver a cognição antes do contraditório. O contraditório prévio, nesses moldes, é tratado pela dogmática como expressão do princípio da ampla defesa erigido à categoria de garantia constitucional no contexto brasileiro.⁶⁶¹

No entanto, essa limitação do princípio do contraditório a sua forma de contraditório prévio parecer muito mais um recurso teórico utilizado pela ciência processual do que uma prática absoluta. Basta observar como funcionam os procedimentos especiais: a ampla defesa não é tão ampla como teorizada. Isso implica que alguns procedimentos dispensam o contraditório prévio ou mesmo dispensam o próprio contraditório. É preciso um olhar cuidadoso aqui, pois é este um dos pontos em que se pode detectar o abismo existente entre o ensino do direito e a práxis forense.

O contraditório prévio – muitas vezes chamado simplesmente de contraditório, pois generalizado – pressupõe que a atuação jurisdicional só possa ocorrer após –

⁶⁶⁰ WATANABE, Kasuo. *Da cognição no processo civil*. Bookseller: Campinas, 2000. Ver reflexão crítica refutando essa compreensão em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. O contraditório nas ações sumárias. In: _____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, op. cit., p. 253-286.

⁶⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenárias e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 151.

somente após – a oitiva de ambas as partes. O paradigma racionalista generalizou o contraditório prévio e este passou a identificar-se com o princípio do contraditório de tal forma que o jurista acaba esquecendo-se (ideologicamente) que o contraditório prévio não é a única expressão do princípio do contraditório. O juiz deverá ouvir (ou oportunizar a oitiva de) ambas as partes, permitindo-lhes a produção probatória, conforme orienta a máxima *iudex judicare debet secundum allegata et probata partium*, quando só então lhe será autorizado o julgamento da lide. Só há julgamento autêntico, para a dogmática, após o contraditório. A sentença, a par deste raciocínio, é o ato que põe fim ao procedimento. Há uma ordem linear a orientar todo o desdobramento da atuação jurisdicional, uma perspectiva procedimental insensível à materialidade da situação que estiver envolvida.⁶⁶² Esta ordem – esta seqüência ordenada e linear – é rigorosamente obedecida pelo procedimento ordinário, lembrando a ordem dos juízos privados do procedimento da *actio* do direito romano (*ordo iudicium privatorum*).⁶⁶³

Na verdade, o procedimento ordinário não é apenas um procedimento formalmente ordinário, mas um procedimento de cognição ordinária, conforme refere Chiovenda, que efetivamente extrai da sua definição qualquer resquício de sumariedade material. Confunde-se procedimento ordinário e demanda plenária e o resultado é a consagração de um processo de conhecimento amplo e a generalização do contraditório prévio.

A força do paradigma aqui faz com que a própria memória do direito processual seja negada. O direito processual moderno não lembra que ao longo de sua história conheceu outras formas de contraditório. Ao lado desse esquecimento, há também a negação ou ocultação: faz-se questão de ocultar que há formas de sumarização material das demandas (não apenas formal) que se valem das outras expressões do princípio do contraditório. Baptista da Silva consegue, com maestria, ver as armadilhas ideológicas do sistema processual de tradição romano-canônica e afirma:

⁶⁶² Fala-se em perspectiva procedimental insensível à materialidade da situação, pois os mecanismos que são colocados à disposição pela ciência processual são os mesmos para lidar com os direitos patrimoniais e os novos direitos, a exemplo dos direitos de personalidade, dos direitos ambientais, dos direitos coletivos. Esses novos direitos, mas não só eles, são os maiores beneficiários da construção das tutelas preventivas, desde que esta construção não se dê sobre os alicerces da estrutura do paradigma racionalista.

⁶⁶³ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.131-150 e p.151-164.

Se nos fosse dado ver além de nossas limitações ideológicas, seria fácil descobrir que o contraditório prévio não é a única expressão deste princípio e ver que os sistemas processuais históricos conheceram outras formas de contraditório.

Veríamos também que, não apenas no longuíquo passado histórico, tais formas de contraditório foram praticadas, mas, ao contrário, tomaríamos consciência de que convivemos diuturnamente com essas mesmas espécies em que o contraditório é invertido, ou até mesmo inexistente, continuando porém a glorificar sua forma vulgar, enquanto guardiã da ordinariedade.⁶⁶⁴

Não é possível negar que o contraditório prévio convive com o contraditório diferido, bem como com o contraditório eventual – as outras formas de expressão do princípio do contraditório. Não é possível negar a memória do direito processual, tampouco seu presente. Basta observar as situações em que o sistema processual autoriza a concessão de medidas liminares antecipatórias de efeitos da sentença final (antecipação de tutela – art. 273, CPC). Ora, deferida liminarmente a antecipação de tutela, há, evidentemente, uma inversão daquela ordem linear referida. O contraditório não é prévio, mas sim diferido. O juiz, nesses casos, está autorizado a julgar o mérito da causa ainda que sob a forma de um julgamento provisório, ou seja, limitado temporalmente pela futura sentença de mérito. Nesses casos de antecipação de tutela, há, portanto, decisão provisória, baseada em verossimilhança, que antecipa algum efeito da tutela pretendida pelo autor. Trata-se, portanto, de um juízo sobre a plausibilidade da pretensão invocada pelo autor. Houve, para o seu deferimento, convencimento do juízo acerca da verossimilhança da alegação e não a averiguação da certeza absoluta do direito alegado, tampouco a revelação da única vontade da lei. Há, nessa decisão liminar, um juízo declaratório (rarefeito) sobre a legitimidade do pedido formulado. Em que pese o entendimento da doutrina, tem-se aqui julgamento de mérito,⁶⁶⁵ ainda que se trate de um “julgamento provisório”.

⁶⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenárias e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.152.

⁶⁶⁵ Adota-se aqui o entendimento de Baptista da Silva. Para a doutrina, no entanto, as decisões proferidas em sede de liminar ou em antecipação de tutela ou mesmo nas cautelares, não são autênticas decisões sobre o *meritum causae*, eis que entendem que o conceito de mérito está limitado às hipóteses em que o julgamento tenha caráter definitivo, o que não ocorre com as liminares, nem em sede de tutela antecipada ou tutela cautelar. Diante disso, a doutrina aponta como julgamento apenas aqueles casos em que o ato jurisdicional é definitivo. Os “julgamentos provisórios” são, para a doutrina, “não-julgamentos”. Para a maior parte dos juristas, configura-se uma aberração jurídica falar em “julgamento provisório”, pois se é provisório, julgamento não há, inexistente juízo sobre a lide. Esses “julgamentos provisórios” são meras decisões processuais (decisões interlocutórias). Há aqui a preservação da ordinariedade – uma armadilha perfeita do paradigma racionalista (nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.151 et seq.).

Ao lado da leveza e do ritmo, surge a exatidão, que aqui se faz necessária. Falar em exatidão como um dos valores a serem agregados aos demais é permitir os cortes de cognição à matéria posta em causa, permitindo que novas discussões acerca daquilo que não foi apreciado possa vir a ser discutida em uma outra demanda, ou seja, na admissão de outras formas de contraditório, como o diferido e o eventual. Os cortes na demanda aqui se fazem necessários para preservar o valor da exatidão na cognição, mas também para que se possa preservar a leveza, a rapidez, a visibilidade, a multiplicidade e a coerência no contexto do direito processual civil, sem violar o devido processo legal e o acesso à justiça.

A exatidão, portanto, pode ser obtida pelo contraditório diferido ou pelo contraditório eventual. De um ou de outro modo, ela rompe com a hegemonia do procedimento ordinário (universalizado).

O contraditório diferido inverte as fases do *ordo iudicium privatorum*, rompe com o procedimento ordinário e sua ordem linear, admitindo que se execute antes da sentença, ou seja, antes da formação do título executivo. A ironia é que o contraditório diferido existe, porém coberto pelo manto do paradigma. Ele existe, mas é melhor não vê-lo. Nega-se, deste modo, que o ato jurisdicional proferido em contraditório diferido seja autêntico julgamento (trata-se de mera decisão processual – decisão interlocutória) e possua, para além da carga declaratória, os efeitos mandamental e executivo. De fato, admitir o caráter executivo das medidas antecipatórias impõe admitir também que elas constituem provimentos de mérito e, claro, pôr termo à distinção normativista entre direito e fato.⁶⁶⁶

É claro que se deu uma quebra no dogma da ordinaryness e sua resignação ao contraditório prévio quando as pressões da prática forense forçaram a (re)introdução das antecipações de tutela de modo generalizado através do art. 273, do CPC. É flagrante a índole interdita das antecipações de tutela; sua natureza é executiva. No entanto, constatar e afirmar isso ameaça a estrutura do paradigma racionalista e a sua coerência

⁶⁶⁶ Há separação entre direito e fato na afirmação de que as medidas antecipatórias não integram o ato jurisdicional, pois são apenas conseqüências desses. Sendo a jurisdição declaratória, as conseqüências de uma sentença (os atos externos ao ato sentencial) não são jurídicos, mas apenas fáticos. O conteúdo da sentença, nessa ótica, é meramente declaratório. O que lhe extrapola é mero fato. Essa perspectiva, marcada pelo normativismo e pelo paradigma racionalista, mostra o hiato existente entre o direito dos bancos acadêmicos e o direito vivido no foro.

retórica. A alternativa que o paradigma racionalista encontrou para preservar a estrutura do sistema processual civil, no contexto brasileiro, foi negar a índole da antecipação de tutela, sustentando que as medidas antecipatórias são essencialmente cautelares⁶⁶⁷ e, hipoteticamente, não fazem parte da lide que se mantém ordinária.

Ao lado do contraditório diferido, há o eventual. Estes dois – o diferido e o eventual – rompem com a coerência retórica do paradigma racionalista, provocando uma fissura na ordem linear da ordinariedade. Enquanto o contraditório diferido inverte as fases do *ordo judiciorum privatorum*, mas mantém o contraditório no processo; o contraditório eventual, na verdade, elimina o contraditório do interior da demanda, enviando-o para uma outra relação processual. A presença do contraditório eventual significa que o contraditório da demanda foi transferido para uma outra ação: (a) uma ação incidental, a exemplo do que se vê nos embargos à execução; (b) uma ação independente, a exemplo do que se vê nas possessórias e nas ações cambiárias; ou (c) uma ação particular, como ocorre nas ações de desapropriação e na ação de busca e apreensão do Decreto-lei 911/69. A inversão que ocorre no contraditório eventual transborda os limites da ordem linear da ordinariedade, pois que há uma inversão na posição das partes, diferentemente do que se dá no contraditório prévio ou no contraditório diferido. No contraditório eventual, aquele que figurava inicialmente como autor torna-se réu na ação plenária subsequente. Assim, o contraditório eventual vai provocar a inversão da posição das partes e, conseqüentemente, uma inversão do contraditório por força da autonomia emprestada àquilo que seria a fase inicial da demanda (se o contraditório fosse diferido). “Se ao invés de diferido o contraditório for eventual, aquilo que fora “fase inicial” irá transformar-se em ‘demanda inicial’, ou demanda sumária, tornando-se, porém, uma ação independente”.⁶⁶⁸

Há, no contraditório eventual, um corte na ação.⁶⁶⁹ É o valor da exatidão a que se refere Calvino que é aqui apropriado para o contexto da construção do novo processo civil. A ação é fracionada em duas, para tornar a cognição exata. Uma delas

⁶⁶⁷ Um estudo sobre as “pretensões à segurança”, que se expressam eminentemente nas cautelares, permite observar que há profunda distinção entre as tutelas antecipatórias (que em geral assumem a forma repressiva) e as tutelas cautelares (que são, necessariamente, preventivas).

⁶⁶⁸ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenárias e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.157.

⁶⁶⁹ São exemplares de demandas sumárias, com contraditório eventual, as ações possessórias e a ação de desapropriação.

necessariamente será sumária, com redução de contraditório (a exemplo da ação de desapropriação) ou com a completa eliminação do contraditório. A outra será plenária, a ser promovida eventualmente. O contraditório, nesses casos, completa-se através das “duas ações”, pois se admite a fragmentação da lide, sumarizando-a (lide deixa de ser plenária). A defesa que, virtude do contraditório eventual, restou vedada poderá fomentar a subsequente ação. Não se trata de nenhuma aberração jurídica; é exatamente isso que se verifica nas ações possessórias. A defesa vedada na ação possessória irá fomentar a ação petitória. Sobre isso nunca se alegou qualquer lesão à ampla defesa ou incompatibilidade à Constituição.

*No contraditório eventual, o demandado, na lide sumária, não se defende. O que seria matéria de contestação torna-se conteúdo da ‘demanda inversa’ correspondente, cabendo-lhe, assim, o encargo de iniciar, como autor, o contraditório em demanda posterior. Além da inversão do contraditório, com a simples ‘redução da cognição’, em sua primitiva fase inicial, agora é a própria demanda originária que se fraciona, fazendo com que certas questões litigiosas sejam relegadas para tratamento posterior, a ter lugar, não mais na fase subsequente da ‘mesma ação’, mas em demanda plenária independente, na eventualidade de que o sucumbente se disponha a iniciar, como autor, o contraditório.*⁶⁷⁰

Há pouco se disse que um “raciocínio rápido não é necessariamente superior a um raciocínio ponderado”, mas há “algo de especial que está precisamente nesta ligeireza”.⁶⁷¹ Assim, nesse caso da sumariedade material das demandas, ganha-se em tempo, perde-se em coisa julgada. Ou seja, aquilo que se ganha em rapidez, com a sumarização da demanda e a redução do campo de cognição do juiz, perde-se em amplitude da coisa julgada. A opção, por exemplo, pela via das ações possessórias não evita que o autor da possessória venha a sofrer uma ação reivindicatória na posição de réu, ficando exposto a perder a posse na subsequente ação petitória. Como toda escolha, também esta implica vantagens e inconvenientes.⁶⁷²

⁶⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenárias e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 157-158.

⁶⁷¹ CALVINO, Ítalo. Seis propostas para o próximo milênio, op. cit., p. 58.

⁶⁷² Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil, v. I*, op. cit., p. 227. Baptista da Silva, ao tratar sobre a sumarização da demanda no âmbito das possessórias e a opção dada à parte entre ação possessória (mais célere, porém com campo de coisa julgada reduzida) e a ação reivindicatória (mais morosa, porém com maior abrangência da coisa julgada), indica 16 questões que poderão ser trazidas para dentro de uma ação reivindicatória, em sede de contestação, evidenciando, assim, a vasta cognição que existe nas ações plenárias. A parte, portanto, deverá optar entre uma vitória rápida, porém provisória, e o longo caminho da reivindicatória, que será definitiva.

No entanto, vê-se que o sistema processual é bastante refratário a essas modalidades de contraditório, privilegiando (ou melhor, universalizando) o contraditório prévio como corolário da ampla defesa e do devido processo legal. A sumarização material da demanda é admitida apenas excepcionalmente. Há, portanto, um forte vínculo entre a ordinariedade e a plenariedade. O contraditório diferido e, especialmente, o contraditório eventual não são bem vindos ao procedimento ordinário. Esta é a leitura que pode ser feita a partir do sistema processual na tradição romano-canônica, sobretudo no contexto brasileiro. A ideologia da ordinariedade alastrou-se por todo o direito processual civil brasileiro. Prova disso é a dificuldade que se tem em pensar que possa haver ampla defesa sem o contraditório prévio. A ampla defesa acaba pressupondo a garantia do contraditório (leia-se: do contraditório prévio). A demanda torna-se, nesses moldes, não só ordinária, mas também plenária.

A própria Constituição faz-se, nesse ponto, oculta atrás de seu próprio texto constitucional. Quando afirma em seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” faz crer que ampla defesa pressupõe o contraditório prévio. A ampla defesa, nessa leitura feita pelo paradigma racionalista, irá, inevitavelmente, ordinarizar e plenarizar toda a demanda. E, claro, o contraditório não poderia ser outro senão o prévio. A Constituição impede a constitucionalidade da sumarização material da demanda, impede o “acontecer” da própria Constituição.

Por óbvio, os esforços teóricos e retóricos do paradigma racionalista não foram suficientes para espantar completamente seus fantasmas.⁶⁷³ A prática acabou impondo-se e alguns procedimentos especiais, como visto, não escondem as outras formas de contraditório e a redução do campo de cognição judicial com apoio legislativo para

⁶⁷³ Em alguns aspectos, no entanto, esses esforços vão marcar o sistema processual. O ideal da ordinariedade e da plenariedade das demandas acabou operando a conversão de ações que eram originária e historicamente sumárias em ações plenárias, a exemplo do que se vê com a ação de consignação em pagamento e com a ação de depósito. O paradigma racionalista transformou, neste caso, vinho em água (e não o contrário) – operando um milagre às avessas. O mesmo pode ser dito da ação de imissão de posse. Sobre a ação de depósito e a ação de consignação em pagamento e a sumarização/plenariedade das demandas, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Comentários ao código de processo civil*. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, em especial comentários aos artigos 896 a 902. Sobre a ação de imissão de posse e a destruição de sua sumariiedade pela doutrina e jurisprudência, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *A ação de imissão de posse no direito brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

tanto. Os interditos possessórios são o maior exemplo de que os fantasmas do paradigma racionalista sobrevivem. O contraditório eventual e o diferido assombram o ideal da ordinariedade e da plenariedade das demandas, pois os procedimentos especiais que os abrigam acabam sendo tolerados pelo sistema processual.

O que nos salva da aplicação universal do princípio constitucional da 'plena defesa' são precisamente os 'procedimentos privilegiados', que formam o universo dos procedimentos constantes na legislação extravagante, que naturalmente não foram incomodados. [...] Como a enorme constelação de procedimentos especiais, existente fora do Código, é preservada, não obstante a consagração do princípio da 'ampla defesa', o resultado é a formação de dois sistemas processuais, um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiado, o outro, destinado a tutelar várias estruturas do Poder, visível e invisível. Em última análise, o produtor do sistema não o consome. Ele é produzido para consumo das massas.⁶⁷⁴

Tem razão Baptista da Silva, convive-se com dois sistemas processuais, e o produtor do sistema não consome o procedimento *standard*, cria seus privilégios e não os compartilha. Exemplos disso são: o procedimento da Execução Fiscal, em que o Estado (autor) privilegia-se de um processo sem defesa; o procedimento da Ação de Desapropriação, em que o Estado (autor) beneficia-se com a autorização de uma defesa raquítica. Algumas estruturas do poder econômico também recebem essas vantagens, a exemplo do que se vê com os instrumentos colocados à disposição através da Ação de Busca e Apreensão do bem fiduciariamente alienado.

É, sem dúvida, o princípio do contraditório, colocado ao lado da ampla defesa e generalizado por meio da sua forma de contraditório prévio uma das colunas que sustenta a plenariedade das ações e, conseqüentemente, um dos obstáculos à sumariedade material. Há um forte componente ideológico por traz disso. O peso do paradigma racionalista não permite que a leveza da sumariedade material seja uma opção para a tradição romano-canônica, embora conviva com ela, sem vê-la.

Mas há outra coluna a sustentar esta plenariedade das ações, criando obstáculos à sumariedade material. Trata-se do princípio da economia processual. O desvirtuamento do princípio da economia processual, comumente considerado como incentivador da celeridade processual, acabou provocando o efeito contrário, funcionando, não raro, como entrave à efetiva prestação jurisdicional. Observe-se os

⁶⁷⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenárias e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 162.

institutos de intervenção de terceiros e a formação dos litisconsórcios! A economia aqui não é para as partes, mas sim para o aparelho estatal.⁶⁷⁵ A economia é mais ilusória que real e, como diz o jargão, “as vezes, o barato sai caro”. Assim, nos bastidores da ordinariedade e plenariedade das demandas, esconde-se o paradigma racionalista e os valores da segurança e certeza jurídica prometidos por ocasião da formação da ciência processual. A herança iluminista é preservada. O passado se faz presente e o futuro é obstruído pelo filtro da memória ideologicamente conduzida. E, na expectativa de um evento messiânico, o direito processual imobiliza-se, afinal, a modernidade herdou também o mito do progresso, que acaba retirando do homem (jurista) a responsabilidade de comprometer-se com a construção da história, projetando uma realidade esvaziada de sua substância. Sem o desvelamento das demandas sumárias, o direito processual é um ramo do direito que não concretiza efetivamente grande parcela de direitos, sobretudo, aqueles que não têm conotação patrimonial. De fato, a modernidade acaba oferecendo, em diversos aspectos, uma realidade esvaziada de sua substância, como adverte Slavoj Žižek, a exemplo do café descafeinado que tem aroma e gosto de café de verdade, sem ser o café de verdade ou, então, do creme de leite sem gordura, da cerveja sem álcool.⁶⁷⁶

5.3 A visibilidade, a multiplicidade e a consistência na fundamentação das decisões: os limites entre a arbitrariedade e a discricionariedade

A exatidão, enquanto necessidade de limites e medidas, inserida no contexto jurídico ao lado da leveza e do ritmo, bifurca-se em duas direções: na redução do campo de cognição (sumarização) – conforme visto – mas também no esforço da fundamentação das decisões judiciais. Esta, a fundamentação, é que vai tornar aquela

⁶⁷⁵ Não se pretende, nos limites desta pesquisa, aprofundar a discussão sobre o princípio da economia processual. Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Demandas plenas e sumárias. In: _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p.164. Segundo Baptista da Silva, “se o Estado, ao invés de procurar ‘economizar’ estimulando as partes a controverterem sobre hipotéticos litígios futuros, seguisse o caminho inverso, resgatando as ‘ações sumárias’, talvez acabasse economizando duplamente. Conseguir-se-ia instituir procedimentos céleres, com reduzida complexidade probatória; e, além disso, seria provável que as antigas ‘exceções reservadas’ – tornadas ‘ações reservadas’ – jamais fossem trazidas em demandas futuras, como parece indicar a experiência francesa contemporânea, da jurisdição de urgência”.

⁶⁷⁶ ŽIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!* Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 24-25.

decisão “a decisão” para o caso, “a decisão” precisa para o caso. Agregam-se à exatidão da fundamentação enquanto decisão para o caso, os valores da visibilidade, da multiplicidade e da consistência.

A visibilidade trata sobre a capacidade de tornar visível para si e para os outros aquilo que parece inalcançável.⁶⁷⁷ Trata-se da capacidade de construir imagens – ou mais especificamente, decisões – plenas de significado e sentido, nítidas, marcantes e mobilizadoras, que combinem o possível e o impossível, que rompam fronteiras e desvelem sentidos. Desse modo, a decisão judicial, tanto a obtida por meio de uma demanda plenária como sumária, há, portanto, que vir banhada de visibilidade, ou seja, efetiva e suficientemente fundamentada, afastando as diversas leituras que o texto carrega para compreendê-lo em sintonia com os fatos. Não uma qualquer fundamentação, mas uma fundamentação que leve em conta, ainda, a multiplicidade e a consistência enquanto valores importantes a serem incorporados.

A multiplicidade emerge da fusão de conhecimentos de áreas diferentes que obriga a reconfigurar o próprio saber, revelando a importância da formação dos juristas e, especialmente, aspectos que antes eram negligenciados pelo raciocínio logico-dedutivo ou lógico indutivo oriundos do cientificismo. A multiplicidade enquanto valor a ser preservado para a construção de um novo processo civil e conseqüente desvelamento das tutelas de preventivas aponta para ponto nevrálgico, qual seja, o ensino jurídico e a superação do cientificismo enquanto revelador da verdade única a ser encontrada por meio da jurisdição. Desconsiderar a multiplicidade é manter o distanciamento entre o ensino do direito e a práxis, é crer na possibilidade de uma vontade única e absoluta.

A justiça não pode ser normatizada, pois há de ser desvelada no caso. Significa, portanto, que o sentido não está no texto, pois será dado pelo intérprete. “Não há um sentido *a priori*, que seja anterior e independente do respectivo contexto em que ele [o texto] se insere”.⁶⁷⁸ Ora, isso significa dizer que a norma está em permanente

⁶⁷⁷ Acerca da visibilidade Calvino diz o seguinte: "Se incluí a visibilidade em minha lista de valores a preservar, foi para advertir que estamos correndo o perigo de perder uma faculdade humana fundamental: a capacidade de pôr em foco visões de olhos fechados, de pensar por imagens" (CALVINO, Ítalo. Seis propostas para o próximo milênio, op. cit., p.107-108).

⁶⁷⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137-163.

discussão,⁶⁷⁹ em construção, pois o mundo “tornou-se demasiadamente hermenêutico”.⁶⁸⁰

O direito material e o direito processual são produtos culturais, comprometidos com valores sociais e com a política. A cientificidade outrora almejada não os alcança. São eles – o direito material e o direito processual – inspirados pela idéia de justiça, que jamais se realiza definitivamente no plano das relações humanas. A justiça estática, a justiça perfeita é a justiça do tirano, a justiça da verdade do senhor.⁶⁸¹ “A idéia de justiça perfeita é o *pathos* tirânico de nossa herança iluminista”.⁶⁸²

Não se pode esquecer que tanto no nazismo como no stalinismo os juízes não julgavam contra o sistema, predominava o culto à lei. A exigência de um “direito que se pode calcular como máquina”,⁶⁸³ na expressão de Weber, apresenta-se como a racionalidade da modernidade, uma necessidade do capitalismo.

Se a justiça não pode ser normatizada, mas sim desvelada nas particularidades de cada situação concreta, nas especificidades de “cada partícula da história humana”,⁶⁸⁴ então o direito está distante das aspirações científicas do iluminismo e do racionalismo, alimentando-se das contingências e não de verdades necessárias. É a práxis forense que vai evidenciar que “a lei, sonhada como o porto seguro de chegada, tornou-se um obrigatório ponto inicial de dúvidas e incertezas”. Inevitavelmente as formas de normativismo dogmático cedem em prol da compreensão hermenêutica do direito processual, operando uma transformação no (iluminístico) conceito de lei calculado

⁶⁷⁹ BORRÉ, Guisepe. La corte di cassazione oggi. In: BESSONE, Mario (Org.). *Diritto giurisprudenziale*, op. cit.

⁶⁸⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 141.

⁶⁸¹ HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução de Sauamah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

⁶⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit., p. 17.

⁶⁸³ WEBER, Max. *Textos selecionados*. [Os Pensadores]. 2. ed. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1980, p.162.

⁶⁸⁴ A expressão é de Baptista da Silva para referir-se ao conflito posto em juízo. Cada caso, cada conflito é uma parcela microscópica da história humana, e o processo, uma realidade inconclusa, a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra (sentença), eis que o juiz cuida de interpretar hermenêuticamente um passado para construir uma solução adequada para o presente (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 140).

pelas filosofias europeias dos séculos XVII e XVIII. O século XX dissolveu a ilusão da lei enquanto remédio para as incertezas inerentes à condição humana.⁶⁸⁵

A imagem do juiz montesquiano (o juiz boca da lei) e a idéia do sentido “unívoco”, “correto” da lei merecem ser totalmente descartadas. A discussão, portanto, tem como núcleo os limites da cognição judicial e a função jurisdicional.

O problema da discricionariedade do juiz nas decisões judiciais se insere exatamente nesse contexto. Não como um problema metodológico a ser resolvido, mas antes como um problema de poder jurídico, da político-jurídica repartição de poderes e funções que não encontra respostas no normativismo, tampouco no funcionalismo.

Quando se fala em decisão discricionária, é preciso distingui-la de uma decisão arbitrária. Discricionariedade não implica decisionismo ou arbitrariedades. O caminho percorrido por Castanheira Neves e Baptista da Silva, nesse sentido, auxilia na compreensão do problema da discricionariedade. Para Castanheira Neves, a decisão discricionária beneficia-se de uma espécie de desvinculação ou liberdade que a coloca como um contra-conceito à aplicação dedutiva-subsumtiva da lei ao caso. A subsunção e a dedução sempre chegam tarde, pois se utilizam da linguagem como um instrumento, uma terceira coisa que se interpõem entre o sujeito e o objeto, uma barreira que dificultaria o conhecimento das coisas em si mesmas.⁶⁸⁶

A decisão discricionária é reconhecida como válida (juridicamente válida) sem a aplicação subsuntiva da lei, opondo-se, deste modo, perspectiva normativista inerente ao processo lógico-subsumtivo da aplicação da lei, sem, contudo, cair no espaço vazio do direito ou ultrapassar o domínio coberto pelo direito. A discricionariedade, aqui referida, surge no seio da ordem jurídica e, como modo jurídico de juízo e conduta, só existindo em conexão com uma vinculação pensada pelo menos como possível, não podendo confundir-se com a arbitrariedade ou com o decisionismo, estes sim, considerados anti-democráticos e contrários ao paradigma do Estado Democrático de Direito.⁶⁸⁷ A discricionariedade cabe no Estado Democrático de Direito, afastando a

⁶⁸⁵ Ibidem, p. 139-140.

⁶⁸⁶ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit., p. 157.

⁶⁸⁷ Nesse sentido, consultar: CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. In: *Digesta*, v. I, op. cit., p. 539.

vinculação normativo-subsuntiva em virtude da qual a decisão juridicamente válida houvesse de ser e, por isso mesmo, uma só, como se a lei tivesse uma única vontade e ao juiz coubesse revelá-la. Nesta mesma trilha, refere Baptista da Silva que:

Se o texto deve ser ‘compreendido’ pelo intérprete, sabendo-se que ele pode conter, na imensa maioria dos casos concretos, duas ou mais soluções possíveis e legítimas, a consequência será o reconhecimento de que a jurisdição jamais será apenas declaratória da única ‘vontade do legislador’; ou da ‘única’ vontade contida na lei.

A abertura do texto, permitindo que, hermeneuticamente, o interpretemos e os magistrados verdadeiramente ‘decidam’ – por isso que detentores de poder discricionário –, decidindo-se entre as alternativas autorizadas pela norma –, será transformá-los em juízes responsáveis.

Esta será uma profunda revolução em nossa compreensão do direito processual; uma profunda revisão de conceitos e, acima de tudo, uma revolucionária transformação do sistema.

Entretanto, a transformação paradigmática, da qual não nos é possível escapar, sob pena de renunciar ao Direito, como instrumento superior de resolução de conflito sociais, ao mesmo tempo em que permitirá resgatar a figura do juiz ‘responsável’ – oposto ao juiz do sistema, que não comete injustiças, porquanto sua missão está limitada a declarar a injustiça da lei –, determinará que o pensamento jurídico renuncie ao dogmatismo, para recuperar a função hermenêutica na compreensão de textos, sob o pressuposto epistemológico de que o texto carrega várias soluções jurídicas possíveis, para, enfim, mostrando que texto e norma não são a mesma coisa, reentronizar a retórica como ciência da argumentação forense, que o pensamento linear dos juristas geômetras do século XVII pretendeu eliminar do direito processual.⁶⁸⁸

A faculdade discricionária traduz-se, então, na opção dentre uma pluralidade de decisões possíveis, todas igualmente válidas de um ponto de vista puramente jurídico, como refere Castanheira Neves. Opção esta imputável à autonomia do órgão chamado a decidir, condicionada à fundamentação da decisão perante o caso concreto decidendo.⁶⁸⁹

Não raro, porém, esta discricionariedade, tal qual camaleão, assume a forma anti-democrática da arbitrariedade e do decisionismo. Nesses casos, embora o julgamento apareça com “vistosa roupagem, na maior parte das vezes, iremos deparar-nos com hipóteses de ‘sentenças arbitrárias’, vício que poderá autorizar recurso extraordinário”,⁶⁹⁰ como no sistema processual argentino⁶⁹¹; e, naturalmente, também os recursos extraordinários no sistema brasileiro.

⁶⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das Sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.147-148.

⁶⁸⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. In: *Digesta*, v. I, op. cit., p. 538.

⁶⁹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.149.

Ora, se as normas não possuem “capas de sentido”,⁶⁹² sendo absolutamente equivocado afirmar que o juiz primeiro decide para só depois fundamentar (justificar), eis que só decide porque antes já encontrou, na antecipação de sentido, o fundamento, considerado, nesses limites, a condição de possibilidade para a decisão tomada discricionariamente, porém sempre vinculada ao paradigma do Estado Democrático de Direito enquanto pré-compreensão.

Essa pluralidade de soluções a que se refere a decisão discricionária, é uma pluralidade admitida em princípio, ou seja, afirmada no próprio plano dos princípios. Resta, portanto, excluída a possibilidade da decisão discricionária confundir-se com o arbítrio, conforme registra Castanheira Neves:⁶⁹³

O arbítrio seria desde logo logicamente contraditório com o sentido comum (cultural geral) de ‘discricionário’ já porque seria a negação pura e simples da idéia de direito, ou porque uma vinculação normativa vai imposta pela própria idéia do Estado-de-Direito e pelos seus princípios constitucionais, ou ainda porque essa vinculação se depara imediatamente ao órgão de decisão ao integrar-se ele numa certa função, a cumprir numa determinada ordem jurídica que se louva num certo sistema de valores – por um qualquer destes fundamentos, ou conjuntamente por todos eles, sempre teria de concluir-se que ao conceder o legislador uma faculdade discricionária não o faria decerto para permitir a manifestação de atitudes meramente subjetivas do órgão de decisão ou para lhe dar a possibilidade de decisões concretamente (perante o caso concreto) injustificadas. E sim unicamente para que ele se orientasse no sentido da solução que concretamente melhor realizasse os fins que tivessem determinado a concessão daquela faculdade (na função administrativa) ou da solução concretamente mais justa (na função judicial).⁶⁹⁴

Desse modo, a decisão discricionária é aquela proferida pelo juiz responsável, atendendo ao seu dever verdadeiramente jurídico, ou seja, um dever que encontraria seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica. Quando se afirma que a decisão discricionária é desvinculada, está se referindo a uma desvinculação relativamente a um conteúdo normativo previamente formulado que houvesse simplesmente de aplicar-se –

⁶⁹¹ Nesse sentido, consultar: CARRIÓ, Genaro R.; CARRIÓ, Alejandro D. *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

⁶⁹² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p. 396. Nesse sentido, consultar também: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, op. cit.; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, op. cit.

⁶⁹³ CASTANHEIRA NEVES, António. O problema da discricionariedade. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 538-539.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 539-540.

aplicação subsuntiva. Não se trata, por óbvio, de uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral. Há uma vinculação jurídica translegal na decisão discricionária, uma vinculação de caráter não formal, mas de caráter intencional-teleológico que revela uma função jurídica: “uma vinculação não já de legalidade (estrita), mas de juridicidade”,⁶⁹⁵ orientada por uma intenção individualizadora.

Essa compreensão está conforme a tese da resposta correta de que trata Streck, embora, faça-se aqui distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. A discricionariedade, no sentido aqui empregado, é compatível com a possibilidade de ter-se (sempre) para cada caso uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico. É o fundamento da decisão judicial a condição de possibilidade para que a resposta seja aquela correta para o caso, sob o ponto de vista hermenêutico. A decisão do caso, portanto, deve afastar-se da subsunção e dedução característicos do normativismo e, em última análise, resultados de um outro tipo de decisionismo, que não o judicial, um decisionismo político, passível, portanto, de alicerçar decisões arbitrária e anti-democráticas. A decisão discricionária compreende a resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico, acentuando-se a vinculação e o controle jurídicos, a realização de uma intencionalidade jurídica sem que seja possível distinguir o momento da interpretação e da aplicação do direito. É na fundamentação do compreendido, portanto, que o juiz justifica sua decisão, demonstrando coerência ética, sem que possa impor um conteúdo moral atemporal ou ahistórico, haja vista que o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo.⁶⁹⁶

5.4 Para além da geometrização do direito e do processo: a superação da prova enquanto um “achado” científico

É certo que a concepção iluminística da lei teve grande impacto na formação e compreensão da ciência processual, mas não se pode esquecer da concepção racionalista da prova. Toda a filosofia política do século XVII fez crer que a prova era fruto de uma

⁶⁹⁵ Ibidem, p. 540.

⁶⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit., p.406-407.

investigação científica, um “achado” científico. E, enquanto resultado de uma investigação científica, não estava sujeito a questionamentos. Trata-se de um raciocínio através do qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas.⁶⁹⁷

Os pressupostos que a ciência processual valeu-se para construir essa concepção da prova como produto de investigação científica foram os ideais do iluminismo e do racionalismo bem como o cientificismo e a separação entre fato e direito: o direito processual parte da existência do fato em sua pura materialidade, não do sentido que o fato possa adquirir em cada “partícula da história humana”.⁶⁹⁸ É claro que essa separação entre fato e direito força a inquestionabilidade (o peso) do resultado da atividade probatória. Todo o estudo sobre a prova traz consigo, seja no processo ou fora dele, a racionalização da verdade e a imagem do juiz de Montesquieu. O direito processual, ainda fortemente vinculado ao paradigma do objeto e à separação sujeito-objeto, mantém-se fiel à estrutura normativa herdada do racionalismo iluminista.

Soma-se a essa tendência de cindir fato e direito à tendência ao atomismo epistemológico, ou seja, a prova é pensada como uma infinidade de micropartículas independentes e desligadas, cabendo ao juiz, na formação de seu convencimento, perceber cada fato individual em seu próprio sentido.⁶⁹⁹ Na verdade, trata-se de um grande equívoco. Primeiro por que não há um fato puro, os fatos não existem em estado bruto.⁷⁰⁰ Igualmente, não há um direito que possa ser concebido abstratamente, sem fatos. E, ainda, porque não há como a prova ser recebida pelo juiz atomizadamente, em pequenas unidades independentes.⁷⁰¹

[...] a convicção formada a respeito dos fatos, num determinado processo judicial, na maior parte dos casos não afasta a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido; a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança (Wach, Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, Buenos Aires, 1958, p. 241; Calamandrei, Verità

⁶⁹⁷ GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Actuaciones profesionales em el ámbito judicial* (Especial mención a la Prueba Pericial Contable). Barcelona: CEDECS, 2003. p. 22.

⁶⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 142.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p.142.

⁷⁰⁰ Sobre a inexistência de fato puro, ver: PROVINCIALI, Renzo. Derecho en la motivación y juicio de hecho en casación. In: *Revista de derecho privado*, 1974, Fev; LVIII, p. 73-78.

⁷⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 142.

e verosimiglianza, cit., p. 616). E mesmo quando a singeleza do fato e a superior consistência da prova possam conduzir-nos a um juízo de certeza, na será essa verdade que terá relevância para o processo, mas o seu 'significado', apreendido pelo intérprete, desde suas perspectivas históricas, através do que Richard Palmer indica como 'confrontações do texto com um outro horizonte humano (Hermenêutica, cit., p. 77), que não se confunde com o do legislador.⁷⁰²

No direito moderno, há uma crescente tendência a considerar, em especial a partir de Jeremy Bentham, a prova judiciária como demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade, restaurando-se, nesse sentido, a doutrina aristotélica da retórica, como “ciência do provável”, a que se chega através de um juízo de probabilidade.⁷⁰³ Para Jeremy Bentham, a prova é o estabelecimento de um fato supostamente verdadeiro, demonstrando a verossimilhança da existência de uma determinada realidade.⁷⁰⁴ “A prova colhida nos autos oferece duas versões antagônicas”,⁷⁰⁵ razão pela qual os conceitos de “verdade” e “falsidade”, como diz Luis

⁷⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 272.

⁷⁰³ Não se pretende estabelecer aqui um debate histórico acerca da teoria geral da prova, no entanto, é preciso registrar que o medievo e a modernidade são dominados pela prova legal e pela livre convicção, com reduzida influência da dialética e da retórica. É só na metade do século XX que renasce o interesse pela consciência racional da apreciação dos fatos e pela universalidade dessa apreciação. São três as concepções atuais de prova que ganharam destaque: (a) a retórica-persuasiva, liderada por Perelman e a escola de Bruxelas, herdeira da tradição aristotélica-tomista; (b) a semiótica, que assenta na estrutura linguística e na coerência da narrativa dos discursos processuais; (c) e a americana da probabilidade quantitativa, que procura mensurar o convencimento, através da provável frequência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1 (teorema de Bayes). Para Michelle Taruffo, todas essas três teorias são úteis, pois exigem do juiz rigor no raciocínio, mas não são suficientes concepções probatórias (TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992). Nesse sentido, consultar: GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5, 2003-2004; BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005. Ver também: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil, v. I*, op. cit., p. 320-321; GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo all logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971; PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, ano XL, n. 3, 1985, p.481-519.

⁷⁰⁴ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. v. 1. Santa Fé de Bogotá: Nueva Juridica, 2000, p.19.

⁷⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil, v. I*, op. cit., p.321.

Recaséns Siches, são estranhos ao domínio do direito.⁷⁰⁶ Os fatos não são verdadeiros ou falsos. Daí por que se afirma que a prova não serve para o alcance da verdade dos fatos, mas para o alcance de um juízo de probabilidade. Os fatos, tratados pelo processo, são conceitos hermenêuticos a exigir compreensão, não são fatos bruto, em estado natural. Por isso, é sobre o sentido dos fatos que as partes controvertem em juízo. Impõem-se, assim, a superação do cientificismo para que a prova seja repensada como argumento⁷⁰⁷ para o convencimento judicial, dialeticamente construída através do debate, como fora outrora na cultura clássica,⁷⁰⁸ conforme observa Baptista da Silva. Fatos são categorias hermenêuticas a serem compreendidas.⁷⁰⁹

Assim, “seria uma pura e pretensiosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”. Apesar dos fatos conservarem-se os mesmos em sua expressão material,

⁷⁰⁶ Luis Recaséns Siches afirma que “los predicados ‘verdad’ y ‘falsedad’ no pueden ser atribuidos a las normas del derecho, ni tampoco a los programas de derecho ideal. Las reglas jurídicas, positivas o ideales, no son ni verdaderas ni falsas. Las reglas jurídicas no pueden ser juzgadas desde el punto de vista de la verdad o falsedad. Pueden y deben ser enjuiciadas desde los ángulos de otros valores: justicia, dignidad de la persona humana, criterios de libertad, de igualdad ante el derecho, de igualdad de oportunidades, de servicio al bienestar general, de adecuación a las circunstancias, de eficacia, etc.” (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980, p.277).

⁷⁰⁷ Registre-se que apontar a prova como argumento para o convencimento judicial não se está acolhendo as teses discursivo-procedimentais. O argumento integra a compreensão, pois – conforme refere Baptista da Silva – “tanto mais se argumenta, melhor hermeneuticamente se compreende”, eis que, no processo judicial, a argumentação possui função complementar à compreensão, sabendo-se que só é possível interpretar porque antes já se compreende (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.267).

⁷⁰⁸ A prova como argumento era uma compreensão dos romanos, enriquecida por Cícero, que caracteriza a prova como o domínio do duvidoso (*argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem*), do controverso, do opinável, do provável através de valores e escolhas axiológicas, em que o consenso é o critério da verdade (GIULIANI, Alessandro. Logica: teoria dell’argomentazione. In: *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. XXV. p.14-17; GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*: contributo allá logica giuridica. Giuffrè, 1971, p.15). Nesse sentido, Greco constata que, na cultura clássica, “seria ingênuo supor que o sentido lógico da prova assegurasse rigorosa objetividade aos julgamentos dos fatos. Não havia regulamentação jurídica das provas, nem necessária fundamentação das decisões, de modo que a idéia de consciência ética ou de consenso ditava a apreciação das provas chamadas inartificiais, como o testemunho, cujo valor a retórica exaltava, propiciando, através da virtude da prudência um julgamento fático decorrente da descoberta da verdade “no coração do homem,” nas palavras de Clara Tournier. Não se pode desprezar a observação de que, até então, ainda não predominava a figura do juiz profissional, que somente adquiriu relevo no período da *cognitio extraordinaria*, mas a do julgador popular (GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5 - 2003-2004, p.220-221).

⁷⁰⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das Sentenças como garantia constitucional. In: *Jurisdição, direito material e hermenêutica*, op. cit., p.144.

podem ter seu significado transfigurado no curso do tempo. Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o “significado”, a busca do “sentido”. O problema do processualista é, portanto, dar sentido aos fatos, pois o direito nasce do fato.⁷¹⁰ E o fato, como afirma Gadamer, é um conceito hermenêutico, algo sempre referido a um contexto de suposições e expectativas que, portanto, não pode ser definido como “o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem”.⁷¹¹

Desse modo, é preciso refutar a concepção racionalista que fez crer que a prova era fruto de uma investigação científica, um “achado” científico. Na verdade, a prova merece ser repensada como um argumento, nos termos trazidos por Baptista da Silva, superando o cientificismo peculiar ao conceito de prova trazido pela dogmática jurídica. A prova e a verossimilhança dos fatos devem ser “mensuradas” não como um “achado” científico, mas antes tomadas pelo olhar hermenêutico da fundamentação da sentença. Os fatos carecem de interpretação que lhes atribua significado.⁷¹² O sentido não está no texto, assim como não está na prova, ele será atribuído pelo intérprete, razão pela qual a norma só pode ser constituída em situações concretas.

Especificamente no que tange às tutelas preventivas, não faz qualquer sentido continuar sustentando a prova como um “achado” científico. A tutela preventiva é proteção contra a ameaça de violação do direito. A violação do direito ou a ocorrência

⁷¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de pós-graduação em direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. Anuário 2004. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2005, p.266. Ver também: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil, v. I*, op. cit., p.321; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: _____. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.147.

⁷¹¹ GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*. Tradução de João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 1983, p.36.

⁷¹² Nesse sentido, consultar: RICOUER, Paul. Interpretazione e/o argumentazione. In: _____. *Ars interpretandi: anuario di ermeneutica giuridica*. Padova: CEDAM, 1996, p. 76-93; RICOUER, Paul. Diritto, interpretazione, applicazione. In: _____. *Ars interpretandi: anuario di ermeneutica giuridica*. Padova: CEDAM, 1996, p.191-198.

de dano ou lesão, em si, não interessam para a tutela preventiva, haja vista fundar-se na prevenção do ilícito.⁷¹³

Pouco importaria se o réu não pratica o ato que se teme porque nunca teve a intenção de fazê-lo ou porque cedeu à ordem judicial, emanada do provimento inibitório; interessa apenas que o ilícito potencial não se verifique concretamente. Ocorre, todavia, que o sistema processual civil não sabe operar senão com a idéia de sucumbência, ou seja, com o binômio vencedor/ vencido. Seria, com efeito, ideal – e, talvez, possa tornar-se, de lege ferenda, realidade – um procedimento inibitório que não necessitasse dessa prova: bastaria que a parte, que se sentisse ameaçada, postulasse em juízo a sua proteção para que, imediatamente (mesmo sem contraditório e sem provas) recebesse ordem judicial dirigida à pessoa (que, em seu entender, lhe ameaça um direito), constringendo-a, sob ameaça de utilização de meio de coerção, a abster-se da conduta suspeita de ilícita [...]; se nesse passo, a parte ré abstém-se da prática do ilícito (pouco importando se motivada pela pressão nascida do meio de coerção imposto, ou porque jamais teve a intenção de violar o interesse do autor) atingida estaria a finalidade da tutela sem que fossem necessários maiores esclarecimentos. Ocorre, porém, que o processo precisa atribuir o ônus de sua existência a alguma das partes [...].⁷¹⁴

De fato, a ótica tradicional do processo civil, calcada na ordinarização do procedimento, na produção probatória e no contraditório pleno, mostra-se absolutamente inadequada à efetivação das tutelas preventivas alicerçadas na Constituição.⁷¹⁵ É a ameaça de violação ao direito o ponto nevrálgico da tutela preventiva, típica ou atípica. No entanto, a existência dessa ameaça é que confere ao autor o interesse de agir.⁷¹⁶ Se ele não conseguir comprovar (cientificamente) a ameaça de lesão a direito, não terá – na ótica do direito moderno – o direito de mover o aparato judicial em seu benefício. Restar-lhe-á, ironicamente, a via da reparação de eventuais lesões. Está-se, portanto, diante dos ardis do sistema, conforme alerta Baptista da Silva. A exigência dessa prova reduz, indubitavelmente, a efetividade da tutela preventiva e, claro, o “acontecer” da Constituição,⁷¹⁷ levando a não implementação do paradigma do Estado Democrático de Direito. A prova da ameaça, em especial no contexto das tutelas

⁷¹³ Nesse sentido, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*, op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit.; ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, op. cit.

⁷¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p.229. Ver também: ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, op. cit., p.144, em especial nota 102.

⁷¹⁵ Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁷¹⁶ Considerando que a tese reconhece a existência da ação de direito material que estabelece o elo de ligação entre o direito material e o direito processual, não se faz distinção entre condições da ação e mérito da pretensão. Desse modo, a carência da ação de que trata a doutrina é aqui entendida como hipótese de improcedência do pedido, quando inexistente ação de direito material, apesar da ação processual.

⁷¹⁷ Ver nota 501.

preventivas, não se trata de uma investigação científica, mas de uma compreensão hermenêutica voltada a fato futuro, fato que não aconteceu (tampouco se deseja acontecer). Não se pode provar o que ainda não se concretizou.⁷¹⁸ É impossível ao juiz prever aquilo que ocorrerá no futuro (tal qual na ficção do *Minority Report*⁷¹⁹), embora possível prevenir. Não se pode antecipar o futuro, assim como não se pode reestabelecer o passado. O “acontecer” da Constituição⁷²⁰ e a emergência do Estado Democrático de Direito, nesse âmbito, dá-se na prevenção da violação do direito, ou seja, na busca do sentido do direito e da jurisdição (e não na busca da verdade).

Não é, no entanto, o que se observa na doutrina e na jurisprudência, seja no contexto nacional, seja no âmbito do direito comparado. Não é assim que “pensa” o direito moderno, que exige elementos objetivos e concretos para provar a ameaça,⁷²¹ o “justo receio”, não se satisfazendo com a existência do temor da parte ou com a existência da ação de direito material e pretensão da parte. Receio e justo receio, diz a doutrina e a jurisprudência, não são a mesma coisa. Trata-se, portanto, da força do

⁷¹⁸ A discussão sobre a prova no contexto das tutelas preventivas tem, de um lado, a sua operacionalidade ou a sua total ineficiência. Ver, nesse sentido: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p. 226-292 e ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, op. cit., p. 144 et seq., em especial nota 102.

⁷¹⁹ Nesse sentido, ver a discussão entabulada no item 4.3 Alguns degraus para a (re)construção da tutela preventiva: a decisão em (tempos de) crise, sua (in)capacidade de concretização dos valores constitucionais e o problema da “baixa constitucionalidade”.

⁷²⁰ Ver nota 501.

⁷²¹ Na doutrina, consultar: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998; BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; TÁCITO, Caio. Mandado de segurança preventivo. In: *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: FGV, 61/222, jul./set. 1960.

paradigma que desenha a estrutura do sistema processual. Estrutura essa presente em países de tradição romano-canônica bem como de tradição *common law*.⁷²²

A doutrina passa a exigir a existência de um “temor razoável” a autorizar a utilização do mandado de segurança preventivo, bem como para os interditos proibitórios. O mesmo é válido para as tutelas preventivas genéricas. E, assim, as singularidades ocultam-se nos universais. A árvore esconde a floresta.

A questão da prova (e seu cientificismo) e do ônus da prova nas tutelas preventivas é um problema, portanto, estrutural que acaba cindindo fato e direito. As tutelas preventivas, por serem voltadas para o futuro, tornam-se inviáveis se ‘enquadradas’ na lógica da ordinarização do processo e nas exigências do direito probatório clássico, fundado na busca da certeza (segurança) jurídica.

Observe que o palco da discussão, novamente, é a tensão entre substancialismo e procedimentalismo. Apontar a prova como fenômeno hermenêutico é assumir a perspectiva substancialista da Constituição e reconhecer as insuficiências das teses procedimentalistas, refutando a neutralidade axiológica e raciocínios de matematização e geometrização do convencimento do julgador, sem, contudo, cair no decisionismo e na arbitrariedade.

A perspectiva substancialista força um redimensionamento da prova para as tutelas preventivas, desvinculada da noção de verdade absoluta, mas sim como verdade

⁷²² Ver, nesse sentido, a análise crítica trazida por ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p. 253-254. Na tradição jurídica *common law*, a concessão da ordem injuncional preventiva (“*quia timet actions*”) exige uma probabilidade razoável (“*reasonable probability*”) da futura violação, sendo insuficiente a mera possibilidade (“*mere possibility*”). A noção de probabilidade é bastante importante na *common law*. Está, assim, nos limites do poder discricionário do juiz verificar a existência da razoabilidade suficiente para a concessão da *injunction* diante da situação prática, haja vista que a lei não pode prever um esquema abstrato e teórico, capaz de ser aplicável a todos os casos concretos e de lidar com a riqueza de cada situação concreta. Há, nesse aspecto, certa correspondência no direito europeu continental: na Itália exige-se a presença de uma “situação objetiva de risco”; na França, exige-se a presença de uma ameaça suficientemente séria (“*menace suffisamment sérieuse*”); na Alemanha, a ameaça de lesão deve estar fundada em dados concretos, avaliados segundo a normalidade dos eventos (“*quod plerumque accidit*”). Assim sendo, a tutela preventiva tem sido concedida desde que a pretensão reste fundada em prova objetiva e concreta, apta a demonstrar, conforme o entendimento da doutrina dominante, de maneira externa, a razoabilidade do receio pressentido pela parte postulante (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*, op. cit., p. 253-254).

hermenêutica⁷²³ enquanto argumento da fundamentação da sentença, mas, para tanto, há que se redimensionar a própria estrutura do direito processual civil.

5.5 O enfrentamento dos vestígios do passado e das mentiras sobre o futuro: desvelar a função preventiva da jurisdição

A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito e para a concretização dos direitos e o “acontecer” da Constituição⁷²⁴ precisa, portanto, superar o peso cultural do paradigma racionalista, sem escorregar para as teses positivistas (hoje vitaminadas sob outras vestes) nem para as teses da funcionalização do direito.⁷²⁵ A tradição jurídica romano-canônica, a qual o direito processual civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva,⁷²⁶ como visto. O direito processual civil é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história (conseqüentemente com o próprio homem), mantendo-se, nessa ótica, perene como uma figura geométrica. “Concebe-se o direito processual civil como algo dotado da mesma eternidade que se vangloriam as matemáticas”.⁷²⁷

Essa concepção mostra-se absolutamente incompatível com a necessidade que se tem de o direito processual atender aos desígnios do direito material, mantendo-se sempre atento à realidade social, superando os “conceitos-em-si-mesmos” dos textos

⁷²³ Nesse sentido, consultar: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.

⁷²⁴ Ver nota 501.

⁷²⁵ Sobre a crítica ao modelo positivista (normativismo) e ao modelo do funcionalismo, ver item 2.4 A revisão do papel do jurista: os modelos de realização do direito.

⁷²⁶ Nesse sentido, consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. *Sentença e coisa julgada*, op. cit., p. 263-284.

⁷²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. *Sentença e coisa julgada*, op. cit., p. 263. Em sentido semelhante, Elaine Harzheim Macedo afirma que “sob uma ótica positivista [...] o processo civil surgiu como método ou sistema de atuação da jurisdição, visando exatamente a afastar qualquer orientação discricionária da parte dos órgãos ou agentes jurisdicionais, isso é, os tribunais e juízes, traduzindo-se essa forma de agir em juízo como procedimento judicial, representativo da movimentação do processo, mas que com ele não se confunde. [...] Arqueia-se o método para alcançar a verdade, que deve ser perquirida além do processo” (MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica história e perspectiva para o terceiro milênio*, op. cit., p. 171).

normativos. Esta é a razão da distância abissal entre o ensino do direito e a prática do direito.

Nessas bases, a jurisdição vem sendo orientada pelo normativismo e liberada de assumir responsabilmente suas decisões, reputando-as ao legislador. A jurisdição sofre o impacto das patologias da burocratização:⁷²⁸ o excesso de rigidez normativa e o isolamento das experiências intelectuais críticas e a diluição da responsabilidade pelas decisões proferidas. E é essa burocratização que vai provocar o esquecimento da jurisdição romana no contexto da jurisdição moderna, transformando-a em espécie de jurisdição meramente declaratória.⁷²⁹

O processo civil, portanto, funda-se sobre o paradigma de uma jurisdição meramente declarativa, que oculta as especificidades das relações entre direito material e processo. Sendo assim, o direito é visto como algo posto, algo pré-dado, absolutamente pressuposto que, em juízo, é meramente declarado ou, então, como resultado exclusivo de um procedimento, produto da decisão judicial.

Por tudo isso, é compreensível a dificuldade enfrentada para a construção de uma “tutela processual que tenha natureza puramente preventiva”, como afirma Baptista da Silva.⁷³⁰ O paradigma racionalista presente na formação da ciência jurídica moderna, somado ao princípio da separação dos poderes e à concepção da jurisdição como declaração bem como às teorizações acerca da autonomia do direito processual relativamente ao direito material, exigem que o juiz descubra a única ‘vontade da lei’ para só então declará-la, somente podendo atuar mediante a violação do direito. A função do juiz, nessa concepção, seria apenas revelar o que está posto, o direito já pré-dado ou, de outro lado, o resultado da decisão do juiz é sempre o direito. Tem-se aí os dois extremos das arbitrariedades resultantes de uma perspectiva normativista ou de uma concepção meramente procedimentalista (funcionalista) do direito. Ambas

⁷²⁸ Sobre a burocratização weberiana e a burocratização arendtiana, ver item 2.2 A jurisdição presa entre a burocratização weberiana e a ‘burocratização’ arendtiana: a formação de diálogos sem som e monólogos na multidão no âmbito judicial.

⁷²⁹ Nesse sentido, ver item 3.2 A jurisdição no Estado Constitucional e as duas faces de janus: afinal, o que há de romano na jurisdição moderna de tradição romano-canônica?.

⁷³⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Racionalismo e tutela preventiva. In: _____. *Sentença e coisa julgada*, op. cit., p.265.

merecem ser refutadas para a construção das tutelas preventivas e para que possamos ter uma “mentalidade alargada” acerca da função judicial.

Se a função do juiz é descobrir a vontade da lei para só então aplicá-la ao caso concreto, então não se imagina possível que o juiz trata sobre fatos ainda não ocorridos, sobre um direito ainda não violado.

A compreensão da tutela preventiva no direito processual civil brasileiro a partir dos três tempos – passado, presente e futuro – parte necessariamente das mudanças iniciadas no século XX e XXI que embaçaram conceitos e visões de mundo outrora utilizados como paradigmas. No entanto, o direito à segurança, à prevenção faz parte da história do direito e da história das instituições processuais.

As antigas imagens construídas ao longo da história no que diz respeito ao Estado, à jurisdição, ao direito material e ao direito processual transformaram-se, redefiniram-se e redimensionaram-se na modernidade. Vivencia-se, hoje, o declínio de velhos paradigmas estatais e a insuficiência/ineficiência da ciência jurídica ante a complexidade social.

Não se pode negar que a humanidade testemunha um período histórico marcado pela aceleração do tempo e pela compressão do espaço. Informática, realidade virtual, cibernética, robótica, bioética, biotecnologia, capitais, mercadorias, mercados, enfim, as informações contemporâneas, em uma velocidade instantânea, rompem as fronteiras tradicionais.

Esse contexto da modernidade atingirá inevitavelmente o cenário do direito na sociedade, obrigando o Homem a (novamente) questionar o seu discurso científico, a repensar seus paradigmas e a rediscutir seus postulados. Os séculos XIX e XX pautaram-se pela busca de uma racionalidade que fosse capaz de transformar o direito em uma ciência. O papel da teoria e da dogmática no direito era apontar para um método previsível, determinado, calculado e infalível.

O modelo de racionalidade da modernidade (paradigma racionalista) tem como berço as ciências naturais do século XVI, que, embebidas em um modelo autoritário, supunham que somente poderiam nomear-se como ciências aquilo que acompanhasse seus padrões metodológicos e epistemológicos. Imaginava-se que conhecer era quantificar, conhecer era classificar. Desse modo, fenômenos considerados relevantes

eram aqueles possíveis de quantificar e medir. A realidade era conhecida quando dividida, classificada, quantificada. O modelo de Aristóteles (forma e substância) e o padrão de Descartes (objetos fragmentáveis e simplificáveis) formavam a base desse paradigma científico. Almejava-se a cientificidade do direito, sua neutralidade. Desejava-se a sua previsibilidade, sua linearidade, sua segurança. Considerações de cunho político, econômico ou mesmo de caráter ético não eram assuntos para o direito, consagrando-se, assim, um normativismo-legalista fundado no paradigma racionalista.

Paulatinamente, no entanto, a linearidade desse pensamento e o reducionismo das soluções alçadas foi cedendo espaço ante a preocupação com a produção de uma nova forma de pensar o direito, a sociedade e o Estado e, conseqüentemente o direito processual e a própria jurisdição. Era preciso reconstruir os paradigmas científicos e repensar toda a ciência jurídica e o direito processual.

Emerge, assim, a necessidade de encontrar um novo paradigma que não incorpore no seu discurso qualquer forma de dogmatismo e de autoridade. Faz-se imprescindível questionar a estrutura do sistema processual civil na tradição romano-canônica, sobretudo, no cenário nacional após a emergência da Constituição e do paradigma do Estado Democrático de Direito. A crise do sistema processual é, portanto, um problema estrutural e não funcional, fruto do racionalismo que tiraniza a experiência judiciária, conforme já anunciado por Baptista da Silva.

Esse problema estrutural do sistema processual brasileiro guarda raízes na concepção de jurisdição moderna que acabou por distanciar-se da compreensão que se tinha da *jurisdictio* romana bem como na autonomização do direito processual responsável pela ocultação das pretensões e das ações de direito material. Assim, o processo civil, tal qual no século XIX, considerado como ciência, não sofreu o impacto de toda a filosofia da segunda metade do século XX e formou-se um hiato entre o direito e a práxis.

É exatamente esse o contexto da humanidade: um tempo de mudanças, marcado pela tentativa de superar o paradigma racionalista iluminista e revisar a racionalidade jurídica.

A importância desta discussão sobre a tutela preventiva, no contexto da tradição romano-canônica, sobretudo no cenário nacional, destaca-se à medida que se

pretende a transposição da racionalidade jurídica do normativismo, opondo-se às diversas modalidades de funcionalismo jurídico, bem como às concepções puramente procedimentais do direito e aos ideais liberais-iluministas. A superação destes é condição de possibilidade para que se possa pensar as tutelas preventivas e estas, condição de possibilidade para a concretização dos direitos e para a recuperação do sentido da jurisdição. Por esta via, é possível ultrapassar a concepção reducionista do direito à legislação, bem como superar os discursos fundacionais acerca da interpretação jurídica e conduzir a jurisdição para além da função repressiva e reparatória, abrindo espaço para as ações (de direito material) genuinamente preventivas. A resposta, portanto, virá através dos princípios pela via da compreensão hermenêutica, corroborando a afirmação de que se está diante de um problema hermenêutico (compreensão) e não de um problema analítico-procedimental. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático, rompendo com a objetificação dos textos legais.

A convocação dos juristas para lidar com a realidade e a formação eminentemente dogmática dos juristas causa o acirramento desta situação problemática, revelando o hiato que existe entre o discurso e a prática do direito.⁷³¹ As respostas do direito não são obtidas mediante experiências laboratoriais ou mediante pronunciamentos universais.

O modelo objetificante do direito e da jurisdição de cariz eminentemente repressivo (e declaratório) e o núcleo de resistência oferecido pelo direito processual civil às tutelas preventivas guarda suas raízes naquele contexto histórico-ideológico já exposto (racionalismo, individualismo, filosofias liberais, direito romano tardio) e na compreensão que a modernidade fez da memória do direito, vivendo um eterno presente. Ocorre que a complexidade social, a emergência de novos direitos (especialmente a partir do período do segundo pós-guerra e da abertura democrática dos Estados), a (não) realização dos direitos e a intensificação do fenômeno da globalização, temperados pela crise paradigmática, provocam um verdadeiro abismo entre o pensamento jurídico (pretensamente) moderno e a realidade social. São os contornos da

⁷³¹ Por certo uma análise aprofundada da situação problemática do direito, com a investigação de todos os fatores culturais, nos limites desta pesquisa, poderia levar ao distanciamento dos objetivos da tese. No entanto, algumas perspectivas são assumidas como ponto de partida, conforme se percebe ao longo da tese.

situação problemática do direito que emergem, cujas raízes estão na crise da razão moderna (na irracionalidade do racionalismo). No entanto, as soluções para a celeuma que encobre a realização do direito não se resume a um simples ajuste legislativo. Uma superação de paradigmas se faz imprescindível e, para tanto, a compreensão da dimensão histórica e cultural do direito se faz imprescindível. A inaptidão da jurisdição, tal como concebida na modernidade e no contexto dessa situação problemática, não fica limitada à concretização dos novos direitos, mas diz respeito à concretização do próprio direito enquanto tal. Por óbvio, uma discussão nesse sentido não pode estabelecer-se sob as bases do atual modelo de produção do direito. Há, portanto, que desvelar o sentido da jurisdição: pensar o sentido da jurisdição é condição de possibilidade para a construção de uma tutela jurisdicional preventiva. Esta é, por sua vez, a primeira porta a abrir-se para a desconstrução e reconstrução de um novo sistema jurídico para o contexto da tradição romano-canônico-germânica.

Por certo, o Estado ocupa importante lugar em relação ao Direito, mas a coincidência tendencial entre a estadualidade e a juridicidade é historicamente acidental e não essencial, como registra Pinto Bronze.⁷³² “A equiparação entre a ordem normativa do direito e a ordem política do Estado não é, portanto, exacta”. Desse modo, parece correto afirmar (a) que direito e Estado não necessariamente se identificam, (b) que o direito não é exclusivamente criado pelo Estado e ainda (c) que o poder político do Estado não é o fundamento da ordem jurídica – é a juridicidade que fundamenta materialmente o Estado. Assim, direito e Estado distinguem-se culturalmente, possuindo histórias diferentes. O Estado é uma ‘invenção’ recente, tendo nascido na modernidade!⁷³³

Discutir a crise do direito e da jurisdição contribui para uma releitura do direito processual civil visando ao desvelamento da função jurisdicional preventiva, ou seja, para a construção das tutelas preventivas, não enquanto preocupação dogmática, mas enquanto superação de uma dogmática que preocupa e não atende a um futuro possível.

⁷³² BRONZE, Fernando José Pinto. *Lições de introdução ao direito*, op. cit., p. 158.

⁷³³ Nesse sentido, ver: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*, op. cit.; HELLER, Herman. *Teoria del estado*, op. cit.; AYUSO TORRES, Miguel. *¿Después del Leviathan? Sobre el estado y su signo*. Madrid: Speiro, 1996; ____ *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público em la era de la globalización*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

Em tempos de “novos direitos” não se pode mais ocultar o tempo como fonte do direito e, nessa perspectiva, não se pode falar em promoção e proteção de direitos fundamentais e consolidação de um Estado Democrático de Direito, sem o desvelamento de uma autêntica tutela preventiva.

Desde o último século, em especial a partir do segundo pós-guerra, é flagrante um enorme e diversificado esforço intelectual de reflexão sobre as características e as implicações dos fenômenos e das transformações que se processam no âmbito das sociedades humanas e, especialmente, no âmbito do direito. A constatação de que as mudanças e os novos problemas vividos pela humanidade indicam uma situação histórica sem precedentes, desenhando a moldura de uma crise inédita, tornou-se praticamente um lugar-comum⁷³⁴ tanto para o senso comum como para o senso crítico. Assim, uma compreensão desta memória cultivada e de um futuro projetado permite deslocar o olhar e pensar, quiçá, outra(s) via(s) de cura para a atual problemática jurídico-jurisdicional, em especial no que se refere ao direito processual civil e às resistências ao desvelamento das tutelas preventivas genéricas.

O ponto de partida é, portanto, a discussão sobre a “crise” de um modelo de racionalidade para o direito e para a jurisdição e suas conseqüências para o direito processual civil. Na análise da atual problemática jurídico-jurisdicional, opta-se por adotar a matriz hermenêutica, enquanto crítica do pensamento objetificador no qual se vê mergulhada a dogmática jurídica moderna e também enquanto superação do esquema

⁷³⁴ Sabe-se da ambigüidade do sentido da expressão “lugar-comum”, eis que atualmente desvinculou-se de seu sentido original para indicar a trivialização do discurso ou uma fórmula banalizada e repetida gasta pelo uso. Seu sentido original, utilizado pela retórica clássica como fonte de argumento, é desconsiderado pelo uso moderno. Assim, pretende-se criticar o discurso que faz da “crise” do modelo de direito e de jurisdição um discurso banal, trivial e utilizar a construção desta mesma crise, como um discurso eficaz para a compreensão da problemática jurídica-jurisdicional contemporânea. A reflexão sobre a crise consiste não na retomada de um discurso já batido, desgastado, mas na retomada de elementos constitutivos da atual problemática jurídico-jurisdicional, carregada de sentido. Se, de fato, a crise do modelo de racionalidade para o direito e a jurisdição fosse um discurso desgastado, perder-se-ia o interesse. No entanto, ela marca a individualidade de um discurso. Portanto, quando se diz que as mudanças e os novos problemas vividos pela humanidade indicam uma situação histórica sem precedentes tornou-se um lugar-comum, quer-se sinalizar um ponto de partida (lugar-comum) para a formulação de uma análise individual (lugar-especial), conforme distinção feita por Roland Barthes e Jean-Louis Bouttes: “originariamente, os lugares são formas privadas de sentido, mas que servem para se encontrar sentido”, sem, contudo, escorregar-se para um lugar-nenhum (“Luogo comune”, *Enciclopédia*, vol 8, Torino: Einaudi, 1979).

sujeito-objeto e do paradigma representacional.⁷³⁵ Nesse cenário, tem-se a “abertura principiológica” como alternativa à superação da abstração da regra.

O pensamento filosófico ocidental delineou a Jurisdição e o Direito Processual modernos. A força do paradigma racionalista, com o respaldo da firme presença do princípio da separação dos poderes, do normativismo-legalista e dos ideais liberais-iluministas, revela o perfil da ciência jurídica e a sua resistência para conceber tutela que tenha natureza puramente preventiva, para além da função ressarcitória, reparadora e repressiva, voltada eminentemente à atuação de direitos privados violados. Não há dúvidas de que tal resistência denuncia a distância abissal entre dizer o direito e fazer o direito, ou seja, entre a dogmática jurídica e a práxis jurídica, tão insistentemente denunciada por Baptista da Silva.⁷³⁶

A abordagem visa a provocar uma reflexão que, por certo, não é inédita ou original, mas necessariamente assume um percurso próprio, servindo de pano de fundo para a recuperação do sentido do direito, da jurisdição, do papel do juiz (intérprete concreto-judicativo) e, conseqüentemente, para a ruptura do núcleo de resistência à admissibilidade e à construção da tutela preventiva genérica. Pretende-se, simultaneamente, provocar a crítica e a ruptura com o modelo de pensamento jurídico que, de algum modo, ainda vigora.

Não basta revirar a legislação brasileira e construir um discurso sobre como obter ou conceder, jurisdicionalmente, a prevenção de um ilícito ou de um dano. As reformas processuais não raro comprovam a força de uma ciência processual moderna e de seus compromissos. Há que se ir além para compreender o seu núcleo de resistência, bem como os alicerces sobre os quais estão construídos o poder judicial e o direito processual para, só então, refletir sobre as condições de possibilidades para a realização do direito e recuperação de seu sentido.

⁷³⁵ Quer-se, com isso, romper com os dualismos que caracterizam o pensamento metafísico – não há um sujeito separado de um objeto. Ser e ente não são idênticos, mas tampouco estão cindidos. Esse será o raciocínio utilizado adiante para criticar a teoria monista, que reduz o direito ao processo, ocultando as ações de direito material e a pretensão, criando obstáculos para o desvelamento das autênticas tutelas preventivas. Como bem refere Streck, é a diferença que faz a diferença, condição de possibilidade para alcançar a resposta correta (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, op. cit.).

⁷³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, op. cit.

Só a partir da superação de um modelo de (re)produção do direito/lei será possível ultrapassar a concepção de uma jurisdição eminentemente repressiva, voltada para a reparabilidade (e patrimonialidade) dos direitos.

A crise de que se fala é uma crise que, na perspectiva de Antonio Castanheira Neves,⁷³⁷ “não traduz apenas o aspecto negativo circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas, sobretudo, a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas – o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige”. Exatamente por isso uma perspectiva do contexto filosófico e de alguns aspectos da história do pensamento jurídico são imprescindíveis para uma reflexão crítica (e autônoma) da crise do direito e da jurisdição, vez que não há como superar a crise sem crítica.⁷³⁸ Abdicar deste olhar é esquecer que o caminho é tão importante quanto a chegada, é permitir que o sentido do direito se oculte diante da reprodução de sentido: um passado que se esvai, um presente que se transforma em repetição vazia e um futuro que se restringe (esta é a caricatura da dogmática do direito).

⁷³⁷ CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*, op. cit., p. 2.

⁷³⁸ Ver que não se trata de uma qualquer crítica, mas de uma crítica a partir do direito como ciência da compreensão e não como ciência da explicação. É preciso registrar que a própria crítica à dogmática jurídica está em crise (é a crítica em crise) na medida em que falar em crise do direito, em crises de paradigmas é, muitas vezes, um exemplo de retórica vazia. Não é difícil, hoje, testemunhar a “crítica pela crítica”, flagrar uma crítica que prega a inovação, mas não consegue inovar-se. Na verdade, como já alerta Michael Moore, os modismos intelectuais são como metáforas, tem um ciclo vital simples, nascem de novos discernimentos a respeito de uma similaridade despercebida, definham com o uso excessivo e morrem quando se tornam tão familiares que passam a ser tratadas como sentidos estabelecidos das palavras. Assim, ainda que possam iniciar a vida frescos e cheios de promessas, acabam por tornar-se os gastos contrapontos de um jargão que impede o discernimento em vez de transmiti-lo (MOORE, Michael S. Interpretando e interpretação. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 03-04).

CONCLUSÕES

Porque é preciso desviar o olhar para ver

O meu olhar é nítido como um girassol. Tenho o costume de andar pelas estradas olhando para a direita e para a esquerda, e de vez em quando olhando para trás... e o que vejo a cada momento é aquilo que nunca antes eu tinha visto, e eu sei dar por isso muito bem... sei ter o pasmo essencial que tem uma criança se, ao nascer, reparasse que nascera deveras... sinto-me nascido a cada momento para a eterna novidade do Mundo...
(Fernando Pessoa)

A construção de um processo civil atento ao paradigma do Estado Democrático de Direito, à concretização dos direitos e ao “acontecer” da Constituição precisa superar o peso cultural do paradigma racionalista bem como os valores liberais individualistas ainda remanescentes. Assumir essa preocupação é condição de possibilidade para a defesa da jurisdição estatal e da democracia sem desconsiderar o contexto histórico em que sociedade moderna – complexa e pluralista – encontra-se.

A tradição jurídica romano-canônica, a qual o direito processual civil brasileiro se vincula, eliminou os conceitos de pretensão e ação de direito material, dificultando o convívio com as formas de tutela preventiva, estruturando-se no paradigma racionalista e na rígida doutrina da separação dos poderes. O direito processual civil, nessas bases, é tomado como um instrumento jurídico puramente formal, abstrato, descomprometido com a história, com o tempo do direito (e conseqüentemente com o próprio homem), pretendendo-se perene como uma figura geométrica, sem conseguir presentalizar-se em relação ao futuro. Tudo isso, resultado da força da formação cartesiana, merece ser substituída pela compreensão hermenêutica do direito e do processo, fazendo-os caminhar em direção ao futuro.

Uma concepção descomprometida com o tempo (e com o próprio homem) mostra-se absolutamente incompatível à necessidade que se tem de o direito processual atender aos desígnios do direito material em contato com a realidade social. Esta é a razão da distância abissal entre o ensino do direito e a prática do direito, entre o mundo do direito e a práxis. Nessas bases, a jurisdição vem sendo orientada pelo normativismo de um lado, subjugada pelo funcionalismo de outro, liberando-se de assumir responsabilmente suas decisões, reputando-as ao legislador e furtando-se de fundamentá-las à luz dos valores democráticos inscritos na Constituição. O processo civil, portanto, reduz-se à perspectiva de uma jurisdição meramente declarativa, que oculta as especificidades das relações entre direito material e processo, confundindo fato e direito. O direito, por sua vez, é visto como algo posto, algo pré-dado, absolutamente pressuposto que, em juízo, é meramente declarado. Ou, então, como resultado exclusivo de um procedimento, mero produto da decisão judicial. Nessa perspectiva, os tribunais correm sério risco de verem-se reduzidos ao palco dos juízes vespas de que tratava Aristófanes, movidos pelo poder de decidir não pelo amor à justiça.

O Poder Judiciário vê-se, então, reduzido ao oráculo da lei, resistindo às ações sumárias autônomas, em especial, às formas preventivas genéricas de prestação jurisdicional. O olhar do Poder Judiciário parece distanciar-se da Constituição, na medida em que ignora sua previsão quanto à inafastabilidade da jurisdição na proteção de ameaça de lesão a direitos, imaginando que o direito só surge a partir da violação da regra e que a jurisdição presta-se eminentemente a reparar o dano. Ilusão que decorre da eliminação do conceito de pretensão de direito material, da supressão do conceito de

direito subjetivo enquanto condição de quem tem direito e da confusão entre ação processual e pretensão, ignorando a existência de ações de direito material.

O paradigma racionalista, presente na formação da ciência jurídica moderna, somado ao princípio da separação dos poderes, à concepção da jurisdição como declaração e às teorizações acerca da autonomia do direito processual, relativamente ao direito material, exigem que o juiz descubra a única vontade da lei para só então declará-la, somente podendo atuar mediante a violação do direito, movido por juízos de certeza. O paradigma racionalista, que orienta todo o direito processual civil brasileiro, não admite trabalhar com juízo de probabilidade, provisoriedade, preventividade, contraditório diferido, contraditório eventual, sumarização da cognição, incerteza e insegurança. O paradigma racionalista busca, incessantemente, a verdade através dos juízos de certeza, centrando-se na vontade invariável da lei. A conseqüência é a geometrização do direito e a eliminação dos juízos de probabilidade e verossimilhança.

Nessa trilha, a dificuldade de prover para o futuro é flagrante. O direito processual e toda a ciência processual moderna não sabem lidar com o futuro!

Por tudo isso, é compreensível a dificuldade *estrutural* que a tradição romano-canônica enfrenta para a construção de uma tutela processual que tenha natureza eminentemente preventiva. A função do juiz, nesta concepção, seria apenas revelar o que está posto, o direito já pré-dado ou, de outro lado, o resultado da decisão do juiz é sempre, e incontestavelmente, o direito. Tem-se aí os dois extremos das arbitrariedades resultantes de uma perspectiva normativista ou funcionalista do direito, ou ainda – dito de outro modo – exemplares de visões de mundo que assumem a postura meramente procedimentalista do direito. Essas perspectivas merecem ser absolutamente refutadas para que seja possível a construção das tutelas preventivas genéricas e, conseqüentemente, para que se assumam uma *mentalidade alargada* – conforme refere Hannah Arendt – acerca da jurisdição e do sentido do direito. Se a função do juiz é descobrir a vontade da lei para só então aplicá-la ao caso concreto, então não se imagina possível que o juiz trate sobre fatos ainda não ocorridos, sobre uma pretensão ainda não violada: ele vai continuar voltado para o passado (sem conseguir presentificar-se com relação ao futuro) em busca das certezas absolutas e verdades unívocas, incapaz de

construir o futuro e efetivamente proteger o direito e o homem, pois, ao final, o que se protege é a própria dignidade do homem.

A desconstrução dos modelos de juiz – Júpiter, Hercules e Hermes – impõem-se ante a emergência do juiz responsável do Estado Democrático de Direito, afastado qualquer tipo de arbitrariedade ou decisionismos.

É, portanto, o peso de todo o arcabouço teórico e paradigmático da ciência processual – *a estrutura* – dentro do qual os juristas operam, o principal obstáculo para a construção de um processo civil. A construção desse novo processo civil, apto a superar os desafios que lhe são impostos e caracterizado pela *leveza, rapidez, exatidão, visibilidade, multiplicidade e consistência* – propostos por Calvino – neste novo milênio, implica reconhecer as responsabilidades do poder judiciário ante a sociedade plurívoca e abandonar o mito do juízo de certeza, do método previsível, determinado, calculado e infalível para encontrar o direito do caso.

A superação do racionalismo no âmbito da ciência jurídica, em especial, do direito processual civil, permite uma releitura da jurisdição para além da extrema valorização da tutela repressiva, da cognição plenária e da ordinarização do processo. A via da tutela preventiva é condição de possibilidade para a concretização dos direitos, sobretudo dos novos direitos, na sua maioria não-patrimoniais, a exemplo do direito à honra, à educação, à saúde, à intimidade. É a partir da superação do paradigma racionalista – *da estrutura* – que o direito processual civil deixará de ser *visto* como mero instrumento, simples técnica ou procedimento, conduzindo-se à efetiva proteção do direito material e substancialização da Constituição. É preciso, portanto, desviar o olhar do paradigma para ver o sentido do direito!

Dessa forma, o direito processual civil (e suas instituições) deve ter a capacidade de se construir-se e reconstruir-se a partir do tempo do direito, voltando-se também para o futuro. Diante disso, há que se investigar uma nova forma de atuação da jurisdição por meio das tutelas preventivas, destacando o contraste entre a *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna, a diferença (ontológica) entre direito material e direito processual, o desvelamento das pretensões e das *ações de direito material* (que não se confundem com a “ação” de direito processual). Isso é possível através da releitura da história das instituições e da rediscussão sobre o papel do poder judiciário face à

Constituição e ao paradigma do Estado Democrático de Direito, sob pena de reduzir-se o direito processual civil a um produto da racionalidade procedimental em que qualquer discussão não ultrapassa o limite da mera funcionalidade (e funcionalismo) do direito.

Essa releitura da história das instituições processuais torna-se condição de possibilidade para quebrar com a resistência dogmática à tutela preventiva, rompendo com a ilusão de que o direito só surge após a violação da norma jurídica e que a prestação jurisdicional carece da ocorrência do dano.

De fato, o direito processual civil brasileiro possui exemplares de tutela preventiva, a exemplo do art. 461 e 461-A do CPC, do art. 84, do CDP bem como dos institutos do mandado de segurança, do interdito proibitório, da nunciação de obra nova e outros. Há previsão expressa na Constituição sobre o acesso à justiça diante de “ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). No entanto, o alargamento da tutela preventiva, ou seja, a construção de uma tutela preventiva genérica ainda não foi possível haja vista os compromissos ideológicos da ciência processual e a formação sedimentada (e dogmatizada) dos juristas.

Imaginar a ampliação da tutela preventiva e uma jurisdição com *mentalidade alargada* é romper com essa ilusão iluminista de segurança, certeza e previsibilidade. Deste modo, imaginar uma tutela preventiva é, na linguagem heideggeriana, compreender o direito a partir do tempo. É ultrapassar os pontos de estrangulamento do direito processual e lutar pela preservação da jurisdição estatal, redimensionando, assim, a *estrutura óssea* do direito processual. Mas, para isso, há que se conviver com a provisoriedade e assumir uma compreensão hermenêutica que supere o dogmatismo, o que impõe aceitar a discricionariedade e afastar a arbitrariedade e o decisionismo. Aceitar a verdade hermenêutica, a verdade possível para aquele determinado momento processual é afastar a verdade absoluta, a verdade única e, sobretudo, a tarefa solipsista de descobrir a vontade da lei e os valores escondidos da lei.

Para além da capacidade de compreender o mundo, tem-se o dever de (tentar) modificá-lo, assumindo o direito como uma intencionalidade axiológica, pois que o direito, seguindo Castanheira Neves⁷³⁹, não é uma categoria estratégica (funcionalismo),

⁷³⁹ CASTANHEIRA NEVES, António. “O direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito”. In: *Digesta*, v. I, op. cit., p. 296-299.

não é uma categoria científica (normativismo). O direito é, antes, uma categoria ética a exigir uma realização adequada e justa, ou seja, materialmente correta e normativamente plausível da juridicidade. Há, portanto, que se transformar o direito em um saber prático, rompendo com a objetificação dos textos legais.

Mas, para a construção das tutelas preventivas, é preciso assumir uma atitude autoquestionadora, correr o risco de tomar uma posição e *arriscar o impossível*, possibilitar o impossível, no sentido empregado por Žižek⁷⁴⁰, ou seja, romper com as posturas padronizadas, sabendo-se, contudo, que em toda pretensão de compreensão há um ponto de cegueira. Trata-se, assim, apenas de uma *solução possível para um problema necessário*. É provável que a idéia de superar o normativismo e a jurisdição normatizada seja utópica. Como diz Baptista da Silva⁷⁴¹, não importa quão distante de realização esteja a aspiração a essa superação, tem-se o dever de agir, ultrapassar o perigo potencial da impossibilidade. De fato, tem razão Hölderlin⁷⁴² quando adverte que “onde há o perigo, ali cresce também o que salva”.

O núcleo de resistência oferecida pela própria estrutura do direito processual – alicerçada sobre as bases do paradigma racionalista e dos compromissos históricos e ideológicos da ciência processual – construiu o processo de conhecimento, ordinarizando-o, sob a alegação de que a modernidade precisava de certezas e seguranças. O direito, na busca por estas certezas e seguranças, geometrizou-se e o (triste) resultado foi o seu desligamento da realidade social e um desinteresse pela hermenêutica. “Uma trágica opção-chave” que ofuscou a construção das tutelas preventivas, por meio de ações autônomas materialmente sumárias. Para a ciência processual, aquecida pelo paradigma racionalista, as tutelas preventivas causariam a instabilidade do sistema, fomentariam arbitrariedades e estimulariam o decisionismo judicial, insitando o litígio e trazendo o fantasma da verossimilhança para dentro do processo. No entanto, esquece que as tutelas preventivas, nos moldes propostos, tem a pretensão de gerir o imprevisível e o incerto, mas não para encontrar certezas ou para prever o futuro. Redimensionar o direito processual para a recepção das tutelas

⁷⁴⁰ ŽIZEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível*. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 29-30.

⁷⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição, direito material e processo*, op. cit., p. 282.

⁷⁴² HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaio e Conferências*. Vozes. Petrópolis: 2002, p. 37.

preventivas superar a geometrização do direito, ou seja, a perspectiva de um mundo simétrico, um mundo sem tempo, sem memória e sem história.

A tutela preventiva recupera a história do direito processual civil e permite construir um direito sensível às exigências dos novos direitos e da sociedade contemporânea. Cria-se, assim, uma diferença entre o passado e o futuro, não um mundo ideal, nem um mundo perfeito, pois a imperfeição é um dos pressupostos da humanidade. A possibilidade de o homem pensar a justiça não está livre da possibilidade concreta de cometer-se injustiças. Assim, toda a decisão traz a possibilidade de um dano. Acredita-se que a revisão do direito processual civil, seja nas instâncias ordinárias, seja nos tribunais, para abrigar as tutelas preventivas, aproxima-se não de uma sociedade inteiramente justa fulcrada na justiça estática de que falava Agnes Heller⁷⁴³. Na verdade, aproxima-se da imperfeição do homem, reconhecendo-a, permitindo que se construam caminhos possíveis.

⁷⁴³ HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990, p.313-315.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AGRA, Walber de Moura (coord). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro; Forense, 2005.
- ALMEIDA FILHO, Jose Carlos Araújo. *Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALMEIDA, Custódio Luís Silva de; FLICKINGER, Hans-Georg; RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da ‘ação de direito material’. In: *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, nº. 34, Curitiba, out./nov., 2004.
- AMRANI-MEKKI, Soraya. *Le temps et le procès civil*. Paris: Dalloz, 2002.
- ANDERSON, Perry. *O fim da história: de Hegel a Fukuyama*. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARENDT, Hannah. *Crises da república*. Tradução de José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *La tutela inhibitoria y el “amparo de protección colectivo” en el Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán*. La ley – Noroeste, ano 3, n. 7, Argentina, nov. 1999.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- ARISTÓFONES, *As vespas. As aves. As rãs*. Tradução Mário da Gama Kury. 3ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de direito processual civil*. Volume I. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- AYUSO TORRES, Miguel. *¿Después del Leviathan? Sobre el estado y su signo*. Madrid: Speiro, 1996.
- AYUSO TORRES, Miguel. *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público em la era de la globalización*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005.
- BACON, Francis. *Novum Organum*. [Os Pensadores]. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. “Direito material e processo”. In: *Gênese Revista de direito Processual Civil*, n. 33, Curitiba, jul./set., 2004, p.615-635.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Comentários ao código de processo civil*. Volume 13. Dos procedimentos especiais (arts. 890 a 981). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Curso de processo civil*. Volume 1. Processo de Conhecimento. 7ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Do processo cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Jurisdição, direito material e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: Mestrado e Doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araujo; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Volume I. 11. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001;
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony. BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernidade reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo, UNESP, 1997.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005.
- BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Volume 1. Santa Fé de Bogotá: Ediciones Nueva Juridica, 2000.
- BERGSON, Henri. *A evolução criadora*. Tradução Bento Prado Neto. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BERMAN, Harold J. *Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental*. Tradução Eduardo Takemi Kataoka. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2006.
- BESSONE, Mario. *Storia del diritto romano*. Bari: Laterza, 1992.
- BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: Giuffrè, 1955.
- BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, v. II, Milano: Giuffrè, 1953.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. v. 5. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1947.
- BIONDI, Biondo. *Il diritto romano cristiano*. v. I. Milano: Giuffrè, 1952.
- BISCARDI, Arnado. *La protezione interdittale nel processo romano*. Padova: Cedam, 1938, n.5.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- BLOCH, Marc. *Introducción a la historia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed revista e ampliada. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues São Paulo, Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Coordenação de tradução de João Ferreira. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Do direito social aos interesses transindividuais. O Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BONIFACIO, Franco. *Studi sul processo formulare romano*. Tomo I. Napoli: Jovene, 1959.
- BORRÉ, Guisepe. La corte di cassazione oggi. In: BESSONE, Mario (org). *Diritto giurisprudenziale*. Turim: Giappichelli Editore, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas: o que falar quer dizer*. São Paulo: Edusp, 1996.
- BRAZ TEIXEIRA, Antonio. *Historia da filosofia portuguesa*. Lisboa: Camino, 2005.
- BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *A metodonomologia entre a semelhança e a diferença: Reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico*. Coimbra: Studia Iuridica, 1994.
- BRONZE, Fernando José Couto Pinto. As margens e o rio: da retórica jurídica à metodonomologia. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIII, 1997, p. 81-119.
- BRONZE, Fernando José Couto Pinto. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.
- BULOW, Oscar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: EJE, 1964.
- BULOW, Oscar. *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais*. Campinas: LZN, 2003.
- BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*. Vol. I. Roma: L'Erma' di Bretschneider, 1971.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. É possível pensar o direito processual. In: *Informativo Incijur*, Joinville, nº. 63, out./2004.

- CALVINO, Ítalo. *Seis propostas para o próximo milênio*. Tradução de Ivo Barroso. 3. ed. São Paulo: Companhia das letras, 1990.
- CAMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Volume I. 15. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord). *Entre discursos e culturas jurídicas*. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 2006
- CAPPELLETTI, Mauro. *Giustizia e società*. Milano: Edizione de Comuntita, 1972.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Safe, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Volume I. Tradução e notas Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Safe, 2008.
- CASTANHEIRA NEVES, António. “Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. In: *Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV [separata], 1998, p.1-44.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, António. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito – ou as condições da emergência do direito como direito. In: RAMOS, Rui Manuel de Moura [et all] (org). *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 837-371.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido? o problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Piaget, 2002.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.
- CATTANEO, Mario A. *Iluminismo e legislazione*. Milano: Comunità, 1986.
- CHALMERS, Alan F. *O que é ciência afinal?* São Paulo: Braziliense, 1993.

- CHIARLONI, Sérgio. *Introduzione allo studio del diritto processuale civile*. Torino: Giappichelli, 1975.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. Tradução Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. A ordinarização do procedimento: uma herança do racionalismo sob interrogação. In: AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *A teoria e a prática dos saberes do cotidiano*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2005.
- CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. *Processo judicial eletrônico: em conformidade com a lei 11.419, de 19.12.2006*, Curitiba: Juruá, 2006.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. In: *Revista Ajuris*, vol. 43, Porto Alegre, jul./1988, p. 69-78; e *Revista de Informação Legislativa*, vol. 100, Brasília, 1988.
- D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. Pamplona: EUNSA, 1997.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado: análisis comparado del proceso penal*. Chile: Ed. Jurídica Chile, 2000.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. Yale: University Press, 2005.
- DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- DEAUVIEAU, Jérôme. O futuro do tempo. In: *Le monde diplomatique Brasil*, março/2002.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DUARTE, Francisco Carlos. Tempo e decisão na sociedade de risco: um estudo de direito comparado. In: *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 148, p. 99-110, jun./ 2007.

- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jedderson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELIAS, Norbert. *Sobre o tempo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- ELSTER, Jon. *Juicios solomónicos: las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*. Barcelona: Gedisa, 1999.
- EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993.
- EWALD, François. *Les forces créatrices du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.
- FASSÓ, Guido. *História de la filosofía del derecho*. Madrid: Ediciones Pirâmide, 1983.
- FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho". In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales. Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FIGAL, Günter. *Martin Heidegger: fenomenologia da liberdade*. Tradução de Marco Antonio Casanova do original em alemão Martin Heidegger: *Phänomenologie der Freiheit*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FISS, Owen. *The forms of justice*. Harvard Law Review, v. 93, 1979.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coord. de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FLICKINGER, Hans-Georg; RODHEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRIGNANI, Aldo. *L'injunction nella common law e l'inibitoria nel diritto italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Tradução de Auly de Soares Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- GADAMER, Hans-Georg. *Elogia da teoria*. Tradução de João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 1983.
- GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador Pierre Fruchon; tradução de Paulo Cesar Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II*. Complementos e índices. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes: verdades para o nosso tempo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- GANDOLFI, Giuseppe. *Contributo allo studio del processo interdittale romano*. Milano: Giuffrè, 1955.
- GANDOLFI, Giuseppe. *Lezioni sugli interdetti*. Milano: La Goliardica, 1960.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. 3. ed., Madrid: Alianza, 1982.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2. ed. Tradução de Maria Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concepto di prova: contributo all logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.
- GIULIANI, Alessandro. Logica (Teoria dell'argomentazione). In: *Enciclopédia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1975. v. XXV.
- GÓMEZ MARTÍN, Fernando. *Actuaciones profesionales em el ámbito judicial (Especial mención a la Prueba Pericial Contable)*. Barcelona: CEDECS, 2003.
- GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.
- GRAMSCI, Antônio. *Os intelectuais e a organização da cultura*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- GRANT, Edward. *Os fundamentos da ciência moderna na idade média*. Porto: Porto, 2004.
- GRECO, Leonardo. O conceito de prova. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº. 4 e Ano V, Nº. 5 - 2003-2004.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. revisada e ampliada. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- GUILLÉN, Victor Fairén. *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*. Barcelona: Bosch, 1953.
- HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como ciencia de la cultura*. Tradução de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. Modernidade: um projeto inacabado. In: ARANTES, Otília B. Fiori; ARANTES, Paulo Eduardo. *Um ponto cego no projeto moderno de Jürgen Habermas*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- HABERMAS, Jurgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Tradução de Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HANKINS, Thomas L. *Ciência e iluminismo*. Porto: Porto, 2004.

- HAYEK, Friedrich August Von. *Los fundamentos de la libertad*. 5. ed. Madrid: Union, 1991.
- HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaio e Conferências*. Vozes. Petrópolis: 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Identidade e diferença*. Portugal: Livraria duas cidades, 1971.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à metafísica*. Tradução de Mário Matos e Bernhard Sylla. Lisboa: Piaget, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Os caminhos da floresta*. Tradução Irene Borges Duarte. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte II. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 10. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Tiempo y el ser*. Traducción de Manuel Garrido, José Luis Molinuevo y Félix Duque. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2003.
- HELLER, Agnes. *Além da justiça*. Tradução de Sauamah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- HELLER, Agnes. *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica, 1990.
- HELLER, Herman. *Teoria del estado*. Tradução de Luís Tobío. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *História das instituições: época medieval e moderna*. Coimbra: Almedina, 1982.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOMEM, Antonio Pedro Barbas. *O justo e o injusto*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de direito de Lisboa, 2001.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. Rio de Janeiro: Editorial Labor do Brasil, 1976.
- HOTTOIS, Gilbert. *História da filosofia: da renascença à pós-modernidade*. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- INWOOD, Michel. *Dicionário Heidegger*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 42.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: A formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 4ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

- KASER, Max. *Direito Romano Privado*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle do original alemão intitulado: Romisches Privatrecht. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa: hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Tradução Enrique Barros Bourie. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.
- KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Tradução de Emilio Eiranova Encinas. Barcelona, Madrid: Marcial Pons, 2003.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KERCHOVE, Michel van de; GERARD, Philippe. *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*. Bruxelles: Facultes universitaires Saint-Louis, 1993.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz V. Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- KUHN, Thomas. *O caminho desde a estrutura: ensaios filosóficos, 1970-1993, com uma entrevista autobiográfica*. Tradução de Cesar Mortari. São Paulo: Unesp, 2006.
- LATOUR, Bruno. *Nous n'avons jamais étés modernes: essais d'anthropologie symétrique*. Paris: La Découverte, 1993.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- LEFORT, Claude. Nação e soberania. In: NOVAES, Adauto (org). *A crise do estado-nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34 / Edesp, 2004.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002p. 117.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. v. 1. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- LOSANO, Mario. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUNELLI, Carlos Alberto. *A superação do paradigma racionalista e a possibilidade de inclusão do comando mandamental na sentença condenatória*. São Leopoldo, 2006. 316 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito.

- LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.
- MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MACHADO Fábio Cardoso, AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MACHADO, Antonio. *Poesias completas*. 24. ed. Madri: Espasa, 1997.
- MACHADO, Fabio Cardoso. *Jurisdição, condenação e tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.
- MACHADO, Roberto. Introdução: Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização, introdução e revisão técnica de Roberto Machado. 23. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2007, ps. X
- MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas*. Tradução de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: UNB, 1982.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Turim: G. Giappichelli, 1993, vol. I.
- MANNHEIN, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A justiça da França: um modelo em questão*. São Paulo: Editora de Direito, 2001.
- MARQUES, Mário Reis. *Codificação e paradigmas da modernidade*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELGARÉ, Plínio. Direitos humanos: uma perspectiva contemporânea. Para além dos reducionismo tradicionais. In: *Revista de informação legislativa*. Ano 39, nº 154, abr./jun. 2002, p. 71-92.

MELUCCI, Alberto. *O jogo do eu*. Tradução de Adriano R. Marinho, Agostino Giacomini, Débora Conforto, Henri Fuchs, Jorge D. Barbosa, Jorge M. Adão, José Rossi, Nara R. Vieira, Raquel Gatto, Sueli Salva. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Gerona: Hijos de José Bosch, 1979.

MERQUIOR, José Guilherme Alves. *O liberalismo antigo e moderno*. Tradução de Henrique de Araujo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

MERRYMAN, John Henry. “Lo ‘stile italiano’: la doctrina”. Tradução de Diego Corapi e Giuseppe Marziale. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 1966.

MERRYMAN, John Henry. *La tradicion jurídica romano-canônica*. 2. ed. 5. reimpressão. México: Fondo de cultura económica, 2000.

MERRYMAN, John Henry. Lo ‘stile italiano’: l’interpretazione”. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 1968.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONROY GÁLVEZ, Juan; MONROY PALACIOS, Juan. Del mito del proceso ordinário a la tutela diferenciada. Apuntes iniciales. In: *Revista de Processo*, 109/187-220.

MONTAIGNE, Michel. *Ensaio*. Tradução de Sergio Milliet. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORE, Thomas. *A utopia*. Tradução de Pedro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. Volume I. 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORELLO, Augusto M. Perfil del juez al final de la centúria. In: *La ley*. Tomo 1998.

MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya; et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

MUTHER, Theodor. *Sobre la doctrina de la actio romana, del derecho de accionar actual, de la litiscontestato y de la sucesion singular en las obligaciones*. Polemica sobre la actio. Tradução Tomás A. Banzahaf Buenos Aires: EJEJA, 1974.

OLIVEIRA JR., José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2000.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema de eficácia da sentença. In: *Revista de Processo*, nº. 112, São Paulo: out./dez. 2003.
- OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- OST, François. Júpiter, héracles, hermes: três modelos de juiz. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n 14, Alicante, 1993, p. 169-194.
- OST, François. *O tempo do direito*. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.
- OST, François. Questions méthodologiques à propos de la recherche interdisciplinaire en droit. In: *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*. Bruxeles, 1:1-29, 1978.
- OST, François. *Sade et la loi*. Paris: Odile Jacob, 2005.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984.
- PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, ano XL, n. 3, p. 481-519, 1985.
- PEKELIS, Alessandro. *Il diritto come volontà costante*. Pádua: Cedam, 1930.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo, Martins Fontes, 1996.
- PERRY, Marvin. *Civilização ocidental: uma história concisa*. Tradução de Waltensir Dutra e Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito: inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1998.
- PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil na Itália. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, nº. 16, 2001.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.
- POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Tradução de José Puig Brutau. Barcelona: Ariel, 1950.
- PROTO PISANI, Andrea. Público e privado no processo civil na Itália. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 16, 2001.
- PROVINCIALI, Renzo. Derecho en la motivación y juicio de hecho en casación. In: *Revista de derecho privado*, 1974, Fev; LVIII.
- PUGLIESE, Giovanni. *Polemica sobre la "actio"*. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1974.

- RANGEL, Paulo Castro. *Repensar o poder judicial: fundamentos e fragmentos*. Porto: Publicações Universidade Católica do Porto, 2001.
- RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitória*. Padova: Cedam, 1987.
- RAUX, Jean-François. Elogio da filosofia para construir um mundo melhor. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya et al. *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- RESTA, Eligio. Le verità e il processo. In: MARINI, Alarico Mariani (org). *Processo e verità*. Pisa: Plus-Pisa University press, 2005, p. 33.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Tradução e coordenação Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- RICOUER, Paul. Diritto, interpretazione, applicazione. In: *Ars Interpretandi*. Anuario di ermeneutica giuridica. Padova: Cedam, 1996.
- RICOUER, Paul. Interpretazione e/o argumentazione. In: *Ars Interpretandi*. Anuario di ermeneutica giuridica. Padova: Cedam, 1996.
- RIPERT, Georges. *Les force créative du droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965.
- ROCHA, Leonel Severo. “A construção do tempo pelo direito”. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1989
- RORTY, Richard. *A filosofia e o espelho da natureza*. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- ROSSI, Paolo. *A ciência e a filosofia dos modernos*. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Unesp, 1992.
- ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo. *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RUSSELL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Tradução de Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- SABINO, Fernando. Cem cruzeiros a mais In: ANDRADE, Carlos Drummond. *Para gostar de ler: crônicas*. São Paulo: Ática, 1979.
- SAFRANSKI, Rudiger. Ser e tempo. Que Ser? Que Sentido? In: *Heidegger: um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (alethéia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. São Leopoldo, 2004. 2 v. Tese (Doutorado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia política*. Porto Alegre: Safe, 1987.

SALINAS FORTES, Luiz Roberto. *Rousseau: o bom selvagem*. São Paulo: FTD, 1989.

SANTARELLI, Umberto. *L'Esperienza Giuridica basso-medievale: Lezioni Introduttive*. 2ed. Torino: G. Giappichelli, 1980.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos. Fundamentos da teoria do direito: A. Castanheira Neves e o direito como plataforma civilizacional. In: CONPEDI, 15, 2006, Manaus. *Anais...* Manaus, 2006. Disponível em: < <http://www.conpedi.org>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2006

SANTOS JUSTO, Antonio dos. *Direito Privado Romano*. Coimbra: Coimbra, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 8. ed. São Paulo: Afrontamento, 1990.

SATTA, Salvatore. *Commentario al código di procedura civile*. v. I. Milão: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, 1966.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2. ed revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Tradução de Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ejea, 1954.

SÈROUSSI, Roland. *Introdução ao direito inglês e norte-americano*. Tradução Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. 3. ed. México: Editorial Porrúa, 1980.

SILVA, Jaqueline Mielke. *O direito processual civil como instrumento de realização de direitos*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. *Reformas do processo civil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito nos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

STEIN, Ernildo. *Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijui, 2001.

- STEIN, Ernildo. *Dialética e hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia*. In: *Dialética e Hermenêutica*. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Porto Alegre: Edipucrs, 2000.
- STEIN, Ernildo. *História e ideologia*. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1972.
- STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG, v. 89, p. 121-160, jan./jun. 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo) constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado / orgs. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck; José Luis Bolzan de Moraes et al.* Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 2. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência política e teoria do estado*. 5 ed. rev e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- STRECK, Lenio. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLVI, p. 55-86, 2006.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TÁCITO, Caio. Mandado de segurança preventivo. In: *Revista de direito administrativo* 61/222, Rio de Janeiro: FGV, jul-set., 1960.
- TALAMANCA, Mario. *Lineamenti di storia del diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1989.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TARUFFO, Michele. “Racionalidad y crisis de la ley procesal”. In: *Doxa: Cuaderno de Filosofia del Derecho*, n. 22, 1999.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.
- TARZIA, Giuseppe. *Presente e futuro delle misure coercitive civile. Esecuzione forzata e procedure concorsuali*. Padova: Cedam, 1994.
- TOYNBEE, Arnold. *O desafio do nosso tempo*. Tradução Edmond Jorge. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.

- TROCKER, Nicolo; VARANO, Vincenzo. *The reforms of civil procedure in comparative perspective*. Torino: Giappichelli Editore, 2005.
- VATTIMO, Gianni. *O fim da modernidade: niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- VENOSA, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Beliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Safe, 1995.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução crítica ao direito*. v. I. Brasília: UnB, 1993.
- WEBER, Max. *Economía y Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 10. ed. Fondo de Cultura Económica: México, 1994.
- WEBER, Max. *Textos selecionados*. [Os Pensadores]. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- WESTFALL, Richard S. *A construção da ciência moderna*. Porto: Porto, 2003.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de Antonio Manuel Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WIEDERKEHR, M. Éléments de philosophie du droit dans les manuels contemporains de droit civil. In: *Archives de philosophie du droit*, 10, Paris, Sirey, 1965.
- WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle Pandette*. Tradução Carlo Fadda e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese: 1925.
- WINDSCHEID, Bernhard. *La "actio" del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual*. Polemica sobre la actio. Tradução Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.
- WINDSCHEID, Bernhard. *La actio: replica al Dr. Theodor Muther*. Polemica sobre la actio. Tradução Tomás A. Banzahaf. Buenos Aires: EJEJA, 1974.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos e justicia*. Tradução de Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Turín: Einaudi, 1992.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 3 ed. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- ZIZEK, Slavoj. *Bem-vindo ao deserto do real!* Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.
- ZIZEK, Slavoj; DALY, Glyn. *Arriscar o impossível: conversas com Zizek*. Tradução Vera Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2006.