

Ailor Carlos Brandelli
Carlos Alberto Lunelli

TEORIA DO PROCESSO E A INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO

**TEORIA DO PROCESSO
E A INEFICÁCIA
DA JURISDIÇÃO**



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE FURG

Reitor

DANILO GIROLDO

Vice-Reitor

RENATO DURO DIAS

Chefe de Gabinete do Reitor

JACIRA CRISTIANE PRADO DA SILVA

Pró-Reitor de Extensão e Cultura

DANIEL PORCIUNCULA PRADO

Pró-Reitor de Planejamento e Administração

DIEGO D'ÁVILA DA ROSA

Pró-Reitor de Infraestrutura

RAFAEL GONZALES ROCHA

Pró-Reitora de Graduação

SIBELE DA ROCHA MARTINS

Pró-Reitora de Assuntos Estudantis

DAIANE TEIXEIRA GAUTÉRIO

Pró-Reitora de Gestão e Desenvolvimento de Pessoas

LÚCIA DE FÁTIMA SOCOOWSKI DE ANELLO

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação

EDUARDO RESENDE SECCHI

Pró-Reitora de Inovação e Tecnologia da Informação

DANÚBIA BUENO ESPÍNDOLA

EDITORA DA FURG

Coordenadora

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

COMITÊ EDITORIAL

Presidente

DANIEL PORCIUNCULA PRADO

Titulares

ANDERSON ORESTES CAVALCANTE LOBATO

ANGELICA CONCEIÇÃO DIAS MIRANDA

CARLA AMORIM NEVES GONÇALVES

CLEUSA MARIA LUCAS DE OLIVEIRA

EDUARDO RESENDE SECCHI

ELIANA BADIALE FURLONG

LEANDRO BUGONI

LUIZ EDUARDO MAIA NERY

MARCIA CARVALHO RODRIGUES

Editora da FURG

Câmpus Carreiros

CEP 96203 900 – Rio Grande – RS – Brasil

editora@furg.br

Integrante do PIDL

Editora Associada à



ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA
DAS EDITORAS UNIVERSITÁRIAS



UNISUL
UNIVERSIDADE DO SUL
CENTRO UNIVERSITÁRIO DA MESSEJOIA

AILOR CARLOS BRANDELLI
CARLOS ALBERTO LUNELLI

TEORIA DO PROCESSO E A INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO



Rio Grande
2022

© AILOR CARLOS BRANDELLI, CARLOS ALBERTO LUNELLI

2022

Diagramação da capa: Murilo Borges
Formatação e diagramação: João Balansin
Revisão Ortográfica e Linguística: Júlio Marchand

Ficha Catalográfica

B817t Brandelli. Ailor Carlos.
Teoria do processo e a ineficácia da jurisdição [Recurso Eletrônico] / Ailor Carlos Brandelli, Carlos Alberto Lunelli. – Rio Grande, RS : Ed. da FURG, 2022.
134 p.

Modo de acesso: <http://repositorio.furg.br>
ISBN 978-65-5754-135-7 (eletrônico)

1. Ciência Jurídica 2. Direito Romano 3. Teoria do Processo
4. Racionalismo 5. Jurisdição I. Lunelli, Carlos Alberto II. Título.

CDU 340

Catálogo na Fonte: Bibliotecário José Paulo dos Santos – CRB10/2344

Carlos Alberto Lunelli

Advogado. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UCS. Pós-doutor pela *Università di Padova*-ITA. Doutor e Mestre em Direito – UNISINOS-RS. Professor de cursos de especialização em diversas instituições de ensino superior, dentre as quais Escola da Magistratura Federal – ESMAFE, UNOESC, IESA e IEM. Autor dos livros *Além da condenação: a inclusão do comando mandamental na sentença civil condenatória* (FURG, 2016) e *Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental* (EDUCS, 2017), dentre outros.

Ailor Carlos Brandelli

Advogado. Doutor e Mestre em Direito – UCS. Atuou como procurador de município e professor de graduação. Professor convidado em cursos de MBAs e pós-graduação *lato sensu* em diversas instituições.

Ao Jeferson, pela parceria.
E sempre...
a Ovídio Araújo Baptista da Silva.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 CRISE DA JURISDIÇÃO.....	11
2.1 O LOCUS DA CRISE DA JURISDIÇÃO: AS TEORIAS QUE AMPARAM O ESTADO MODERNO	11
2.2 AS CONCEPÇÕES QUE NORTEIAM O ESTADO MODERNO E O COMPROMISSO LIBERAL-RACIONALISTA DA JURISDIÇÃO	20
2.3 À GUIA DE CONCLUSÃO: CIÊNCIAS DO ESPÍRITO, LÓGICA E O ABANDONO DO RACIONALISMO	35
3 JURACIONALISMO, PROCESSO E O DIREITO COMO CIÊNCIA DO ESPÍRITO.....	38
3.1 A INFLUÊNCIA DO CARTESIANO NO DIREITO	40
3.2. A CIÊNCIA JURÍDICA E O PARADIGMA RACIONALISTA	43
3.3 DOGMATIZAÇÃO, PROCESSO E RACIONALISMO..	50
4 OS INTERDITOS ROMANOS E A MANDAMENTALIZAÇÃO DO ATO JUDICANTE.....	60
4.1 O EXERCÍCIO DO PODER DE IMPÉRIO NO DIREITO ROMANO: OS INTERDITOS E A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA	61
4.1.1 Os Interditos, Expressão da Mandamentalização no Direito Romano	63
4.2 A DITOCOMIA ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: A HERANÇA Malfadada DO DIREITO ROMANO	65

4.2.1 Iurisdictio e Imperium: a Convivência com os Interditos	66
4.2.2 A Consequente Dicotomia entre as Atividades Cognitiva e Executiva	70
4.3 UMA PROPOSTA PARA A MANDAMENTALIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	74
5 INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO NA TEORIA DE Ovídio BAPTISTA DA SILVA.....	78
5.1 LIBERDADE E IGUALDADE NO LIBERALISMO	80
5.2 O COMPROMISSO RACIONALISTA DA JURISDIÇÃO	88
5.3 O CARÁTER TEMPORAL DA JURISDIÇÃO, A (RE) CONSTRUÇÃO DA VERDADE E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO.....	94
5.4. À GUIA DE CONCLUSÃO: A DECISÃO E A (IN) SUFICIÊNCIA DO LIBERALISMO-RACIONAL NA JURISDIÇÃO	101
6 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	113

1 INTRODUÇÃO

A presente obra, posta no âmbito da Teoria do Processo, busca identificar os problemas de eficácia da jurisdição, assinalando contributos para uma necessária transformação teórica, que supere, especialmente, a influência de alguns malfadados institutos do Direito Romano.

No primeiro capítulo, são abordadas as crises do Estado, que se apresentam como condição de enfrentamento da inefetividade do ato processual e do fracasso das políticas públicas. A superação do paradigma privatista-formalista constitui-se no primeiro passo para a superação do conformismo provocado pelo liberalismo. Percebe-se que os códigos, em regra, são comprometidos com visões conservadoras. O Direito, por sua vez, fez uma clara opção de exclusão do indivíduo e de generalização procedimental, esquecendo-se que as demandas têm alicerce nos desejos e nas pretensões das pessoas.

O segundo capítulo cuida do jusracionalismo e de sua interferência no modo de produção do direito e do próprio processo. O paradigma é um propulsor do conhecimento científico, sendo possível afirmar que opera no sentido de conduzir ao progresso da ciência. A ciência jurídica e o Direito Processual sustentam-se a partir de paradigmas, utilizando-se de determinados conceitos e modos sintéticos de produção do conhecimento. Por sua vez, o jusracionalismo marcou-se pelo rigor no método, que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo.

O terceiro capítulo recupera os interditos, advogando a mandamentalização da decisão. O racionalismo teve decisiva

influência na evolução da ciência processual do mundo ocidental, representando uma forma peculiar de abordagem, produção e entendimento do Direito. Foi a ponte estreita pela qual o pensamento jurídico, sistematizado a partir do Direito Romano, alcançou o mundo contemporâneo. A clássica divisão do processo romano, em *iurisdictio* e *imperium* representa um aspecto de grande interesse, na medida em que foi transmitida ao sistema processual contemporâneo por meio do pensamento racionalista, produzindo a concepção de que a jurisdição contenha efetivamente o propósito de dizer o Direito. A recepção da condenação pelo sistema processual, com rejeição do procedimento interdito, gerou um efeito nefasto, esfacelando as pretensões fundadas no Direito Obrigacional. Daí a necessidade de recuperar a autoridade do ato judicial, mandamentalizando a condenação.

O capítulo derradeiro trata da crise da jurisdição à luz das contribuições de Ovídio Baptista da Silva. O paradigma trazido pelo racionalismo, de construção de verdades que apresentassem uma validade universal, testáveis e bem definidas, serve apenas às investigações das ciências naturais. Sua incorporação pelas ciências do espírito que se consumou no final da Idade Média produziu uma radical transformação no modo de compreensão do direito, e, especialmente, da forma de atuação da jurisdição.

Assim, a presente obra tem por escopo estabelecer os temas centrais da crise enfrentada pela jurisdição, essa instituição que, embora sobranceira, tem sido vilipendiada ao longo dos tempos. Paralelamente, busca apontar caminhos, a fim de que o processo se torne teoricamente mais consistente e pragmaticamente mais efetivo.

2 CRISE DA JURISDIÇÃO

A percepção das crises do Estado na pós-modernidade, que deflagram a busca pela identidade perdida, bem como a compreensão histórica, examinando-se o papel ideológico da Jurisdição, decisivamente influenciada pelo modelo racionalista-liberal, põem-se como condição de enfrentamento da inefetividade do ato decisional e do fracasso das políticas públicas de inclusão. Nesse contexto, o paradigma liberal-individualista registra um conflito permanente com o Estado Social, que privilegia a tutela dos direitos difuso-coletivos, asseguradores da isonomia. O *Welfare State* produziu aturadas mutações no modelo liberal, inserindo a igualdade no rol de direitos tutelados pelo Estado. Sem embargo, o avanço significativo da exclusão, que gera um contingente crescente de miséria, tem revelado que a liberdade sufoca a igualdade, dando azo a uma pragmática perniciosa, vez que o mercado ainda se constitui no principal esteio ideológico do Estado, debelando as políticas inclusivas. Assim, a superação do paradigma privatista-formalista constitui-se no primeiro passo para a superação do conformismo provocado pelo liberalismo, que recolhe a força de trabalho da sociedade e oferta migalhas, estimulando a satisfação artificial de uma realidade excludente.

2.1 O LOCUS DA CRISE DA JURISDIÇÃO: AS TEORIAS QUE AMPARAM O ESTADO MODERNO

O século XX firmou definitivamente a ideia de que o Estado enfrenta uma crise, especialmente no que toca à sua identidade. Essa busca da identidade perdida é um dos maiores desafios que vem se pondo na modernidade e, ao

revés do alcance de uma solução, o Estado representa um número cada vez mais significativo e complexo de matizes, sendo que nenhum desses modelos revela-se capaz de atender às novas demandas sociais que vão surgindo.

O Estado Moderno, cujo surgimento deu-se a partir do século XVI, desde então, tem empreendido um processo de busca de seu *locus* e o fato de ter passado por sucessivas transformações acabou por impedir a identificação de uma evolução cronológica, que descursasse dos elementos espaciais e das dificuldades de implementação das propostas de modelos que foram paulatinamente erigidas. De qualquer sorte, se é bem verdade que um sem-número de agruras existem quando se busca dizer o que o Estado é hoje, também é verdade que existem pontos comuns no sentido de encontrar elementos que definitivamente não são contemplados pelo Estado Moderno. Nesse viés, as alterações weberianas de Giacomo Marramao (1997, p. 47), que aborda o tema da secularização do Estado:

O desenvolvimento da moderna sociedade europeia ocidental é representado – pela primeira vez explicitamente e de forma completa – por Max Weber como “processo de secularização” (*Säkularisationsprozess*). Todavia, a adoção desta expressão é marcada por uma ambivalência estrutural: por *um lado*, ela remete a uma *reconstrução geral unitária* das vicissitudes da cultura do Ocidente, destinada a exercer forte influência sobre a reflexão posterior; por *outro*, porém, este mesmo programa “reconstrutivo” constitui-se em nítida *ruptura com a filosofia da história* do século XIX, seja em sua versão “idealista” (Hegel), seja na versão “materialista” (Marx).

Por sinal, o desestado, a ideia de que o poder passou a integrar a sociedade, deixando aos poucos lugares cativos que tinha no Estado, também fez com que se repensasse o papel estatal. E, em que pese a posição firmada, no sentido de que a solução do Estado passa pelo Estado, pode-se ter, em ilação, de que o *locus* estatal ainda não alcançou

contornos com caráter de definitividade. Aliás, muito pelo contrário, como afirmado antes, o Estado está em busca da identidade perdida. A crise passa, também, pela constatação de que o fisiologismo e o personalismo tornaram-se características correntes na modernidade, relegando o caráter *programático* de alternativas ao Estado a ator coadjuvante. No mais, a evolução tecnológica, em que pese os avanços que tenha patrocinado, fundou a burocratização do mundo e uma nova concepção do papel do homem nos processos desenvolvimentistas. Como pondera Ovídio Baptista da Silva: “A ambiciosa criação de um mundo social em que os homens não seriam mais dirigidos pelos homens, e sim pelas leis, acabou por submeter os homens às suas máquinas, consequência, de resto, imanente como tendência profunda, nas filosofias *mecanistas* [...]” (SILVA, 2004, p. 117).

Nessa esteira, premente o exame das crises do Estado Moderno, com o propósito de compreendê-lo e, também, estabelecer critérios na busca dessa identidade perdida.

A primeira das crises é a conceitual. A soberania do Estado, desde Rousseau, fulcra-se na vontade geral, que ampara a transferência de poder do povo ao soberano, com forte acento moral. O que ocorre, contudo, em face da atitude centrífuga (STRECK, 2006, p. 139) de dispersão dos locais do poder e em face do surgimento das ONGs, associações, parcerias público-privadas e dos blocos econômicos, é a necessidade de um (re) pensar da soberania do Estado. Internamente, a descentralização há muito vem sendo implementada e externamente, a economia – sempre ela – impulsionou os países na busca do fortalecimento do papel negociador na esfera internacional, estabelecendo grupos de interesses. Dessa forma, a globalização exerce caráter mutante no esteio precípua da definição do Estado, a soberania, dando azo ao chamado Estado-Região, que enfraquece o paradigma do Estado-Nação.

Noutra senda, o cunho universal dos direitos humanos também fez com que houvesse um “recuo” na ideia de soberania, já que a necessidade de fixação de um catálogo indiferente à realidade de cada país causou uma interferência

direta nos princípios norteadores do Estado. Como dizem Bolzan e Streck, “os direitos humanos são universais e, cada vez mais se projetam no sentido de seu alargamento objetivo e subjetivo, mantendo seu caráter de temporalidade.” (STRECK, 2006, p. 146).

A *crise estrutural*, por sua vez, funda-se nas dificuldades do *Welfare State*, que, parece, ainda é o modelo de Estado que oferece guarida mais sólida ao Estado Constitucional, já que, como assevera Ângela Espindola, “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 antes no povo.” (ESPINDOLA, 2005, p. 45).

A crise estrutural do *Welfare*, a par da disparidade e unidade conceitual, firma-se, precipuamente, nas dificuldades apresentadas no custeio dos direitos sociais. Os governantes, por sua vez, têm buscado alternativas mediante a implementação de práticas idênticas e reiteradas, que passam pelo aumento da carga tributária, privatizações, concessões, parcerias público-privadas e reestruturação do aparato estatal, com vistas à diminuição de gastos do Erário.

Por fim, vale dizer que o combate à burocratização dos serviços estatais e a democratização do acesso (ESPINDOLA, 2005, p. 151) podem viabilizar um combate à crise estrutural do Estado de Bem-Estar Social bem mais qualificado do que a proposta corrente de embate financeiro-financista que os “economistas” dos governos têm patrocinado nos últimos tempos.

A *crise constitucional* ou institucional parece consequência das outras crises. Se o modelo de Estado não funciona, inevitavelmente, a Constituição acaba tendo seu alcance reduzido, o que naturalmente fragiliza a democracia. Ademais, a fidelidade ao padrão liberal-burguês acaba por sufocar os dispositivos constitucionais que arrimam o *welfare state*, privilegiando as liberdades públicas em detrimento dos processos de igualização, indispensáveis, especialmente, aos países de modernidade tardia como o Brasil. O mercado, por sua vez, continua a influenciar o Estado e o Judiciário,

reclamando das estruturas públicas – no que é atendido plenamente – a manutenção do *status quo*, que ampara a concentração de riqueza e o aumento da miserabilidade.

A *crise política ou representacional* firma-se na limitação da contribuição da democracia grega, que, na modernidade, acaba por constituir-se num paradigma simbólico. A evolução tecnológica e a complexidade das estruturas do Estado acabaram por reconhecer uma insuficiência da representação enquanto instrumento efetivo da democracia. Ao mesmo tempo, os processos de democracia direta estão assaz distantes de representar um grau de efetividade plausível.

Assim, o certo é que o sistema político não consegue acompanhar a evolução da sociedade, nem tampouco materializar a democratização das estruturas que foram erigidas pelo Estado Moderno. Se não bastasse, o *mundo* tem se revelado pouco prodigioso e criativo no tocante à criação de (efetivamente) novos modelos de governo. Foi deflagrado um processo de igualização perversa das propostas de governo, o que acaba por limitar a semântica da “escolha” do cidadão no exercício livre do sufrágio na democracia representativa. Essa realidade traduz-se num processo de desinteresse geral nos procedimentos eletivos e no que pode se denominar de despolitização coletiva ou relegação da política à matéria de interesse secundário.

Por fim, a *crise funcional*, que representa uma espécie de autofagia do Estado, já que um poder acaba por firmar sua sobrevivência à custa do outro (ESPINDOLA, 2005, p. 156). A concepção de Montesquieu, efetivamente, registra problemas evidentes de aplicação. Parece, contudo, que tal fado arrima-se muito mais nos equívocos de gestão do que na constatação de falhas da Teoria do Estado. A confusão entre as tarefas designadas ao Executivo, Legislativo e Judiciário, hoje, é generalizada. A atuação do Judiciário enquanto poder discricionário, quando, avançando na legitimidade eletiva do Chefe do Executivo determina critérios de prioridade de gestão, redirecionando investimentos públicos, é um dos retratos dessa crise. A condução judiciosa e a tentativa de politização do jurídico protagonizada pela onda de CPIs que o

Brasil tem vivenciado nos últimos anos é outro exemplo da *aporia*. Por fim, com o propósito de suscitar um fato bastante recente, cabe apontar a discussão orçamentária que tem sido protagonizada pelo Tribunal de Justiça e o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, bem como o conflito do corte de salários, dessa feita entre governo estadual e tribunal de contas.

Essa reflexão parece, não deve levar à morte do Estado¹, mas sim a um redimensionamento de seu perfil. Ou seja, a solução passa, inexoravelmente, pelo Estado. “O Estado não está morrendo, mas passa por uma desregulação, seja quanto aos seus espaços abertos (em termos regionais), ou no plano de sua soberania.” (SPENGLER, 2005, p. 139, 140).

Acrescenta-se às crises elencadas a jurisdicional, que se põe como um tópico peculiar das crises do Estado Moderno ou como um subproduto da crise funcional e constitucional. Isso porque o Estado-juiz, diferentemente do Estado-Executivo, desde a clássica teoria de Montesquieu (MONTESQUIEU, 2001), não traz dentre as suas características a tarefa de assegurar a execução de provimentos sociais imediatos, que atentam às demandas postas. A atividade judicante busca sim, além de solver os conflitos de ordem privada, assegurar a proteção dos interesses coletivos e difusos, mesmo que para isso seja necessário compelir o poder público à execução de obras e serviços, respeitado o princípio administrativo da discricionariedade e os limites da judicialização do político, tendo como balizes os princípios constitucionais implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

¹ Em que pese existam posições distintas, como a defendida por Federici, que afirma ser possível pensar na morte do Estado. Segundo ele, a falta de vontade política frente aos fenômenos apresentados pela globalização, a perda da exclusividade funcional e da soberania fomentam a sua fragmentação e diluição. Porém, Federici pondera que o Estado de morrer para viver, ou seja, seu passamento representa a necessidade de uma transformação profunda, que absorva os elementos históricos distantes do Estado na modernidade (FEDERICI, 2000, p. 100).

Dessa forma, pode-se dizer que o ato jurisdicional não traz em si a solução para o conflito, mas apenas a determinação que, quando executada, face à legitimidade da decisão, produzam-se efeitos no sentido de assegurar a paz social, cujo alicerce encontra clareza já no pensamento de Rousseau (ROUSSEAU, 1996).

O Direito Romano era dirigido à tutela dos interesses individuais, uma vez que a ideia de “interesses coletivos” não permeava o processo civil tradicional. Assim, embora o poder público já admitisse os “direitos coletivos” enquanto dever, organizando-se nesse sentido, o Estado-Juiz não registrava essa concepção, efetuando, assim, uma jurisdição privada. Ovídio Baptista da Silva critica um dos reflexos dessa influência:

O singular fenômeno que acabou plasmando o direito moderno da tradição romano-canônica foi consequência do trabalho dos compiladores medievais, que acrescentaram às duas formas de obrigação – o delito e o contrato – as ditas ‘obrigações legais’, sob a consideração de que nos tornamos *obrigados* não apenas pelo contrato ou pelo delito, mas também pela lei. Ora, se qualquer norma jurídica impõe-nos uma *obrigação*, a desobediência a qualquer delas resultará em *condenação*. Manteve-se, assim, exageradamente ampliada a estrutura do procedimento privado da *actio* romana: a toda obrigação corresponderá uma condenação, o que decorrerá sempre que alguma disposição legal seja violada, posto que a lei impõe-nos uma ‘obrigação’ (SILVA, 2004, p. 133).

A exegese, que prevê uma interpretação gramatical da lei, com rígidos limites de emprego, e que ainda norteia a jurisdição contemporânea, próxima do Estado liberal-privatista, põe-se na contramão da prestação jurisdicional pública, realizadora dos Direitos Fundamentais e asseguradora da inclusão social.

Todavia, certamente, o principal motivador da crise jurisdicional não é a compreensão limitada da *actio romana*,

bem como da dogmática processual tradicional, mas sim a ausência de um perfil democrático na atividade judicante, o que acaba retirando a legitimidade social e ética do procedimento, precipuamente pela inefetividade do *ius facere*, ou seja, a morosidade ou mesmo a não realização dos provimentos oriundos do comando sentencial. Essa, a gênese da chamada crise de autoridade do ato decisional. Como aponta Ovídio Baptista da Silva:

Nossa submissão à *actio* romana e ao correspondente procedimento ordinário, fundamentalmente um reflexo do privatismo a que ficou reduzida à jurisdição, transformada em assunto entre credores e devedores, impede o resgate da categoria dos *deveres*, cuja recuperação se mostra tão urgente em nosso sistema que, apesar da cultura privatística, ainda apresenta traços saudáveis de sua vocação para o direito público, especialmente agora que a busca da constitucionalização do Direito Processual Civil tornou-se moda (SILVA, 2004, p. 200).

Dessa forma, ingente a publicização da jurisdição, rompendo-se com o individualismo, que, fruto do caráter liberal do direito, deita suas garras na modernidade, constituindo-se numa de suas principais características.

Assim, faz-se necessária a construção de uma jurisdição democrática que supere as características formalistas, as quais percebem, no mais das vezes, o fundamento procedimental como razão suficiente ao afastamento do exercício jurisdicional pleno, que se aproxima do *mundo da vida*, desconsiderando-se o alcance material, real escopo do Estado, realizador do direito.²

² Como referenda Ovídio Baptista da Silva, quando aborda a crise paradigmática da academia e a submissão inarredável do direito ao poder, em que pese as tentativas de limitação da Constituição: “Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua

E o Estado Moderno, na busca de identidade, ainda não implementou um modelo democrático que assegure a inclusão, seja no que toca à razão de fundamento, seja em relação à adequada gestão do tempo, fundamental para a materialização de uma jurisdição digna.

É necessário, nesse sentido, buscar uma alternativa aos libertários, cujo prestígio do mercado revela-se absolutamente excessivo, aos liberais contratualistas, que trazem a concepção kantiana de asseguarção dos direitos civis e aos comunitaristas, que valorizam a multiplicidade de identidades presentes na sociedade (SILVA, 2004, p. 53).

Parece que essa proposta, que aponta uma nova senda democrática, deve perceber a linguagem e a intersubjetividade como esteios da jurisdição democrática. Ao reconhecer a presença inquestionável dos liberais, na diversidade de percepções individuais e dos comunitaristas, no reconhecimento das diferentes formas de composição da sociedade, a consideração adequada da Constituição e a percepção adequada do tempo surgem como alternativa ao combate da (in) efetividade das políticas estatais e, também, da jurisdição.

Entretanto, essa compreensão de Estado, essa busca da identidade não é, por si só, suficiente à democratização da jurisdição, uma vez que encontra o ser, mas não lhe assegura mobilidade, tampouco define o alcance necessário desse processo de (re) democratização jurisdicional.

Nesse talante, o juiz não está subordinado à exigência inexecutável que lhe faz o sistema, de forma a extrair da lei o seu sentido unívoco. A ideia racionalista da sentença como ato meramente intelectual da lei no qual o juiz não interpreta o texto, mas apenas extrai dele seu puro sentido literal merece ser afastada dando azo a uma nova concepção de sentença como ato de vontade – não da lei, que é ser inanimado –

metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos para a tarefa de descobrir a inefável “vontade da lei”, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a “vontade do poder”(SILVA, 2004, p. 53).

através do qual o juiz alcança ao texto legal um caráter de legitimidade jurídica e social, operando volitivamente – mas democrática e constitucionalmente – na tarefa de inteligência do texto legal.

Como assevera Ovídio Baptista da Silva, ao criticar o atual critério sucumbencial do processo: “O verdadeiro custo do processo, representado pelo *tempo*, não onera jamais o demandado que, durante o interminável procedimento ordinário, tem o privilégio de desfrutar do *statu quo ante*, sem responder pelo custo representado pelo *tempo*” (SILVA, 2004, p. 53).

De fato, assiste razão ao magistério de Ovídio, na medida em que o tempo do processo envolve uma dimensão distante da realidade, mormente em razão do nítido favorecimento do demandado, que pode utilizar dos artifícios processuais para alcançar privilégios materiais no feito. A execução, quiçá, seja o principal exemplo de tal reflexo, na qual o devedor é erigido à categoria de hipossuficiente exacerbado, dificultando sobremaneira a busca da satisfação do crédito.

Nesse cenário, a crise jurisdicional pode receber importante contribuição visando sua superação. O rompimento com a ótica privatista-liberal, mediante a confecção de um modelo de jurisdição democrática, com o alcance de uma legitimidade social, que contemple a multiplicidade de elementos que compõem a sociedade, redundaria numa efetiva inclusão, contemplando, inclusive, os ditos elementos marginais, que, embora não recebam a tutela legal do Estado, podem, a partir de um exercício de interpretação adequada, alcançar a condição de sujeito de direitos, na esteira da teoria constitucional.

2.2 AS CONCEPÇÕES QUE NORTEIAM O ESTADO MODERNO E O COMPROMISSO LIBERAL-RACIONALISTA DA JURISDIÇÃO

O Estado Moderno, como dito alhures, enfrenta uma crise de identidade, que encontra diversos matizes. A crise é fruto da

insuficiência conceitual que o Estado revela diante das pretensões que registra, especialmente em face do mosaico de sustentação que foi angariando ao longo da história.

Ovídio Baptista da Silva aponta para um antagonismo entre a liberdade – pretendida pelo liberalismo – e a igualdade³, cujos valores não poderiam ser alcançados num sistema progressivamente excludente, como tem se revelado o liberal. Ademais, sinala a herança racionalista como um dos precípuos empecos do aprimoramento da eficácia das funções do Estado e da efetividade jurisdicional. Baptista da Silva efetua construção interessante no sentido de coadunar o exame do racionalismo moderno com a democracia, que teria privilegiado a justiça comutativa aristotélica, abandonando seu caráter distributivo, o que funda, também, o escopo liberal. A esse teor, suas afirmações:

O direito racional moderno, por exemplo, privilegiou apenas uma das formas de justiça preconizada por Aristóteles, legitimando somente a ‘justiça comutativa’, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da ‘justiça distributiva’ que, como é natural, antes de ter por fim a conservação do *status quo*, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Consequentemente, não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, com sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça (SILVA, 2004, p. 312).

³ Nessa linha, as alterações do Autor: Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função de resultado, única maneira de dar sentido ao conceito de igualdade. Na medida em que liberalismo é a defesa do governo racional, baseado no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se lhe apresenta como um conceito nivelador, anti-intelectual e inevitavelmente extremista; para concluir: “O próprio termo “liberal” incorpora não só o significado político, mas a prática da largueza, do *noblesse oblige*. Indivíduos poderosos podem ser liberais em sua distribuição dos valores materiais e sociais. E vemos aqui, muito abertamente, o vínculo existente com o conceito de aristocracia, ao qual o liberalismo pretende se opor.” (SILVA, 2004, p. 312).

Ademais, o direito ainda enfrenta o paradigma absolutista de que a lei é o depositário de todas as esperanças do Estado e do indivíduo, bem como o sustentáculo que a Ciência Jurídica oferece ao aparato estatal. Logicamente, esse caráter positivista ortodoxo e pernicioso acaba por influenciar o perfil do Estado, que se inclina para uma identidade fulcrada no exercício objetivo e lógico da norma, em descompasso com uma sociedade cada vez mais complexa.

O Estado, assim, firmado no positivismo, acaba por ofertar espeque à proposta liberal de manutenção do *status quo*, vez que o rompimento paradigmático através da alteração da legislação revela-se muito mais árduo do que aquele buscado pela autoridade da jurisdição e pelo precedente, características típicas do *common law*. Nessa esteira, o pensamento ovidiano:

Não somos capazes de compreender seu verdadeiro núcleo, porque estamos cegos pelo dogma positivista de que todo o direito encerra-se na lei, conseqüentemente supervalorizamos a importância da lei no processo de conhecimento jurídico... O que está, como ideologia, por traz do monopólio da lei (absolutismo legal) não é outra coisa senão a ideia do Estado de Direito, do modo como ele foi concebido no século XIX e que entre nós ainda está viva, embora às vezes violada. Este Estado de Direito é, em sua essência, um Estado Legal. É o Estado em que somente a lei está convocada a garantir a justiça, a liberdade e a segurança. Conseqüentemente, a produção do direito é atribuída apenas ao legislador, não aos outros poderes públicos ou à pessoa individual. A teoria da separação de poderes é interpretada no Estado legislativo como a reserva, para esse poder, da atividade criadora do direito. O 'poder' judiciário está limitado a 'aplicar' o direito criado pelo legislador [...]. Conseqüentemente segue-se desta premissa que todos os critérios e considerações para o Estado de Direito e uma violação do princípio de separação de poderes (SILVA, 2004, p. 270).

Assim, com o propósito de viabilizar a jurisdição participativa, que supere a concepção formalista-privatista – que insiste em tutelar um processo ortodoxo que não se adapta à recepção dos direitos difuso-coletivos, faz-se necessário arquitetar uma concepção crítica da linguagem e ir um pouco além das matrizes teóricas estatais desenvolvidas na modernidade. Hoje, lançando mão da linguagem empregada na ciência política, pode-se dividir a representatividade ideológica-estatal em três correntes largamente difundidas e uma quarta, ainda precoce.

A primeira representada principalmente pelas ideias de Robert Nozic e Friedrich Hayek (1984), para quem o aparato coercitivo do Estado Moderno tem sido utilizado com o fim de ultrajar o indivíduo e violar seus direitos, tecendo duras críticas à teoria da solidariedade social, pode ser denominada de *corrente libertária* e possui conotação eminentemente privatista.

A segunda, que tem como expoentes John Rawls (2002) e Ronald Dworkin (2001), nominada de *liberal contratualista*, de vertente kantiana, sustenta a sociedade numa concepção de preservação das identidades, reconhecendo como natural o surgimento de conflitos, que, contudo, devem ter como norte as concepções individuais dos membros da sociedade, rechaçando a luta de classes e a organização da sociedade civil em entidades e grupos (CITTADINO, 2000).

Os *comunitaristas*, por sua vez, recuperam a retórica aristotélica, muito bem interpretada por Perelman, em sua obra clássica, “Tratado da argumentação” (PERELMAN, 1996).

Perelman (1996, p. 4) sustenta que a teoria da argumentação não se pode desenvolver quando toda visão é concebida como redução à evidência e situa seu objeto no “estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhe apresentam ao assentimento”.

Idade Média trabalhou com a ciência da criação, da diversidade, emanada de Aristóteles (DURANT, 1999), enquanto que a modernidade trouxe à tona Platão (1994),

defendendo a ciência da descoberta, da certeza e da exatidão. Na linha da teoria platônica, o Direito enquanto produtor de diferenças de ciência que repugna as verdades absolutas, já que trabalha com versões e não concepções definitivas sofreram um forte ultraje, passando por um período de *igualização perversa* em relação às demais ciências.

A modernidade trouxe de volta a ideia de Aristóteles e devolveu ao Direito a retórica, percebendo-o como um processo de construção permanente e revisão dos paradigmas positivistas estabelecidos.

Os comunitaristas, que ofertam abrigo ao pensamento de Michael Walzer (1977), Charles Taylor (1993), Michael Sandel (1996) e Alasdair MacIntyre (1998), põe-se nessa linha de raciocínio, já que valorizam a multiplicidade de identidades sociais e o pluralismo cultural, percebendo a sociedade através dos agrupamentos e não por meio de um enfoque individualista. Daí ressaí a crítica aos liberais, que, segundo os comunitaristas, não sabem lidar com as situações intersubjetivas, pois produzem, na expressão de Cittadino, uma “sucessão alternada de monólogos” (CITTADINO, 2000, p. 35).

Por fim, os *críticos-deliberativos*, partidários da teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas, que vislumbra uma fusão das teorias políticas na modernidade, a qual se funda na variedade dos signos e no pluralismo de ideias, que encontram terreno fértil na diversidade cultural.

No dizer de Gisele Cittadino, para os críticos-deliberativos:

(a) os valores normativos modernos só podem ser compreendidos por meio de leituras intersubjetivas, (b) o princípio do universalismo moral foi encarnado de modo imperfeito nas instituições do Estado constitucional, tendo definhado a ponto de não ser mais do que uma simples palavra, (c) só a razão comunicativa possibilita “acordos sem constrangimentos” em condições de se irradiar para toda a sociedade, e (d) a diversidade das concepções individuais a respeito da vida digna, apregoada pelos liberais, e a multiplicidade de formas específicas de

vida que compartilham valores, costumes e tradições enfatizadas pelos comunitaristas, estão presentes nas democracias contemporâneas, não havendo como optar por uma em detrimento da outra (CITTADINO, 2000, p. 35).

O certo é que a concepção política atual funde suas concepções, dificultando a definição do *sistema jurídico* de atuação consoante o *sistema político*, uma vez que o último se apresenta de forma bastante difusa, produzindo reflexos decisivos no primeiro.

Leonel Severo Rocha expõe a concepção habermasiana, quando sugere uma nova cultura política, também com a participação da teoria da Leford:

Uma nova *cultura política* permitiria pensar o espaço público enquanto topos de invenção política (Leford) e, simultaneamente, como uma matriz discursivo-programática disposta a aprofundar a proposta da Teoria da Ação Comunicativa (Habermas). Pois, neste último sentido, a *cultura política* se situaria entre a crítica da razão sistemático-semântica da modernidade e a crítica irracionalista da pós-modernidade à procura de uma racionalidade pragmático-quase-transcendental, ou seja, colocaria a democracia como princípio gerador transcendente e pragmático da práxis político-discursiva da instituição imaginária das sociedades (ROCHA, 2003, p. 175).

A Constituição, da forma como é posta, é o reflexo do sistema político vigente. Todavia, a sua concepção enquanto norte cultural inverteria essa lógica, atribuindo-lhe caráter de *rigidez social*, já que amparada no rol de valores da sociedade, evitando, assim, que ela fosse levada aos ventos das maiorias transitórias.

Os direitos de cidadania, comunicação e participação política, segundo a concepção republicana, são direitos positivos, que não garantem liberdade em relação à coação externa, mas sim a participação em que os cidadãos se

tornem sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais.

A sociedade política que os republicanos esboçam é a sociedade dos portadores de direitos privados, uma associação cujo primeiro princípio é a proteção das vidas, liberdades e propriedades de seus membros individuais. Nessa sociedade, o Estado é justificado pela compreensão que dá aos interesses pré-políticos. O propósito da Constituição é assegurar que o aparato estatal alcance proteção para o povo sem servir a interesses privados dos governantes (CITTADINO, 2000).

A força origina-se do poder gerado de forma comunicativa em meio a práxis de autodeterminação dos cidadãos do Estado e legitima-se pelo fato de defender essa mesma prática através da institucionalização das liberdades públicas.

Fala-se em processo inclusivo que não chegue à conclusão de que todos têm os mesmos direitos, mas sim a um consenso, cujo pressuposto de legitimidade é a assegurar a participação social. No que tange ao conceito da pessoa de direito, percebe-se um cunho subjetivo na teoria liberal e uma predominância da garantia da integridade, através de uma perspectiva objetiva. O direito ao voto, por exemplo, é uma liberdade positiva, por ser constitutivo para a autodeterminação política e a associação ao direito individual no sentido de garantir posicionamentos próprios dos participantes do processo político.

A natureza do processo político, segundo a concepção liberal, representa uma luta por posições em busca do poder administrativo, onde predomina o caráter estratégico. O êxito é medido pela concordância dos cidadãos acerca dos projetos e programas. Esses eleitores licenciam o poder dos governantes. Os republicanos defendem a formação de opinião não como um mero reflexo das leis de mercado, mas como uma interlocução entre os agentes políticos e a sociedade organizada, através da comunicação discursiva.

O discurso político apresenta força vinculativa, encontrando limites nas leis que nascem através do processo

democrático e instrumentos que recaem sobre as políticas públicas. O caminho para a jurisdição democrática, contudo, não é um discurso racionalizador que exclua ações estratégicas, já que os acordos pressupõem uma questão de justiça e não de ética, que não estão relacionadas, desde a origem, a uma coletividade em particular.

Assim, a partir da intersubjetividade e da autodeterminação dos cidadãos, busca-se fundamentar uma *práxis* democrática que viabilize a gestão de espaços públicos entre o Estado e Sociedade Civil⁴, visando à interlocução dos autores e à confecção de políticas públicas dotadas de efetividade e de eficácia social.

Entretanto, a jurisdição afasta-se dessa necessária prática democrática. Produto anacrônico de uma distorcida concepção, a jurisdição perde-se na tentativa de cumprir o

⁴ No Caderno 8, escrito em 1932, Gramsci tece algumas observações que denotam um pouco as angústias do Estado da época, bem como as pretensões dos que pensavam serem protagonistas de uma fase de transição, o que, por sinal, remete à modernidade, que também avoca para si tal característica temporal, ao menos no que toca ao Direito, especialmente o Direito Constitucional. Como aduz Gramsci ao considerar o espectro político de 32: “A geração atual tem uma estranha forma de autoconsciência e exerce sobre si uma estranha forma de autocrítica. Tem a consciência de ser uma geração de transição ou, melhor ainda, acredita ser como uma mulher grávida: acredita estar por dar à luz e espera nascer um grande filho. Muitas vezes se lê que “estamos na expectativa de um Cristóvão Colombo, que descobrirá uma nova América da arte, da civilização, do costume”. Também se lê que vivemos numa época pré-Dante: espera-se o novo Dante que sintetize poderosamente o velho e o novo e dê ao novo o impulso vital. Este modo de pensar, recorrendo a imagens míticas tomadas do desenvolvimento histórico passado, é dos mais curiosos e interessantes para compreender o presente, seu vazio, sua ociosidade intelectual e moral. Trata-se de uma forma de “juízo retrospectivo” das mais espantosas. Na realidade, com todas as profissões de fé espiritualistas e voluntaristas, historicistas e dialéticas, etc., o pensamento que domina é o evolucionista vulgar, fatalista, positivista. Seria possível formular assim a questão: toda “glande” pode pensar em se tornar carvalho. Se as glândes tivessem uma ideologia, esta seria justamente a de se sentirem “grávidas” de carvalhos. Mas, na realidade, de cada mil glândes, 999 servem de pasto aos porcos e, no máximo, contribuem para criar chouriços e mortadelas.” (GRAMSCI, 2001, p. 122,123).

inatingível papel que lhe confere a História. Legatária do jusracionalismo, a jurisdição ainda busca fórmulas de precisão, como se a Ciência do Direito pudesse amoldar-se a tais paradigmas. Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no Século XVII, Cassirer reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza de que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” (CASSIRER, 1992, p. 24) e que “nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo.” (CASSIRER, 1992, p. 24).

O mesmo efeito verificou-se na ciência do Direito. Reconhecendo essa circunstância, Engisch fixa no tempo a rigorosa vinculação do juiz à lei, quando afirma:

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absoluta através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos (ENGISCH, 1996, p. 206).

O apego às formas do jusracionalismo faz do direito uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

O paradigma racionalista, dessa forma, representa um compromisso científico com a exatidão e com o rigor lógico: somente a partir de uma *racionalidade* o direito natural encontrava sustentação, exatamente quando procurava distinguir-se do absolutismo. O movimento de afirmação do

antropocentrismo precisou firmar-se em bases que permitissem a sua oposição ao teocentrismo. Decorre daí, então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito e justificava o jurracionalismo.

A par da exatidão, também constituem marcas do racionalismo a exaltação da segurança jurídica, mencionada anteriormente, e a aparente neutralidade do julgador, esta conferida pela sustentação do dogma da univocidade da norma jurídica. Como aponta Ovídio Baptista da Silva:

O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado (SILVA, 2004. p. 271).

O espectro epistemológico da Ciência Jurídica, portanto, está vinculado a esse paradigma da precisão, que se afasta da compreensão, informada pelo razoável e pelo plausível, consolidando a ideia de univocidade do sentido da norma.

Para a materialização desse desiderato, o direito lança mão das formulações lógicas, comprometidas com princípios metafísicos e que ainda reverenciam a atemporalidade e a supraespacialidade, propósitos típicos de uma postura que procurou conferir validade universal à Ciência Jurídica, consequência da necessidade de afirmação do antropocentrismo.

Quando se afirma a univocidade do sentido da norma, sob a justificativa de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade de crítica. Retira-se a *responsabilidade* da jurisdição que é transferida para quem elabora a norma. A norma é que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto. Então, a missão da jurisdição não encontra relação com a realização

da justiça, na medida em que se trata, apenas, de *aplicar* a norma.

Esses objetivos também são alcançados pela segurança jurídica, afastando-se a materialização da justiça e da efetividade jurisdicional. Como sinala Ovídio Baptista da Silva:

A criação do 'mundo jurídico', tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas 'verdades eternas' que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura (SILVA, 2004, p. 79).

É a partir da aceitação de que o direito não obedece a critérios lógicos, que é uma ciência da compreensão e, também, do reconhecimento da necessidade de afastar-se dos aspectos metafísicos que informam o método adotado pelas ciências jurídicas que se poderá estabelecer um novo paradigma.

Para romper com essa ideia de formalismo jurídico, é necessário reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, aceitando-se que a verdade obténível é sempre relativa. Certamente que o pensamento dogmático é fruto da formação acadêmica dos juristas, porquanto tem como paradigma fundante a repetição sintomática que firma uma dependência epidêmica da lei, formando eternos

alimentadores dessa vetusta prática alienada. Como afirma Ovídio Baptista: “A aceitabilidade racional”, expressa pelo *verossímil* no pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.” (SILVA, 2004, p. 271).

Além disso, o abandono da lógica tradicional, nas ciências do espírito, encontra justificativa também no fato de que o Direito se depara com a questão das noções linguísticas, que são as representações gerais conferidas pelo filósofo da linguagem. Nesse sentido, Cassirer afirma que:

[...] a forma que conduz aos conceitos verbais primários e a determinadas denotações linguísticas não é prescrita de modo simples e unívoco pelo próprio objeto, mas, ao contrário, abre um amplo campo de ação para a livre atividade da linguagem (CASSIRER, 1992b, p. 43).

Costuma-se diferenciar ciência jurídica da ciência do direito. A primeira, *ciência jurídica designa* “a ciência que trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos” (RADBRUCH, 1979, p. 227), podendo ser definida também como a “ciência do sentido objectivo do direito ou de qualquer ‘ordem jurídica’ positiva.” (RADBRUCH, 1979, p. 227).

Compreende-se por *ciência do direito* aquela que se ocupa do confronto do ordenamento com as questões que se apresentam ou, no dizer de Larenz, “aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado” (LARENZ, 1997, p. 1).

Ademais, a Ciência Jurídica não avança de modo igual às demais áreas do conhecimento científico, face às peculiaridades que lhe são imanentes.

Nesse trilho, pode-se recuperar a afirmação de Biondi, quando destaca que:

formule e rigore sono fatte per le leggi di natura, che per postulato sono inflessibili e rigide, ma non per la realtà sociale che è così mutevole e varia da escludere ogni

*rigidità: il fenomeno giuridico è ben diverso dal fenomeno naturale.*⁵ E, prosseguindo, indaga Biondi: “Dobbiamo forse percorrere a ritroso la storia della nostra scienza?” (BIONDI, 1954, p. 399-400).

O direito não é uma ciência da descoberta ou da invenção. É, antes, uma ciência da especulação, uma ciência da compreensão. De qualquer maneira, mesmo sem imiscuir-se na discussão envolvendo o método apropriado às ciências da natureza, em relação às ciências do espírito, é preciso uma percepção diferente. Faz-se necessária uma abordagem que aceite o conteúdo essencial dessa ciência e, também, que trilhe caminho diverso da busca pela exatidão e certeza científicas, sob pena de permanecerem as amarras que empecem a efetividade.

Ainda, a ciência jurídica distingue-se das outras ciências do espírito, porque, no âmbito jurídico, a interpretação encontra uma “palavra final” no próprio sistema, a partir da decisão judicial não passível de recurso. Essa qualidade não é encontrada em outras ciências sociais, onde a interpretação não é, ao final, “derrotada” pela definitiva decisão judicial.

A compreensão do método da Ciência Jurídica, assim, parece constituir-se num dos calcanhares de Aquiles do direito. A busca da exata compreensão de seu viés metodológico, assim, revela-se um dos passos necessários ao alcance da efetividade e da realização das pretensões materiais almejadas pelo direito. Nesse sentido, Hannah Arendt afirma que:

O mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em

⁵ “Fórmulas e rigor são feitos para as leis da natureza, que por essência são inflexíveis e rígidas, mas não para a realidade social que é assim mutável e varia excluindo a rigidez: o fenômeno jurídico é muito diferente do fenômeno natural.” (BIONDI, 1954, p. 399).

sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou (ARENDE, 1987, p. 301).

Todavia, o conhecimento científico é constituído a partir das condições e da evolução de um grupo, sendo o portador de características culturais, históricas, econômicas e sociais. Então, não pode ser considerado isoladamente, sem a percepção dessas condições. É por isso que Thomas Kuhn assevera “O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam.” (KUHN, 1997, p. 257).

O direito, assim, refoge da racionalidade matemática. Trata-se, apenas, de uma racionalidade diversa, peculiar da ciência jurídica, que é informada pela *natureza* da própria vida que gesta, em última análise, o fenômeno jurídico.

Nessa linha de raciocínio, desponta a importância dos momentos dialéticos, até mesmo intuitivos, para a Ciência Jurídica. Mais uma vez, o retorno à lógica do razoável, do provável e do verossímil.

Dispensar essa atenção ao direito, tratando-o a partir de uma concepção metafísica, significa tolher-lhe a possibilidade de cumprir seu papel e desenvolver-se plenamente como ciência, deixando de perceber a natureza que lhe é inerente. E, no dizer de Arthur Kaufmann⁶, irracional é fechar os olhos

⁶ “É indiscutível haver também na ciência do direito e na filosofia do direito critérios de verossimilhança, de evidenciação, de falsificação e, assim, uma base para uma *argumentação “razoável”* bem como para um *“consenso intersubjectivo”*. Daí fazer sentido, afinal, falar, também aqui, de “conhecimentos” e de “ciência”. É claro que, nestes domínios, não existe uma “racionalidade” no sentido de exactidão matemática. No entanto, isto não quer dizer que aí se proceda “irracionalmente”. Uma investigação também não é irracional por se ocupar de fenômenos que, pela sua parte, não são inteiramente racionais. Assim, a hermenêutica jurídica é uma ciência plenamente racional, se bem que – não: precisamente porque não trata o processo de determinação do direito como uma pura conclusão

para os momentos peculiares do Direito, tão distantes da lógica formal, mas tão próximos da essência do Direito. O Direito deve compreender essa dimensão, sob pena de perder-se em si mesmo, incapaz que será de responder aos reclamos que se apresentam no mundo moderno.

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinha com as concepções teológicas da Idade Média. Nesse ponto, importante a independência da doutrina religiosa. Essa “libertação” é descrita por Wieacker (1967, p. 306):

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específico – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.

A partir disso, procurou-se desenvolver um método capaz de assegurar validade universal ao direito, mediante a afirmação da atemporalidade e da supraespacialidade.⁷

lógico-formal, mas como um processo muito mais complexo, que também compreende momentos produtivos, dialéticos, porventura até intuitivos. Irracional é fechar os olhos perante estes momentos. Uma ciência não pode, naturalmente, colocar-se em confronto com a lógica. Mas uma ciência que não se ocupa apenas do formal, tem de ir para além da pura lógica formal.” (KAUFMANN, 2002, p. 98).

⁷ Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam

Dessarte, a aplicação da filosofia da linguagem ao Direito possibilita a adequação do provimento jurídico final aos anseios sociais, numa integração racional das figuras sociais (sociedade jurídica e sociedade civil). Perceber essa realidade e a partir da análise do modo de produção do Direito, dar azo à sedimentação de uma nova forma de compreensão da Ciência Jurídica e sua aplicação é o desafio que se apresenta na busca da superação do racionalismo e na luta pela construção da cidadania.

2.3 À GUIZA DE CONCLUSÃO: CIÊNCIAS DO ESPÍRITO, LÓGICA E O ABANDONO DO RACIONALISMO

O método tem papel determinante na definição do alcance que determinada ciência almeja. Nesse sentido, o abandono do racionalismo e da certeza enquanto instrumentos de determinação do norte da Ciência Jurídica traduzem-se num passo fundamental.

Dessa forma, as ciências da natureza, dotadas de objetividade, de definitividade registram características diametralmente opostas às ciências do espírito. Impor a exatidão como critério metodológico às ciências do espírito, assim, é cancelar um processo de castração da criatividade humana.

As ciências do espírito, dentre as quais se coloca a do direito, operacionalizam-se a partir da compreensão, distantes da descoberta e da invenção, mas próximas da inventividade e da criação. O método do direito, portanto, é assaz distinto do empregado pelas ciências da natureza, que se ocupam com os fenômenos biológicos, químicos, físicos, astrológicos, geográficos e outros, de natureza análoga. O direito, infelizmente, tem experimentado a influência perniciosa do positivismo ortodoxo, que guarda características de

“empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 93).

racionalidade, buscando na certeza sua redenção, sem perceber que caminha para sua sepultura enquanto ciência autônoma.

O saber dogmático, assim, determina um proceder onde o culto pelo procedimento e pela forma ganha relevo, produzindo uma postura acrítica e não investigativa.

A busca da univocidade do sentido da lei ultraja a compreensão hermenêutica do direito e reduz a jurisdição à funcionalidade declaratória. Como refere Ovídio Baptista da Silva, “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a ‘vontade da lei’.” (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 269).

A pretensão de validade universal do direito, firmada na ideia de neutralidade do julgador, também se agrega com o propósito de firmação da segurança jurídica, típico do racionalismo. Para Hernández Gil, o paradigma racionalista que se incorporou ao direito produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do direito. Sustentou, dessa forma, o triunfo da certeza que terminou por estereotipar o direito.⁸ A realização da justiça deixou de integrar as pretensões da Ciência Jurídica, sufocada pelo racionalismo. O papel da teoria crítica do direito é exatamente resgatar o viés interpretativo, recuperar a ideia do direito enquanto instrumento de realização da justiça.

A pretensão da codificação, proposta por muito tempo por Savigny, é fruto do caráter positivista ortodoxo, legalista, que propõe o direito como normatizador definitivo, com capacidade de abarcar todos os fatos apresentados ao julgador. Nos dizeres de Ovídio Baptista da Silva, “é

⁸ Antônio Hernández Gil afirma que “*el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica.*” (GIL, 1981, p. 23).

interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça* que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa.” (SILVA, 2008, p. 105).

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíam através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o Direito Privado europeu o seu sistema, afirmando que:

Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais (WIEACKER, 1967, p. 309).

Essa codificação também se encontra impregnada pela ideologia racionalista-liberal, podendo-se dizer, inclusive, que o próprio processo de instrumentalização generalizada do direito é fruto do processo ideológico que o domina. Segundo as afirmações de Tarello “*no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al código, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados.*” (TARELLO, 1995, p. 40).

3 JURACIONALISMO, PROCESSO E O DIREITO COMO CIÊNCIA DO ESPÍRITO

As ciências do espírito, espaço da compreensão e da interpretação, têm um modo de conformação diferente daquele das ciências exatas. Todavia, a ciência jurídica submeteu-se, ao longo da história, aos métodos das ciências naturais, ou seja, também admitiu a forma de produção do conhecimento científico das ciências da natureza.

Assim, também a ciência jurídica aceitou a evolução através das revoluções científicas, abandonando, em determinadas épocas e situações, os conhecimentos construídos e então existentes, a partir do surgimento de novos referenciais. Esses referenciais científicos – próprios das ciências da natureza – são compreendidos por Thomas S. Kuhn (1997, p. 356) no seguinte conceito: “Um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica, e só eles, partilham. Reciprocamente, é a respectiva possessão de um paradigma comum que constitui uma comunidade científica, formada, por sua vez, por um grupo de homens diferentes noutros aspectos”.

A formação de um *paradigma* não se constitui, em si, numa desvantagem. Ao contrário, a ciência avança pelo surgimento de um novo paradigma, quando a comunidade migra para o novo referencial, deixando para trás o conhecimento até então produzido. E, como refere Kuhn (1997, p. 39),

[...] quando, pela primeira vez, no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu

desaparecimento é em grande parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma.

O paradigma, então, é um propulsor do conhecimento científico, sendo possível afirmar que opera no sentido de conduzir ao progresso da ciência. Produz uma concentração das atenções científicas, delimitando o campo objetivo de estudo e, mais do que isso, produz uma definição nova e mais rígida do campo de estudos, porque produz um direcionamento da atenção dos cientistas.

Porém, o paradigma que bem pode ser definido como um instrumento de evolução das ciências naturais não serve, ao menos na mesma dimensão, ao Direito Processual. É que esse campo do saber não tem as mesmas conformações das ciências da natureza. Por exemplo, o campo do saber jurídico processual deve também se informar pela perspectiva histórica dos eventos, o que torna esse modo de evolução científica insuficiente para as ciências do espírito.

Na ciência processual, o paradigma atua provocando a restrição da visão do cientista, como reconhece Kuhn (1997, p. 45): “A pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidas pelo paradigma.” Quer dizer, então, que o paradigma funciona como um limitador da visão científica, porque a evolução da ciência acontece a partir desse ponto tido como de aceitação pelo grupo científico. Considerado em si, o paradigma não representa um *defeito*, mas cumpre um papel decisivo, na medida em que conduz à segmentação e clara definição do objeto de estudo. Opera, assim, conduzindo a uma investigação profunda acerca de algum aspecto da ciência, e o comprometimento com o paradigma produz o avanço científico.

Um paradigma, para a ciência, constitui-se num modo de escolha dos problemas que serão objeto da investigação, permitindo que a comunidade científica que o adota tenha aquele grupo de problemas como passível de uma solução possível.

Essas observações levam à conclusão de que o paradigma, em si, é benéfico para a evolução científica,

porque se constitui quase uma *ferramenta* que torna possível o avanço da investigação. Não se pode, todavia, pretender fazer dessa afirmação uma generalização também para o Direito Processual.

Entretanto, a ciência jurídica e também o Direito Processual se sustentam igualmente a partir de paradigmas, utilizando-se de determinados conceitos e modos sintéticos de produção do conhecimento. Um exemplo disso é o paradigma racionalista, o paradigma da verdade, que foi incorporado pela ciência do Direito, que passou a operar de acordo com essa formulação.

3.1 A INFLUÊNCIA DO CARTESIANO NO DIREITO

A princípio, a ciência jurídica já registrava, antes mesmo dos séculos XVII e XVIII, um compromisso com um rigor lógico, herdado do Direito Romano. Todavia, o juracionalismo marca um momento na história da humanidade, representando o surgimento de uma nova concepção de vida e de produção do conhecimento.

Hannah Arendt traz um dos elementos que, seguramente, justifica plenamente a afirmação de que o juracionalismo representou uma nova concepção de vida, quando aponta a orientação para a ação, ocorrida a partir do século XVII, determinante do abandono da contemplação:

Sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e a ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida (ARENDR, 1987, p. 304).

Esse abandono da contemplação e o comprometimento da comunidade científica com a ação determinaram o surgimento de um novo paradigma, o paradigma do racionalismo, orientado no sentido de busca do rigor lógico da

ciência. E tal paradigma adaptou-se muito bem às ciências da natureza, sendo também incorporado pelo Direito. Alf Ross, ao justificar as características do Direito Natural, afirma que “[...] se despojó de su atuendo teológico y adoptó el ropaje de la ciencia pura, auxiliada por el método matemático-deductivo que fue el gran descubrimiento de la época.” (ROSS, 1994).

A partir do fim da escolástica, com a afirmação do Direito Natural profano, surge uma nova concepção de *ratio*, agora fundada na certeza cartesiana (DESCARTES, 1960, p. 135), e não mais na compreensão de que o homem, animal racional, era também social e político. Assim, abre-se espaço para o surgimento de um racionalismo diferente, em que não importa mais o obrar social, mas o alcance da verdade. Como afirma Welzel (1979, p. 114),

[...] la *ratio* es, prescindiendo de toda metafísica aristotélica de forma y materia, simplemente la *clara et distinta perceptio*, el conocimiento claro y distinto, en el que Descartes veía el fundamento de toda certeza. Clara y distintamente, empero, se conoce solo lo que puede concebirse, no simplemente en su apariencia externa, sino en las condiciones que determinan su origen. Los fenómenos, por eso, tienen que desintegrarse en sus diversas partes y reconstruirse después, basándose en el conocimiento de la conexión de ellas; el método analítico y sintético de Galileo y Descartes se convierte en modelo para la nueva teoría del Derecho Natural.

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinham o Direito Natural preso às concepções teológicas da Idade Média. Nesse ponto, representou uma evolução para o Direito, no sentido de que garantiu sua independência da doutrina absoluta do divino. O homem, ser racional, é a justificativa para conferir-se uma nova abordagem ao conhecimento científico e também à ciência jurídica. Wieacker (1967, p. 306) é quem percebe esse aspecto:

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.

A ideia da existência de um Direito Natural também contribuía para a desconsideração dos fatores que implicavam a compreensão do Direito. Informado pelo Direito Natural (MOZOS, 1988, p. 21)¹ e pela expectativa de atingimento de leis de validade universal, o racionalismo sustentava-se exatamente na descontextualização do Direito. Um Direito inserido numa realidade local e temporal não servia aos propósitos naturalistas e, assim, justificou-se a utilização de um método capaz de atender a esses objetivos. Esse método precisava ser capaz de conferir uma validade universal ao Direito que poderia ser obtida a partir da afirmação da sua atemporalidade e supraespacialidade. Assim, Kaufmann e Hassemer afirmam que

¹ É interessante, nesse sentido, registrar a utilização do Direito Natural como recurso retórico, que é percebida por José Luis de Los Mozos: “La otra utilización del Derecho Natural, como mera referencia ideal o como simple recurso retórico, también tiene su origen en otras tendencias metodológicas, todavía más divulgadas y extendidas actualmente, aunque procedan de un tiempo más lejano. Efectivamente, arrancan del racionalismo. De un intento por construir el sistema jurídico *more geometrico*, como consecuencia de reducir la relación entre verdad y método, únicamente, a lo que es susceptible de ser demostrado por aquel medio, con lo que el derecho, la moral, la historia quedan, a partir de entonces, en una incómoda situación metodológicamente hablando. Pero ésta todavía se agrava más como consecuencia de la Ilustración, cuando aquella idea se transforma en ideología.” (MOZOS, 1988, p. 21).

[...] os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 93).

Era necessária a utilização de um método que garantisse a universalidade, exatamente porque essa era uma das premissas sustentadoras do Direito Natural. Somente um Direito que se afinasse a essa condição – garantir a validade universal – poderia servir aos seus propósitos. Do contrário, estaria comprometida a própria afirmação do Direito Natural.

3.2. A CIÊNCIA JURÍDICA E O PARADIGMA RACIONALISTA

A universalidade era uma das características do Direito Natural. Todos os homens carregavam, em si, os fundamentos desse Direito como algo imanente ao próprio ser. Embora o fundamento primeiro de sua existência fosse Deus, era na revelação humana que o Direito Natural efetivamente acontecia; como apontou Christian Thomasius,

El derecho natural, como está escrito en los corazones de cualquier persona, no necesita ser revelado por otros ni de una autoridad exclusiva; por eso se llama divino, a saber, porque tiene su origen en el autor de toda naturaleza, también de la naturaleza humana, en Dios (THOMASIIUS, 1994, p. 220).

E essa natureza estava fundada na razão humana; por isso, Hugo Grocio afirmava que “*suelen comprenderse bajo el nombre de la Naturaleza las costumbres comunes conformes a la razón natural*” (GROCIO, 1925, p. 39). Quando se sustentou a existência de uma razão natural, comum à essência da natureza humana, conduziu-se à ideia de universalidade, na medida em que qualquer homem, apenas por ser homem, é racional em qualquer espaço e em qualquer tempo.

Referindo Jhering como um dos precursores da universalidade da ciência jurídica, Bobbio afirma que

[...] esta ideia de uma ciência jurídica universal estava muito mais próxima da concepção racionalista do que da concepção historicista do direito. A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da sã razão humana em matéria de direito (BOBBIO, 1995, p. 123).

Assim, a justificativa para a recepção do método pelo jusracionalismo também encontra resposta na tentativa de validação universal do Direito. O embate que se criou entre o Direito Natural e os ordenamentos positivos também explica a busca pelo rigor lógico, indispensável para a sustentação desse novo modo de pensar que se impunha.

Não bastava ao jusracionalismo a crítica ou a contestação aos ordenamentos positivados. Era preciso mais, já que compatibilizar o Direito Natural emergente era condição de sua afirmação e sobrevivência. Essa constatação é de Wieacker, que reconhece esse aspecto decisivo. Não bastava a crítica, era necessário garantir a validade dessa nova filosofia:

O jusracionalismo recebeu da tradição, quase sem alterações, o método de argumentação. Ele recebeu sobretudo as construções auxiliares características que de há muito tinham que dominar, do ponto de vista lógico, o

seu problema fundamental, ou seja, a relação do direito natural com os direitos positivos existentes. O conhecimento destas construções é indispensável para a compreensão da influência do jusracionalismo sobre o sistema e teoria do direito privado. Como teoria que quer fundamentar a validade de todo o direito, o jusracionalismo não se pode bastar com os protestos de uma consciência jurídica ferida ou com o acordo de uma outra já saturada; deve antes tornar inteligível, através de meios lógicos, a vigência do direito ou a sua crítica. Em especial, sempre que ele abandona a fase da crítica permanente ou de recusa revolucionária do existente e se compreende como filosofia de uma ordem determinada, ele deve compatibilizar a validade da situação constitucional ou jurídica positiva com postulados suprapositivos. Foi esta tarefa que o pensamento ocidental tentou realizar através do modelo ou símbolo de um *contrato social* (WIEACKER, 1967, p. 300).

O jusracionalismo marcou-se, assim, pelo rigor no método, que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo. Esse deslocamento do eixo de sustentação filosófica representa, aliás, a efetiva mudança afirmada pelo jusracionalismo. O homem, agora sujeito, somente o é diante de um mundo explicável racionalmente. Por isso, a incessante necessidade de garantir-se a verdade e a certeza (WELZEL, 1979, p. 120)², afastando-se do provável e do plausível.

² De acordo com Welzel, “[...] el Estado y su Derecho han cumplido ya su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garantice la existencia de los ciudadanos. Cuál haya de ser el contenido de este orden es, en cambio, una cuestión secundaria. La teoría idealista del Derecho Natural descuidaba el problema de la existencia real de un orden jurídico y hacía de esta cuestión secundaria su único problema, creyendo poder deducir de la ‘naturaleza’ del hombre ciertos principios éticos materiales. Dada su idea del hombre, este camino se hallaba cerrado desde un principio para Hobbes. Si el hombre es un ser peligroso, destructor, malvado, no es posible deducir de su ‘naturaleza’ ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. De la *natura corrupta* se deduce, sin duda, la necesidad de un orden, pero no su contenido. Mientras que la certeza de una verdad

Aos olhos do racionalismo, a construção lógica representava a afirmação de que o homem, expoente desse momento, revestia condições de superar o deslocamento do eixo de compreensão, desviando-se do teocentrismo. Quando percebe tal aspecto, Grondin afirma que “era pressuposição básica do racionalismo que o espírito humano, embora mortal, tinha, não obstante, condições de reconhecer, com ajuda de seu pensamento, a construção lógica e coerente do mundo” (GRONDIN, 1999, p. 118).

A justificativa para essa qualidade, típica do juracionalismo, está na compreensão do antropocentrismo e na necessidade de sua afirmação. O homem ousou desafiar Deus. Era natural que esse desafio exigisse muito, como fez o racionalismo. Verdades prováveis não eram suficientes para se contraporem à sabedoria divina. Era preciso mais, era necessário o esgotamento das possibilidades, para alcançar-se a certeza. É assim que Wieacker afirma essa nova concepção, derivada da nova postura antropológica:

No juracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O juracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através das leis naturais (WIEACKER, 1967, p. 288).

A partir do Racionalismo, a razão aparece como a possibilidade de superação de todos os obstáculos que se

matemática o geométrica, el contenido del orden estatal es de carácter contingente.” (WELZEL, 1979, p. 120).

apresentavam ao mundo da época ou, nas palavras de Merryman, “[...] *la Ragione fu considerata la forza dominante dell'uomo, capace di abolire con il corretto esercizio di essa – il prudente ragionare di ogni individuo intelligente – tutti gli ostacoli.*” (MERRYMAN, 1973, p. 28).

Continuando a discorrer sobre o pensamento racionalista, Wieacker (1967, p. 288) justifica a necessidade de demonstração matemática, própria do jusracionalismo, quando reconhece que “[...] a pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas [...]”.

Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no século XVII, Cassirer (CASSIRER, 1992, p. 24) reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” e que “[...] nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”.

Como sustentador do Iluminismo, o Racionalismo teve o papel de conferir e justificar as profundas alterações por ele trazidas, o que torna facilmente explicável a sua atração pelas fórmulas exatas, pela verdade absoluta e pelo culto à racionalidade.

O Iluminismo representou uma ruptura dos padrões morais e religiosos. Representou, também, a busca de um novo sentido para a vida. Representou uma humanização do pensamento, e essa humanização foi possível através da justificação racionalista. Essa constatação é de Wieacker (1967, p. 354), quando reconhece que

[...] ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos

pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua ação, já que o iluminismo justificou juracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.

Nessa mesma ordem, o pensamento de Merryman traz, inclusive, a ideia de superação dos tradicionais esquemas mentais – foi a formação de um novo paradigma – produzindo uma revolução nos campos social, econômico e político, a partir da transformação intelectual produzida pelo Iluminismo:

La profonda trasformazione intellettuale compiutasi con l'illuminismo produsse quegli eventi politici di straordinaria importanza per la storia del mondo moderno. Le nuove concezioni sull'uomo, la società, l'economia e lo Stato superarono i vecchi schemi mentali a lungo radicati nei rapporti fra Stato e individuo, e, perfino in quei Paesi occidentali rimasti indenni dalla violenza rivoluzionaria (MERRYMAN, 1973, p. 25).

Embora se emancipando dos padrões morais teológicos e iluminando-se pela racionalidade humana, que conferia uma nova ótica científica, os juristas do racionalismo não se desligaram do método que viera da Idade Média. A escolástica permaneceu como método, contribuindo para a racionalização dos procedimentos e para a busca do Direito Lógico.

Gadamer reconhece a influência das ciências naturais sobre as ciências do espírito, inclusive creditando essa influência ao Racionalismo, na medida em que a garantia do método tem a função de assegurar a certeza, afastando os juízos que não a tenham como fundamento:

Somente a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) confere ao juízo sua dignidade. Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa, que é um juízo “sem fundamento”. Essa é uma

conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente (GADAMER, 1999, p. 408).

A promiscuidade entre os diversos campos do saber científico deveu-se também à atuação da própria Filosofia, que elaborou uma visão conexas das ciências. Os ideais humanistas que se valeram da racionalidade para sua afirmação espalharam-se por todo o pensamento científico, produzindo a “contaminação” de todo esse conhecimento, inclusive pelo modo operacional das ciências da natureza.

Essa atuação da Filosofia não se restringiu ao conhecimento científico, mas também alcançou o campo da religião e o próprio Estado, como reconhece Dilthey:

Este progresso das ciências do século XVIII fica freado, porém, pelas ideias filosóficas. Ao diferenciar-se o trabalho das ciências particulares, aparece a função nova da filosofia, que consistirá em atuar por meio do espírito filosófico de cada investigador, que nasce da visão conexas das ciências. Todo o século transborda com o ideal cultural do progresso do gênero humano e do conhecimento e domínio da natureza, com uma religiosidade racional fundada no pensamento, na consciência moral e na direção, graças a princípios racionais, tanto da vida econômica e política quanto da educação. A filosofia, instrumento destas grandes ideias da Ilustração, atua dentro do estado e da igreja com um sentido reformador (DILTHEY, 1972, p. 151).

Embora Wieacker perceba que, nesse mesmo período, verificou-se a libertação da filosofia da moral, aponta a mesma atuação da filosofia, conduzindo à conexidade científica referida por Dilthey:

Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada

estabelecida, teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como neste outro facto de que ela levou a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teoria moral (WIEACKER, 1967, p. 280).

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do Racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman “*come la regina nel giuoco degli scacchi può muoversi in ogni direzione*” (MERRYMAN, 1973, p. 73). A certeza torna-se, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, produzindo uma ciência processual mecanicizada.

3.3 DOGMATIZAÇÃO, PROCESSO E RACIONALISMO

A dogmatização em torno da certeza também ocorreu na Ciência Processual que a incorporou como um paradigma, orientando-se em sua busca e procedendo no sentido de alcançá-la. Reconhecendo essa circunstância, Engisch fixa no tempo a rigorosa vinculação do juiz à lei, como forma de garantir a segurança jurídica:

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas, através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos (ENGISCH, 1996, p. 206).

Esse aspecto pode ser percebido inclusive a partir da obra de Pontes de Miranda, num excerto do *Tratado das ações*, quando, ao classificar a ação mandamental, Pontes reconhece que alguns juristas europeus preocuparam-se de fato com tal classe de ação, “mas faltava a investigação lógico-matemática da classificação científica das ações e das sentenças, onde, no estrangeiro e no Brasil, principalmente

por influência dos livros italianos, há balbúrdia, e até absurdos na enumeração das classes de ações” (MIRANDA, 1970, p. 09). Essa afirmação, de fato, é preciosa para comprovar a influência das ciências exatas na ciência processual.

Aliás, a busca da certeza, incessante luta do Direito Processual, expressa através do processo de conhecimento, não considera o fato de que a transformação da incerteza inicial se realiza, exatamente, através de uma atividade eminentemente subjetiva que é aquela do julgador.

Essa atividade transformadora da incerteza jurídica em *certeza*, utilizando-se de um meio essencialmente subjetivo, é a confirmação do dogma que impregna a ciência processual, incapaz de perceber a contradição em que se insere. Mandrioli reconhece tal aspecto, quando diz que “*il vero è che, non appena sorge il processo, l’incertezza obbiettiva si esprime nell’incertezza soggettiva di quell’organo che è destinato a eliminarla: il giudice*” (MANDRIOLI, 1955, p. 322)³, concluindo, enfim, que o resultado obtido (certeza) decorre do convencimento.

A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age *valorativamente*, mas apenas *descobre* a vontade unívoca do legislador. Como diz Merryman (MERRYMAN, 1973, p. 56), o juiz aparece quase como um perito técnico⁴, que deverá revestir tão somente a habilidade de, rotineiramente, aplicar a solução legal para o caso concreto. A premissa maior é a lei, a menor é o fato concreto, e a solução desponta espontaneamente.

³ Tradução livre dos autores: “A verdade é que, logo que surge o processo, a incerteza objetiva exprime-se na incerteza subjetiva do órgão que deve eliminá-la: o juiz”.

⁴ Diz o autor que “*il processo de interpretazione ed applicazione giurisprudenziale del diritto nei Paesi continentali appare quindi ridotto ad una mera routine. Il giudice diviene quasi un perito tecnico, che deve affrontare fattispecie concrete per le quali la pronta soluzione legislativa sarà in genere automaticamente trovata, salvo in casi eccezionali.*” (MERRYMAN, 1973, p. 56).

Nesse ponto, há um aspecto importante que não pode passar despercebido: quando se retira a autonomia do julgador, impondo-se a ele apenas a função de descobridor do sentido unívoco da lei, transfere-se ao legislador a responsabilidade pela realização da justiça. Se o juiz apenas descobre um sentido unívoco da lei, numa tarefa matemática, então a realização dos ideais de justiça é própria do legislador e de ninguém mais.

Essa característica faz do Direito Processual uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo em relação à atividade jurisdicional, tão diferente daquele do século passado. Na verdade, a busca do sentido unívoco da norma jurídica, da “vontade” do legislador, marca da função declarativa da jurisdição, impede a compreensão do texto legal, como reconhece Ovídio Baptista da Silva:

[...] como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade” (SILVA, 2003, p. 266).

Essa busca pela univocidade do sentido da lei que eliminou a compreensão hermenêutica traduziu-se na redução da função jurisdicional à função declaratória, ou, como refere Ovídio Baptista da Silva, “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a ‘vontade da lei’” (SILVA, 2003, p. 269).

Enfim, não cabe nessa tarefa descobridora que se confere ao julgador qualquer espaço de autonomia crítica: é possível, assim, garantir a “neutralidade” do julgamento, atendendo-se também aos propósitos da validade universal do Direito. A segurança jurídica constituiu-se num elemento que o racionalismo valorizou ao extremo, em prejuízo do próprio ideal

de alcance da justiça. Para Hernández Gil (1981, p. 23), o paradigma racionalista que se incorporou ao Direito produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do Direito. Representou, assim, um triunfo da certeza que, como reconhece o autor, terminou por estereotipar o direito.⁵

Esta é a afirmação de um descomprometimento da atividade jurisdicional com a realização da justiça, numa explícita “transferência” dessa função para o legislador.

A importância conferida à segurança jurídica, consequência do desejo incontido de alcance de um Direito perfeitamente determinável, justificou também o desenvolvimento dos sistemas legalistas e de sua expressão através da codificação. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, “é interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça*, que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa” (SILVA, 1997a, p. 105).

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíram através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o Direito Privado europeu o seu sistema, afirmando que:

[...] para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos.

⁵ Antonio Hernández Gil afirma que “*el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica*” (GIL, 1981, p. 23).

Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais (WIEACKER, 1967, p. 309).

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico que impregna o Direito Processual em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico; no dizer de Tarello:

[...] no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al código, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados (TARELLO, 1995, p. 40).

Todavia, a confluência desses diferentes e discrepantes complexos ideológicos, que produziu a codificação do Direito, não significa que esses códigos estivessem comprometidos com posições conservadoras. Ao contrário, as codificações foram produto de atitudes revolucionárias, carregando, em geral, a expectativa de construção de uma nova sociedade.

É por isso que, examinando-se o conteúdo desses códigos, não há como emprestar validade à ideia de que mantivessem o Direito atado ao passado. Ao contrário, sua concepção está atrelada à afirmação de um novo ordenamento, modernizado e afeiçoado às revoluções do século XVIII. É de Wieacker essa constatação:

Os códigos jusracionalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas de seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projectos de um futuro

melhor. Elas recordam eventualmente, na sua confrontação violenta com a tradição, a vontade impetuosa de reforma com que, no nosso século, os estadistas progressistas dos países não europeus receberam os códigos europeus para fazer dos seus povos nações modernas. Foi por esses mesmos motivos que os códigos jusnaturalistas protestaram muito frequentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham (WIEACKER, 1967, p. 367).

A codificação não significou um momento reacionário, mas caracterizou o empenho e comprometimento com os propósitos do direito natural que tinham na justiça seu ideal. Alf Ross, a esse propósito, afirma que “[...] *en la filosofía del derecho natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central.*” (ROSS, 1994, p. 261). Então, através da valorização da segurança, pretendia-se a afirmação da própria justiça, afirmada no Direito, em oposição à moral. Por isso, era perfeitamente compatível e justificada a codificação a que se procedia.

Isso foi possível a partir daquilo que Alf Ross denomina “admissão de uma duplicação do sistema jurídico” (ROSS, 1994, p. 242), onde se aceitou a existência do Direito Natural, como um conjunto de direitos subjetivos, por trás da própria categoria dos direitos subjetivos.⁶ De qualquer maneira, um dos efeitos perversos das codificações é que, a partir delas, o Direito passa a ser considerado um corpo autorizado de normas, imaginado como um sistema fechado, que contenha em si as fórmulas para solução dos casos que se apresentam.

Essa compreensão dissocia o Direito da realidade social em que está inserido, mantendo-o como um conjunto de fórmulas abstratas⁷, como define Brutau:

⁶ O autor afirma que “[...] los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación del sistema jurídico: por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas (expresadas principalmente en la categoría ‘derecho subjetivo’) existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos naturales. De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral” (ROSS, 1994, p. 242).

⁷ Brutau afirma que “não incorriam neste equívoco os romanos, para quem o

[...] o Direito, como algo vivo e diferente dos mandatos da autoridade e da doutrina das escolas, formou-se e se forma incessantemente graças à atividade criadora dos práticos, em íntimo contato com a vida social. Os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesse são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito (BRUTAU, 1977, p. 132).

Essa dimensão, enfim, é tolhida pelas codificações e pela abstração do Direito Processual.

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e desenvolvimento de um Direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o Direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se a ele um caráter mais instrumental. “O novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*” (LOPES, 2002, p. 181), diz José Reinaldo Lima Lopes, quando reconhece tal circunstância.

Seguindo essa linha, a partir do historicismo, afirmou-se ainda mais o culto ao procedimento, amparado pela busca do rigor lógico. A *certeza* passa a ocupar um lugar de destaque, justificando-se até mesmo como um valor social, como referido por Chiovenda, quando diz que “*la certezza del diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, la sua importanza sociale*” (CHIOVENDA, 1993, p. 67)⁸. E o

Direito não era um ordenamento jurídico cerrado, teoricamente sem lacunas, do qual se pudesse deduzir com exatidão a regra aplicável ao caso controvertido [...]” (BRUTAU, 1977, p. 132).

⁸ “A certeza do direito, impondo-se nas mentes de todos, aumenta, como vemos, a sua importância social” (tradução nossa). Em outra passagem, Chiovenda esclarece esse pensamento, aduzindo que “*questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altro è veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, non come un organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge sollo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazione degli uomini la certezza, prevenire gli atti*

esquecimento da tradição, nesse momento, implicou a consolidação de uma ciência jurídica dissociada da dimensão moral e comprometida com a ideia de que o alcance de seus propósitos derivaria da certeza e do rigor procedimental. Wieacker reconhece esse grave aspecto, quando afirma:

Quando os “Fundamentos metafísicos da teoria do direito”, de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingênuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica positiva. Em vez da filosofia moral do iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isso, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do jusracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se podia atingir o direito justo (WIEACKER, 1967, p. 13).

Por sua vez, Gadamer percebe, nesse ponto, o deslocamento da discussão para a questão hermenêutica: a perda da tradição histórica representou um momento em que se permitiu o surgimento da compreensão hermenêutica que, todavia, não foi capaz de afastar o compromisso com o rigor lógico.

Porém, a questão da hermenêutica penetrou mais fortemente na consciência filosófica do problema não só quando teve que superar em âmbitos particulares uma

illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito bem degno del processo di un popolo civile.” (CHIOVENDA, 1993, p. 67).

distância de altura e uma distância de longitude – como era o caso dos documentos religiosos, dos textos legais ou dos clássicos em línguas estrangeiras – mas também quando o todo da tradição histórica se deslocou para uma grande distância (GADAMER, 1999, p. 65).

A seguir, o autor reconhece que esse deslocamento operou-se a partir da ruptura da tradição provocada pela Revolução Francesa. Como afirma Gadamer, “o passado, enquanto tal, tornara-se estranho” (GADAMER, 1999, p. 65).

A partir daí, afirma que o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica e que começou a trilhar caminho completamente novo. Isso justificou, então, um esforço específico para não interpretar mal os textos, já que a nossa imagem histórica do passado foi situada num campo totalmente novo. Foi preciso um cuidado maior com as regras gramaticais e, ainda, fez-se necessário o estabelecimento de uma relação objetiva entre os enunciados do texto e a própria compreensão do assunto.

Gadamer afirma, porém, que a época pós-romântica não foi capaz de satisfazer o estabelecimento dessa razão, donde conclui que o procedimento da exegese não encontrou espaço, em face do compromisso com os métodos das ciências da natureza:

A progressiva autoconsciência lógica das ciências indutivas significou um poderoso apoio para esta autocompreensão. Por essa razão se procurou seguir o grande modelo das ciências naturais e, como nelas, se considerou que o ideal consistia em eliminar todo pressuposto subjetivo. Assim como para a investigação da natureza, o experimento, que qualquer um pode comprovar, representa um fundamento de verificação, também na interpretação dos textos procurou-se aplicar procedimentos suscetíveis de controle de prova. O velho procedimento da exegese, especialmente a coleção de casos paralelos, findou do ponto de vista histórico-crítico (GADAMER, 1999, p. 66).

Essa perda teve consequências para o Direito Processual da modernidade, que restou refém da forma procedimentalista, própria dos métodos do Racionalismo. Na verdade, isso representou a incorporação dos métodos das ciências da natureza, estabelecendo a afirmação de uma ciência incapaz de atender às demandas que se apresentam.

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

Tal é percebido com precisão por Ovídio Baptista da Silva, que aponta o comprometimento ideológico do sistema produzido pela abstração que se confere ao Direito Processual:

Não será demasia insistir: o “mundo dos conceitos” com que laboram os estudantes de Direito Processual Civil, separa-se do “mundo dos fatos”. A separação entre o direito dos sábios que habitam a universidade e a “falsa ciência dos rábulas”, de que já tivemos notícia, tem gloriosos ascendentes. O direito abstrato servindo ao ideário da eficiência capitalista (SILVA, 2004, p. 81).

A abstração do Direito Processual contribui para realimentar os propósitos de exatidão, herdados do jusracionalismo, numa cadeia circular e crescente. É o que confirma a tendência, historicamente presente, de busca da certeza e da dicotomia – verdadeiro ou falso – que insiste em permeiar o Direito Processual.

Essa tendência é pesada demais para o processo. Aliás, representa um propósito quase inatingível que termina por impedir o atendimento das pretensões postas em juízo, na medida em que o Direito Processual se perde numa busca infrutífera, quando tenta tornar exato o que não é, e quando busca a dedução lógica para o que apenas pode ser compreendido.

4 OS INTERDITOS ROMANOS E A MANDAMENTALIZAÇÃO DO ATO JUDICANTE

O Direito Romano nasce atrelado à concepção de que a realização da justiça não era missão do Estado, que apenas se ocupava de adotar meios e instrumentos que evitassem a luta individual. O Império Romano não buscava nada mais do que a pacificação dos indivíduos, não se interessando pela realização da justiça, ao menos em seus primeiros períodos.

Isso constituiu uma das características desse Direito, organizado e sistematizado, dando um caráter peculiar à atividade jurisdicional, que permanecia ao encargo do juiz privado, já que os magistrados não buscavam tal objetivo.

A atividade dos magistrados, então, poderia estar mais afeta ao controle da justiça do que efetivamente à sua realização. O pretor, magistrado de maior relevância para o procedimento civil, praticava atos de império que tinham cunho mandamental ou executivo.

O juiz privado apenas condenava, que, no Direito Romano, significa reprovar o ato praticado pelo demandado. Mas nada realizava, porque essa função era da competência do pretor. O pretor, assim, tinha o poder de império, especialmente através do procedimento interdital e, ainda, revestia um poder de suprir as lacunas da lei, o que fazia mediante os editos.

E foi somente a partir do período da *extraordinário cognitio*, que vigorou nos últimos tempos do Direito Romano, que se admitiu a unificação das duas funções, de declaração e de execução. Todavia, o *Corpus Iuris* de Justiniano, que representou o Direito recepcionado na Idade Média, tinha suas bases no período das fórmulas, o que justificou o recebimento do procedimento civil a partir da compreensão apenas declarativa da jurisdição.

Os interditos pretorianos representavam comandos hipotéticos, fundados na provisoriedade e coexistiam com a condenação. A tradição trouxe ao processo contemporâneo o esquema procedimental romano, com a supressão dessa atividade, que era essencial no sistema e garantia a efetividade do processo. Ao conceder o interdito, o pretor já delimitava a decisão, mas também poderia impor penas para a hipótese de descumprimento da condenação.

A aceitação da condenação pelo sistema processual contemporâneo, sem o pleno desenvolvimento do procedimento interdital, produziu um resultado perverso, comprometendo a efetividade do processo em relação às pretensões fundadas no Direito Obrigacional. De igual modo, no sistema processual contemporâneo, não há mecanismo eficaz de garantia do cumprimento da condenação que poderia, inclusive, ser redobrada no Direito Romano, a partir do não pagamento pelo condenado.

4.1 O EXERCÍCIO DO PODER DE IMPÉRIO NO DIREITO ROMANO: OS INTERDITOS E A REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA

A atividade do pretor, no Direito Romano, representava o exercício do poder de império e era responsável pela realização das pretensões, especialmente a partir dos interditos. Essa atividade que representava um ato de vontade do pretor alcançou maior relevância a partir do período formulário, quando foram abolidas as ações da lei. As fórmulas, mais amplas, permitiam uma atuação discricionária, porque ao concedê-las, no início do procedimento perante o juiz privado, o pretor realizava uma cognição sumária, a partir dos elementos trazidos pelo autor.

O pretor não esteve sempre à frente dessa função, mas sua origem é intimamente ligada às funções importantes do Estado Romano, porque nos períodos primitivos tinha a missão de guiar os exércitos, tarefa que, aos poucos, foi sendo substituída por outras, até incorporar efetivamente

aquela de exercer o poder de império.

Uma das discussões que se estabelecem em relação ao processo civil romano funda-se exatamente na natureza da função pretoriana, encontrando-se a maior parte dos processualistas a defender posição no sentido de que tal função não seria jurisdicional. Esse dissenso decorre, em parte, da separação entre as atividades cognitiva e executiva, uma característica marcante do Direito Romano.

É verdade que essa separação nem sempre se verificou no Direito Romano. Houve períodos, como naquele da monarquia, em que as duas funções eram desempenhadas conjuntamente. Nesse sentido, é Scialoja (1954, p. 108) reconhece que “*En el derecho romano más antiguo, o sea en tiempo de los reyes, era naturalmente al rey, como magistrado supremo, al que correspondían el imperium y la iurisdictio; así, no cabe duda de que también el proceso civil era de incumbencia del rey*”¹.

Com o fim da monarquia, a função jurisdicional passou para o juiz privado, e ao Estado, através dos cônsules e pretores, coube a função de império. Em outras palavras, ao juiz privado cabia a função declarativa. Ao Estado, que tinha o poder de império, a função de execução. Isso perdurou ao menos em todo o período fórmulário, que manteve a divisão entre a função declarativa e executiva que, posteriormente, foram unificadas, no período da cognição extraordinária.

A função do pretor tinha sua maior expressão nos interditos que eram ordens proferidas a partir da observância de determinados pressupostos e que, assim, registravam evidente cunho mandamental. De cognição sumária, os interditos revestiam um importante papel no atendimento das pretensões, durante grande parte do Direito Romano. E, porque tiveram seu máximo desenvolvimento do período das fórmulas – que terminou informando a recepção e conduziu ao

¹ “No direito romano mais antigo, ou seja, no tempo dos reis, era naturalmente ao rei, como magistrado supremo, que correspondiam o *imperium* e a *iurisdictio*; assim, é indubitável que também o processo civil era de incumbência do rei” (tradução livre do autor).

estabelecimento do sistema processual contemporâneo – justifica-se sua análise e compreensão.

Compreender o Direito Romano, sem considerar a atividade interdital, que era a responsável pela realização das pretensões, implica ter em consideração um sistema processual alijado de seu mais importante instrumento, pelo que é plenamente justificada a consideração da atividade interdital, da sua natureza e do seu alcance.

4.1.1 Os Interditos, Expressão da Mandamentalização no Direito Romano

Os interditos tinham o propósito de garantir a segurança das relações privadas. Essa conceituação demonstra que não se conferia aos interditos o caráter de realizadores da justiça, que estava afeta aos juízes privados.

Para Francisci (1954, p. 577), que reconhecia o poder de império como justificador e legitimador da concessão dos interditos, estava-se diante de verdadeiras ordens condicionais, cuja definitividade, a ser oportunamente reconhecida pelos juízes privados, restava na dependência da efetiva comprovação dos fatos: “*Los interdicta son órdenes que daba el magistrado en virtud de su imperium bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones, y por medio de las cuales tendía a conciliar administrativamente determinadas situaciones de hecho*”.²

É nítido o caráter de mandamentalidade que está presente nesse procedimento interdital. Os interditos continham uma ordem, representando uma intervenção decisiva do pretor sobre a controvérsia. Embora não estivesse

² “Os *interdicta* são ordens que dava o magistrado em virtude de seu *imperium* sob o pressuposto de que existiam determinadas condições, e por meio das quais tendia a conciliar administrativamente determinadas situações de fato... A ordem do pretor, que sempre se dirigia contra uma ou mais pessoas, não necessitava nenhuma comprovação da obrigação de exhibir, restituir ou abster-se. E a forma do interdito é tão abstrata que o destinatário somente poderia sentir-se culpado e afetado por ele se o seu comportamento tivesse sido, ou era, contrário à conduta que o pretor queria que fosse observada” (tradução livre do autor).

incluída no sistema de ações do Direito Romano, essa intervenção do pretor era o que definia o litígio, como resume Scialoja (1954, p. 321) “*Así pues, es una intervención de este magistrado con imperium, e intervención decisiva, pues de ella surgirá después toda la definición de la relación.*”³.

Embora a posição prevalente dos romanistas incline-se no sentido de reconhecer aos interditos o caráter administrativo, excluindo-os, portanto, da função jurisdicional, existem opiniões expressivas que divergem nesse ponto, como a de Gandolfi (1955, p. 25) que, apegando-se ao argumento de que “*i concetti di iurisdicção e de imperium non coincidono che in parte con le moderne concezioni di giurisdizione e di amministrazione*”⁴, termina por repelir a inclusão dos interditos apenas na esfera administrativa.

O interdito não era uma sentença, não tinha caráter de definitividade. Era uma ordem de cunho administrativo, exarada a partir de determinadas premissas, que não dependia de exaustiva investigação dos fatos. Havia, aqui, um nítido caráter de provisoriedade. Era uma ordem fundada na razoabilidade.

Quando concedia o interdito, o pretor também conferia um privilégio ao autor, como bem define Dernburg (1903, p. 388) quando, ao conceituar o procedimento interdital, diz que “*Si trattava di fattispecie, che non accordavano diritto, in parte non potevano divenire diritti secondo la concezione romana antica e nondimeno avevano in sè una pretesa alla difesa giuridica*”.⁵

Ao proferir o interdito, o pretor não realizava investigação detalhada dos fatos que informavam a relação

³ “Assim, pois, é uma intervenção deste magistrado com *imperium* e intervenção decisiva, pois dela surgirá depois toda a definição da relação” (tradução livre do autor).

⁴ “Os conceitos de *iurisdicção* e de *imperium* não coincidem com as modernas concepções de jurisdição e administração” (tradução livre do autor).

⁵ “Tratava-se de casos concretos, que não concediam direito, em parte não poderiam tornar-se direitos segundo a concepção romana antiga e todavia continham em si uma pretensão à defesa jurídica. A eles concedia o caráter jurídico o particular comando pretório. O interdito na sua antiga figura é análogo a um privilégio” (tradução livre do autor).

jurídica objeto do pedido do autor. Apenas procedia numa verificação de compatibilidade, de verossimilhança da pretensão deduzida. É assim que Iglesias (1997, p. 198), ao definir os interditos, afirma que “*El magistrado, sin necesidad de recurrir a una averiguación especial, da el interdicto, ordenando una cierta conducta, y bajo el supuesto, bajo la hipótesis de que la petición se funda en hechos dignos de ser protegidos*”⁶.

É possível, pois, concluir que o procedimento interdital romano não dependia da verificação da veracidade dos fatos alegados pelo autor, nem importava em realização de instrução processual, na busca da certeza dessas alegações. Eram ordens de natureza hipotética, porque ainda dependiam da efetiva verificação dos fatos. Ainda, é possível afirmar que o interdito representava uma coação indireta ao demandado, cuja eficácia concreta e substancial poderia depender do processo posterior, perante o juiz privado, no caso de não acatamento da ordem pelo demandado.

Enfim, essas ordens condicionais e hipotéticas que parecem ser o adjetivo que melhor qualifica os interditos prestaram valioso contributo na realização das pretensões, especialmente no período formulário do Direito Romano. Sua existência, concomitantemente à atuação do juiz privado, conferiu forma peculiar ao procedimento civil e, ainda que não reconhecidos por todos os romanistas como inseridos no conceito romano de jurisdição, é inegável sua participação na missão de realização da justiça.

4.2 A DITOCOMIA ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO: A HERANÇA MALFADADA DO DIREITO ROMANO

Percebidas as fases do processo civil romano e a afirmação da *condemnatio* como uma expressão privada da

⁶ “O magistrado, sem necessidade de recorrer a uma averiguação especial, dá o interdito, ordenando uma certa conduta, e sob o pressuposto, sob a hipótese de que a petição está fundada em fatos dignos de serem protegidos” (tradução livre do autor).

jurisdição e, também, a atividade interdita do pretor, a consequente separação entre cognição e execução, que a história se encarregou de potencializar, encontra sua plena justificativa também na ideia romana de que a missão do Estado não era a realização da justiça, mas unicamente a garantia da boa convivência entre os indivíduos.

Assim, no período de seu maior desenvolvimento, a característica marcante do processo civil romano foi a separação das funções de jurisdição e de império, que eram exercidas respectivamente pelo juiz privado e pelo pretor. Essa separação, todavia, não pode ser considerada sem que se compreenda que o conceito romano de jurisdição era diferente daquele presente na contemporaneidade.

A sobreposição dos dois sistemas que tinham conformações e estruturas diversas produziu um resultado diverso no próprio sentimento jurídico, informado ora por uma orientação privada, ora por um enfoque publicístico.

Um dos grandes legados do Direito Romano ao processo contemporâneo foi a sua organização e estrutura metodológicas que, todavia, uma vez recepcionadas, sofreram a influência do Racionalismo. Assim, os institutos herdados vieram estigmatizados, o que torna difícil ao processualista da modernidade compreender, por exemplo, a sobreposição das atividades e sua importância na realização das pretensões formuladas em juízo.

Esses elementos todos que vieram ao sistema processual contemporâneo pela tradição têm decisivo papel na compreensão moderna de jurisdição e na estruturação das ações, justificando-se sua análise a partir da distinção que o processo romano mantinha entre *iurisdictio* e *imperium*.

4.2.1 *Iurisdictio* e *Imperium*: a Convivência com os Interditos

Como primeira consideração para o exame do sistema processual romano, é necessário observar que se tratava de um sistema que admitia a superposição de diferentes sistemas que gozavam de igual vigor, coexistindo harmonicamente. Essa circunstância é decisiva quando se

trata de alcançar a essência do sistema processual romano, como refere Arangio-Ruiz (1993, p. 13)⁷, que recomenda a renúncia à unidade conceitual que informa o espírito contemporâneo. É por isso que o autor (ARANGIO-RUIZ, p. 14) desenvolve a feliz comparação:

El hombre de ciencia habituado a la contemplación del derecho moderno, se encuentra, al fijar su atención en el derecho romano, en la misma condición de quien en el estudio geométrico pase de la geometría plana a la sólida o de los espacios a tres dimensiones a los de cuatro o más⁸ (ARANGIO-RUIZ, 1943, p. 14).

⁷Arangio-Ruiz, depois de reconhecer o direito romano como suscetível à evolução natural, afirma que esse direito poderia “*experimentar limitaciones más o menos importante sem su aplicación práctica, ora em virtud de reglas aceptadas por todo el Pueblo en sus asambleas, ora por la actividad de otros órganos del Estado; pero que no podía ser jamás renegado. Por ello, cuando deseamos representarnos el sistema de las relaciones jurídicas entre los hombres en cualquiera de los momentos de la evolución histórica de Roma, deberemos renunciar previamente a aquella unidad conceptual que es una de las exigencias esenciales de nuestro espíritu y representarnos, en cambio, la superposición de distintos sistemas, de formación y estructura diversas, cada uno de los cuales gozó de igual vigor, aun cuando cada uno de ellos tuviese también su propia eficacia, dentro de los confines señalados por el sentimiento jurídico*” (ARANGIO-RUIZ, 1943, p. 13). “[...] experimentar limitações mais ou menos importantes em sua aplicação prática, ora em virtude de regras aceitas por todo o povo nas suas assembléias, ora pela atividade de outros órgãos do Estado, mas que não poderia jamais ser renegado. Por isso, quando desejamos representar o sistema das relações jurídicas entre os homens em quaisquer dos momentos da evolução histórica de Roma, deveremos renunciar previamente àquela unidade conceitual que é uma das exigências essenciais de nosso espírito e representarmos, em substituição, a superposição de distintos sistemas, de formação e estrutura diversas, cada um dos quais gozando de igual vigor, ainda quando cada um deles tenha também sua própria eficácia, dentro dos limites assinalados pelo sentimento jurídico” (tradução livre do autor).

⁸ “O homem da ciência habituado à contemplação do direito moderno encontra-se, ao fixar sua atenção no direito romano, na mesma condição de quem no estudo geométrico passe da geometria plana à sólida ou dos espaços de três dimensões aos de quatro ou mais” (tradução livre do autor).

Essa superposição de diferentes sistemas, denunciada por Arangio-Ruiz, tem íntima relação com a coexistência da função jurisdicional e aquela desempenhada pelos pretores que cuidavam, respectivamente, da *actio* e dos *interdicta*, tornando assim a concepção de jurisdição restrita à função de *declaração de direitos*. O procedimento interdital romano não estava incluído no conceito de jurisdição porque, como destaca Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 26),

ordenar não era faculdade ou poder que se incluísse no conceito de *jurisdictio*. Esta era a razão que impedia a inclusão dos interditos do conceito de jurisdição: a emanção dos interditos representava um *ato de vontade* do pretor, mais do que o *ato de inteligência* que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito (1997, p. 26).

Ao conceder o interdito, o pretor agia discricionariamente, a partir da probabilidade que vislumbrasse, diante do fato apresentado pelo autor.

Embora inicialmente estivesse dissociada do conceito de jurisdição, a compreensão da função do pretor foi, gradativamente, sendo modificada no Direito Romano, independentemente de sua efetiva natureza discricional.

Depois de afirmar que, no Direito Romano, o ofício do juiz apenas se destinava a demonstrar às partes o Direito, nos casos duvidosos, Jhering também delimita a jurisdição, prestada pelo juiz privado, reconhecendo que a sentença do juiz não produzia nenhum efeito que as partes não pudessem obter por outro caminho⁹. A atividade jurisdicional, assim considerada, não representava a única forma de atendimento das pretensões, e esse outro caminho, referido pelo romanista, representava a realização das pretensões através de uma forma entendida por muitos romanistas como *não jurisdicional*, que era através dos interditos do pretor.

Embora muitos autores não os incluam no conceito de

⁹ Ou, como refere o autor, “o motivo geral da ação do juiz não estava no caráter público de seu ofício, mas na vontade das partes” (JHERING, 1943, p. 131).

jurisdição, os interditos efetivamente prestavam-se à realização das pretensões que se apresentavam. E os motivos pelos quais não foram incluídos no conceito romano de jurisdição são habilmente sintetizados por Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 27):

As razões pelas quais se excluem os interditos do conceito de jurisdição, portanto, são estas: (a) o “comando” imposto pelo pretor era “condicionado”, quer dizer, o magistrado ordenava com base num direito *non ancora accertato*, o que significa afirmar que não teria havido, ainda, “composição” (definitiva) do conflito; (b) o interdito estabelecia um vínculo *di natura pubblicistica*, ao passo que o ordenamento jurídico privado somente poderia reproduzir um reconhecimento (declaração) de direitos, nunca uma *ordem*, declaração esta relativa sempre a uma relação de direito privado.

É interessante observar que o perspicaz processualista aponta esses dois motivos para exclusão dos interditos da esfera de compreensão da jurisdição: a inexistência de *judgamento* e o caráter de ordem contido nos interditos, em oposição à natureza declarativa de direitos, própria do ordenamento privado.

Percebe-se aí a concepção de jurisdição declarativa, conceito que se formou gradativamente e, enfim, vicejou no período áureo do Direito Romano e que estendeu seus resultados até alcançar o sistema processual contemporâneo.

Era explicável a separação da atividade jurisdicional daquela de império, também a partir da recuperação dos fundamentos da função do Estado, em oposição à luta privada. Ao Estado apenas importava evitar ou resolver o conflito e evitar o ataque direto de uns aos outros. A realização da justiça foi transferida para o juiz privado e tinha, então, caráter declarativo. Essa constatação também pode ser percebida a partir da própria atividade realizada pelo pretor que prescindia de maior investigação, porque os interditos dependiam, inclusive, da verificação detalhada dos fatos apontados pelo autor. Eram, por esse prisma, comandos

hipotéticos que se aperfeiçoariam, se comprovados os fatos descritos pelo autor.

A natureza interdital, então, tinha como uma das características a provisoriedade e, também, a razoabilidade, já que o pretor não estava jungido à investigação detalhada da situação apresentada. Não convivia com os interditos, certamente, o paradigma processual da certeza.

Enfim, e embora represente aspecto não decisivo ao exame que se propõe, a jurisdição romana também difere da concepção moderna de jurisdição porque os romanos admitiam a delegação do poder jurisdicional, exceto em casos de existência de leis particulares que impedissem expressamente essa delegação.

4.2.2 A Consequente Dicotomia entre as Atividades Cognitiva e Executiva

A clássica divisão entre a função jurisdicional e a função de império, fundamento da concepção de que a jurisdição tivesse apenas o propósito declarativo, conduziu, então, à separação das atividades de cognição e execução. Porém, embora o reconhecimento de que a jurisdição fosse apenas declarativa, os interditos é que efetivamente realizavam as pretensões do autor, especialmente a partir do período formulário. Essa constatação ultrapassa quaisquer classificações que se pudessem conferir a tais procedimentos, não se revelando decisiva a natureza que lhes deu o Direito Romano: por trás da concepção de que não se tratava de atividade jurisdicional, os interditos representaram um papel decisivo na realização das pretensões no processo civil romano.

A separação entre a atividade cognitiva e a atividade executiva – como se fossem duas expressões de jurisdição diversas – é reconhecida por Ovídio Baptista da Silva (2001, p. 12) que a justifica entendendo-a

muito próxima do esquema jurídico romano, no qual era nítida a distinção entre a estrutura do direito obrigacional, que tinha expressão no procedimento da *actio*, em que a

execução era impossível, e as formas peculiares ao direito real, nas quais o elemento coercitivo, imperativo, era transparente (2001, p. 12)

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

Galeno Lacerda (1985, p. 198) vai mais longe, assegurando que a divisão do processo romano em duas fases remonta a um passado mais longínquo, entendendo-o como um costume ou das tribos indo-europeias ou dos povos pré-indo-europeus. Conclui, pois, que “as instituições do pretor e do árbitro já provinham de um passado longínquo quando Roma nasceu. Nada autoriza dar-lhes foro de cidadania romana e muito menos origem política própria de peculiaridades locais”.

Vale destacar, ainda, que a reduzida função executiva, que estava presente em algumas ações do período das *legis actiones* foi totalmente abolida no período seguinte, o das fórmulas, ampliando-se a atividade pretoriana. O pretor exercia o controle da ação, mas não a efetiva jurisdição, como reconhecido por Francisci (1954, p. 185): “*El pretor, que interviene entre las partes tiene la misión de dirigirlas en la formulación de la demanda y de la defensa, y de investir después al juez, elegido por las partes o propuesto por él, con la facultad de dictar la sentencia.*”¹⁰

Porém, pouco a pouco, o Estado foi tornando mais ativa e essencial sua participação na função judicial – e isso ainda ocorreu nos últimos tempos do Direito Romano – até que o Estado acabou por assumir totalmente a função jurisdicional.

¹⁰ “O magistrado, o pretor, que intervém entre as partes tem a missão de dirigi-las na formulação da petição inicial e da defesa, e de investir depois ao juiz, eleito pelas partes ou proposto por ele, com a faculdade de proferir a sentença. Encerrada com a *litis contestatio* a fase *in iure*, o magistrado somente exerce uma pura ação de vigilância na segunda fase, que se desenvolve *apud iudicem*” (tradução livre do autor).

E, embora o próprio Direito Romano já tivesse compreendido como estatal a função jurisdicional, o mito de que a jurisdição era apenas declarativa manteve-se até os dias atuais.

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

Ainda, estaria justificada essa separação pelo caráter analítico que dominou as ações dos romanos. Para cada pretensão uma ação distinta e independente da outra, ainda que fundadas no mesmo fato. Jhering (1943, p. 21) afirma, acerca disso, que, “Para o direito antigo, a *actiomista* constitui uma deformidade, uma falta contra os princípios elementares de sua técnica”. Some-se a isso, também, a ampliação do espectro das ações, realizada a partir do período formulário, no qual as ações não restaram jungidas às cinco espécies da *legis actiones*, mas tiveram amplo desenvolvimento, a partir das fórmulas do magistrado.

Por muito tempo, sustentou-se a naturalidade da separação das atividades cognitiva e executiva da jurisdição, exatamente com fundamento na ideia de função declarativa da jurisdição, numa leitura dogmática que carrega consigo, certamente, componentes ideológicos que fazem do processo um sistema que serve à manutenção da estrutura.

Veja-se que Canelutti (1592, p. 69) justificou a necessidade de existência dos dois processos, de cognição e de execução, na diversidade de lides, aduzindo que em algumas delas apenas se verifica a discussão (função declarativa da jurisdição), em outras, por verificada também a lesão, existe o interesse na função executiva, além da declarativa e, ainda, em outras em que há apenas o interesse na função executiva. Assim, afirma “*Hay litis en las que la pretensión se contradice tanto mediante la discusión (de la tutela) como mediante la lesión (del interés); hay otras en las que se da o la simple discusión o la simple lesión*”¹¹.

¹¹“Há lides nas quais a pretensão se expressa tanto mediante a discussão

O que se observa, todavia, é que a complexidade das relações modernas conduziu a uma ampliação do espectro do direito obrigacional – o que se iniciou ainda com a aceitação da lei como fonte de obrigações – fazendo com que grande parte das demandas que atualmente chegam ao Judiciário tenha o propósito de reparação da “lesão”, como citado por Carnelutti. E quem propõe ação judicial, quando há a lesão, quer efetivamente a sua reparação e não apenas a declaração judicial do dever de indenizar. É esse aspecto que é preciso perceber, pena de comprometer-se a efetividade do processo.

Ainda é preciso considerar que, no Direito Romano, especialmente no período das fórmulas, a *condemnatio* poderia ser utilizada para atender a diferentes pretensões, o que decorria da própria concepção processual vigente. Liebman (1952, p. 20), a tal propósito, refere que “a nota saliente do processo romano clássico é o seu caráter privado”, reconhecendo, logo a seguir, que, no sistema de composição das lides entre os cidadãos, o Estado funcionava no início como um árbitro, o que perdurou durante todo o período formulário.

A condenação era sempre pecuniária, não considerando o *iudex* outra forma de atendimento da pretensão do autor. Apenas a atividade do pretor é que continha a feição mandamental e executiva. E o Direito moderno aceitou os institutos do Direito Romano, por exemplo, sem considerar as circunstâncias em que se inseriam e, nem mesmo, sem perceber o momento em que existiram. A partir daí a visão dogmática e exegética encarrega-se da sustentação desses institutos, sem considerar o contexto histórico que os formou e sustentou.

(da tutela) como mediante a lesão (do interesse); há outras em que se dá ou a simples discussão ou a simples lesão” (tradução livre do autor).

4.3 UMA PROPOSTA PARA A MANDAMENTALIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

Percebida a necessidade de valorização da atividade jurisdicional, que se efetiva mediante a mandamentalização da condenação e justificada a inserção da ordem de pagamento, sob pena de caracterização da desobediência, esse comando haverá de ser incluído nas disposições processuais.

O Código de Processo Civil trata das obrigações de fazer e não fazer no artigo 461, com redação determinada pela Lei 8.952, de 13.12.1994. Esse dispositivo prevê a concessão liminar da tutela, mas também agrega a possibilidade de imposição de multa diária ao réu, como forma de compelir o devedor a cumprir do preceito judicial. Disposições similares existem no artigo 461-A, acrescentado ao diploma processual pela Lei 10.444, de 07.05.2002, relativo às obrigações de entrega de coisa. Depois de dispor acerca de questões específicas, envolvendo a entrega de coisa, esse artigo remete para os parágrafos do artigo 461, onde se insere a previsão de multa, destinada a compelir o réu à satisfação da determinação judicial.

A partir da edição da Lei Federal 11.232, de 22.12.2005, foi inserida determinação que impõe o acréscimo de multa de dez por cento no caso em que o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias. A existência dessa previsão não conflita com a mandamentalização proposta, cuja ordem de pagamento seria objeto de inclusão em sentença, juntamente com o comando condenatório. Assim, a mandamentalização proposta deveria realizar-se a partir da inclusão, no capítulo do Código de Processo Civil, que trata da sentença, de dispositivo similar ao seguinte:

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação pecuniária, de fazer ou não fazer e de entrega de coisa, ao conceder a tutela específica, o juiz

ordenará o pagamento, fixando prazo para o adimplemento e estabelecendo, desde já, a cominação das penas previstas para o delito de desobediência, para a hipótese de descumprimento do provimento.¹²

A fixação de prazo para cumprimento da ordem encontra seus fundamentos ainda no Direito Romano, que estabelecia o prazo de trinta dias para cumprimento das sentenças, como reconhece Wenger (1924, p. 221), quando afirma que “*La Tabla III menciona ya como requisito para la ejecución el transcurso de treinta días después del iudicatum. Este plazo era para que el deudor pudiera conseguir dinero*”¹³.

Esse prazo destinava-se ao cumprimento voluntário e, somente depois de decorrido, poderia o credor iniciar o procedimento executivo. Porém, no mundo contemporâneo, em que o tempo é um fator que tem outra caracterização, retardar o início da execução poderia comprometer a efetividade do processo. A solução intermédia que se poderia apresentar seria a de permitir-se, mesmo sem a fluência do prazo, o início da execução. Assim, o prazo fixado pelo juiz seria aplicado apenas no tocante à verificação da incidência da pena prevista para o delito de desobediência.

A mandamentalização apresentada haveria, também, de alcançar as ações monitórias, trazidas ao ordenamento processual brasileiro através da Lei 9.079, de 14.07.1995. Tais ações, fundadas no princípio da preclusão, que permitem a constituição do título judicial a partir do mandado liminar de pagamento não cumprido sem a interposição dos embargos, ou da rejeição destes, também poderiam ser alcançadas pela proposta formulada. Ao constituir definitivamente o título judicial, o juiz incluiria a ordem de pagamento, bem com a previsão da incidência da pena para o descumprimento.

Para Calamandrei (1946, p. 90), a ação monitória “es

¹² Essa disposição poderia ser inserida no Capítulo VIII, Título VIII, do Livro I, do CPC.

¹³ “A Tábua III menciona já como requisito para a execução o transcurso de trinta dias depois do *iudicatum*. Este prazo era para que o devedor pudesse conseguir dinheiro” (tradução livre do autor).

*absolutamente asimilable, en el momento en que adquiere eficacia ejecutiva, a una sentencia de condena pronunciada em contumácia del demandado*¹⁴, o que permite concluir que somente a ação de condenação poderia ser exercitada através da ação monitória. No mesmo sentido, Luiz Fux (1996, p. 37) define o procedimento monitório como aquele “cujo protótipo no direito brasileiro recaía na ação cominatória e tem como característica a emissão do preceito liminar condenatório”. É plenamente justificável, pois, alcançar também à ação monitória a previsão de mandamentalização da condenação.

Por outro lado, haveriam de restar excluídas da mandamentalização as condenações contra a Fazenda Pública que registram situação peculiar, o que já foi percebido por Pontes de Miranda (1970, p. 13), quando afirma que “a ação condenatória pode ser desmunida de execução. É o que se passa, de regra, com as ações condenatórias contra a Fazenda Pública”.

Ainda, a proposta de mandamentalização poderia inclusive realizar-se de ofício, independentemente do pedido do autor, produzindo a quebra da necessária identidade da natureza da ação e a respectiva sentença de procedência, porque numa ação em que o autor formulasse apenas o pedido condenatório, a sentença incluiria o comando mandamental, ordem de pagamento sob pena de caracterização do ilícito de desobediência. No entanto, tal aspecto não compromete a estruturação das ações do

¹⁴ “[...] é absolutamente comparável, no momento em que adquiere eficacia ejecutiva, a uma sentencia de condena pronunciada na revelia do demandado” (tradução livre do autor). Calamandrei também completa dizendo que “la característica del procedimiento monitorio consiste, en efecto, como ya sabemos, en que en el mismo, para llegar a la declaración jurisdiccional de certeza, se utiliza, en lugar del sistema probatorio usado en el proceso ordinario, un sistema más expeditivo basado sobre la preclusión (CALAMANDREI, 1946, p. 91). “[...] a característica do procedimento monitório consiste, em efeito, como já sabemos, em que o mesmo, para chegar à declaração jurisdiccional de certeza, utiliza-se, em lugar do sistema probatório utilizado no processo ordinário, um sistema mais eficaz baseado na preclusão” (tradução livre do autor).

processo civil, ainda mais diante da crescente necessidade de publicização do processo.

Essa necessidade de publicização do processo aperfeiçoa-se, indubitavelmente, na cada vez mais presente marca dos sistemas processuais contemporâneos, de operar na busca da realização das pretensões formuladas, inclusive no campo do direito obrigacional, através de variados meios, buscando o que Mandrioli (1953, p. 107) denomina “*realizzare nel rapporto obbligatorio l’identificazione tra la prestazione e la responsabilità*”. E, nesse talante, aceitar a mandamentalização da sentença que condena também representa afirmar tal identidade.

Construir um Estado Democrático é papel do Direito e o discurso jurídico – despido dos mitos da dogmática e do enclausuramento de sua operância e produção – constitui-se em ferramenta legítima de transformação. No caso da condenação – e mesmo reconhecendo o papel que historicamente desempenhou – é necessário perceber que o mundo contemporâneo reclama uma nova compreensão do instituto, capaz de resolver as demandas sociais.

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

5 INEFICÁCIA DA JURISDIÇÃO NA TEORIA DE OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA

Os componentes ideológicos e históricos que alicerçam a jurisdição romana ainda resistem na sociedade contemporânea, e, através do prestígio à estrutura sólida emprestada pelas concepções justinianas, formas ortodoxas sobrevivem e integram, malfadadamente, o Estado-Juiz. Ovídio Baptista novamente contribui para o exame da influência do Direito Romano, mediante aprofundada consideração, fruto de obra que trata de forma particular a celeuma:

Percebe-se que, para o romanista, o magistrado, ao decretar o provimento consistente numa ordem, a que se resumia o interdito, não proferia um juízo ou emitia um juízo baseado em mera probabilidade de que a situação probatória que a sustentava fosse verdadeira. Neste caso, temos de admitir que, para Luzzatto, tendo em vista o direito romano, assim como para a doutrina moderna, a ordem não é o *conteúdo* do ato jurisdicional, mas quando muito seu *efeito*. [...]. A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do *procedimento ordinário*, resultante da instituição do *Processo de Conhecimento* – sem executividade simultânea, na mesma relação processual –, preservou também, por um princípio de coerência lógica, a distinção radical entre *decisão* e *ordem*, de modo a conceber o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de *juízo*, sem que a *ordem* integre o *conteúdo* (SILVA, 2006, p. 27, 29).

A valorização do fundamento constitucional no ato decisional e a adequada compreensão histórica e científica da temporalização do direito, mediante o emprego de uma linguagem inclusiva e democrática permite uma nova leitura das teorias tradicionais da decidibilidade, o que arrima a ideia de direito contemporâneo, cuja tutela alcançada deve registrar caráter publicista, divorciando-se da concepção privatista-civilista emprestada pelo Direito Romano. Nesse mesmo sentido, tem-se a notória influência do liberalismo. Como afirma Ovídio Baptista da Silva: “O liberalismo seria a ‘última conquista’, insubstituível, do gênio político.” (SILVA, 2006, p. 7).

Almeja-se também a superação do paradigma racionalista, de ordem cartesiana-linear e da compreensão da comprovação de indubiedade científica arquitetada por Platão (1994), com fundamento na lógica da certeza, mediante o reconhecimento da verossimilhança, da quase certeza e do efetivo rompimento com a ilusão da verdade, através da recuperação da compreensão aristotélica (ARISTÓTELES, 1932). Como pondera Ovídio Baptista:

Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos para a tarefa de descobrir a inefável ‘vontade da lei’, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a ‘vontade do poder’ (SILVA, 2006, p. 53).

Nesse mesmo sentido, quer-se superar a ideia de tempo linear, de matriz newtoniana, através do rompimento da relação passado/futuro, antes/depois, viabilizando uma retemporalização do direito, em busca da adequada compreensão da jurisdição, contribuindo, também, para sua democratização.

Doutro lado, o método utilizado hodiernamente, que

mantém a ideia de necessidade de alcance da verdade absoluta, o que reflete, incondicionalmente, no direito, também acaba por condicionar as teorias decisórias, porquanto retira o caráter verossímil imanente, típico da modernidade e das ciências do espírito, dentre as quais se inclui o direito.

A partir do reconhecimento da necessidade de alcance de validade ético-social ao ato jurisdiccional, necessário combater a ideia de recepção dos aspectos econômico-liberais como fundamento de decisão, mediante a consideração incondicional dos direitos sociais e fundamentais, tendo como referência o Estado Constitucional e principalmente a herança de Ovídio Baptista da Silva no que toca à necessidade de superar o racionalismo e a herança do Direito Romano Cristão.

5.1 LIBERDADE E IGUALDADE NO LIBERALISMO

O Estado, e, por conseguinte, suas instituições, vivem uma fase prolongada – ao menos em termos da história do século XX – de crises que se sobrepõem e se sucedem, minando ideias e estruturas, para dar espaço à ascensão do capital, como um ser disforme e onipresente, que vai estendendo seus tentáculos pelo mundo e deita raízes sobre o solo fértil das necessidades modernas, matando aos poucos as conquistas sociais, e porque não dizer, dos trabalhadores.

A filosofia propôs a investigação dos acontecimentos e a configuração social, além, logicamente, de debruçar-se sobre o próprio ser humano, sua origem e sua razão de ser. Os filósofos tinham algo em comum, na maioria das vezes: procuravam uma explicação e um fundamento que servisse de baliza para o comportamento dos cidadãos, que justificasse moralmente a diferença entre o certo e o errado; e não exerciam poder, mas antes, o incluíam em seus raciocínios como algo natural, aceitável e respeitável. Entretanto, essa postura interferia de forma decisiva na

formação do Estado.¹ Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, aponta também a influência do racionalismo na tentativa de distinção entre certo e errado, o que ofereceu espeque a um dogmatismo forjado na exatidão e na lógica, que se divorcia da gênese do Estado Moderno e, também, do Direito:

O abandono da epistemologia das *ciências da descoberta*, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço (SILVA, 2006, p. 79).

A ética cristã, em rápida ascensão, impunha a seus adeptos dez normas básicas, que em suma enterraram definitivamente, sob o domínio da Igreja, o livre-arbítrio como um poder e senso de localização do indivíduo dentro de seu grupo.

Por sua vez, o liberalismo, subproduto do processo revolucionário francês, também introduziu dois outros conceitos que se imbricam intimamente com a questão da crise constitucional: o mercado e a opinião pública. Diz Matteucci (1998, p. 260): “*Con el Estado constitucional el liberalismo heredó también aquellos espacios de libertad, políticamente neutrales o no inmediatamente políticos, que habían nacido o estaban nasciendo en su interior: el ‘mercado’ y la ‘opinión pública’*”. Contudo, como adverte Jorge Novais, chegou-se a uma “passagem inelutável para a concentração e centralização do capital e o controle monopolístico dos mercados.” (NOVAIS, 2006, p. 182).

A esse teor, já se começa a perceber a crise da

¹ Ver: HOBBSAWM, Eric J. *A era das Revoluções (1789-1848)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. 'Idem. *A era dos extremos (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

jurisdição, uma vez que um *ius dicere* que desatenda os princípios fundamentais positivados na Constituição não é dotado de eficácia social, nem tampouco reveste-se da dimensão necessária imposta pela ética jurídica. Enfim, a pretensão de idealidade da Constituição passa, ainda, ao largo da implementação do Estado politicamente desejado.

Tal mazela provém também da compreensão incorreta do Direito Romano, que exerce influência sobre todo o sistema jurídico. A esse teor interessante observar a posição de De Martino, para quem a dificuldade moderna de compreensão da jurisdição decorre da verificação dos limites de cada um desses conceitos no Direito Romano:

[...] iurisdictio non è attuare la legge, perchè attuazione è volontà, e neppure significa rendere giustizia nel caso concreto, perchè dire il diritto è ben diverso dall'attribuire a taluno un bene della vita. Dalla visibile sproporzione fra il termine e la realtà che esso vorrebbe definire, deriva l'incertezza del nostro pensiero moderno nel definire la funzione giurisdizionale, dalla rottura della perfetta armonia che vi era nella concezione originaria fra il ius dicere e le reale attività del magistrato, ormai nota, derivò il lento scolorirsi del concetto (MARTINO, 1937, p. 64).

Mas tudo isso mudou, quando, no final dos anos 70, a teoria neoliberal começou a obter expressão política e alcançou, em rápida sequência, três enormes vitórias que a transferiram definitivamente ao campo prático e posteriormente sustentaram a onda neoliberal ao redor do globo: as eleições de Margaret Thatcher, em 1979 (UK); de Ronald Reagan, em 1980 (USA); e de Helmut Kohl, em 1982 (Alemanha Ocidental) (MARTINO, 1997).

O neoliberalismo veio impondo a visão de minimização do Estado, e conseqüentemente, da eliminação ou redução de suas estruturas de bem-estar social; as ferramentas dessa busca do perfil de Estado Mínimo foram, de uma forma geral, a transferência, para a iniciativa privada, de setores da atividade estatal que pudessem ser desenvolvidos com fins lucrativos e a reforma das relações do Estado com seus

servidores. O Estado Mínimo Liberal firmava o propósito, assim, de tutelar apenas alguns elementos básicos da constituição de qualquer grupo social: a defesa da legalidade (pela Polícia), que se presta, entre outras finalidades, a garantir a propriedade privada; uma educação rudimentar e voltada aos interesses industriais e comerciais imediatos; e as funções básicas do Poder tripartido, embora muito mais intercruzadas em suas antigas bases de exclusividade.

O neoliberalismo, é bom que se lembre, foi erigido no momento em que o Estado Social se firmava, razão pela qual pode se impor a ele – enquanto novo modelo de Estado – um dos focos geradores da crise do *Welfare State*. Quando Hayek, em 1947, convocou os companheiros de tese para a pequena cidade de MontPèlerin, na Suíça, tinha como propósito declarado a derrocada do *Welfare State*, o que era muito mais evidente do que a apresentação de uma alternativa para o Estado. O grupo reunido por Hayek, que também se opunha ao *New Deal* norte-americano era composto por Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polanyi, Salvador de Madariaga, entre outros.

A intenção deflagrada da confraria neoliberal, que tinha como cartilha base a obra *Caminho da Servidão* (1944), era combater o solidarismo e o keynesianismo, firmando as bases de um capitalismo duro. A contrariedade ao Estado Social era tamanha que Hayek chegou a afirmar que “a social-democracia inglesa conduziria o Estado ao mesmo desastre que o nazismo alemão, uma espécie de servidão moderna.” (SADER; GENTILI, 1995, p. 9).

O Estado de Bem Estar, para Hayek e seus amigos, limitava demasiadamente a liberdade dos cidadãos e destruía os paradigmas concorrenciais, imprescindíveis para a asseguaração do desenvolvimento. O combate aos sindicatos e ao movimento operário foram as ações que se sucederam. O primeiro regime neoliberal, assim, foi o de Thatcher, na Inglaterra (1979), ao qual se sucederam outros, que permitiriam que o neoliberalismo ficasse muito próximo de uma hegemonia ideológica.

“Pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais [...]” (STRECK, 2002, p. 82). Ou seja, o modelo liberal-individualista-normativista, que alocou o ordenamento infraconstitucional em torno de um Direito Civil que trata de coisas, relegando as pessoas ao segundo plano, não foi preparado para o enfrentamento com a insurgência coletiva e transindividual que anima “violações ao direito de propriedade” como, por exemplo, uma invasão maciça de terras. Esse o principal foco da *crise jurisdicional*, calcado na vetusta estrutura privatista do direito processual, forjado para resolver conflitos individuais, distante dos direitos sociais trazidos pelo *Welfare State*.²

Na jurisdição, é possível perceber claramente essa influência. Assim, a hipótese de um esbulho possessório simples é algo totalmente diferente de uma manifestação multitudinária, ideologizada e organizada para esse fim, que contesta o formato de apropriação e manutenção da acumulação imobiliária; e, na falta de normatização positiva detalhada que dê conta da composição de tal ordem de conflitos, a Constituição encerra conceitos – como a função social da propriedade – capazes de, impulsionados pela devida distinção hermenêutica, demonstrar e fundamentar decisões que deem efetividade a essas e a outras promessas da modernidade.

Ovídio Baptista novamente empresta guarida à crítica da normatização perniciososa, quando examina a estrutura do ato jurisdicional, considerando a interpretação do art. 131 do Digesto Instrumental, ao afastar a concepção tacanha que deflagra um processo de igualização perversa das demandas,

² Cá se diga que um dos fatos que traduz esse paradoxo com competência invejável, é a reforma agrária. Após a diminuição das invasões de terra verificadas na primeira metade do governo Lula, agora, o MST retorna com força, retomando as invasões, construindo um propósito social de enfrentamento do poder judiciário e comprovando que o direito, de fato, não encontra meios nem sequer de contribuir para a busca da solução do conflito entre os sem-terra e os ruralistas, num prenúncio malfadado de um novo eldorado dos carajás.

abandonando a personalidade que cada feito carrega consigo. Nesse sentido, suas alterações:

A estrutura elementar de qualquer julgamento, seja jurídico ou moral, pressupõe juízos sobre condutas humanas, portanto nunca decisões sobre puras normas. Descobre-se o direito a partir do fato. Sem fato contextualizado, o direito, que é uma espécie de conhecimento prático, não poderá ser descoberto. Pois bem, se isto é verdade, então não será o direito, abstratamente contido nos códigos, o objeto da decisão judicial. A jurisdição cuida de um direito subjetivo. Trata-o como uma realidade espacial e temporalmente situada, a partir de um conjunto de fatos e circunstâncias que lhe darão concreção. Esta óbvia exigência, de resto, está expressa no art. 131 do Código de Processo Civil, que manda o juiz atender aos fatos e circunstâncias da causa. É claro que esta exigência não poderá estar contida na norma que dispõe sobre direitos subjetivos, *normatizados* num dado preceito legal. Os fatos e circunstâncias da causa jamais estarão contidos na norma (SILVA, 2008, p. 277).

Nesse mesmo talante, no dizer de Streck (2002, p. 84), o individualismo e o formalismo do Judiciário contribuem para o agravamento da problemática: o arraigado senso de que os direitos individuais estão acima da comunidade, combinando com o apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais – fruto de uma *era da técnica* –, forjam um Judiciário atônito, que funda uma espécie de autofagia das estruturas socioeconômicas, distanciando-se dos conflitos de interesses. A questão dos recursos como meios protelatórios, que tem no Estado seu mais notável representante, põe-se exatamente nessa esteira de burocratização sintomática do Judiciário. Como afirma Baptista da Silva, “não se pode perder de vista que a presença do Poder Público entre os tribunais é uma clara expressão da natureza burocrática e regulamentar do Estado contemporâneo.” (SILVA, 2006, p. 262).

Assim, o constitucionalismo atual desprestigia essa materialidade oriunda das bases de sua constituição – que deveria ser ínsita a sua aplicação –, já que as instituições – principalmente o Judiciário – tem fragilizado seu poder, supervalorizando as codificações, fruto das maiorias transitórias.

Ovídio Baptista da Silva questiona a potencialidade de realização da inclusão social através do preceito da igualdade quando se registra um paradigma estatal preponderantemente liberal e que ainda compartilha com a ideia de acumulação de riqueza, indiferença à miséria e regência econômica do mercado. Na verdade, Baptista alcança a ilação de que a liberdade e a igualdade não conseguem conviver, se consideradas suas acepções genéticas e plenas. Para ele, a defesa incondicional da liberdade sufoca a igualdade. A esse teor, veja-se sua argumentação:

Dentre as inúmeras contradições existentes na formação do conceito de democracia que nos foi transmitido pelo liberalismo, duas encontram-se em seus próprios objetivos básicos, quais sejam, a busca da *igualdade* e, ao mesmo tempo, a defesa radical da *liberdade*. Estes objetivos naturalmente são entre si antagônicos. A ampla liberdade postulada pelos liberais tem por fim reduzir a figura do Estado. Sua intervenção deverá ocorrer apenas nos momentos em que seja indispensável assegurar o exercício pleno da liberdade. O objetivo, porém, quando levado às últimas conseqüências, como agora pretende atingi-lo através do “Estado mínimo”, pode muito bem aproximar-se de uma espécie de *darwinismo* social, praticado em favor das classes dominantes (SILVA, 2006, p. 311).

A afirmação de Ovídio Baptista é contundente e ataca o âmago do Estado Constitucional, que se arrima nas revoluções francesa e americana, perseguindo exatamente a convivência harmoniosa entre o princípio da igualdade e da liberdade. Todavia, se considerados os aspectos que ofertam esteio aos princípios em testilha, o argumento parece

bastante razoável, já que a igualdade, em sua acepção clássica, não encontra campo fértil de aplicação no sistema neoliberal, que, à medida que percebe o avanço da globalização, torna-se cada vez mais excludente.

Como outras de suas posições vanguardistas, certamente causa estranheza aos constitucionalistas, mas o certo é que a liberdade, tutelada especialmente no livre exercício do direito de propriedade, no livre comércio e na possibilidade de inexistência de óbices ao exercício da consciência, da expressão, da religião e de quaisquer espécies de manifestação, registra um acento muito mais cativo no Estado contemporâneo. A igualdade acaba sendo relegada à condição de coadjuvante, já que os programas sociais, em regra, registram caráter assistencialista e o mercado continua ditando as regras e afastando cada vez mais os pobres dos ricos. Ademais, é evidente o processo excludente e de firmação de estereótipos do liberalismo:

As ciências da ‘descoberta’ – que são as únicas que o pensamento moderno considera verdadeiras ciências – ignoram o *individual*, aquilo que o fenômeno tem de singular, despe-o de tudo o que nele possa representar a *diferença*, para, com o esqueleto que restou, com as *identidades*, construir a regra (SILVA, 2006, p. 266).

A par desse debate, tem-se que muito mais do que a mera adequação do princípio aos fatos, o julgador deve adotar uma conduta positiva, no sentido de ultimar a superação das diferenças, olhando para o *discrímen* constitucional como um instrumento de defesa das minorias, dentre as quais estão as populações de risco, sem acesso à habitação digna. Ou seja, o princípio da isonomia constitui-se num dos fortes recursos jurídico/sociais de superação das diferenças e combate às posturas discriminatórias, devendo nortear a conduta do Judiciário no combate a tão frequente omissão do Estado/Leviatã.

5.2 O COMPROMISSO RACIONALISTA DA JURISDIÇÃO

O Estado Moderno, como dito alhures, enfrenta uma crise de identidade, que encontra diversos matizes. A crise é fruto da insuficiência conceitual que o Estado revela diante das pretensões que registra, especialmente em face do mosaico de sustentação que foi angariando ao longo da história.

Ovídio Baptista da Silva aponta para um antagonismo entre a liberdade – pretendida pelo liberalismo – e a igualdade³, cujos valores não poderiam ser alcançados num sistema progressivamente excludente, como tem se revelado o liberal. Ademais, sinala a herança racionalista como um dos precípuos empecos do aprimoramento da eficácia das funções do Estado e da efetividade jurisdicional. Baptista da Silva efetua construção interessante no sentido de coadunar o exame do racionalismo moderno com a democracia, que teria privilegiado a justiça comutativa aristotélica, abandonando seu caráter distributivo, o que funda, também, o escopo liberal. A esse teor, suas afirmações:

O direito racional moderno, por exemplo, privilegiou apenas uma das formas de justiça preconizada por Aristóteles, legitimando somente a ‘justiça comutativa’, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da ‘justiça distributiva’ que, como é natural,

³ Nessa linha, as alterações do Autor: Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função de resultado, única maneira de dar sentido ao conceito de igualdade. Na medida em que liberalismo é a defesa do governo racional, baseado no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se lhe apresenta como um conceito nivelador, anti-intelectual e inevitavelmente extremista; para concluir: “O próprio termo “liberal” incorpora não só o significado político, mas a prática da largueza, do *noblesse oblige*. Indivíduos poderosos podem ser liberais em sua distribuição dos valores materiais e sociais. E vemos aqui, muito abertamente, o vínculo existente com o conceito de aristocracia, ao qual o liberalismo pretende se opor.” (SILVA, 2006, p. 312).

antes de ter por fim a conservação do *statu quo*, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Conseqüentemente, não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, com sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça (SILVA, 2006, p. 68).

Ademais, o direito ainda enfrenta o paradigma absolutista de que a lei é o depositário de todas as esperanças do Estado e do indivíduo, bem como o sustentáculo que a Ciência Jurídica oferece ao aparato estatal. Logicamente que esse caráter positivista ortodoxo e pernicioso acaba por influenciar o perfil do Estado, que se inclina para uma identidade fulcrada no exercício objetivo e lógico da norma, em descompasso com uma sociedade cada vez mais complexa.

O apego às formas do jusracionalismo faz do direito uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

O paradigma racionalista, dessa forma, representa um compromisso científico com a exatidão e com o rigor lógico: somente a partir de uma *racionalidade* o direito natural encontrava sustentação, exatamente quando procurava distinguir-se do absolutismo. O movimento de afirmação do antropocentrismo precisou firmar-se em bases que permitissem a sua oposição ao teocentrismo. Decorre daí, então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito e justificava o jusracionalismo.

A par da exatidão, também constituem marcas do racionalismo a exaltação da segurança jurídica, mencionada anteriormente, e a aparente neutralidade do julgador, esta conferida pela sustentação do dogma da univocidade da norma jurídica.⁴

⁴ O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade

O espectro epistemológico da Ciência Jurídica, portanto, está vinculado a esse paradigma da precisão, que se afasta da compreensão, informada pelo razoável e pelo plausível, consolidando a ideia de univocidade do sentido da norma.

Para a materialização desse desiderato, o direito lança mão das formulações lógicas, comprometidas com princípios metafísicos e que ainda reverenciam a atemporalidade e a supraespacialidade, propósitos típicos de uma postura que procurou conferir validade universal à Ciência Jurídica, consequência da necessidade de afirmação do antropocentrismo.

Quando se afirma a univocidade do sentido da norma, sob a justificativa de que é necessário conferir neutralidade à atuação da jurisdição, retira-se do julgador a possibilidade de crítica. Retira-se a *responsabilidade* da jurisdição que é transferida para quem elabora a norma. A norma é que é justa ou injusta, não a sua aplicação ao caso concreto. Então, a missão da jurisdição não encontra relação com a realização da justiça, na medida em que se trata, apenas, de *aplicar* a norma.

Esses objetivos também são alcançados pela segurança jurídica, afastando-se a materialização da justiça e a efetividade jurisdicional.⁵

do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado (SILVA, 2006, p. 271).

⁵ A criação do ‘mundo jurídico’, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas ‘verdades eternas’ que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos

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

Para romper com essa ideia de formalismo jurídico, é necessário reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, aceitando-se que a verdade obtível é sempre relativa. Certamente que o pensamento dogmático é fruto da formação acadêmica dos juristas, porquanto tem como paradigma fundante a repetição sintomática que firma uma dependência epidêmica da lei, formando eternos alimentadores dessa vetusta prática alienada. Como afirma Ovídio ‘Baptista: “A aceitabilidade racional”, expressa pelo *verossímil* no pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.” (SILVA, 2006. p. 271).

Além disso, o abandono da lógica tradicional, nas ciências do espírito, encontra justificativa também no fato de que o Direito se depara com a questão das noções lingüísticas, que são as representações gerais conferidas pelo filósofo da linguagem. Nesse sentido, Cassirer (1992b, p. 43) afirma que “[...] a forma que conduz aos conceitos verbais primários e a determinadas denotações linguísticas não é prescrita de modo simples e unívoco pelo próprio objeto, mas, ao contrário, abre um amplo campo de ação para a livre atividade da linguagem.”

Costuma-se diferenciar ciência jurídica da ciência do direito. A primeira, *ciência jurídica*, designa “a ciência que trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos” (RADBRUCH, 1979, p. 227), podendo ser definida também

juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura (SILVA, 2006, p. 79).

como a “ciência do sentido objectivo do direito ou de qualquer ‘ordem jurídica’ positiva.” (RADBRUCH, 1979, p. 228).

Compreende-se por *ciência do direito* aquela que se ocupa do confronto do ordenamento com as questões que se apresentam ou, no dizer de Larenz, “aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado” (LARENZ, 1997, p. 1).

Ademais, a Ciência Jurídica não avança de modo igual às demais áreas do conhecimento científico, face às peculiaridades que lhe são imanentes. Nesse trilho, pode-se recuperar a afirmação de Biondi, quando destaca que:

*Formule e rigore sono fatte per le leggi di natura, che per postulato sono inflessibili e rigide, ma non per la realtà sociale che è così mutevole e varia da escludere ogni rigidità: il fenomeno giuridico è ben diverso dal fenomeno naturale.*⁶ E, prosseguindo, indaga Biondi: “Dobbiamo forse percorrere a ritroso la storia della nostra scienza?”⁷ (BIONDI, 1954, p. 399-400).

A ciência jurídica distingue-se das outras ciências do espírito, porque, no âmbito jurídico, a interpretação encontra uma “palavra final” no próprio sistema, a partir da decisão judicial não passível de recurso. Essa qualidade não é encontrada em outras ciências sociais, onde a interpretação não é, ao final, “derrotada” pela definitiva decisão judicial.

A compreensão do método da Ciência Jurídica, assim, parece constituir-se num dos calcanhares de Aquiles do direito. A busca da exatacompreensão de seu viés metodológico, assim, revela-se num dos passos necessários ao alcance da efetividade e da realização das pretensões

⁶ “Fórmulas e rigor são feitos para as leis da natureza, que por essência são inflexíveis e rígidas, mas não para a realidade social que é assim mutável e varia excluindo a rigidez: o fenômeno jurídico é muito diferente do fenômeno natural.” (BIONDI, 1954, p. 399).

⁷ “Deveremos talvez retroceder na história da nossa ciência?” (BIONDI, 1954, p. 400).

materiais almejadas pelo direito.⁸

Todavia, o conhecimento científico é constituído a partir das condições e da evolução de um grupo, sendo o portador de características culturais, históricas, econômicas e sociais. Então, não pode ser considerado isoladamente, sem a percepção dessas condições. É por isso que Thomas Kuhn assevera “O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam.” (KUHN, 1997, p. 257).

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinha com as concepções teológicas da Idade Média. Nesse ponto, importante a independência da doutrina religiosa. Essa “libertação” é descrita por Wieacker:

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral (WIEACKER, 1967, p. 306).

A partir disso, procurou-se desenvolver um método capaz de assegurar validade universal ao direito, mediante a

⁸ O mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou (ARENDDT, 1987, p. 301).

afirmação da atemporalidade e da supraespacialidade.⁹

Dessarte, a aplicação da filosofia da linguagem ao Direito possibilita a adequação do provimento jurídico final aos anseios sociais, numa integração racional das figuras sociais (sociedade jurídica e sociedade civil). Perceber essa realidade e a partir da análise do modo de produção do Direito, dar azo à sedimentação de uma nova forma de compreensão da Ciência Jurídica e sua aplicação é o desafio que se apresenta, na busca da superação do racionalismo e na luta pela construção da cidadania.

5.3 O CARÁTER TEMPORAL DA JURISDIÇÃO, A (RE) CONSTRUÇÃO DA VERDADE E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO RACIONALISMO

A superação da crise jurisdicional passa necessariamente pela (re) construção das verdades jurídicas e percepção democrática da jurisdição. Tal providência não pode descurar do exame da influência do tempo, aliás, tempo que tem se revelado um algoz mordaz da materialização de políticas inclusivas e um importante elemento de compreensão da modernidade.

O tempo alcança a economia, na aceleração típica da modernidade, que acaba por interligar o mundo, mas também afeta o direito, na medida em que impede a concretização de direitos sociais. Mas muito mais que isso, o tempo registra o elo com o passado – história – que se revela imprescindível

⁹ Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas (KAUFMANN; HASSEMER, 2002, p. 93).

para a (re) construção das verdades jurisdicionais, além de representar elemento constituinte do direito enquanto agente transformador da história, a partir da (re) formulação de paradigmas.

“O tempo é uma instituição social e nesse sentido depende do Direito” (ROCHA, 2003, p. 312). Assim, há um elo importante entre o tempo e o processo, procedimento que viabiliza e (deve) potencializar as pretensões materiais. Ovídio Baptista da Silva, ao examinar o “verdadeiro custo do processo”, que tem por esteio exatamente a temporalidade, em trabalho que enfrenta a abordagem de Chiovenda acerca da regulação da sucumbência¹⁰, aponta o ônus do autor, que registra o encargo da “espera” pela sentença, ao passo que o demandado desfruta do privilégio do *status quo ante*, porquanto os efeitos da decisão o alcançam apenas quando o processo findar.

Contudo, a análise do tempo na modernidade foi absolutamente transformada em face da evolução do conceito de comunicação. A informação imediata interfere também na gestão jurisdicional. Evidente, assim, a ilação de que uma das razões do insucesso das normas é a impossibilidade de acompanhamento do tempo, uma vez que a realidade social se transforma numa velocidade inalcançável, sugerindo que a jurisdição atente a esse aspecto, sob pena de proferir julgamentos que padeçam por ausência de eficácia.

Ovídio Baptista da Silva, ao referir Bauman, também elabora a ideia de colonização do público pelo privado, da individualização como processo de corrosão da cidadania, de

¹⁰ Como assevera Ovídio Baptista da Silva: “[...] o autor é penalizado com o dever de indenizar, se assumir o risco de executar provisoriamente a sentença; ou, o que significa a mesma coisa, efetivar medidas cautelares ou executar algum provimento antecipatório. Nesses casos, porque ele “acelerou” a prestação jurisdicional, deve indenizar, ao passo que o réu, quando sucumbente, usando de todas as faculdades que a lei lhe confere, tendo ‘retardado’ a solução da lide, nada indeniza. O que há de singular nesta estranha solução é que o réu – que jamais tivera direito – nada indeniza, ao passo que o autor que executa provisoriamente a sentença – liminar ou final – deve indenizar, ainda que tenha um direito que o julgador reputou verossímil (SILVA, 2006, p. 212).

processo de avanço de um “sindicato do egoísmo”, fruto da afirmação do neoliberalismo. Nesse sentido:

[...] o interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis (SILVA, 2004, p. 311).

As comunicações *online* propiciaram um método de troca de informações mundial instantânea, o que modificou a noção de tempo-espaço-lugar. Assim, o sujeito pode estar mais próximo de um chinês ou americano estando em sua residência no Brasil, momento em que está distante do vizinho da rua ao lado. De fato, em que pese o vilipêndio à afetividade, às práticas usuais de comunicação presencial, qualificada, que registravam um caráter semiótico e de compreensão plena bem mais acentuado, tem-se que as informações e os contatos alcançam outra perspectiva.

Em contradição a essa realidade está a grande parte do pensamento jurídico contemporâneo, que insiste na dogmatização do direito, numa forma latente de inércia que registra uma pretensão declarada: a manutenção do *status quo*. Isto é, conforme a concepção monista de Giordano Bruno, muito se define, muito se repete, muito se impõe, mas pouco se cria, pouco se questiona e tudo se copia. E isso se deve a fatores intrínsecos e extrínsecos ao mundo jurídico, em especial, à ausência de percepção dos fatos ligados à realidade local e contemporânea e o conseqüente despreparo dos julgadores ao manejo da ontologia e da deontologia.¹¹

Não se pretende sustentar que a dogmática desempenhe apenas um papel nefasto. O saber dogmático também exerce uma função de regulação científica, que não pode ser desprezada, nem mesmo pelas ciências do espírito.

¹¹ Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A dogmática conserva, pelo menos, um componente de organização que não deve ser dispensado.

Com efeito, a ordenação cartesiana não se presta a informar as ciências do espírito, nem mesmo o seu método, que é da compreensão. Porém, tem valia e empresta esse caráter pedagógico à ciência, tornando mais fácil o seu entendimento. Ao justificar tal sustentação, Bachelard destaca a ruptura entre o espírito científico moderno e o simples “espírito de ordem e classificação”. Nas ciências do espírito, os métodos exatos contribuiriam, no máximo, para a adequação deste último, razão pela qual justifica que a dogmática não é de todo inadequada.

Talvez bem resume a questão o pensamento de Zaccaria¹², quando aponta o equívoco de considerar-se o direito um “produto acabado”, o que também decorre da utilização do método das ciências naturais. O direito não é algo acabado, ou que deva ser reproduzido. Precisa, antes, ser compreendido numa atividade interpretativa que é contínua e que não pode estar limitada a um método definido. Limitar o direito a um método significa limitá-lo enquanto ciência, impedindo que cumpra o seu efetivo papel.¹³

¹² Giuseppe Zaccaria refere que “*l'errore della metodologia giuridica del positivismo tradizionale, ancora seguita, nonostante le apparenze, da molta parte della cultura giuridica, è nel concepire e presentare il diritto nell'assetto idealizzato e conclusivo di “prodotto finito” e nell'intendere l'applicazione come il riprodurre, in tutti i casi sussumibili sotto una determinata norma, un significato già compiutamente dato una volta per tutte. La soluzione offerta dal positivismo giuridico normativo assume un concetto di diritto tutto incluso nel dato legislativo, e costretto a tradurre i momenti valutativi, su cui largamente incidono fattori extralegali, nella finzione della soluzione prestabilita.*” (ZACCARIA, 1990, p. 88).

¹³ O abandono da epistemologia das ciências da descoberta, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço. [...]. O *conceitualismo* que sustenta o pensamento dogmático na ciência processual, alimenta-se dessas vertentes doutrinárias. Ele é a grande barreira oposta à criação

O julgador, como operador de uma ciência humana e calcada na verossimilhança, não nas certezas insofismáveis, tem o dever de se ater à demanda buscando a verdade dos fatos, não olvidando, sob nenhuma circunstância, o enfoque da realidade contemporânea e local. O tempo do direito, hoje, também parece constituir-se no tempo do verossímil, das quase-certezas, das quase-verdades, enfim, o tempo do provável e do plausível. Nessa linha, Ovídio Baptista da Silva, ao examinar a tutela antecipatória, afirma:

Certamente, para que se aceite uma tutela processual autônoma e, ao mesmo tempo não satisfativa, será necessário superar o *paradigma* da ordinaryidade, uma vez que essa *terminalidade* processual representará uma forma de tutela fundada em juízo de verossimilhança que, para a doutrina, nunca poderá ser processualmente autônomo, no sentido de julgamento que encerre a respectiva relação processual (SILVA, 2004, p. 231).

A verdade como percepção dos fatos cotidianos que se introjetam no fenômeno jurídico deve ser vista sob a ótica do senso comum¹⁴, que consiste em dizer o que é correto e verdadeiro com base no provável/plausível, pois este é o senso que institui a sociedade; a construção da verdade surge então como defesa do provável e fundamenta-se na existência moral e histórica do homem. Nos dizeres de Gadamer: “bom senso é o remédio contra o sonambulismo da metafísica e contém o fundamento de uma filosofia moral, que é justificada em relação à vida da sociedade.” (GADAMER, 1999).

A utilização da linguagem proporciona ao julgador a compreensão da realidade da lide, já que na linguagem que o

jurisprudencial do Direito, conseqüentemente à Hermenêutica.” (ZACCARIA, 1990, p. 84).

¹⁴ Consigna-se, a título de oportunizar uma renovada reflexão, a lição da lavra de Rubens Alves, ao tratar da temática ‘o senso comum e a ciência’, após advertir para os riscos concentrados no cientista (porque tipo como o dono do saber). Ao se perguntar sobre o que é o senso comum, responde: “prefiro não definir”. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência [...] (ALVES, 2002, p. 9-37).

homem frequentemente decai; a queda é a mais explícita maneira de inautenticidade, a forma estabilizada da vida cotidiana como envolvimento estruturada sobre a preocupação e a solicitude (NUNES, 2002, p. 2). Na convivência, o ser se objetiva ou impessoaliza. O ser humano é falante – e a linguagem lhe proporciona meio de abertura –, como um prolongamento da interpretação. Durante as audiências, o julgador, num diálogo franco com as partes – numa integração com o conhecimento humano – tem a possibilidade de perceber os fatos jurídicos e humanos que norteiam a demanda, contemplando o ato judicante socialmente válido.

Nesse diapasão, o sistema processual de 1973 concebeu o processo de conhecimento como procedimento destinado, por definição, à busca da verdade acerca do direito controvertido, o que estaria a revelar seu compromisso com a ideia racionalista de unidade e plenitude do sistema jurídico. Ao processo de conhecimento caberia alcançar essa verdade, sendo a sentença a manifestação em que o juiz revelaria o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final desse percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes. Destarte, a construção da verdade deixa de prevalecer, dando azo às presunções que caminham em sentidos opostos. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, ao atestar a ineficácia do processo de conhecimento:

Nosso ‘procedimento comum’, composto pelos dois ramos que o acompanham desde o século XIV, o *ordinário* e o *sumário* do art. 275 de nosso Código, conservou-se fiel aos pressupostos romanos, reproduzindo sua estrutura originária: – é um procedimento que pressupõe uma *obrigação* como fonte da ação a qual, por sua vez, dá origem a uma sentença condenatória, que irá produzir uma ação executória. A conhecida fórmula romana tinha esta estrutura: *obligatio + actio + litis contestatio*¹⁵ + *condemnatio*, gerando uma *actioiudicati* (SILVA, 2004, p. 131).

¹⁵ *Litis contestatio* era o ato solene de aceitação do juízo, perante testemunhas, uma espécie de contrato judicial.

A *aporía* fundamental do julgador é descobrir o justo para o caso concreto. Se a lei reflete justiça, deve ser aplicada, caso contrário, deve o julgador buscar outros elementos no sistema jurídico, ou até fora dele, para promover efetiva justiça, que, no caso, deriva da consideração inelutável da Constituição.

Nesse contexto, vale sublinhar que, embora a sociedade pós-moderna tenha alcançado um perfil capitalista-perverso, onde o consumismo e a competitividade constituem-se em verdugos mordazes da qualidade de vida e das relações de afeto, parece que a aposta na fraternidade é o que ainda oferece alicerce à construção de um novo paradigma de vida. Essa concepção solidária fundamenta a condição de possibilidade de uma inclusão social protagonizada por um espaço público forjado na própria sociedade, do qual o Estado seja um interlocutor qualificado.

Mas essa forma de pensar e agir deve ser construída a partir da valorização da alteridade. A igualdade produz-se na diferença e a diferença encontra campo fértil na igualdade. O paradoxo de caráter principiológico é um dos baluartes de inclusão da pós-modernidade, contudo, revela-se de difícil gestão, na medida em que reclama o fomento à diferença sem afrontar os paradigmas de igualdades positivas, que buscam a inclusão permanente. Nesse sentido, parece indispensável o incremento da alteridade e de construção de uma diferenciação positiva, que reconheça a pluralidade da constituição social (diferença) e a identidade no trato jurídico (igualdade).

Assim, a inclusão, mediante o alcance de uma jurisdição democrática, que reconheça a diferença na composição da sociedade, mas a igualdade no trato jurídico, oferece uma alternativa coerente de superação da exclusão e da igualização perversa, fundamentando o que se convencionou chamar de “jurisdição-participação”.

5.4. À GUIZA DE CONCLUSÃO: A DECISÃO E A (IN)SUFICIÊNCIA DO LIBERALISMO-RACIONAL NA JURISDIÇÃO

O abandono do racionalismo, da tradição cartesiana, traduz-se em pressuposto da arquitetura de uma cultura jurídica adequada, liberta das amarras da certeza e da logicidade. A verdade absoluta, nesse cenário, não encontra lugar, de sorte que a verossimilhança, a quase-certeza, a relatividade e a plausibilidade põem-se como esteio do Direito Moderno, que impõe uma prestação jurisdicional dotada de efetividade e que alcance os anseios da sociedade.

“O *paradigma*, reduzindo o direito à norma, torna o jurista incapaz de operar com a realidade.” (SILVA, 2004, p. 109) O distanciamento entre fato e direito, fundando uma normatização fechada, que traduz o distanciamento da sociedade, da vida que firma o próprio direito, produz um cenário nefasto, que reproduz o positivismo arcaico, refém da lei dotada de sentido unívoco.¹⁶

Assim, a partir do exame das crises do Estado Moderno, especialmente as crises estrutural, funcional e constitucional, é possível contextualizar a crise jurisdicional, que provém da autofagia do Estado, das questões estruturais, da ausência de critérios de gestão do tempo e da influência perniciosa da economia, fruto da presença ainda robusta do individualismo-liberal. Como conclui Ovídio Baptista da Silva:

[...] a ‘ideologia legitimante’ do capitalismo não apenas teve vitalidade para conservar-se incólume, como globalizou-se, assumindo dimensões jamais imaginadas, capaz de submeter as nações,

¹⁶ “Não se pode, por isso, pretender a superação do *paradigma* racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’.” (SILVA, 2004, p. 301).

especialmente as que se acham fora dos centros de hegemonia capitalista, à soberania incontestável do 'mercado', obrigando seus governos a assistirem impotentes o paulatino esvaziamento de seus antigos poderes, subjugando populações inteiras, em que a miséria e a exclusão social expandem-se cada vez mais (SILVA, 2004, p. 277).

O Estado Social, por sua vez, além de alcançar suas bases fundantes, implementando políticas de educação, saúde, ação social e de ordem laboral, tem um caráter complementar que é a missão de superação (efetiva) do liberalismo, mediante a desburocratização do acesso aos instrumentos democráticos e o combate à pobreza e à concentração de renda, compromissos (dirigentes) de ordem constitucional.

É necessário, portanto, reconhecer essa realidade, fruto da incapacidade e da ausência de desejo do liberalismo materializar a igualdade, através do abandono dos porões, do passamento do inconformismo e da retomada do sentimento de encoleirização do indivíduo, que almeja o rompimento das amarras e das grades que tornam todos prisioneiros da liberdade ultrajante.¹⁷

Enfim, a eficiência fiscal viabilizaria, inclusive, a desnecessidade de mudança na matriz tributária, prática que, junto com as privatizações, tem representado o principal foco de ação dos governos, reforçando o caráter liberal do Estado.

Nessa mesma esteira, os investimentos de ordem social, com priorização do setor produtivo, também são fundantes da revitalização do Estado Social. Logicamente que os investimentos sociais não devem ser considerados em sua forma indireta, sob pena de se cancelar a ideia de que os

¹⁷ Como se pode imaginar a prática da igualdade, como princípio democrático, entre o volume extraordinário de acumulação de riqueza em mãos de uma elite numericamente inexpressiva, em oposição a formas nunca vistas de pobreza e degradação humana em que sobrevivem contingentes cada vez maiores de grupos populacionais excluídos? (SILVA, 2004, p. 316).

incentivos fiscais seriam uma forma de inclusão social, a partir da geração de novos postos no mercado de trabalho, retomando o caráter liberal do Estado. Os investimentos sociais devem se nortear pelas políticas inclusivas planejadas, de efetiva inserção, rechaçando-se o assistencialismo e as políticas paliativas que vilipendiam o Erário em prol de interesses particulares e não modificam o panorama classístico.¹⁸

Ademais, todo compromisso liberal-individualista presente na base estruturante do Estadotambém influencia de forma decisiva a jurisdição, que não apresenta alternativas nem disposição de rompimento das amarras que a prendem à ordinariedade e ao privatismo. “O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema.” (SILVA, 2004, p. 297). Como complementa Ovídio Baptista da Silva, a exacerbação dos valores individuais, firmando o liberalismo, traduz uma desesperança ao Estado e, por via de consequência, ao direito:

A democracia teve origem numa concepção segundo a qual a sociedade, qualquer que ela seja, especialmente a sociedade política, ao contrário da concepção orgânica dominante na antiguidade e na Idade Média, seria um “produto artificial” criado pela vontade dos indivíduos. Esta, aliás, é a marca congênita do pensamento político moderno. O individualismo, não apenas está inscrito no cerne das instituições modernas, como se amplia e reforça na medida que os sistemas sociais contemporâneos desenvolvem-se, seguindo uma lógica imanente. Este é o pressuposto fundamental que nos impede de alimentar a ilusão de que se possa transformar o Direito sem que as instituições políticas sejam, nalguma medida, igualmente transformadas (SILVA, 2004, p. 306).

¹⁸ Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranquilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos (SILVA, 2004, p. 316-317).

Já no que concerne às ciências do espírito, dentre as quais se põe o direito, uma das discussões que se estabeleceram refere-se exatamente à existência de um método próprio, que lhes seja adequado e peculiar. O que se assistiu foi uma incorporação do método específico das ciências da natureza que, todavia, revela-se incapaz de atender às múltiplas dimensões das ciências sociais, onde a inexatidão é a referência. Pretender conformar esse conhecimento a métodos que privilegiem a exatidão e o rigor equivale a tolher a própria ciência, impedindo o pleno desenvolvimento de sua dimensão epistemológica. Como assevera Ovídio Baptista da Silva, ao examinar a influência desse malfadado método no direito, fruto da adoção de um mecanismo algébrico, totalmente dissonante das pretensões que devem ser almejadas pela Ciência Jurídica, propondo uma aproximação com o método das ciências históricas, próximo da diferença, da alteridade e das verdades relativas. Nessa esteira, calha referir suas conclusões:

A resistência oferecida pelo sistema, já o dissemos, é uma consequência da própria lógica matemática que estrutura o pensamento jurídico moderno, perante o qual ou o juiz será servo da lei ou, ao contrário, arbitrário. Esta lógica não admite a existência do que seria um termo médio, uma sentença que, não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade (SILVA, 2004, p. 292).

O paradigma trazido pelo racionalismo, de construção de verdades que apresentassem uma validade universal, testáveis e bem definidas, serve apenas às investigações das ciências naturais. Sua incorporação pelas ciências do espírito que se consumou no final da Idade Média produziu uma radical transformação no modo de compreensão do direito, e, especialmente, da forma de atuação da jurisdição.

Assim, o estabelecimento de uma jurisdição democrática passa, também, pela superação do compromisso liberal-individualista do Estado e pelo alcance de um certo equilíbrio

do Estado Social. Ademais, a inumação do racionalismo e da tradição cartesiana, positivista e das ciências da consciência é caminho obrigatório para que se estabeleça uma (re) construção da verdade jurisdicional e a (re) locação dos espaços perdidos do Estado, que, integrado com a sociedade, deve retomar seu poder fundante. Mas, como alerta Baptista da Silva, lembrando Carnelutti “para que o juiz decida é necessário, antes *decidir-se*.” (SILVA, 2004, p. 114).

O compromisso com o racionalismo, que guarda linearidade com o liberalismo-burguês, tem origem, na verdade, no próprio Direito Romano, que malfadadamente ainda influencia o Direito Moderno.¹⁹

A ideia de crise do Estado, que se encontra embrechada na ineficácia jurisdicional, logicamente, é fruto do mercantilismo. Contudo, a (re) construção do Estado e a (re) definição dos papéis das instituições passa pelo rompimento com o pacto de mediocridade governamental, que produz políticas assistencialistas-populistas sob o pretexto de atender a igualdade constitucional, quando se percebe, na realidade, a aplicação irrestrita da liberdade – especialmente a de mercado –, produzindo um distanciamento gradativo e crescente entre ricos e pobres.²⁰

Paralelamente, a concepção de individualismo egoísta, de execração das pretensões coletivas, voltadas para o bem comum, também reflete na postura do Estado Moderno. Noutra esteira, tem-se o rechaçamento do individualismo

¹⁹ “Mercantilismo e *privatização* da jurisdição convivem desde o período do direito romano decadente. É claro que o padrão foi exacerbado, a partir do século XVIII, como mostra John G. A. Pocock, em obra extraordinária, devido ao desenvolvimento do sistema de crédito público, responsável pela mercantilização geral das relações entre cidadãos e governo, fazendo com que as relações políticas se tornassem relações entre credores e devedores.” (SILVA, 2004, p. 198).

²⁰ Como alterca Ovídio Baptista da Silva: “Esse exacerbado normativismo é o pilar que sustenta o dogmatismo de nossa formação universitária”. É ele que permite a constituição de um ensino do Direito abstrato, formal e acrítico, permitindo que os juristas alimentem a ilusão de produzir uma ciência do Direito neutra quanto a valores, mantendo-os distantes e alienados de seus compromissos sociais.” (SILVA, 2004, p. 50).

concebido como produtor de diferenças, chancelador das particularidades e do mosaico personalíssimo que compõe a modernidade. O processo de igualização perversa, portanto, torna-se característica precípua do liberalismo, com a pretensão excludente de estereotipação e de definição de papéis prepostos, que discriminam e intentam sepultar o pluralismo, elemento notório do período presente.²¹

A crise da jurisdição e a busca da identidade do Estado, assim, pressupõem honestidade metodológica, no sentido de perceber a *práxis* contemporânea, sem negar as políticas excludentes patrocinadas pelo liberalismo, nem tampouco o caráter assistencialista do planejamento social, que opta por oferecer migalhas àqueles que há muito foram abandonados pelo Estado.

6 CONCLUSÃO

Os códigos, em regra, encontram-se comprometidos com posições conservadoras; entretanto, não há como deixar de mencionar que a asseguaração da disciplina jurídica originou-se, em muitas oportunidades, de processos revolucionários. Mas mesmo nessas ocasiões a codificação tornou-se produto da ideologia conservadora, na medida em que o estabelecimento de óbices ao acompanhamento da evolução social e da mudança dos processos de convivência na modernidade distanciaram o direito da pretensão de realização da justiça.

A instrumentalidade do Direito, assim, foi decisiva para o estabelecimento de seu caráter liberal-racionalista. A história

²¹ Certamente ricos e pobres, poderosos e humildes sempre existiram, em todos os regimes políticos. Nossa experiência das desigualdades sociais, porém, oferece uma nota peculiar. É que, como observou Arnold Toynbee, o célebre historiador inglês, as outras vinte civilizações já desaparecidas tinham as desigualdades sociais como um fenômeno “natural”, contra o qual nada se poderia fazer, enquanto a nossa finalmente descobriu que a pobreza não é uma contingência natural, de modo que “a sempre antipática desigualdade na distribuição dos bens deste mundo, deixando de ser uma necessidade prática, transformou-se numa enormidade moral (SILVA, 2004, p. 316).

firmou o apego excessivo do direito ao formalismo, ao procedimento, aproximando-o da logicidade. A certeza passou a ser um sujeito presente no cerne de todo debate envolvendo a Ciência Jurídica.

A retomada da personalidade dos indivíduos, da ideia de rechaçamento do processo de esteriotipação, do enquadramento classístico, político, profissional e sexual, constituem-se em pressupostos de superação do caráter excludente do liberalismo. O reconhecimento da individualidade enquanto constituinte da sociedade, que produz diferenças que firmam o pluralismo e o combate à igualdade estrutural, que intenta a manutenção do *status quo*, também se firmam como condições de superação do liberalismo que funda a modernidade líquida descrita por Bauman.

A Jurisdição, por sua vez, também associada ao modelo liberal, só será protagonista de um ordenamento que gere inclusão na medida em que romper com o dogmatismo, ainda alicerçado na *actio* romana e motivador da repetição sintomática da jurisprudência, aproximando-se da autenticidade jurisdicional e do conceito de sentença concebido por Liebman, definida como ato de intelectualivo.

As decisões, na verdade, constituem-se hoje num produto da tecnologia jurídica, da era da técnica, da massificação de procedimentos e do tolhimento da personalidade das demandas. O Direito fez uma clara opção de exclusão do indivíduo e de generalização procedimental, esquecendo-se que as demandas fundam-se nos desejos e nas pretensões de pessoas, não se constituindo no fruto do acaso ou em mais uma engrenagem do Estado burocrático.

A concepção romana da jurisdição era marcada essencialmente pela divisão das funções *iurisdictio* e *imperium*, exercitadas respectivamente pelo juiz privado e pelo pretor. Essa separação manteve-se nos dois primeiros períodos do processo romano, das *legis actiones* e no período *per formulas*, deixando de existir no terceiro período, da *extraordinaria cognitio*. Todavia, o processo contemporâneo foi informado especialmente pelo período formulário, o que justifica a dicotomia das funções.

O primeiro período, das *legis actiones*, caracteriza-se pelo extremado rigor, restringindo-se a atividade jurisdicional à aplicação das ações da lei, limitadas a cinco. Desse período, também, a *actio per manus iniectioem*, procedimento executivo que permitia alcançar a pessoa do devedor, no caso de inadimplemento. Assim, uma das características desse período é exatamente a força executiva que se poderia conferir à *actio*. No entanto, o culto à forma, típica característica desse período, conduziu a sua substituição pelas fórmulas que permitiam maior liberdade à atividade jurisdicional.

Foi no período formulário que a *actio* perdeu toda a sua força executiva, mas isso ocorreu enquanto se manteve uma das características do primeiro período que era a *litis contestatio*, momento de delimitação e deestabilização da lide. Nesse segundo momento do processo romano, o processo era inaugurado pela fórmula do pretor, de nítida inspiração na *litis contestatio*. A função pretoriana, aqui, era de ordenar a maneira pela qual tramitaria a ação, realizando uma cognição sumária e remetendo para o juiz privado a apreciação definitiva dos fatos.

A partir dessas ordens, ou fórmulas, poderia iniciar-se a *condemnatio*, procedimento que sempre implicava uma condenação pecuniária, totalmente desprovido de força executiva. A propósito, a *condemnatio* não impunha nada ao devedor, limitando-se a recomendar uma conduta, a partir do reconhecimento do descumprimento da obrigação. Acaso o devedor não cumprisse voluntariamente a obrigação produto da *condemnatio*, restava ao credor a *actio iudicati*, que deveria repetir-se até o momento em que o devedor deixasse de resistir. A *condemnatio*, assim, não produzia qualquer efeito sobre a obrigação. Situação diversa, porém, ocorria na *actio iudicati*, cujo resultado poderia representar até mesmo a dobra do valor da obrigação inadimplida e conduzia, enfim, ao início da execução.

O necessário resultado pecuniário da condenação é um elemento importante do período formulário, porque tal característica conduziu ao desenvolvimento de uma atividade

paralela que ficou ao encargo do magistrado e expressava-se especialmente através dos interditos, que eram ordens emanadas desse pretor. Desse período, também, é a consolidação da diferenciação entre *actio* e *vindicatio*, destinando-se a primeira às ações pessoais. A *vindicatio* prestava-se a resolver as pretensões relativas aos direitos reais. Assim, a *obligatio* romana era objeto da *condemnatio* para, depois, constituir-se em fundamento da *actio iudicati*. Esse procedimento privado, contudo, era precedido da análise do pretor, que se realizava na concessão da fórmula.

Embora essa feição publicista que conforma a jurisdição no sistema processual contemporâneo, ainda mantém características da primitiva orientação privada. É o caso, por exemplo, da dependência da iniciativa da parte, para a provocação e atuação da tutela jurisdicional. Essa natureza privada que atende à proposição do mercantilismo econômico permitiu a redução da atividade do juiz, tolhendo-lhe a capacidade de criação do direito e, ainda, afastando a natureza executiva da atividade que passa a ser compreendida unicamente com um propósito declarativo.

O Direito Romano valorizava a atividade volitiva do juiz, expressa nos juízos de plausibilidade contidos nas emanações do pretor. Diversamente, no sistema processual contemporâneo, valoriza-se o elemento lógico, o que resta perfeitamente adequado à concepção declaratória que se faz da jurisdição e, também, ao enfraquecimento do poder do juiz. Essa inversão é produto do Racionalismo, atendendo plenamente às cartesianas exigências de certeza e dessegurança jurídica. O procedimentalismo da ciência jurídica também contribui no mesmo sentido, na medida em que um direito processual mais procedimental reforça os propósitos da abstração, favorecendo a justificação autônoma do processo.

Em geral, a tradicional concepção da condenação reconhece nela a presença de dois elementos: o declaratório, que produz a certeza antes da atuação de império – um voto ao paradigma racionalista – e uma injunção, uma ordem ao juízo da execução, o que permitiria a abertura dessa via. Embora as diversas opiniões nesse sentido, é difícil sustentar

a existência de uma injunção na condenação, tal como apresentada no sistema processual contemporâneo.

Que espécie de injunção é essa que depende da *vontade* do autor, agora reconhecido credor, em iniciar o processo de execução? Na melhor das hipóteses, pode-se cogitar de uma simples autorização, não de uma injunção. Injurgir é mais, é obrigar e impor. A condenação não impõe coisa alguma a ninguém, nem ao juízo da execução que se iniciará, que depende mesmo é da vontade do credor, em iniciar a execução. Não é possível dizer, então, que há injunção na condenação, quando se exige a atuação do credor para sua realização.

Igualmente, não encontra justificada sustentação o argumento de que a condenação transformaria a sanção abstrata em concreta e eficiente, que foi amplamente defendido por Liebman. Esse argumento não consegue, por exemplo, distinguir condenação de uma simples declaração. A concretude da sanção é, apenas, a possibilidade de inaugurar a execução, porque a *imposição* contida na condenação não tem efeito algum, já que o devedor pode ou não cumprir o comando condenatório.

Assim, a compreensão da condenação haverá de restar contida em seu primeiro elemento, ou seja, aquele declaratório, que é o único que subsiste. Não há justificativa, então, para distinguir a condenação da declaração. A única diferença efetiva, de fato, é o verbo *condeno* que os dicionários definem como uma declaração de incidência numa pena. Triste é perceber que nem isso a condenação moderna faz, em sua atual conformação. E embora já no Direito Romano houvesse a distinção entre a *condemnatio* e as *praejudicia*, o que demonstra que se fazia uma distinção entre condenação e declaração, não há como sustentar, no processo contemporâneo, uma efetiva e justificada diferença entre essas duas classes de ações.

Então, o paradoxo da atuação estatal está exatamente nesse ponto, quando o Estado valoriza mais o produto das atividades dos indivíduos, desprestigiando aquele que representa sua atividade jurisdicional. É o próprio órgão

jurisdicional que, afinal, atua num sentido que implica desrespeito à sentença judicial declaratória, reduzida a valor inferior àquele dos títulos executivos extrajudiciais. Nada impede, contudo, a aceitação da execução da sentença *meramente* declaratória.

É o que justifica, pois, a partir de uma compreensão hermenêutica dos institutos processuais, a adoção de mecanismos eficazes, propondo-se dentre eles particularmente a utilização da mandamentalização da condenação, como consequência da própria atividade jurisdicional, a ser reconhecida de ofício. Ao condenar, o juiz também *ordena* o pagamento, o que permite a imposição de pena para o descumprimento da ordem, descumprimento que será entendido como delito de desobediência, bem como da expedição de mandado de pagamento que pode iniciar a execução. A proposição formulada, a partir da interação das eficácias que se propõe, representa a quebra do paradigma processual que orienta a estrutura das ações no processo civil, dando à condenação a missão de produção do título executivo e, também, quebra o paradigma liberal que informa o direito processual, porque afirma a autoridade da atividade jurisdicional.

A inclusão do comando mandamental, na sentença condenatória, representa ainda uma recuperação da orientação que informava o procedimento interdital romano, conferindo uma feição mais publicista ao processo. É, enfim, uma alternativa que se apresenta ao processo contemporâneo que pode contribuir para o alcance da maior efetividade processual, a partir de uma nova compreensão dos mesmos institutos, apenas objeto de uma perspectiva diversa. Afinal, a ciência processual não é o lugar da invenção.

Enfim, a superação do papel dismantelador do indivíduo, via eleita pelo liberalismo, é o reconhecimento dos cidadãos enquanto sujeitos políticos e a mudança da opção pela proteção inelutável do capital, através do desenvolvimento de políticas de redistribuição de renda efetivas, que enfrentem a estrutura estatal e modifiquem o paradigma liberal.

O Direito, por sua vez, além de libertar-se das amarras romanas, deve reconhecer a autoridade do ato jurisdicional e alterar seu modo de produção, essencialmente normativista e repetidor da jurisprudência sintomática, o que assegura o *status quo*, a exclusão e a inefetividade.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo Racional como Razonable**. Un Tratado sobre la justificación Jurídica. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: MartinsFontes, 2000.

ABERS, R. **Inventing Local Democracy: neighborhoodorganizing and participatory policy – making in Porto Alegre – Brazil**. Tesis (Doctor of Philosophy) – University of California, Los Angeles, 1997.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AIÉS, Philippe. DUBY. Georges (Org). **História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p.67-69, jul/set, 1999a.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés y RodolfoVázquez. México: Fontamara, 1993.

ALEXY, Robert. **Direitos fundamentais no estado constitucional democrático**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-69, jul/set, 1999b.

ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho.** 2 ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del rozoamiento jurídico. **DOXA**, Alicante, v. 8. p. 23-38, 1990.

ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles.** Ratio Júrís, Bologna, v. 13, n. 3, set. 2000.

ALEXY, Robert. **Problemas da teoria do discurso.** Anuário do Mestrado em Direito – Separatas. Recife, Tradução de João Maurício Adeodato, n. 5. p. 87-105, 1992.

ALEXY, Robert. Sobre la ambigüedad semântica em la interpretación jurídica. **DOXA**, Alicante, v. 4, p.109-117, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria de la argumentación jurídica:** La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999c.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Traducción de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALLORIO, Enrico. **L'Ordinamento Giuridico nel Prisma Dell'Accertamento Giudiziale e Altri Studi.** Milano: Giuffrè. 1957.

ALVES, Rubens. **Filosofia da Ciência.** Introdução ao jogo e a suas regras. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

ANSUÁTEGUI, Javier. **El concepto de derecho.** In. PECES-BARBA, Gregorio et al. (coord.). Curso de teoría Del derecho.

2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARANGIO-RUIZ, Vicente. **Historia del Derecho Romano**. Traducción de la 2ª edición italiana de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus, 1943.

ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. **Sociedade civil e teoria social**. In; AVRITZER, Leonardo (coord) sociedade civil e democratização. São Paulo: Renovar, 2002.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1987.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicomanos**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

ARISTÓTELES. **Rhétorique**. Traduit par Médéric Dufour. Paris: Societé D'Édition "Les Belles Lettres", 1932.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Tradução de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ARNAUD, André-Jean; LOPES JR, Dalmir. **O Direito Traído pela Filosofia**. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris. 1991.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **La Teoria Discursiva Del Derecho**. Madrid: Boletín Oficial el Estado, 2000.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino.

ATIENZA, Manuel. **Contribución a umateoria de la legislación**. Madrid: Caudernos Cívitas, 1997.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

ATIENZA, Manuel. Teoría democrática, esfera pública y deliberación. **Metapolítica**, México, v. 4, n. 14, p. 76-78, abr./jun., 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2004.

AVRITZER, L. Além da dicotomia estado/mercado: Habermas, Cohen e Arato. **Novos Estudos Cebrap**. São Paulo, n.36, p. 213-222, jul., 1993.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método criativo. A tradição francesa e o poder criativo do juiz. **Revista da Ajuris**, nº 58.

BACHELARD, Gaston. **O Novo Espírito Científico**. Tradução de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral das Constituições Escritas**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte: UFMG, 1985.

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In Revista dos Tribunais (727). São Paulo: RT, 1996.

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

BECK, Ulrich. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1997.

BELL, John Fred. **História do Pensamento Econômico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1976.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção**

permanente.Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

BIONDI, Biondo. Universalità e Perennità della Giurisprudenza Romana. In: **L'Europa e il Diritto Romano.** Milano: Giuffrè, 1954. Vol. II.

BLAUG, Mark. **História do Pensamento Econômico.** 2º Vol. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

BLAUG, Mark. **Metodologia da Economia.**2. São Paulo: Edusp, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Dalla Struttura allá Funzione:** nuovi studi di teoria del deritto. Milano: Comunità, 1977.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democrazia.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural.** Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico:** Lições de Filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliesi... (et. al.). São Paulo: Ícone, 1995.

BONFANTE, Pietro. **Instituciones de Derecho Romano.** Traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andres Larrosa. Madrid: Reus, 1925.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como Fonte do Direito.** Tradução de Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris,

1977.

BUGNET, M. **Oeuvres de pothier annotées et mises en corrélation avec l'acode civil et la législation cutuelle**. 1. ed. Paris: Cosse Et Marchal, 1861.

BURDEAU. Georges. **A Democracia**. Ensaio Sintético. 3. ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1975.

BURDEAU. Georges. **O Estado**. 1.ed. Mira Sintra: Publicações Europa-América, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **El Procedimiento Monitorio**. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1946.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. A governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. STRECK, Lenio Luiz. **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra Editora/Stvdialvridica, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradativa, 1999.

CASSESE, Sabino. **La crisi dello Stato**. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Spa, 2002.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia do Iluminismo**. Campinas, SP: Uicamp, 1992. Tradução Álvaro Cabral.

CASSIRER, Ernst. **El Problema del Conocimiento em la Filosofia y en la Ciencia Modernas**. México: Fondo de Cultura Económica, 1986. Traducción de Wenceslao Roces.

CASSIRER, Ernst. **Linguagem e Mito**. Tradução J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **A Idéia Romana no Processo Civil Moderno**. Processo Oral. Rio de Janeiro: Forense, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di Diritto Processuale Civile**. Volume Terzo. Milano: Giuffrè, 1993.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

CORTELLA, Mário Sérgio. **A escola e o conhecimento – fundamentos epistemológicos e políticos**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COSTA, Emilio. **Storia del Diritto Romano Privato**. 3. ed. Firenze: G. Barbèra, 1921.

DE MARTINO, Francesco. **La Giurisdizione nel Diritto Romano**. Padova: CEDAM, 1937.

DE MARTINO, Francesco. **Os moedeiros falsos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

DERNBURG, Arrigo. **Pandette**. Traduzione sulla 6ª edizione di Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca, 1903.

DESCARTES, R. **Discurso do método**. Rio de Janeiro, José Olympio, 1960.

DILTHEY, W. **História da Filosofia**. São Paulo, Exposição do Livro, 1972.

DURANT, Will. **A história da filosofia**. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São

Paulo: Nacional, 1963.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984. Tradução de Marta Guastavino.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Formação do Estado e civilização. Volume 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989.

ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolzan (org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. Tradução J. Baptista Machado.

ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **A crise conceitual e a (re) construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?** In: MORAIS, José Luis Bolzan (org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FEDERICI, Mario. **Las transformaciones finiseculares del estado**. Foro Político. **Revista Del Instituto de Ciências Políticas**. Cátedra Ortega. Universidade del Museo Social Argentino. Volumen XXVIII, abril, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo**

penal. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como sistemas de garantias.** O novo em Direito e política. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FIORI, José Luís. **Estado de bem-estar social:** padrões e crises. Rio de Janeiro: UFRJ/IEI, 1995.

FIORI, José Luís. **Os moedeiros falsos.** Petrópolis: Vozes, 1997.

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

FRIEDMAN, Milton. **Ensayos sobre economia positiva.** Madrid: Gredos, 1967.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência:** Fundamentos da Tutela Antecipada. Rio de Janeiro, 1996.

GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método.** Tradução de Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo Studio del Processo Interditale Romano.** Milano: Giuffrè, 1955.

GARAPON, Antonie. **O Guardador de Promessas.** Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

GARCIA, Pedro de Vega. **Mundialización y derecho constitucional:** la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual. In Revista de Estudios Políticos. Madrid: Nueva Época, 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo.** 3 ed. Madrid: Alianza, 1982.

GENY, Francisco. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GIL, Antonio Hernández. **Problemas Epistemológicos de la Ciencia Jurídica**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Temas de cultura. Ação católica. Americanismo e fordismo. v.4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

GROCIO, H. **Del derecho de la guerra y de la paz**. Madrid, Reus, tomo III.1925.

GRONDIN, J. **Introdução à hermenêutica filosófica**. São Leopoldo, Editora Unisinos. 1999.

HÄBERLE, Peter. **Direito e Democracia**: Entre Faticidade e Validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Tradução Flávio Beno Siebeneichler.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa**. Volume I e II. 4. ed. rev. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987. Traducción de Manuel Jiménez Redondo.

HALL, Stuart. **A Identidade Cultural na Pós-Modernidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro.

HAYEK, Friedrich A. von. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984. Tradutores/Revisores: Anna Maria Capovilla, José Italo Stelle, Liane De Moraes Ribeiro.

HAYEK, Friedrich A. von. *The Use of Knowledge in Society*. **American Economic Review**, vol. 35, no. 4, September, 1945.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo. Parte I e II**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Vozes, 2000.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 1998.

HOBBS, Thomas. **Do Pensamento e da Linguagem**. São Paulo: Ed. Abril, 1974.

HOBBS, Eric J. **A era das Revoluções (1789-1848)**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

HOBBS, Eric J. **A era dos extremos (1914-1991)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUC, Theophile. **Commentaire theorique & pratique du code civil**. 1. ed. Paris: F. Pichon, 1892.

IGLESIAS, Juan. **Derecho Romano – Historia e Instituciones**. 11. Ed. Barcelona: Madrid, 1997.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Tradução de João de Vasconcelos.

IHERING, Rudolf Von. **O Espírito do Direito Romano**. Rio de Janeiro: Alba, 1943. Vol. I. Tradução de Rafael Benaion.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Rio de Janeiro:

Ediouro, 1996. Tradução de J. Rodrigues de Merege.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 2002. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996a.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996b.

KEYNES, John Maynard. **Breve tratado sobre la reforma monetária**. 1. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1992.

KEYNES, John Maynard. **Inflação e deflação**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira.

KUNKEL, Wolfgang. **Historia del Derecho Romano**. Barcelona: Ariel, 1998. Traducción de la cuarta edición alemana por Juan Miquel.

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

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Caluste Gulbenkian, 1997. Tradução de: José Lamego.

LIPSEY, Roger G. **Introdução à Economia Positiva**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

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

LOPEZ, Juan Torres. **Análise economia del derecho**. Madrid: Tecnos, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**. Lineamientos para uma teoría general. Barcelona: Anthropos, 1998. Tradução de Sílvia Pappe y Brunhilde Erker.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del Riesgo**: Universidad Iberoamericana, 1991. Tradução de Sílvia Pappe. Guadalajara

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Tradução de Gustavo Bayer.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Além da condenação**: a inclusão do comando mandamental na sentença civil condenatória. Rio Grande: Editora da FURG, 2016.

LUNELLI, Carlos Alberto. **Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental**. Caxias do Sul (RS): EDUCS, 2017.

LUNELLI, Carlos Alberto; BRANDELLI, Ailor Carlos; PRIEUR, Julien. Desafios e perspectivas para a proteção jurisdicional do ambiente urbano. In: **Revista Opinião Jurídica**, ano 19, nº 31, maio/ago.2021. Fortaleza: Unicristus, 2021.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva**. [recurso eletrônico]. Caxias do Sul (RS): EducS, 2017.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson Dytz. **Processo Ambiental: Características da tutela específica e temas essenciais**. Rio Grande: Editora da FURG., 2019.

LUNELLI, Carlos Alberto; MARIN, Jeferson. A autonomia do processo constitucional e a legitimação para agir na tutela dos

direitos coletivos: a dimensão publicista da jurisdição. In: MARIN, Jeferson (org.). **Jurisdição e Processo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

MACINTYRE, Alasdair. **A short history of ethics**: a history of moral philosophy from the homeric age to the twentieth century. 2. ed. London: Routledge, 1998.

MACPHERSON, C. B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MANDRIOLI, Crisanto. **L’Azione Esecutiva**. Milano: Giuffrè, 1955.

MARRAMAO, Giacomo. **Céu e Terra**. Tradução de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: UNESP, 1997.

MATEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Historia del Constitucionalismo Contemporáneo. Madrid: Trotta, 1998.

MERRYMAN, J.H. 1973. **La tradizione di Civil Law nell’ analisi di un giurista di Common Law**. Milano, Giuffrè, 242 p.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **A Sabedoria da Inteligência**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1923.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações**. São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo VI, 1970.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Textos selecionados. Curitiba: Juruá, 2001. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues.

MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **A subjetividade do tempo:** Uma perspectiva transdisciplinar do Direito e da Democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz: EDUNISC, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado Contemporâneo. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.) América Latina: **Cidadania, desenvolvimento e Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996a.

MORAIS, Jose Luis BOLZAN DE. **As crises do estado e da constituição e a transformação especial dos direitos humanos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais:** O Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996b.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Revistando o Estado! Da crise conceitual à crise institucional (constitucional) In: ROCHA, Leonel Severo, STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de (Orgs.). **Anuário do programa de pós-Graduação em direito. Mestrado e Doutorado 2000.** Centro de Ciências Jurídicas – UNISINOS. São Paulo: UNISINOS, 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e Teoria do Estado.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOZOS, J.L. de los. 1988. **Derecho Civil** (método, sistemas y categorías jurídicas). Madrid, Civitas., 411 p.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 2. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000. Tradução de Peter Naumann.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado de Direito liberal ao Estado social e

democrático de Direito. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

NUNES, Benedito. **Heidegger & Ser e Tempo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2002.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. Tradução de Maria Fernanda Oliveira.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 1997. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira.

PERELMAN, Chaïm, OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PINTO, Ricardo Leite. **Neo-republicanismo, democracia e constituição**. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2006.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. **Revista de Processo-REPRO**. N. 90. Ano 23. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho, 1998.

PLATÃO, Crátilo. **Diálogo sobre a Justeza dos Nomes**. 2. Ed. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1994. Tradução Pe. Dias Palmeira.

POPPER, Karl Raymund. **Conjecturas e Refutações**. Tradução de Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. Brasília: Universidade de Brasília, 1978. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e

Vilma de Oliveira Moraes e Silva.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções**. 1. ed. Lisboa: Antônio José da Rocha, 1849.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratados de laposesion y prescripcion**. 1. ed. Madrid: Libreria De V. Suarez, 1900.

PROUDHON, Pierre Joseph. **O que é a propriedade**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1979. Tradução de L. Cabral de Moncada.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Vera Barkow.

RAWLS, John. **Libertad, igualdad y derecho**: Las conferencias tanner sobre filosofia moral. 1. ed. Barcelona: Ariel, 1988.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução: Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves.

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo**: Hobbes escrevendo contra o seu tempo. 2ª. Edição. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

RIBEIRO, Renato Janine. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2. ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2003a.

ROCHA, Leonel Severo. **A construção do tempo pelo**

direito. In: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2003b.

ROSS, A. **Sobre el Derecho y la Justicia.** 5ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1994. 375 p.

ROSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social.** 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de Antonio de Pádua Danesi.

SADER, Emir. GENTILI, Pablo (orgs). **Pós-neoliberalismo:** as políticas sociais e o Estado Democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

SANDEL, Michael. **Democracys Discontent.** América in Search of a Public Philosophy. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teorias Econômicas de Marx e Keynes.** Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimento Civil Romano:** Ejercicio y Defensa de los Derechos. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1954. Traducción de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica.** 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A Ação Cautelar Inominada no Direito Brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **A Ação Condenatória como Categoria Processual**. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2001a.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Ação de Imissão de Posse**. 3. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Direito Material e Processo**. Revista Jurídica, São Paulo: Nota, nº. 321, p. 16, dez/jul, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008b.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SPENGLER, Fabiana Marion. Crise funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan (org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica (jurídica):** compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque a compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn. Anuário do Programa de Pós-Graduação em

Direito. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica:** uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado.** 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

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

TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento.** México: Fondo de Cultura Económica, 1993. Tradução de Mônica Utrilla de Neira.

THOMASIVS, C. **Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes.** Madrid, Tecnos, 1994. 295 p.

VATTIMO, Gianni. **La Sociedad Transparente.** Barcelona: Paidós Ibérica, 1990. Tradución de Teresa Oñate.

VATTIMO, Gianni. **Más Allá de la Interpretación.** Traducción de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei:** uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WALZER, Michael. **Das obrigações políticas:** ensaios sobre desobediência, guerra e cidadania. Tradução: Helena Maria Camacho Martins Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

WALZER, Michael. The Idea of civil society. Path to social reconstruction. **Dissent**. [s.n.], p. 293-304, Apr./June, 1991.

WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: **Epistemologia e Ensino do Direito**. O sonho não acabou. V. II. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: Ofício do Medidor. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

WELZEL, Hans. **Introduccion a la Filosofia del Derecho** – Derecho Natrual y Justicia Material. Traducción de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979.

WENGER, Leopold. **Actio Ludicati**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1954. Traducción de Roberto Goldschmidt y Jose Julio Santa Pinter.

WETTER, P. Van. **Cours Élémentaire de Droit Romain**. Paris: A. Durand, 1871.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967.

ZACCARIA, Giuseppe. **L'arte dell'interpretazione** – Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: CEDAM, 1990.

ZOLA, Émile. **Germinal**. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1972.

EDITORA E GRÁFICA DA FURG
CAMPUS CARREIROS
CEP 96203 900
editora@furg.br

ISBN 978-65-5754-135-7



9 786557 541357