

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

Cristiano Becker Isaia

**A NECESSIDADE DE UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA E
DEMOCRÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DESVELAR DO CASO
CONCRETO COM A *SENTENÇA LIMINAR DE MÉRITO*: a jurisdição-processual
herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia *no* processo**

SÃO LEOPOLDO, RS, BRASIL

2011

Cristiano Becker Isaia

**A NECESSIDADE DE UMA COMPREENSÃO HERMENÊUTICA E
DEMOCRÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DESVELAR DO CASO
CONCRETO COM A *SENTENÇA LIMINAR DE MÉRITO*: a jurisdição-processual
herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia *no* processo**

**Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS) na
Área de Ciências Jurídicas como requisito
parcial para a obtenção do grau de Doutor
em Direito**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha

SÃO LEOPOLDO, RS, BRASIL

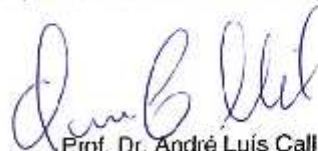
2011

I74n	<p>Isaia, Cristiano Becker</p> <p>A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo / por Cristiano Becker Isaia. 2011. 345 f. ; 30cm.</p> <p>Tese (doutorado) -- Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, RS, 2011.</p> <p>Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jânia Maria Lopes Saldanha</p> <p>1. Processo civil. 2. Hermenêutica. 3. Democratização. 4. Sentença liminar. 5. Direitos sociais-fundamentais. I.Título. II. Saldanha, Jânia Maria Lopes.</p> <p style="text-align: right;">CDU 347.9</p>
------	--

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

A tese intitulada “A Necessidade de uma Compreensão Hermenêutica e Democrática do Direito Processual Civil e o Desvelar do Caso Concreto com a Sentença Liminar de Mérito: a jurisdição-processual herdada e a jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia no processo”, elaborada pelo doutorando **Cristiano Becker Isaia**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **DOUTOR EM DIREITO**.

São Leopoldo, 03 de maio de 2011.



Prof. Dr. André Luís Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha

Membro: Dr. Jose Ribas Vieira

Membro: Dr. Adalberto Narciso Hommerding

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Darci Guimarães Ribeiro



AGRADECIMENTOS

Todos aqueles que optam pelo desafio em realizar um curso de doutorado desconfiavam dos obstáculos que estão logo à frente. E não são poucos! Ao final da jornada, o maior deles: escrever a tese, o que implica em renúncias indescritíveis. Ninguém poderia precisar as horas furtadas do convívio com a família, com os amigos. Todavia, essa é a realidade. E ela se torna ainda mais imprevisível quando uma estrela brilhante resolve nascer em meio ao doutoramento. Por isso, esta tese é sua também Helena.

Você veio a esse mundo conturbado para me dar força, coragem, para me fazer acreditar que o doutorado estava ao meu alcance. Por essas e outras, agradeço e muito a ti. Agradeço pelo carinho com que me recebes todos os dias quando chego em casa. Quando abres aquele sorriso que é só teu! Um sorriso invulgar. E na tua pessoa agradeço a toda família, já que sozinho nunca naveguei nessas águas. Agradeço em especial a tua mamãe Aline, minha querida esposa, pelo incentivo, pelo suporte. Dentre outras coisas, por nunca deixar de acreditar em mim.

Agradeço aos teus avós Vicente e Ana, meus pais, que sempre estiveram ao meu lado nessa trajetória, em todos os sentidos. Aos teus avós maternos Caio e Udi, sempre presentes e solícitos, também agradeço.

Da mesma forma, aos colegas de trabalho. Jamais teria conseguido chegar até aqui sem o carinho e a presença dos professores Fabrício Ivo, Marcelo Kümmel, Rosane Leal, Jaci René, Maria Alice Rodrigues, Gustavo Vieira, dentre outros. Agradeço também aos colegas de doutoramento Guilherme, Chico, Fernando e Scheid, principalmente pelos debates celebrados.

Realmente nunca estive sozinho na embarcação. A maior prova disso é que quando dei início ao doutoramento passei a ser orientado por um grande jurista. Acima de tudo, um grande homem. Uma pessoa íntegra, honesta, e que deixou um legado extremamente rico ao direito processual civil. Por isso, agradeço em especial ao professor Ovídio Araújo Baptista da Silva pela interlocução, pela orientação.

Entretanto, o mundo dá voltas... Sua passagem fez com que outra grande estrela cruzasse meu caminho. Uma professora extremamente dedicada, séria. Ela sabe o que faz! É exemplo. É mãe! Nunca esquecerei a professora Jânia Maria Lopes Saldanha, querida orientadora. Obrigado por tudo.

Finalmente, não posso deixar de agradecer a Unifra/RS e Unisinos/RS pelo apoio

institucional. São instituições realmente responsáveis. Acreditam no potencial de seus professores. Têm carinho por eles, tornando possível a realização de alguns sonhos. Obrigado por confiarem em mim. Agradeço ainda aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos/RS, em especial a Lenio Streck, José Luis Bolzan de Moraes, Leonel Severo Rocha, Darci G. Ribeiro, dentre outros. Também na Unisinos, agradeço muitíssimo a secretária Vera Loebens pelo apoio e carinho.

Foi realmente incrível estar junto a vocês nesses quase quatro anos de doutoramento.

Obrigado!

*No mundo há muitas armadilhas
e o que é armadilha pode ser refúgio
e o que é refúgio pode ser armadilha*

*Tua janela por exemplo
aberta para o céu
e uma estrela a te dizer que o homem é nada
ou a manhã espumando na praia
a bater antes de Cabral, antes de Tróia
(há quatro séculos Tomás Bequimão
tomou a cidade, criou uma milícia popular
e depois foi traído, preso, enforcado)*

*No mundo há muitas armadilhas
e muitas bocas a te dizer
que a vida é pouca
que a vida é louca
E por que não a Bomba? te perguntam.
Por que não a Bomba para acabar com tudo, já
que a vida é louca?*

*Contudo, olhas o teu filho, o bichinho
que não sabe
que afoito se entranha à vida e quer
a vida
e busca o sol, a bola, fascinado vê
o avião e indaga e indaga*

*A vida é pouca
a vida é louca
mas não há senão ela.
E não te mataste, essa é a verdade.*

*Estás preso à vida como numa jaula.
Estamos todos presos
nesta jaula que Gagárin foi o primeiro a ver
de fora e nos dizer: é azul.
E já o sabíamos, tanto
que não te mataste e não vais
te matar
e aguentarás até o fim.*

*O certo é que nesta jaula há os que têm
e os que não têm
há os que têm tanto que sozinhos poderiam
alimentar a cidade
e os que não têm nem para o almoço de hoje*

*A estrela mente
o mar sofisma. De fato,
o homem está preso à vida e precisa viver
o homem tem fome
e precisa comer
o homem tem filhos
e precisa criá-los
Há muitas armadilhas no mundo e é preciso quebrá-las.*

Ferreira Gullar
(No mundo há muitas armadilhas)

Este trabalho discute os limites e as possibilidades para a condução do processo civil de que se dispõe atualmente ao encontro de *locus* de satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Parte da premissa de que a jurisdição-processual está imersa em um déficit de realidade oriundo principalmente da supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário-plenário-declaratório, que tradicionalmente vem mantendo o processo no interior da filosofia da consciência e do liberalismo político, sobrelevando a consciência do magistrado e a obsessão pelo encontro de certezas e verdades eternas no trato de direitos subjetivos individuais. Em razão disso faz-se necessário projetar uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil, o que nesta tese tem com pano de fundo a afirmação de um novo processo pós-burocrático sumarizado (denominado *sentença liminar de mérito*), mergulhado numa filosofia que justifique sua existência para um tempo social-histórico, rompendo com o conceitualismo e com o reducionismo procedural-dogmático para encontrar respostas constitucionalmente corretas, tendo na ressurreição do caso concreto (e, por consequência, na revalorização da linguagem) uma condição de possibilidade. Trata-se da tentativa de descontaminação do direito processual civil desde aportes jurídicos, históricos, políticos e filosóficos, exigência traçada pelo Estado Democrático de Direito em seu desejo de se libertar da sedução racionalista, já que pugna pela coerência e integridade das decisões judiciais. Este trabalho, enfim, faz referência a um olhar crítico sobre o fenômeno jurídico a partir da utilização de uma filosofia *no* direito (utilizando-se do viés compreensivo proporcionado pela hermenêutica filosófica) e de sua relação a um processo civil estigmatizado pela processualística moderna, abandonando o lastro metafísico de extração de sentido da lei resultante do predomínio do método para superar um modelo processual ritualizado e inefetivo à proteção dos direitos sociais-fundamentais.

Palavras-Chave: Processo civil. Hermenêutica. Democratização. Sentença liminar. Direitos sociais-fundamentais.

ABSTRACT

This work discusses the limits and the possibilities to the conduction of civil process that disposes actually to meet the satisfaction locus of the social fundamental rights. It departs from the premise that the procedural-jurisdiction is immersed in a deficit of reality aimed given by the overvaluation of the knowledge process and its corollary ordinary-plenary-declaratory rite, that traditionally has keeping the process inside philosophy of consciousness and of political liberalism, raised the judge's consciousness and the obsession to the meet of certainties and eternal truths in dealing with individual subjective rights. For this reason it is necessary to project a hermeneutic and democratic understanding in the civil procedural law, which in this thesis has as its background the statement of a new post-bureaucratic process summarized (called preliminary ruling-sentence on the merits), steeped in a philosophy that justifies its existence for a historic-social time, breaking with conceptualism and reductionism procedural-dogmatic to meet constitutionally correct answers, taking the resurrection of the concrete case (and, as consequence, the revaluation of language) a condition of possibility. It is the attempt to clean the civil procedural law since juridical, historical, political and philosophical approaches, requirement outlined by the Democratic State of Law in his desire to break free of rationalist seduction, as it strives for consistency and integrity of judicial decisions. This work, in short, refers to a critical look at the juridical phenomenon since the use of a philosophy in right (using the bias provided by the understanding of philosophical hermeneutics) and its relation to a civil procedural stigmatized by modern proceduralistic, abandoning the metaphysical baggage of extracting meaning of the law resulting from the predominance of the method to overcome the ritualized and ineffective procedural model to the protection of fundamental social rights.

Key-words: Civil process. Hermeneutics. Democratization. Preliminary sentence. social fundamental Rights

Este trabajo discute los límites y las posibilidades para la conducción del proceso civil del que se dispone actualmente de encuentro de locus de satisfacción de los derechos sociales fundamentales. Parte de la premisa de que la jurisdicción procesual está inmersa en un deficit de realidad oriundo principalmente de la super valorización del proceso del conocimiento y su corolario rito ordinário plenário declaratório, que tradicionalmente viene manteniendo el proceso en el fondo de la filosofía de la conciencia y del liberalismo político, sobrellevando la conciencia del magistrado y la obsesión por el encuentro de certezas y verdades eternas en el trato de los derechos subjetivos individuales. En razón de esto se hace necesario proyectar una comprensión hermeneutica y democratica del derecho procesual civil, que en esta tesis tiene como paño de fondo la afirmación de un nuevo proceso pos burocrático sumariado (denominado sentencia liminar de mérito), embebido en una filosofía que justifique su existencia para un tiempo social historico, rompiendo con el conceptualismo y con el reduccionismo procedural dogmático para encontrar respuestas constitucionalmente correctas, teniendo en la resurrección del caso concreto (y, por consecuencia, en la revalorización del lenguaje) una condición de posibilidad. Se trata de la tentativa de descontaminación del derecho procesual civil desde aportes juridicos, historicos, políticos y filosoficos, exigencia trazada por el Estado Democrático de Derecho en su deseo de libertarse de la seducción racional, ya que pugna por la coherencia e integridad de las decisiones juridicas. Este trabajo, en fin, hace referencia a una mirada critica sobre el fenomeno juridico a partir de la utilización de una filosofía en el derecho (utilizandose del vies comprensivo proporcionado pela hermeneutica filosofica) y de su relación a un proceso civil estigmatizado por la procesualistica moderna, abandonando el lastro metafisico de la extracción del sentido de la lei resultante del predominio del metodo para superar un modelo procesual ritualizado e inefectivo a la protección de los derechos sociales fundamentales.

Palabras-Clave: Proceso civil. Hermenêutica. Democratización. Sentencia liminar. Derechos sociales-fundamentales.

Questo lavoro discute i limiti e le possibilità di conduzione del processo civile di cui si dispone attualmente all'incontro di *locus* di soddisfazione dei diritti sociali fondamentali. Parte dalla premessa di cui la giurisdizione-processuale è immersa in un *deficit* di realtà oriundo specialmente dalla sopravvalutazione del processo di conoscenza ed il suo corollario rito ordinario-plenario-declaratorio, che tradizionalmente viene mantenendo il processo all'interno della filosofia della coscienza e del liberalismo politico, sopraelevando la coscienza del magistrato e l'ossessione per l'incontro di certezze e verità eterne nel trattamento di diritti soggettivi individuali. Per questa ragione si fa necessario progettare una comprensione ermeneutica e democratica della giurisprudenza processuale civile, che in questa tesi ha come fondale l'affermazione di un nuovo processo posburocratico d'istruzione sommaria (denominata *sentenza liminare di merito*), immersa in una filosofia che giustifichi la sua esistenza per un tempo sociale-storico, staccandosi dal concettualismo e con il riduzionismo procedurale dogmatico per trovare risposte costituzionalmente corrette, avendo nella risurrezione del caso concreto (e, per conseguenza, nella rivalorizzazione del linguaggio) una condizione di possibilità. Si tratta del tentativo di liberare da contaminazione la giurisprudenza processuale civile dagli apporti giuridici, storici, politici e filosofici, esigenza tracciata dallo Stato Democratico di Diritto nel suo desiderio di liberarsi dalla seduzione razionalista, poichè lotta per la coerenza ed integrità delle decisioni giudiziali. Questo lavoro, dunque, si riferisce ad uno sguardo critico sul fenomeno giuridico partendo dall'utilizzazione di una filosofia *nel* diritto (approfittando l'approccio comprensivo proporzionato dalla ermeneutica filosofica) e dal suo rapporto ad un processo civile stigmatizzato dalla processualistica moderna, abbandonando lo strato metafisico di estrazione del senso della legge risultante dal predominio del metodo per superare un modello processuale ritualizzato e inefficace alla protezione dei diritti socio-fondamentali.

Parole Chiave: Processo civile. Ermeneutica. Democratizzazione. Sentenza liminare. Diritti sociali-fondamentali.

INTRODUÇÃO13

PRIMEIRA PARTE

O *esconder* do caso concreto diante das raízes históricas, filosóficas e políticas da jurisdição-processual civil nos países da tradição ocidental: da Roma antiga ao Estado Democrático de Direito35

1 O ideário da jurisdição no direito romano tardio e a sacralização da ordinary processual36

1.1 O período clássico romano e a valorização do caso concreto: a era da casuística e a força criadora da jurisprudência45

1.1.1 O procedimento formulário e a atividade dos pretores diante do poder de imperium48

1.1.2 O julgamento *apud iudicem* e a decisão segundo a consciência do juiz (*iudex*) 54

1.1.3 O problema da (ausência de) jurisdicionalidade do procedimento dos interditos 61

1.2 O desaparecimento do poder dos pretores e o início da derrocada do caso prático na jurisdição pós-clássica romana: o sistema processual da *extraordinaria cognitio*65

1.2.1 A institucionalização do modelo de ação condenatório através da filiação ao procedimento da *actio*. A penetração do cristianismo no direito romano tardio e a jurisdição sem poder69

1.3 A herança romana no mundo ocidental: entre a atuação pretoriana e a ordinary romana tardia. O pluralismo medieval e sua influência nos sistemas da *common law* (Inglaterra) e da *civil law* (Europa continental). A humanização do processo civil71

2 Estado moderno e processo civil: os desafios da atuação jurisdicional entre a sedução racionalista e a necessidade pela coerência e integridade das decisões judiciais82

2.1 A influência da filosofia do racionalismo no direito e suas consequências à jurisdição e ao processo: o direito seduzido pelo método subsuntivo (e pela matematização) e a ficcionalização do texto legal (conceitualismo) na previsão de todas as hipóteses aplicativas84

2.2 A organização política moderna e o surgimento do constitucionalismo91

2.3 O Estado-Gerente (liberal-individualista-normativista) e a esclerose funcional da jurisdição-processual: o juiz Júpiter e o caráter burocrático-reprodutivo de sua Atividade. Ainda: a questão do protagonismo das partes102

2.3.1 A sede pela autonomização do direito processual civil e o banimento das ações materiais: as teorias da ação, o (derradeiro) distanciamento entre os planos do direito material e do processo e as raízes do componente antidemocrático do processo civil 111

2.4 O <i>welfare state</i> (intervencionista) e a aproximação entre Estado e sociedade	129
2.4.1 Estado Social, protagonismo judicial (o juiz enquanto <i>Fuhrer</i> do processo) e socialização do processo civil: a transição do processo liberal ao processo do bem-estar social. A (inevitável?) atividade criativa e a (ou o problema da) discricionariedade interpretativa frente à responsabilidade ético-constitucional da magistratura	136
2.5 Os novos desafios da jurisdição-processual no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma atuação judicial para fortalecer a <i>integrity</i> a partir do protagonismo da Constituição e do caso concreto	147

SEGUNDA PARTE

O <i>desvelar</i> do caso concreto diante de uma filosofia <i>no</i> processo civil: a <i>sentença</i> (democrática) <i>liminar de mérito</i> e os anseios por uma maior efetividade processual na satisfação dos direitos sociais-fundamentais	161
--	-----

1 Processo civil e hermenêutica (filosófica): a linguagem como ponto de partida e reflexão	162
---	-----

1.1 A invasão da filosofia pela linguagem e o contributo de Heidegger e Gadamer	176
--	-----

1.2 Rompendo as amarras do solipsismo jurisdicional: a inserção do intérprete no contexto da controvérsia (o juiz é o senhor do caso?), o processo de atribuição de sentido pelo magistrado e por que não há método para a interpretação do fato/direito em processo civil	196
---	-----

1.2.1 A importância (e a hermenêutica) da significação do fato no direito processual civil diante do problema da fungibilização do fático	203
---	-----

1.3 A busca por respostas corretas em direito (processo civil): hermenêutica, faticidade (o retorno ao caso concreto) e (a revolução da) democratização processual	211
---	-----

1.4 O re-desenhar da verossimilhança em processo civil a partir da singularidade (verdade hermenêutica) do caso concreto	223
---	-----

2 Profanações a metodologia ordinário-plenária e as introspecções no direito processual civil: a (necessidade constitucional na) re-valorização do caso concreto pela <i>sentença</i> (democrática) <i>liminar de mérito</i> a partir do modelo jurisdicional <i>ser-no-mundo</i>	233
--	-----

2.1 Os aparentes rompantes modernos à sagrada ordinariedade processual: o rito ordinário-declaratório-plenário em xeque?	243
---	-----

2.1.1 As tutelas cautelares de urgência satisfativa autônoma como provimentos relativos à lide (mérito)	246
---	-----

2.1.2 Seria o <i>ontological turn</i> da sentença? A quebra do princípio da unicidade e o julgamento de mérito parcial: um (pseudo) avanço para seu tempo	250
---	-----

2.1.3 Juízos de reprodução e matéria unicamente de direito: a instrumentalidade e a abstração do art. 285-A na tentativa de universalizar a <i>sentença liminar</i>	254
---	-----

2.2 A <i>sentença liminar de mérito</i> e a necessidade em reconstruir hermeneuticamente o significado das decisões liminares diante de situações de aparência envolvendo direitos	
---	--

sociais-fundamentais: a compreensão de uma nova oralidade processual como elemento integrante da democratização do processo	261
2.2.1 Por que a ampla defesa não pode ser reconhecida como um privilégio especial do demandado e por que o princípio do contraditório pode ser compreendido no contexto da sumarização de demandas	267
2.2.2 Sumarização, verdade hermenêutica e (novamente) democracia processual: a autenticidade da prova como condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto. Ainda: audiência liminar, oralidade processual e a metáfora do juiz-instrutor. Nem Júpiter nem criativo-ativista, apenas “ser-no-processo”	275
2.3 A fusão de horizontes na <i>sentença liminar de mérito</i>: um modelo eficiente de prestação jurisdicional frente ao estado da arte representado pelo senso comum teórico da processualística brasileira	291
CONCLUSÕES	304
REFERÊNCIAS	326

INTRODUÇÃO

... E a necessidade, em processo civil, da superação do eu puro, da reflexão subjetivista, e da hipostasiação procedimental ordinária: a aletheia de um novo locus processual sumarizado e democrático...

Em tempos de Estado Democrático de Direito instituído pelo movimento constitucional transformador da realidade surgido com o segundo pós-guerra, tornou-se necessário pensar o direito hermeneuticamente. Trata-se de abrir espaço ao papel assumido pela Constituição diante da complexidade social. Uma necessidade que também atinge o direito processual civil, que em pleno século XXI carece de uma compreensão hermenêutico-constitucional capaz de lhe imprimir uma transformação: ultrapassar a concepção de processo enquanto (simples) instrumento moderno declaratório de direitos subjetivos, levando-o ao encontro de *locus* pós-modernos de realização dos direitos sociais-fundamentais.

O problema é que mesmo tendo a jurisdição, notadamente a partir do segundo pós-guerra, assumido uma função essencial na busca dos direitos abnegados pelo positivismo, o processo civil manteve-se distante dos movimentos filosóficos, políticos e jurídicos verificados a partir do século XX. A (contínua) fixação pelo *ser* do procedimento fez com que o processo não acompanhasse o *ontological turn* (a invasão da filosofia pela linguagem), bem como o surgimento dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente, tornando-se uma ferramenta pouco democrática e pouco realizadora desses direitos.

Manteve-se num déficit de realidade produzido principalmente pela supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário método ordinário-declaratório-plenário, tradicionalmente considerado como o meio apto ao alcance da verdade absoluta, demonstrável experimentalmente, o que o distanciou da própria Constituição. Esse distanciamento, pelo que se verá no curso da presente tese, é um dos principais responsáveis pela generalização do protagonismo judicial, fenômeno que se apresenta contrário aos intentos democráticos da sociedade.

O processo civil da modernidade, parafraseando François Ost, sofre a ameaça da destemporalização.¹ Da recusa a um processo temporalizado. De um *locus* de mudança e de evolução. Corre o risco de afastar-se da instituição do social, já que representa um tempo homogêneo e uniforme capaz de enquadrar qualquer espécie de acontecimento, numa posição avessa a revoluções paradigmáticas institucionalizadoras. O ser de seu tempo vem continuamente proscrevendo a contingência social. A incerteza da mudança. Vem desprezando o novo diante do contínuo arraigamento ao procedimento, a plenariedade (ordinariedade), a proscrição dos juízos de verossimilhança e à proteção de direitos patrimoniais (geralmente individuais), desvalorizando o tecido de ficções operatórias que

¹ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1999, p. 15.

exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade. Assim é que acaba deixando de oferecer a ela os pontos de referência necessários à sua identidade e autonomia.²

Por isso um novo olhar sobre o direito processual civil se faz necessário. A clássica obsessão pelo encontro de verdades eternas, seguida pela separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto, deve ceder à instituição de uma filosofia *no* processo. Uma atitude interpretativa (hermenêutico-ontológica) que rompa com a força objetificante (e com a valorização do procedimento) do *iter* processual ordinário a fim de vislumbrar em seu horizonte a satisfação (efetivação) dos direitos sociais-fundamentais, colocando sua compreensão, pelo intérprete, no seu modo-de-ser, na faticidade, e na (efetiva) participação da sociedade.

Isso pressupõe uma descontaminação no processo civil, o que leva a pensar em sua relação com uma verdade hermeneuticamente possível. Assim é que se justifica a opção, na presente tese, pela utilização da matriz hermenêutica fundada na ontologia fundamental, capaz de aproximar o sujeito (que é instaurado) do objeto investigado, o que se dá no interior de uma intersubjetividade.

É preciso, e como é, aludir a uma filosofia *no* direito processual civil voltada para o mundo prático, para o mundo da vida. Enfim, para um tempo social-histórico, produto da história, em constante elaboração. Está-se a aludir a uma filosofia que justifique a existência do próprio processo, onde a linguagem seja compreendida como condição de possibilidade, perspectiva processual compatível com um Estado que se proclama Democrático de Direito. A seu modo, este exige tanto um processo quanto uma atuação jurisdicional democrática, compartilhada, anti-arbitrária e anti-positivista, fulcrada em ambientes processuais que proporcionem o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais e do respeito ao direito substantivo, ao caso concreto (fato) submetido a juízo.

A condição de possibilidade está em pensar o processo civil para além do reducionismo metodológico-dogmático. De um dar-se conta que todo caso concreto levado a processo exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser entificada, rotulada ou fungibilizada (traços de um mesmo fenômeno), o que implica na superação do conceitualismo processual e de um modelo jurídico-processual universalizante, que se esquematiza num sistema abstrato e logicamente preparado ao trato de questões estritamente jurídicas, preparado à solução de conflitos eminentemente individuais.

Esses elementos levam à possibilidade de afirmação de um novo processo civil pós-burocrático sumário e autônomo, democraticamente aberto à compreensão do fato concreto. A

² Idem, *ibidem*, pp. 12-17.

preocupação com o fato concreto se justifica porque a processualística civil contemporânea, principalmente diante da universalização da ação condenatória como correspondente absoluta da *actio* romana, suprimindo os procedimentos interditais de eficácia executiva e mandamental, não foi capaz de superar o pensamento metafísico aristotélico-tomista verificável na fase cognitivo-processual do período pós-clássico romano.

Desde então, principalmente sob a influência dos escritos de Justiniano, os quais representam até hoje a fonte mais importante do direito romano³, o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e decisão. E essa é apenas uma das causas que levaram o direito processual civil a não acompanhar a invasão da filosofia pela linguagem, mantendo o julgador equidistante ao elemento fático-material (substrato processual), o qual serve como fundamento à própria existência do processo.

Tanto a doutrina de processo civil quanto grande parcela da legislação processual brasileira vigente, em pleno século XXI, o que guarda relação com o fenômeno já denunciado, ainda continua a crer que ao juiz incumbe a busca do desvelamento da essência (aristotélica) da controvérsia, onde a verdade em processo será alcançada a partir da correspondência entre a sua consciência e o objeto que está a investigar pelo método da demonstração, do deducionismo. Acaba assim permitindo a ele, obnubilado pelo procedimento positivado, que faça a melhor escolha dentre uma gama de possibilidades legais, tudo através de uma atividade puramente declaratória de direitos ao pretender descobrir o sentido da lei⁴, que se apresentaria unívoco. Atualmente é possível afirmar que essa postura contraria o Estado Democrático de Direito, porquanto fomenta barreiras à sua própria implementação.

A presente tese, diante disso, parte de uma segunda necessidade: romper com a função eminentemente declaratória presente na atividade jurisdicional (a qual, historicamente, elegeu o rito ordinário na busca de seus desideratos), conduzindo o processo civil a novos horizontes, a novas perspectivas de compreensão, aproximando o procedimento do próprio fato/direito levados ao conhecimento da jurisdição-processual, bem como da própria sociedade; que não apenas limite a atividade jurisdicional à reprodução da lei como reza o modelo racional-liberal, mas que também se mostre incompatível com a prática de decisionismos interpretativos, o que leva a concluir que não se pode continuar a compreender o processo civil somente enquanto processo civil. É necessário compreendê-lo diante de outras áreas do conhecimento, de outros sistemas. É fundamental imbricá-lo ao sistema da sociedade. Ao

³ Cf. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Ed. Giuffrè, 1972, p. 40.

⁴ Cf. HESPANHA, Benedito. **Tratado de teoria do processo**. Vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, pp. 755 e seguintes.

sistema de uma sociedade complexa.

Essa segunda necessidade parte da intenção do constitucionalismo compromissário e dirigente do pós-guerra em ultrapassar um paradigma que afastou os fatos concretos do direito através da utilização de uma metodologia interpretativa objetificante que renunciou a história e as peculiaridades de cada caso, o que refletiu, e não poderia ser diferente, no âmbito do processo civil. Ele acabou medularmente comprometido com o ideário do processo de conhecimento e sua ordinariedade, bem como com uma ideologia liberal que continua a ignorar o sentido de Constituição (que é um existencial, um desde-já-sempre), engendrando uma prática processual de massa, de produtividade a qualquer custo.⁵

E é justamente nesse ponto e partir disso que a hermenêutica filosófica (que não é método⁶, tampouco instrumento de interpretação; é modo-de-ser-no-mundo) assume um papel de extrema importância no discurso jurídico e, para a presente tese, no direito processual civil (ela será a base estruturante para a construção de uma filosofia *no* processo), dada a proporcionada valorização (dependente da necessidade de compreensão, pela linguagem)⁷ da Constituição. Suas influências no direito revelam-se pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano, o que vem sendo brilhantemente pesquisado principalmente pelo jurista gaúcho Lenio Streck.⁸

⁵ É o que se verifica diante do que se pode denominar “processualismo neoliberal”, em que a supervalorização do processo escrito tende a indicar a massificação das demandas, o que de certa forma é a proposta do julgamento liminar das ações repetitivas (art. 285-A do CPC) e do julgamento massificante de admissibilidade dos recursos extraordinários “idênticos” (art. 543, A e B, do CPC) e do julgamento massificante de mérito dos recursos especiais igualmente “idênticos” (art. 543, C, também do CPC).

⁶ O que se deve à contundente crítica de Gadamer ao método cartesiano, segundo o qual o uso metódico e disciplinar da razão seria por si só suficiente para a proteção, pelo homem, do erro. Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997, pp. 36-38.

⁷ É ela que, para Jânia Saldanha, justifica, em processo civil, a mudança dos fundamentos da jurisdição declaratória e plenária, porquanto aproxima o passado do presente e faz emergir o que é futuro no contexto da temporariedade. Sobre o tema consultar o artigo intitulado Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 40.

⁸ Pontuais são as obras do autor em que está evidenciada a crítica aos modelos metafísico-positivistas. Consultar, dentre outras: **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004; **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2007; **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; **Hermenêutica e aplicação do direito: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos**. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2007)**. Revista do programa de programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha; São Leopoldo: Unisinos, 2007; **A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo**. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (2004)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; **Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do**

Na pretensão de romper com os parâmetros filosóficos da hermenêutica clássica, a hermenêutica filosófica vem a instigar a igual alforria (o que não é nada fácil) do direito do paradigma metafísico-positivista. Almeja fazê-lo principalmente através das noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, vetores da ontologia fundamental de Martin Heidegger (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo. Igualmente, a partir da filosofia de Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e de sua hermenêutica da faticidade, que legou o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada pelo direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, através dos referidos vetores, de superar a metodologia da plenipotenciabilidade das regras e do modo de aplicação legal-reprodutivo, afinal de contas a atividade compreensiva, que diz respeito às condições prévias de quem interpreta (Heidegger), está em constante movimentação. Urge então buscar uma jurisdição-processual que ao invés de se amparar em fórmulas de precisão⁹ ou de sobrelevar o perfil individualista presente nos códigos modernos, seja eficiente em contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito.¹⁰ Seja condizente a possibilitar a efetividade da Constituição (afinal de contas, toda a jurisdição, seja ordinária ou não, é constitucional, o que há muito vem alertando Lenio Streck), em acordo com os próprios direitos humanos e a soberania do povo.¹¹

Mostra-se inaceitável na chamada pós-modernidade¹² pensar a jurisdição ao modelo

Ontological Turn. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003)**, mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

⁹ O que, como se verá, foi legado pela construção ocidental do conceito de jurisdição, extremamente ligado a uma dogmática jurídica dotada de pretensão conceitual, o que recebeu o agravante da filosofia racionalista (século XVII) e codificatória (século XIX).

¹⁰ Local onde a democracia formal deve ser suplantada pela democracia material, a qual impõe o respeito, efetividade e garantia da Constituição, o que vai ao encontro da tese proposta. Cf. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2009, p. 15.

¹¹ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Ed. Juruá, 2009, p. 49.

¹² Ainda que o Brasil esteja diante de uma espécie de pré-modernidade, o que é possível concluir justamente em razão da inoperacionalidade, em *terra brasilis*, do *Welfare State*. Para um maior aprofundamento, consultar: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito, marxismo e liberalismo**. Florianópolis: Ed. Cesus, 2001, p. 56. Já para Chevallier, parafraseando Cooper, o Brasil é um exemplo de um autêntico Estado moderno, vinculado à noção tradicional de Estado como detentor do monopólio da força. Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 21. Sobre o termo “pós-moderno”, aduz Diniz que sua primeira alusão foi realizada pelo filósofo alemão Rudolf Pannwitz, em 1917, que, sob a influência de Nietzsche, o identificava com o nihilismo operante no ocidente do século XX. Após relatar várias passagens na utilização do termo, conclui Diniz que a crença iluminista no planejamento coerente da vida dos homens em sociedade cederá à contingência e o risco, marcas de uma sociedade tipicamente pós-moderna. Dessa forma, na era pós-moderna as antigas expectativas racionais-iluministas dão lugar à consciência da incerteza e da contingência de sociedades crescentes, complexas e diferentes. Para um maior aprofundamento

estatal liberal, que influenciado pelas filosofias iluministas do século XVII através de um modo de produção do conhecimento objetivava certezas absolutas a partir de demonstrações lógicas¹³ na proteção unicamente aos direitos de liberdades de contratos e na propriedade individual.¹⁴

A jurisdição do século XXI deve se adaptar às exigências de uma sociedade que, como alerta Chevallier, entrou numa nova fase, onde se mostram perturbados os equilíbrios sociais diante da ocorrência de revoluções tecnológicas, das mutações do sistema produtivo e das transformações da estratificação social. De uma sociedade em que as relações sociais passaram a ser caracterizadas pela dinâmica da mudança, da instantaneidade, do efêmero, sendo dominadas pela incerteza e pela imprevisão¹⁵, e que, para ver fazer valer os direitos sociais oriundos do constitucionalismo contemporâneo e do surgimento de um modelo de sociedade caracterizado pela complexidade e indeterminação, pugna pela construção de uma jurisdição-processual para além do espectro reprodutivo legal¹⁶-individualista¹⁷, características também presentes num processo civil ultrapassado.

O desafio está em compreender que a processualística civil, o que se deve ao legado liberal, tem se apoiado numa tal procedimentalidade (e também instrumentalidade)¹⁸ que

consultar: DINIZ, Antonio Carlos. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, pp. 647-649.

¹³ Sobre a influência do racionalismo-iluminista no pensamento filosófico, consultar: CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Ed. Unicamp, 1992. Para o autor (p. 24), “o século XVII via na construção de sistemas filosóficos a tarefa própria do conhecimento filosófico. Para que lhe parecesse verdadeiramente filosófico, era preciso que o saber tivesse alcançado e estabelecido com firmeza a ideia primordial de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida, e que tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido. É o que efetivamente ocorre quando, pelo método da demonstração e da dedução rigorosa, são mediatamente ligadas à certeza primordial outras proposições, a fim de se percorrer, por meio dessa conexão mediata, toda a cadeia do cognoscível e de a encerrar sobre si mesma.”

¹⁴ Esse, na verdade, é o ponto central do direito moderno, o que restou bem identificado por Jurgen Habermas na obra **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997, pp. 45-47.

¹⁵ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Op. cit., pp. 16-17.

¹⁶ A mera reprodução da lei, pelos juízes, na busca desenfreada da extração do sentido unívoco do texto, é marca registrada do iluminismo. Tal fenômeno deu-se principalmente ante a desconfiança que haviam chamado sobre si os juízes no período da “justiça de gabinete”. Entretanto, deve-se também, como bem lembra Karl Engisch, a adoração da lei animada pelo espírito racionalista. Ambos os motivos são os responsáveis pela estrita vinculação do juiz à lei. In: **Introdução ao pensamento jurídico**. 7ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 206.

¹⁷ Integrante da expressão “direitos fundamentais” (*droits fondamentaux*), os quais aparecem na França em 1770 no movimento político e cultural que levou à Declaração dos Direitos do Homem de 1789. A expressão alcançou especial relevo na Alemanha, onde, sob o título *Grundrechte*, articulando-se ao sistema de relações entre o indivíduo e o Estado enquanto fundamento de toda a ordem jurídico-política. Cf. NOGUEIRA, Alberto. **Direitos do Homem, Direitos fundamentais e liberdades públicas**: diferenciações e divergências. Revista CEJ/Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, n. 1, p. 24.

¹⁸ No direito processual civil brasileiro, a obra mais consistente sobre a instrumentalidade no âmbito do processo civil foi escrita na década de oitenta por Cândido Rangel Dinamarco, que defende uma instrumentalidade para a realização de escopos metajurídicos (sociais, econômicos, etc.) através da intervenção judicial (protagonismo

acaba se revelando inautêntica ao universo hermenêutico, o que leva à inefetividade do próprio processo. Este ainda não é capaz de atender à satisfação dos direitos sociais, até mesmo porque concentra seu foco no solitarismo judicial e em sua fixação no ritualismo¹⁹ fase-a-fase ordinário-declaratório-plenário – compreendido como o modelo essencial do direito processual civil moderno a proteção de direitos individuais, capaz de satisfazer na plenitude e de modo exauriente o direito material invocado em juízo²⁰ –, o que o leva a ficcionalmente crer que dessa forma trará segurança, criando uma verdadeira aversão a todas as formas de juízos fundados em verossimilhança, fruto da herança cartesiana. É de se questionar: segurança a quem? Ao que? Para quando? Ao passado (que é o que se verifica), presente ou futuro?

Não é demais alertar: é preciso pensar hermeneuticamente o direito processual civil para fazer valer a Constituição, o que impõe verificar o que a hermenêutica (de cariz filosófico) tem a dizer ao processo e aos seus institutos. Não se trata de deixá-lo às mãos do julgador na busca desenfreada por efetividade, base teórica das teses instrumentalistas (escola paulista de processo). Tampouco conceber o processo enquanto instrumento explorador e descobridor de verdades absolutas (matemáticas) como pretendeu o jusracionalismo²¹, contribuindo inclusive à valorização do homem (antropocentrismo) na solução preponderante de conflitos individuais, mesmo local da banalização interpretativa, da valorização do ritualismo.²²

Trata-se de levar em consideração que a verdade em processo é sempre uma verdade

judicial). Tanto Dinamarco defende o protagonismo judicial, que em uma de suas passagens refere que o juiz “pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar nos sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”. In: **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001, pp. 199-200.

¹⁹ A valorização do rito em processo civil é objeto da crítica de Vittorio Denti, o qual denomina essa fixação pelo procedimento de “tecnicismo extremo”, transformando o juízo em uma espécie de laboratório. In: **Un progetto per la giustizia civile**. Bolonha: Ed. Mulino, 1982, p. 124.

²⁰ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. Op. cit., p. 30. A presente tese parte do pressuposto de que o referido procedimento, utilizando-se das palavras de François Ost, está adstrito a um sistema composto por uma espécie de “memória em migalhas” (Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 57). Isso porque sua “plenariedade” acaba por admitir a superabundância de informações, fundamentos (inclusive probatórios) e pedidos, gerando uma preocupante fragmentação/distanciamento do plano fático que fundamenta o processo. Esse distanciamento também se opera pela sequência fase-a-fase do rito ordinário, que através da prática sucessiva de atos processuais num tempo distante obnubila paulatinamente a compreensão do intérprete da causa do próprio fato/direito que sustenta e dá origem a demanda.

²¹ O fazendo através do culto à lei positivada (o Código napoleônico é um exemplo disso), onde a função jurisdicional se traduzia numa atividade puramente dedutiva, oriunda da simplificação do direito a conceitos em-si-mesmos e matematizantes. Sobre o tema consultar as seguintes obras de Castanheira Neves: **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003; **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra, 1976.

²² Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 70.

hermenêutica sujeita as condições de temporalidade e compreensão do intérprete, o que viabiliza questionar o rito ordinário e a própria atuação jurisdicional, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz ser-no-mundo, autêntico e democrático. Angustiado, mas responsável. Consciente das consequências de sua decisão e de que ao fim e ao cabo não está a exercer a jurisdição para lançar verdades eternas ou certezas, mas que está à frente de indeterminações. Consciente também do cuidado (sentido) ao mundo que se abre a sua frente, compreendendo o processo como fenômeno (a partir de sua faticidade), desvelando a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade)²³, instaurando seu sentido diante de sua singularidade.

Não pode o processo civil continuar a ser seduzido por uma lógica metafísico-universalizante típica do Estado Liberal e da filosofia da consciência, ancorando-se principalmente no ritualismo ordinário (no instrumentalismo, na técnica) como condição de possibilidade (validade) à produção-satisfação do direito (das relações obrigacionais ou patrimoniais). Esse é o ambiente de uma jurisdição concebida como um poder solitário do juiz, que atua por vezes em aparente situação de neutralidade (apegado aos fundamentos que derivam da razão), de irresponsabilidade, e por vezes como protagonista, o que acaba por conduzi-lo ao cometimento das mais variadas formas de arbitrariedades (e, para alguns juristas, decisionismos e até discricionariedades)²⁴, o que remonta ao solipsismo próprio da filosofia da consciência, que em processo civil estampa-se, por exemplo, pela condução (agilidade) do processo pelo juiz.

O desiderato da presente tese é outro. Estrutura-se (e se condiciona) em sobrelevar o papel da linguagem (através do diálogo) em processo, afastando-se da lógica do sujeito cognoscente à necessária efetivação das promessas constitucionais. Por isso o procedimento, a ação, o contraditório, dentre outros institutos processuais, carecem de uma necessária releitura democrático-constitucional, até mesmo como forma de libertação do autoritarismo liberal que universaliza a produção dos sentidos, renunciando a historicidade. O procedimento deve, enfim, ceder à substância.

Na esteira de pensamento de Giorgio Agamben²⁵ é tempo de profanar alguns dogmas

²³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. Tradução para o espanhol de Agustín Domingo Moratalla. 2ª edição. Madri: Ed. Tecnos, 2000, p. 50.

²⁴ Sobre a prática da discricionariedade na construção do ato judicial, consultar: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit.

²⁵ Em relação ao pensamento de Agamben, consultar, dentre outras, as seguintes obras: **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. 2ª edição. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

estigmatizados pela tradição (inautêntica) da processualística moderna.²⁶ Em especial o que circunda o comando sentencial a partir de sua (iluminista) relação com o silogismo²⁷ da “premissa maior – lei” com a “premissa menor – fato” (como se fato e direito fossem cindíveis!)²⁸, local onde o julgador teria a missão de descobrir a solução dos casos a partir da vontade do legislador (teses centrais da obra de Carnelutti e Chiovenda)²⁹.

O fato é que o processo tem que rumar à construção do ato jurisdicional desde uma posição de legitimidade alcançada pelo juiz diante de uma pré-compreensão democrático-material-constitucional no momento da aplicação do direito.³⁰ Assim será compreendido enquanto local de manifestação da democracia, dando-se conta, como alerta Jânia Saldanha, do fenômeno pós-moderno das diferenças da sociedade.³¹

²⁶ A tradição do processualismo moderno, para a presente tese, é considerada, por inúmeras razões, inautêntica. Isso se deve principalmente ao fato de que a processualística não se adaptou às exigências de uma sociedade complexa e contingente. Manteve-se, ao contrário, obcecada pela solução de conflitos individuais e pela aposta na supervalorização da posição solipsista do juiz. Definitivamente, o processo civil de que se dispõe atualmente não vem dando crédito ao novo a partir do velho. Não se renova. Não produz ineditismos. Mantém-no antigo através da concentração dos procedimentos na plenariedade, na produção probatória exauriente e na crença de que ao juiz incumbe o encontro de verdades absolutas.

²⁷ Para Carnelutti, a estrutura da sentença se explica mediante a conhecida forma “lógica” de um silogismo, cuja premissa maior está contida pela afirmação da situação suposta pela norma jurídica e a premissa menor pela afirmação da situação fática em juízo. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradução para o espanhol de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982, p. 04. Já segundo Alfredo Rocco, a sentença é pura expressão do Estado, em que se aplica a norma legal ao caso concreto. Cf. ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Ed. Giuffrè, 1962, pp. 25-32.

²⁸ Consoante os ensinamentos de Ovídio Baptista, a separação entre direito e fato, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, ainda permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o direito, como ciência da compreensão, exista no fato, hermeneuticamente interpretado. Sobre isso consultar: **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 36. Pode-se, dessa forma, constatar que a referida posição é uma crítica a doutrina processualística clássica que vê na figura do juiz uma espécie de oráculo da lei, em que o fato sempre acaba ficando em segundo plano, até mesmo porque, como refere Carnelutti, “a duplicidade das premissas corresponde ao duplo tema da atividade do juiz: posição da norma jurídica e posição da situação de fato; ou como se diz na linguagem corrente: questão de direito e questão de fato”. Cf. CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Op. cit., p. 05.

²⁹ Veja-se, para tanto, a teorização do legado de Carnelutti a partir das seguintes obras: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, vols I a IV. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Ed. Classicbook, 2000. Sobre a metodologia chiovendiana, consultar a crítica de Lino Enrique Palacio na obra **Derecho procesal civil: nociones generales**. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1967.

³⁰ Sobre a construção (motivação) do ato jurisdicional, consultar a seguintes obras: TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Pádua: Ed. Cedam, 1975, pp. 145-151; PALERMO, Antonio. **Il processo de formazione della sentenza civile**. Nr. 13. Milão: Ed. Giuffrè, 1956, pp. 30-50. Nesse mesmo sentido, ensina Serra Dominguez que o ato decisório é uma operação complexa que inclui questionamentos não somente de ordem racional, mas também histórica e crítica, os quais se entrelaçam diante de sua construção. In: SERRA DOMINGUEZ, Manuel. **El juicio jurisdiccional**. Estudios de derecho procesal. Barcelona: Ed. Ejea, 1958, pp. 70-75.

³¹ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade do STF. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2009)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto... [et al.]. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 120.

Entretanto, o tecnicismo³² do século XIX levou o processo civil a trilhar caminhos pedregosos, onde o procedimento definitivamente perdeu a legitimidade, o que teve início diante da compreensão (inautêntica), pela processualística clássica, da *actio* romana. Sua (do processo) clausura e hipostasiação procedimental afastaram-lhe consideravelmente do plano do direito material (e constitucional), do mundo fático, do mundo da vida (Husserl), da própria sociedade. Contribuiu à formação de juízes a-críticos, os quais, já que não possuem responsabilidade, revezam-se numa espécie de gangorra em que de um lado figura a neutralidade e noutro o estrelato.

Em outra direção, a presente tese trabalha com um re-pensar da atividade cognitivo-processual judiciária sob o viés do perfil hermenêutico-filosófico. A condição de possibilidade está em afinar o processo civil com *locus* de sumarização procedimental-material aptos democraticamente ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos direitos sociais-fundamentais. E mais: de uma verdade hermeneuticamente possível, o que leva a relacionar o processo civil a um Judiciário difundido, nem neutro nem protagonista, mas que aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos que atuam no processo³³ em um dimensionamento espaço-temporal compatível às exigências constitucionais, estando aberto à vida social na medida de sua mutabilidade.³⁴

O próprio direito, em pleno século XXI, deve ser compreendido enquanto meio transformador da sociedade, não mais simplesmente mantenedor da ordem ou cessionário do poder político às mãos dos detentores do poder econômico³⁵, característica de um direito (e de um processo) liberal. Os novos direitos pós-modernos exigem também um processo pós-moderno³⁶, não simplesmente racional-iluminista.

³² Para Candido Rangel Dinamarco, visão a que se vai de encontro no presente trabalho, o referido tecnicismo verificável em pleno século XIX haveria desaparecido, o que teria ocorrido com Oskar Vön Bulow ao proclamar a existência de uma relação jurídica diferente da jurídico-material envolvente aos litigantes. Mesmo ciente do contributo de Bulow, para a tese proposta é justamente sua teoria uma das responsáveis pelo afastamento dos planos do processo e do direito (inclusive constitucional). Sobre a obra de Dinamarco, consultar: **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo II. 2ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1987, pp. 727-728.

³³ O que remonta, de certa forma, ao conceito de “sentença participada” utilizado por Aroldo Plínio Gonçalves. Uma decisão não proferida isoladamente pelo Estado, mas resultante de toda uma atividade participativa. In: **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992, pp. 193-194.

³⁴ Cf. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes. Op. cit., p. 119.

³⁵ O que levou José Saramago a afirmar que “o poder econômico superou o poder político, a cultura. (...) O neoliberalismo, em minha opinião, é um novo totalitarismo, disfarçado de democracia e mantendo as aparências”. In: SARAMAGO, José. **Fim de uma civilização**: entrevista com José Saramago. Revista Revés do avesso, ano 9, n. 11, p. 17-19, nov-dez. 2000, p. 18.

³⁶ A expressão “processo pós-moderno”, na presente tese, guarda relação ao reconhecimento e a compreensão do direito processual civil através de um ambiente de sumarização processual e procedimental-material, onde o processo seja compreendido enquanto fenômeno, impedindo que a força do ritualismo fase-a-fase ordinário seja

Nesse viés, o desvelar do que se denomina *sentença liminar de mérito* é um re-desenhar (hermenêutico, de cariz filosófico, dedicado às consequências do giro linguístico), em processo civil: 1) da valorização do caso concreto³⁷; 2) da história³⁸ e da tradição³⁹ (no que se refere à satisfação dos direitos sociais-fundamentais); 3) da práxis judiciária (enquanto produtora de precedentes judiciais); 4) da necessidade em ultrapassar a construção do conhecimento isolado (desprovido de compreensão)⁴⁰; 5) da proteção constitucional relacionada à condução da tempestividade da prestação jurisdicional; 6) da aproximação entre jurisdição e comunidade; 7) dos próprios princípios processuais-constitucionais e da participação democrática, condições de possibilidade para a construção de um direito íntegro.

Contrapõe-se ao modelo metafísico-objetificante presente no rito fase-a-fase ordinário em prol de uma nova concepção de jurisdição-processual difundida democrático-substancialista⁴¹, de uma jurisdição-processual que aberta aos impulsos jurisprudenciais e aos clamores da sociedade ultrapasse fundamentadamente o formalismo processual para cumprir a Constituição, tendo-a como limite de atuação. Um de seus principais fundamentos relaciona-se à constante busca pela satisfação dos direitos sociais-fundamentais diante de uma

um óbice à satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Um processo construído democraticamente (com participação ativa dos envolvidos) diante de um compartilhamento de poderes entre o juiz e as partes, onde o diálogo seja o fio condutor a desvelar a compreensão do caso concreto diante de um redimensionamento espaço-temporal na trajetória processual, que nesta tese se desenha diante de uma filosofia *no* processo, que lhe é condição de possibilidade.

³⁷ A preocupação com a valoração do concreto em contraposição ao abstrato é objeto da obra de Castanheira Neves intitulada **O atual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, pp. 12 e seguintes. Reportando-se a Ihering, leciona o autor português: “o direito existe para se realizar”. Logo, o pensamento jurídico tende a ir para além do positivismo legalista, o que condiciona o problema da interpretação jurídica ao ato metodológico de determinação do sentido normativo-jurídico no instante da realização do direito, levando-se em consideração às concretas exigências do problema jurídico a resolver. Consequentemente: a) norma e interpretação são incidíveis; b) a norma só se determina através da concreta resolução dos problemas jurídicos que a invoque como seu critério.

³⁸ Leciona Gadamer que o jurista tem uma tarefa exclusivamente prática. Ao sentenciar, por exemplo, podem entrar em jogo muitas considerações político-jurídicas, o que leva o juiz a pautar-se em uma interpretação “correta”, o que implica o necessário imbricamento entre a história e a atualidade. Sobre o tema consultar: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 19.

³⁹ Segundo François Ost, tradição é o elo lançado entre as épocas. Uma continuidade viva da transmissão de crenças e práticas. No entanto, para romper com qualquer semelhança ao conservadorismo ou ao dogmatismo, a tradição não sobrevive sem adaptação, sem a aptidão para produzir coisas inéditas em quadros antigos. Logo, o enigma da tradição está em renovar o fio da continuidade, incorporando a inovação e a reinterpretção que o presente exige. Este é o local onde a herança é incessantemente modificada. In: **O tempo do direito**. Op. cit., pp. 63-66.

⁴⁰ Cf. ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Op. cit., p. 29.

⁴¹ O que rechaça a possibilidade do juiz solipsista captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas, devendo ceder à comparticipação e policentrismo processuais, o que reflete, para o autor, a tese da democratização do direito processual civil. Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Op. cit., p. 203.

efetividade processual⁴² oriunda não do processo, mas do direito material que lhe dá origem e fundamento, rompendo definitivamente com a ideia de que o modelo ordinário-plenário é o único possível.

No auge do movimento político liberal os direitos de liberdade receberam do Estado como ferramenta de proteção o ritualismo do procedimento ordinário (e toda a gama de ferramentas que oferece, tais como a cumulações de ações, a ação declaratória incidental, as demandas reconventionais, etc.), o qual não se mostra mais adequado para a proteção dos direitos denominados pós-modernos. Estes reivindicam uma ação positiva do Estado, tendo relação com o assistencialismo social, à saúde, aos direitos de solidariedade e fraternidade, de titularidade coletiva ou difusa, tais como o direito a um meio ambiente saudável⁴³, do consumidor, da bioética, do biodireito, da bioengenharia, dos advindos da virtualização do mundo, etc.⁴⁴

Por isso é que em face da complexidade e da contingência que se apresentam atualmente na sociedade e que a diferem consideravelmente da sociedade liberal do século XVIII, quando o processo civil moderno foi sedimentado (principalmente pela contribuição de Oskar Vön Bulow, que o manteve paradigmaticamente no esquema sujeito-objeto⁴⁵), é que o re-descobrimento do processo civil se mostra uma alternativa bastante saudável. Não a partir dos mesmos parâmetros em que foi pensado e construído pela processualística clássica, seduzida pelas filosofias iluministas do século XVII (que somente se preocupava em tutelar a igualdade e a liberdade), tempos em que o processo foi reduzido a instrumento da jurisdição,

⁴² A qual representa uma das maiores preocupações da processualística contemporânea quando o tema é tutela do direito subjetivo material. Para tanto, consultar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Notas sobre o “problema” da efetividade no processo**. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

⁴³ Lembra, sobre isso, Boaventura de Souza Santos, que nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço da sua cobertura florestal. Apesar de a floresta tropical fornecer 42% da biomassa vegetal e do oxigênio, 600.000 hectares de floresta mexicana são destruídos anualmente. As empresas multinacionais detêm hoje direitos de abate de árvores em 12 milhões de hectares da floresta amazônica. A desertificação e a falta de água são os problemas que mais vão afetar os países do Terceiro Mundo na próxima década. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável. In: **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Ed. Cortez, 2000, p. 24.

⁴⁴ Tais direitos têm referência às dimensões dos direitos fundamentais. Em sua história, refere Sarlet que desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os mesmos passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta geração. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998, pp. 46-47.

⁴⁵ O que se justifica ante ao fato de que para Bullow o juiz seria um porta-voz do sentimento jurídico do povo, uma espécie de protagonista do processo, podendo, nessa condição, criar o direito mesmo em contrariedade à lei, a partir de uma aplicação livre e subjetiva do direito, local onde atuaria com “sabedoria” e “sensibilidade”. Para um maior aprofundamento vide: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Op. cit., pp. 100-102.

sendo esta vista enquanto atividade solipsista do juiz.⁴⁶

O re-descobimento do processo pressupõe a superação desse juiz solipsista. Do juiz detentor de um poder solitário, arraigado ao procedimento (ou em sua adequação, tese instrumentalista) para legitimar sua íntima convicção em relação a determinado caso concreto, seduzido pelo método⁴⁷ (rito ordinário) em (ficcionalmente) extrair da lei um sentido único e absoluto, colocando em jogo a potencialidade de concreção das promessas constitucionais.

Impõe-se o rompimento de uma cultura jurídica que há séculos confere ao juiz a posição de senhor da linguagem, local em que se despreza o conjunto de contextos interpretativos já existentes e em que se dizem direitos de forma livre, independente do elo que liga ao passado da tradição (autêntica). É finalmente chegada a hora de ultrapassar a figura do juiz que não se preocupa com a democracia e com os direitos sociais-fundamentais, afinal de contas sob o paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito tem ele a responsabilidade na proteção desses direitos. Uma responsabilidade ética, constitucional.

Revela-se imperioso propor um modelo jurisdicional que seja além de responsável, democrático e efetivo (realizador do direito material-constitucional). Tal exige o recurso da hermenêutica, cuja compreensão relacionada ao processo civil tem a condição de trazer à tona uma possibilidade de sumarização procedimental e material democraticamente apta a aproximar o investigador (juiz) do objeto investigado⁴⁸ (fato/direito material) a partir do que na presente tese se denomina *sentença liminar de mérito*.

Não se está a trabalhar com um simples procedimento, ou uma possibilidade adstrita à vontade do magistrado. O objetivo está em compreender que é possível (e necessário) pensar em novos *locus* processuais de abertura à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo e com uma função jurisdicional institucionalizada na posição de um terceiro a quem incumbe ditar o certo ou o errado.⁴⁹

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 177.

⁴⁷ A aproximação do direito processual civil, em especial o de rito ordinário, com a questão do “método jurídico”, compatibiliza-se da construção de Castanheira Neves sobre a própria concepção de “método jurídico”, expressão metódica do positivismo jurídico. Trata-se, para o jurista, do programado processo de atividade intelectual, ou complexo estruturado de regras e atos intelectuais que cumpre realizar para prescrever o modelo que o pensamento jurídico deveria cumprir para atuar em termos especificadamente jurídicos e corretos. Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Digesta**. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, pp. 301-302.

⁴⁸ Para Ovídio Baptista e Fábio Gomes o próprio direito, enquanto ciência hermenêutica, busca o individual, em sua riqueza histórica e existencial, orientando-se para a compreensão do fenômeno humano que será sempre situado historicamente. In: **Teoria geral do processo civil**. 3ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2002, pp. 09-10.

⁴⁹ O que pode ocorrer, por exemplo, com o convite, pelo juiz, a organizações ou órgãos públicos para participar do processo judicial como *amicus*. Refere Owen Fiss que no direito processual norte-americano o conceito de *amicus* surgiu em casos relacionados às escolas, nos quais os juízes das cortes de instrução e julgamento convidaram o governo dos Estados Unidos a participar, com o propósito de obter o compromisso do Poder Executivo com o cumprimento da decisão e também de ampliar a estrutura representativa. In: **Um novo**

Uma abertura que a própria constitucionalização exige diante do resultado da história e da cultura. Um processo pluralista em que os segmentos da sociedade terão participação ativa na construção do ato jurisdicional, rompendo com o subjetivismo para satisfazer valores democráticos, legitimando a própria atuação da magistratura.⁵⁰ A supracitada abertura justifica-se diante do seguinte questionamento: na busca por respostas (constitucionalmente) corretas em processo, o caso concreto se apresenta isoladamente? Ou seja, o ente caso concreto é destituído do ser (sentido)?

Nesse particular, a inserção do intérprete no caso, através da linguagem, assumindo a condição de ser-no-mundo (aqui “ser-no-processo”), é condição de possibilidade para o alcance “da” resposta correta. O problema está, todavia, no *como* deve o juiz labutar na busca do encontro da significação do fato concreto, ciente de que esta se constitui numa das tarefas de maior complexidade do exercício jurisdicional. Certamente uma das saídas está em concentrar esforços na aproximação, através da linguagem, entre procedimento, sociedade e direito.

Tal aproximação (que, fique claro, não guarda relação alguma com o método subsuntivo⁵¹ de aplicação do direito, próprio do esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência) pode ser obtida por meio de um novo agir processual sumário que atenda liminarmente as pretensões de direito material-constitucional, partindo dos seguintes pressupostos, os quais podem ser assim elencados: 1) que compreenda o processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento, impedindo que o ritualismo metodológico afaste o juiz do ser dos entes (fatos, textos, leis, Constituição, súmulas, etc.) quando da aplicação do direito; 2) que pressuponha a necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase-a-fase do procedimento ordinário; 3) que realize uma re-leitura constitucional da plenitude de defesa em processo civil, cuja hipostasiação teria contribuído para a universalização das ações

processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 60-61.

⁵⁰ Uma das primeiras experiências em que o poder judiciário abriu efetivamente suas portas à sociedade deu-se no julgamento da ADIn 3.510, momento em que vários segmentos sociais foram ouvidos. O tema guardava relação com a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) e a discussão na utilização de células-tronco embrionárias para pesquisas e tratamentos terapêuticos. Para um maior aprofundamento da temática da participação dos segmentos da sociedade em processo civil (onde o instituto do *amicus curiae* assume uma função extremamente relevante), consultar: SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: **Revista de Processo**, nº 154, ano 32. Ed. Forense, 2007, pp. 255-283.

⁵¹ O método da subsunção guarda relação com a operação do julgador em adequar a regra legal ao fato específico. No processualismo contemporâneo, um dos principais defensores dessa operação lógica é Pedro Aragoneses Alonso na obra **Proceso y derecho procesal:** introducción. Madri: Ed. Aguilar, 1960, pp. 808-810.

condenatórias⁵² e do rito ordinário-declaratório, suprimindo outras formas de cognição sumária em processo; 4) que eleja como uma condição de possibilidade a re-elaboração do conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, num sentido diferente do estabelecido pelas filosofias liberais (que distinguem verossimilhança e verdade), demonstrando a importância da singularidade de cada caso concreto levada a processo para respeitar sua faticidade, que lhe é própria, única; 5) que pense o processo civil sob a lente de uma filosofia *no* processo, afinal de contas, se interpretar é explicitar o compreendido⁵³, a decisão construída através de um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase, característica do procedimento ordinário-plenário, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

O que a doutrina processualística moderna desconsidera (e as teses procedimentalistas processuais também), porquanto arraigada ao paradigma da certeza jurídica, é que os juízos de aparência (como o são os de verossimilhança) também se sustentam numa *posição-visão-concepção*⁵⁴ prévias. Há nestes juízos⁵⁵ a formação de uma circularidade que impõe elaborar os sentidos a partir da coisa (fato/direito) mesma⁵⁶, e não por meras intuições advindas com a

⁵² Que, no processo moderno, constituem-se num verdadeiro império absoluto, oferecendo, numa perspectiva pragmática, pouco além da declaração sobre a existência do direito invocado pelo autor e da virtualidade em constituir um título para uma nova demanda subsequente. Inapta, por isso, a auto-realizar o direito invocado, de modo que seu conteúdo passa a constituir objeto de uma futura demanda (Calamandrei). Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, pp. 21-37.

⁵³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Op. cit., p. 170.

⁵⁴ Isso porque, como ensina Heidegger, ao apropriar-se da compreensão a interpretação se move em sendo compreensivamente para uma totalidade já compreendida. A apropriação do compreendido, embora ainda velado, sempre cumpre o desvelamento guiado por uma visão que fixa o parâmetro na perspectiva do qual o compreendido há de ser interpretação (*posição* prévia); Por isso a interpretação funda-se sempre numa *visão* prévia, que recorta o que foi assumido na *posição* prévia. O compreendido, estabelecido numa *posição* prévia torna-se conceito através da interpretação. Esta pode exaurir conceitos pertencentes ao ente a ser interpretado a partir dele mesmo, ou então forçar conceitos contra os quais o ente pode resistir em seu modo de ser. Por isso a interpretação sempre já decidiu por uma determinada conceituação, seja definitiva ou provisoriamente, pois fundada numa *concepção* prévia. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 3.^a edição. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008, p. 211.

⁵⁵ Um exemplo interessante vindo do direito comparado é a *jurisdiction* (de cognição sumária e aparente) *des référé*s francesa. Caracteriza-se pela construção de ambientes de sumarização cuja tutela (urgente) pode ser concedida antes ou no curso de um processo dito principal, trabalhando por isso com outras modalidades de exercício do contraditório, que não unicamente a prévia. Para um maior aprofundamento, consultar, na bibliografia nacional: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *O desvelar (aletheia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil*. Tese de Doutorado em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2004; FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996; SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

⁵⁶ A expressão “coisa mesma” é trabalhada de forma extremamente interessante por Heidegger na obra *O que é uma coisa?* Para o filósofo, o que se mostra fundamental à tese proposta, as coisas enquanto coisas somente são perceptíveis se aquele que as pretende compreendê-las enquanto coisas deter-se na sua exata observação,

experimentação do método (ordinário).

A utilização da verossimilhança como vetor de acesso às coisas em processo remonta ao procedimento romano, notadamente ao período clássico, local onde a jurisdição conheceu de formas sumárias antes da universalização do rito ordinário-declaratório (*ordo iudiciorum privatorum* romano), principalmente através da atuação dos pretores na concessão de interditos, os quais eram outorgados com base em cognição superficial dos fatos apresentados. Todavia, não foi esse o legado da jurisdição romana aos países de tradição civil. Ao contrário⁵⁷, a herança está na ordinarização do procedimento.

Diante de tudo isso é então possível afirmar que o foco central da presente tese insere-se na Linha de Pesquisa *Hermenêutica, Constituição e Concretização de direitos*, do Programa de Pós-Graduação (nível doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos/RS. Sua preocupação principal está em lutar principalmente pela concretização dos direitos sociais-fundamentais desde uma atitude hermenêutica que investigue a efetividade do processo e a necessidade do encontro de respostas corretas em direito diante do problema (positivista) do cometimento de decisionismos pelos juízes.

Esse foco temático auxilia a compreender a importância do presente trabalho tanto ao programa de pós-graduação em direito da Unisinos/RS quanto ao próprio direito, ao processo civil e à sociedade. Ao primeiro, porque faz referência a um olhar crítico sobre o fenômeno jurídico a partir da utilização de uma filosofia *no* direito (utilizando-se do viés compreensivo proporcionado pela hermenêutica filosófica) e de sua relação a um processo civil estigmatizado pela processualística moderna. Ao segundo, porque sua proposta está em romper com o processo metafísico de extração de sentido do direito, resultante do predomínio do método. Ao terceiro e quarto, e principalmente a eles, porque pugna pela superação de um modelo ritualizado e inefetivo à proteção dos direitos sociais-fundamentais oriundos da complexização da sociedade.

Qual o caminho a percorrer? Evidentemente, ele é árduo. Não poderia ser diferente. Diante disso, optou-se em dividir a presente tese em duas partes, utilizando-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica, que é o retorno ao desvelamento, ou a recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização

podendo assim conceber que são as coisas. Nesse sentido, refere Heidegger: “não se pode imaginar o que é uma coisa permanecendo sentado à secretária, ou prescrevendo discursos de caráter geral”. Isso porque as coisas são sempre coisas singulares. Elas simplesmente são (a coisa mesma). Cf. HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa?** Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 19-20.

⁵⁷ Isso porque, como alerta Ovídio Baptista, os juristas processuais modernos creem que o direito da modernidade retornou ao direito romano, o que é aceito pela processualística como uma verdade definitiva. In: **A jurisdictio romana e a jurisdição moderna**. Disponível em: www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm. Acesso em 02.06.2009.

de método.

Levando-se em consideração o acima exposto, a matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa compreender a realidade, abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência, a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica.

Os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico. Histórico, em razão da necessária incursão realizada desde o direito processual romano do período arcaico. Monográfico, dada à verificação das condições de possibilidade para a construção da tese da *sentença liminar de mérito* e de sua relação com a *práxis* processual na busca pela (abnegada) efetividade do direito processual civil.

Em relação à estrutura do trabalho, dividida em duas partes, foi a primeira denominada *O esconder do caso concreto diante das raízes históricas, filosóficas e políticas da jurisdição-processual civil nos países da tradição ocidental: da Roma antiga ao Estado Democrático de Direito*. O objetivo é travar um diálogo hermenêutico tanto com a história processual quanto com os movimentos filosóficos que influenciaram diretamente a construção do processo moderno, além de verificar as razões políticas de sua sedimentação. Sua finalidade está em resgatar a historicidade do ideário da jurisdição-processual desde o direito romano até o Estado da modernidade.

A primeira parte da presente tese é essencial para a compreensão do foco central do trabalho. Qualquer pesquisa que intente investigar as raízes do direito processual civil nos países da tradição ocidental deve dar-se conta, além de seu conhecido comprometimento medular com o direito romano-canônico (principalmente o do período justinianeu, de século VI d.C), dos ideais da filosofia racionalista de século XVII e do liberalismo político do século XIX. Não é possível renunciar a essas influências, que de forma extremamente contundente afetaram o processo de que se dispõe atualmente.

Isso porque a hipostasiação da fase de conhecimento e seu corolário procedimento ordinário-plenário alcançaria, principalmente em razão do movimento liberal, seu mais alto grau de sofisticação, período em que a sociedade industrial, na ânsia por uma segurança matematizada, teria à sua disposição um instrumento processual universalizante, capaz abranger todas as questões litigiosas a partir de um procedimentalismo fase-a-fase e

exauriente, assegurando eternamente o resultado (no mais das vezes, declaratório) obtido através da ampla incidência da coisa julgada.

Nesse desiderato, foi a mesma dividida em dois capítulos. O primeiro intitulou-se *O ideário da jurisdição no direito romano tardio e a sacralização da ordinariade processual*. O objetivo é investigar desde o processo romano de período clássico a relação entre sumarização processual, atuação jurisdicional e sacralização do procedimento ordinário, o que se denominou, na presente tese, de hipostasiação procedimental. Da mesma forma, aprofundar a investigação dos meios cognitivos que guiaram a atuação dos pretores no processo romano e as causas de seu desaparecimento, relacionando-o a elementos que se entrecruzam no Estado moderno.

Já o segundo capítulo da primeira parte da tese foi denominado *Estado moderno e processo civil: os desafios da atuação jurisdicional entre a sedução racionalista e a necessidade pela coerência e integridade das decisões judiciais*. A intenção, partindo-se da investigação histórica e ideológica realizada no primeiro capítulo, na qual poderá se compreender em qual tradição o processo civil de que se dispõe atualmente está inserido, está em aprofundar as consequências geradas pelo paradigma racionalista no direito processual civil, relacionando-o às modalidades estatais modernas e a atuação jurisdicional verificável em cada uma delas. Aqui aflorarão os modelos de juiz Júpiter e criativo-ativista, os quais serão questionados diante de uma situação de desfuncionalidade da Constituição.

Ainda, será possível diagnosticar porque a aposta no solipsismo jurisdicional consagrou-se diante da obsessão do sistema processual em conferir ao juiz a tarefa de dar “agilidade” ao rito processual. Ao final da primeira parte, que concentra mais de vinte séculos de história, o desafio será pensar o processo e a atuação jurisdicional diante da perspectiva transformadora da realidade instituída pelo Estado Democrático de Direito. Seria a morte do positivismo jurídico?⁵⁸ Seria a derrocada do procedimentalismo em prol do substancialismo processual? Teria o direito sucumbido em sua autonomia? Tais questionamentos certamente

⁵⁸ Ainda que para a presente tese o positivismo jurídico, atualmente, seguindo a lição de Ronald Dworkin, esteja umbilicalmente relacionado ao cometimento de decisionismos pelos juízes, mostra-se extremamente interessante a compreensão de Barzoto sobre o tema, especialmente quando refere que com o termo positivo quer afirmar-se o valor do mundo objetivo, dado, posto ou real, ao meramente pensado, desejado ou valorizado por um sujeito qualquer, razão pela qual no direito o positivismo (jurídico) significa a tentativa de sua compreensão como fenômeno social objetivo, donde o direito não derivaria de outras fontes que não as sociais, tampouco o condicionaria sua dependência a juízos morais. Nesse contexto é que o autor compreende o positivismo jurídico através dos três problemas centrais da filosofia do Direito: ontológico, epistemológico e axiológico. A partir disso é que os relaciona a três questionamentos, respectivamente: O que é o direito? Quais as condições do conhecimento jurídico? Quais os valores que fundamentam e orientam a experiência jurídica? Para um maior aprofundamento, consultar: BARZOTO, Luis Fernando. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, pp. 642-646.

serão oportunos quando lá se chegar.

A segunda parte da presente tese foi intitulada *O desvelar do caso concreto diante de uma filosofia no processo civil: a sentença (democrática) liminar de mérito e os anseios por uma maior efetividade processual na satisfação dos direitos sociais-fundamentais*. Se o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional e de um processo que proporcionem o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais e do respeito ao direito substantivo, ao caso concreto submetido a juízo, a condição de possibilidade está em pensar o processo para além do reducionismo dogmático. Tal é tarefa que se impõe a uma filosofia *no* processo.

Essa filosofia *no* processo parte do pressuposto de que a linguagem serve como ponto de partida e de reflexão, porquanto é nela que o direito material-constitucional, quando submetido ao processo, se desvelará. É nela que se dará o sentido. É através dela que o sujeito solipsista, o qual não re-projeta suas próprias convicções, dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva que o fará respeitar a tradição e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. Está-se a trabalhar com a instituição de uma filosofia que pretende superar a força objetificante (e a valorização excessiva do procedimento) do *iter* processual a fim de vislumbrar em seu horizonte a necessária satisfação (efetivação) dos direitos sociais-fundamentais, colocando sua compreensão, pelo intérprete, no seu modo-de-ser, na faticidade, e na participação da sociedade.

A segunda parte da tese foi dividida em dois capítulos. O primeiro denominou-se *Processo civil e hermenêutica (filosófica): a linguagem como ponto de partida e reflexão*. Seu objetivo é o de alertar que a condição de possibilidade para se pensar numa filosofia *no* processo civil está condicionada ao enfrentamento da tentativa de superação da indeterminabilidade do direito pelo processo de desconstrução metafísica vigorante no pensamento dogmático. Como já se fez referência, isso se dará a partir da invasão da filosofia pela linguagem, alçando-a a condição de possibilidade ao ato interpretativo. Isso revela que o conhecimento sobre o fato (caso concreto), ou seja, o próprio acesso a ele, sempre se dará a partir de um ponto de vista, de uma pré-compreensão. É ela a condição inexorável à interpretação-aplicação do direito (que do fato não se cinde), tese que se aproxima da filosofia de Martin Heidegger ao analisar a questão ontológica do ser-no-mundo (*Dasein*).

Diante da constatação de que o ser é o ser de um ente e que um ente só é no seu ser, e que este não pode ser esquecido (como o quis a metafísica) é que Heidegger, a partir dos

teoremas fundamentais (que são os principais em sua obra) do círculo hermenêutico⁵⁹ e da diferença ontológica⁶⁰, principalmente na obra **Ser e Tempo**, trabalhando com a ideia de que o horizonte de sentido é dado pela compreensão, referirá que para interpretar é preciso compreender, o que tem como condição de possibilidade a pré-compreensão, que se constitui num constante (re)projetar de sentidos a partir da condição de ser-no-mundo do intérprete. A compreensão, para Heidegger, é um existencial, uma categoria pela qual o homem se forma. A linguagem será a verdadeira condição para tanto, porquanto é ela que viabiliza o acesso do homem ao mundo.

Seguidor de Heidegger, o filósofo alemão Hans-Georg Gadamer, em **Verdade e Método**, retomando a questão da linguagem, sustenta que a hermenêutica é forma de acesso ao mundo, tendo a linguagem como condição de possibilidade no interior da qual o homem se manifesta. Não há, para Gadamer, compreensão sem linguagem. Por isso no primeiro capítulo da segunda parte da tese o objetivo está em destacar o fato de que a própria racionalidade cognitivo-processual se define a partir da linguagem, ao ponto que o magistrado somente chega aos objetos (aos fatos) através da linguagem. O acesso às coisas em processo é um acesso a algo enquanto algo, não ocorrendo em sua plenitude senão via significado.

Lá se poderá constatar que a apropriação da hermenêutica filosófica pelo processo civil guarda relação com a compreensão (da qual a linguagem é condição de possibilidade) do próprio fato submetido à apreciação judicial. Se, como alerta Ovídio Baptista, a vontade da lei não passa de um mito, uma utopia, o que interessa ao juiz é a compreensão do próprio fato no processo de atribuição de sentido. De acordo com a lição do renomado professor, o que importa é buscar seu significado⁶¹, ciente de que o processo é um instrumento que não trata de fatos puros, mas de fatos que carecem de interpretação que lhes atribua significado.

Finalmente, o segundo e último capítulo da segunda parte da presente tese, intitulado *Profanações a metodologia ordinário-plenária e as introspecções no direito processual civil: a (necessidade constitucional na) re-valorização do caso concreto pela sentença (democrática) liminar de mérito a partir do modelo jurisdicional democrático ser-no-mundo*, faz menção a necessidade da propositura e instituição de um novo *locus* processual que

⁵⁹ Que tem em sua plataforma de compreensão a ideia de que o conhecimento de algo se dá como articulação de uma pré-compreensão, o que justifica o porquê de toda interpretação ter como início a relação, através da linguagem, do homem com o mundo.

⁶⁰ Onde o ser mostra-se no ente. Pensada em relação ao direito (tese pregada por alguns juristas, em especial por Lenio Streck em suas obras), sustentará a crítica de Heidegger na transformação do ente em objeto de representação, o que juridicamente fomentaria a separação (metafísica) entre texto e norma, vigência e validade, etc.

⁶¹ Consultar: **Verdade e significado**, de autoria de Ovídio Baptista, publicado junto ao sítio www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm. Acesso em 04.06.2009.

compreenda o processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento, partindo da necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase-a-fase do procedimento ordinário, elegendo como uma condição de possibilidade a re-elaboração do conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, pensando o processo civil sob a lente de uma filosofia *no* processo.

Um novo exercício de compreensão do direito processual civil, guardando relação a um processo pós-burocrático, democrático, sumário e autônomo processual e procedimentalmente, construído com a participação direta da sociedade. Que assim seja apto a conduzir o direito processual civil a aproximar democraticamente o procedimento (a forma) do caso concreto (substância), o juiz da comunidade, da própria situação fática que se lhe apresenta e da resposta constitucionalmente correta a cada caso concreto, tendo como objetivo último a satisfação dos direitos sociais-fundamentais.

PRIMEIRA PARTE

O esconder do caso concreto diante das raízes históricas, filosóficas e políticas da jurisdição-processual civil nos países da tradição ocidental: da Roma antiga ao Estado Democrático de Direito

O século XIX foi decisivo para o direito processual civil. Sua autonomização e consequente hipostasiação procedimental afastaram-lhe consideravelmente do plano do direito material-constitucional, do mundo fático, do mundo da vida. Em pleno século XXI, seu re-descobrimento revela-se uma necessidade. Percorrer os mesmos caminhos da processualística contemporânea mostra-se, entretanto, um equívoco a que não se pode incorrer. Revela-se então imperioso o resgate do que foi ocultado pelo tempo e por nós mesmos quando o tema é processo civil. Daí o retorno ao direito romano como fonte essencial de produção processual, cujo desvelar se mostra uma possibilidade na alforria da dogmática jurídico-processual, que com seus conceitos universalizantes pretende, através do método e da objetificação dos sentidos, antever todas as hipóteses aplicativas em direito, perspectiva incompatível com um Estado (brasileiro) que se proclama Democrático de Direito.

**1 O ideário da jurisdição no direito romano tardio e a sacralização da
ordinariedade processual**

O direito processual civil, como atualmente conhecido, tem como uma de suas fontes o direito praticado na Roma antiga⁶², em especial o do período justiniano (século VI d.C.). A partir dele é possível compreender o fenômeno que no título do presente capítulo se denominou *sacralização da ordinaryidade processual*: a utilização, pelo processo civil, do método ordinário-declaratório no processo de conhecimento, herança que o processualismo carrega arduamente desde o referido período, sedimentado pelas filosofias racionalistas do século XVII, em que se pretendeu fazer do direito uma ciência matematizante.

O pensamento moderno levaria o direito processual civil a uma redução conceitual própria às ciências de medir e pesar, alimentando o dogmatismo procedimental a ponto de afastar o processo do próprio fato concreto que lhe dá origem e fundamento. Talvez assim se explique porque a utilização da razão como único meio, ao indivíduo, no alcance às verdades absolutas em processo civil, tornou-o (o processo) a-histórico. Um local onde atuam juízes irresponsáveis, solipsistas, mecanicamente programados para visitar sua própria consciência e sobrelevar o procedimento ao custo do plano fático, relegado tradicionalmente em prol da supervalorização do rito. Essa é a compreensão metodológica em que o atual processo civil está inserido. A própria trilogia *conhecimento-execução-cautelar* é uma prova disso.

Já a ideologia da irresponsabilidade dos juízes guarda relação com o princípio racional-iluminista da separação dos poderes, nos termos concebidos pelos teóricos do fim do século XVIII e primórdios do século XIX, os quais pretenderam a construção de um Estado dotado de uma unidade jurídica composta pelos três poderes independentes. No Brasil, essa ideologia serviu como espírito à elaboração do código de processo vigente, intimamente relacionado a essa logicidade (própria de uma forma algébrica) dos séculos XVIII e XIX.

Um processo que recebeu a complacência de uma atividade jurisdicional fulcrada essencialmente no procedimento (e sua lógica), dando azo, como se verá no curso da presente tese, a uma insistência positivista capaz de alimentar as mais variadas formas de decisionismos interpretativos. Todavia, o tiro sairia pela culatra. Se ao magistrado não lhe era dada a possibilidade de interpretar a norma jurídica, o sonho racional-iluminista não passou de um retorno a Justiniano, que também previa impedir a compreensão hermenêutica de suas leis.⁶³ É o rito ordinário e o processo de conhecimento, na forma como ensinado há séculos nas academias jurídicas e praticado nos tribunais forenses, fruto dessa concepção. Uma

⁶² Para Ovídio Baptista, o conceito de jurisdição em direito romano é o verdadeiro paradigma que demarca e condiciona os demais conceitos e institutos com que a ciência processual moderna elabora suas categorias. (In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 25). Tal constatação é recebida como um incentivo ao estudo do processo romano, que esconde segredos inimagináveis, como logo se verá.

⁶³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 24.

concepção que destituiu a magistratura na função de promoção de políticas públicas, da própria Constituição, tornando-a, no mais das vezes, quando não decisionista, um ente neutro (passivo).

A complexidade e contingência que se apresentam cada vez com maior intensidade na sociedade contemporânea exigem que se repense o referido modelo. O re-descobrimiento, tanto do processo civil quanto da atuação jurisdicional nela realizada, revela-se essencialmente importante para que se possa enfim propor um novo modo de compreensão do processo. Se o modelo estatal Democrático de Direito se justifica perante a missão de transformar a sociedade, não pode a jurisdição-processual civil continuar a servir como instrumento declaratório tão-somente. Para tanto há que se ter em mente que o processo, diferentemente do que propunha Savigny, não condiciona certezas ou verdades eternas. Isso definitivamente tem que ser levado em conta pela processualística contemporânea, sob pena de se distanciarem cada vez mais os planos do processo e do direito material.

O retorno histórico que se está a propor justifica-se em razão de que a aproximação (e não confusão) desses planos foi a base de sustentação do próprio direito em determinados períodos da história da Roma antiga, notadamente do século II a.C em diante. O presente capítulo também se propõe a investigar os motivos pelos quais se operou a supervalorização do ideário da jurisdição no direito romano tardio⁶⁴ (do século VI em diante, com Justiniano) e sua corolária sacralização da ordinariiedade processual, coletando informações para explicar porque o período anterior acabou abnegado. O objetivo é provar que já houve no passado (anterior ao período justinianeu) uma jurisdição-processual sumária, fracionada, efetiva, que mesmo tendo sido esquecida no tempo deixou traços de sobrevida nos países de tradição civil, podendo ser então desvelada em pleno século XXI.

Ao dar início a este incurso histórico é importante salientar que os romanistas em particular defendem a ideia de que o período clássico foi a época em que o direito romano assumiu a sua plenitude de estilo. Convencionam que o mesmo tenha existido no período entre os anos de 130 a.C. a 230 d.C.⁶⁵ Todavia, situá-lo diante da própria historicidade do direito romano é uma missão extremamente dificultosa, até mesmo porque os romanistas dos sécs. XII a XVI limitaram-se a estudar o *corpus iuris civiles* de Justiniano, o qual se baseou

⁶⁴ Por opção do próprio autor, não será objeto de apreciação o processo romano-barbárico, o qual se seguiu posteriormente ao processo da *extraordinaria cognitio*, dividindo-se nas fases longobarda (568 a 774 d.C.), franca (774 a 900 d.C.) e feudal (900 a 1100 d.C.). Isso porque os elementos necessários à tese proposta se concentram principalmente no período clássico do direito romano, em especial no procedimento formulário.

⁶⁵ Por todos, vide: D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. 2ª edição. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975, pp. 25-26.

essencialmente na época pós-clássica do direito praticado em Roma⁶⁶, influenciando uma verdadeira legião de juristas a partir de então. Consequentemente, o processo civil praticado anteriormente, principalmente no período clássico, acabou sendo praticamente sufragado.

Como e por que isso teria ocorrido? Ao analisar os sistemas legais de diferentes países, Merryman alerta que os mesmos podem ser agrupados em famílias de sistemas legais⁶⁷, dos quais um deles, representado pela tradição do direito civil romano, derivaria do direito compilado por Justiniano no século VI. Este Imperador, para Merryman, era um reacionário que considerava decadente o direito romano da época. Um codificador que pretendia eliminar as obscuridades do sistema a partir da abolição a todo o direito anterior⁶⁸, o que justifica o aparente esquecimento do período clássico.

Nesse mesmo sentido, leciona Bretone que o código de Justiniano, publicado em abril de 529, é uma verdadeira reunião de Constituições imperiais desde Adriano. Tal ordenamento teria substituído os três códigos que antecederam: o Gregoriano (291 d.C.), o Hermonegiano (295 d.C.) e o Teodosiano (438 d.C.). Os dois primeiros seriam coleções privadas, sem força de lei. O terceiro, dividido em dezesseis livros, continha as Constituições imperiais desde Constantino.⁶⁹ Segundo o romanista, sob o domínio do Império (e da jurisdição) de Justiniano, qualquer chamada aos velhos códigos era proibida. Tanto as partes quanto seus advogados não podiam trazer à tona, no debate judicial, elementos jurídicos retirados dos antigos ordenamentos legais, então revogados pela sistematização justiniana.⁷⁰

Para uma melhor compreensão do fenômeno, é importante lembrar que a história do direito romano é uma história de vários séculos, tendo como ponto de partida o século VII a.C. Entretanto, o governo de Justiniano data do século VI d.C., prosseguindo a história do legado romano até o século XV com o Império Bizantino.⁷¹ Politicamente, a época romana é dividida pelas fases da Realeza (até 509 a.C.), República (509 a 27 d.C.), Império (ou Principado, com o alto Império até 284, gerido por Diocleciano, e o baixo Império até 566,

⁶⁶ Roma, cuja fundação teria tido lugar em 753 a.C, não era senão um pequeno centro rural no século VIII a.C. Dez séculos mais tarde torna-se o centro de um vasto império que se estende da Inglaterra, Gália e Ibéria à África. Para maiores aprofundamentos consultar: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 80.

⁶⁷ O que também consta na obra de René David, para quem os grupos de sistemas jurídicos poderiam ser identificados pela família romano-germânica, a dos sistemas socialistas e a dos países que instituíram o sistema da *common law*. In: **Los grandes sistemas jurídicos contemporaneos**. Tradução para o espanhol de Pedro Bravo Gala. Madrid: Ed. Aguilar, 1967, pp. 08 e seguintes.

⁶⁸ Cf. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 7ª edição. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 24-26.

⁶⁹ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996, pp. 33-34.

⁷⁰ Cf. BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, pp. 277-278.

⁷¹ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., pp. 80-81.

governado por Justiniano) e Império Bizantino.⁷² A primeira foi caracterizada por uma estrutura em aldeias, formadas por grandes famílias. A segunda, cuja transição em relação à Realeza teria se dado de forma paulatina, o momento em que surgiram as assembleias e magistraturas, e onde o juiz romano assumiu a posição de titular do poder (*potestas*)⁷³, situação que perdurou até que o Imperador Octávio o centralizasse, destituindo os pilares republicanos ao não estar vinculado pela lei, dando então início a terceira fase.

Doravante deu-se um verdadeiro salto ao crescimento do Império. Uma intensidade constituída e fulcrada na concentração dos poderes pelo Imperador, o que subsistiu até Diocleciano. Talvez por isso o século II d.C. tenha sido a grande época do regime imperial, onde estrelaram Trajano, Adriano e Marco Aurélio, representando juridicamente o período do direito romano clássico.⁷⁴ Todavia, no baixo Império uma crise política e religiosa teria abalado as estruturas imperiais. Somente após a ocorrência de uma anarquia política e militar é que Diocleciano (284-305 d.C.) e Constantino (306-337 d.C.) reestruturariam o poder imperial e a sua administração. Ali o poder do Imperador passaria a absoluto e divinizado.

É nesse período que Constantino oficializa a religião cristã, organizando-se a Igreja no quadro político e administrativo do Império, que acabou por cindir-se em dois: o do Ocidente, que decairá no século V d.C.; e o do Oriente, que sobreviverá até o século XV d.C.⁷⁵ O interessante disso é que justamente sob o comando de Constantino (307-337 d.C.) que o direito distancia-se da visão clássica. Caracteriza-se, nos séculos seguintes, pela vulgarização. O domínio refinado dos juristas clássicos em relação ao direito se esvaece. A partir de então, “em seu lugar surgem as concepções de leigos em direitos ou de práticos e professores com meia formação profissional, que frequentemente interpretam mal e falsificam a substância do direito clássico”⁷⁶.

Se politicamente a história de Roma é dividida nas fases da Realeza, República e Império, outra classificação sustenta a evolução histórica do direito romano. Segundo Max Kaser⁷⁷, a mesma se estrutura a partir do período arcaico⁷⁸ (estendendo-se dos obscuros

⁷² Idem, ibidem.

⁷³ Idem, ibidem, pp. 81-82.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 83.

⁷⁵ Idem, ibidem, p. 84.

⁷⁶ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, pp. 20-21.

⁷⁷ Ibidem, pp. 18-19.

⁷⁸ O período do direito romano arcaico consiste em uma ordem de poderes pessoais que se manifestam por ordem de força (*vis*) formalmente ritualizados. Mostram-se, segundo D’Ors, em duas classes: atos de apoderamento de coisas (*vindicatio*) e de pessoas (*manus iniectio*). Destes dois modelos é que derivariam posteriormente os direitos reais e os direitos pessoais. A fonte deste direito arcaico é a tradição prática dos antepassados. Todavia, em meados do século V a.C. tem lugar uma codificação de preceitos jurídicos que se

princípios até século III a.C.), quando Roma era uma pequena comunidade rural dominada por sociedades familiares, tendo como fonte jurídica a lei das XII Tábuas⁷⁹ (de 450 a.C.). Todavia, no século III a.C. tem início um movimento na vida romana que internamente conduziu ao florescer de uma nova cultura jurídica. Externamente, à conquista do domínio sobre o mundo. Este é o período político da República tardia, o qual foi preenchido pela expansão do poder romano até o século I a.C., chegando a dominar, no mundo antigo, a Europa ocidental e do Sul, a Ásia menor, o Médio Oriente, o Egito e a África do Norte, quando o meio rural, em Roma, dá lugar ao urbano e a uma sociedade constituída pelo comércio e indústria.

Tais fatores influenciaram diretamente no redimensionamento da cultura jurídica romana, que até então sobrelevava unicamente a jurisprudência, extremamente prática, passando a preparar o terreno para a instituição de uma ciência jurídica que procurou sistematizar internamente os conceitos jurídicos. Na história do direito romano, este período se costuma denominar pré-clássico, vindo a se tornar clássico a partir da fase política do Principado (Império), que correspondeu a um exercício imperial moderado. Nela, a ciência jurídica teria se destacado ao colocar a jurisprudência a serviço de uma política de Estado que perseguia a solução dos casos jurídicos concretos a partir da construção de conceitos jurídicos (em menor potencial). Uma jurisprudência de orientação prática (cujos maiores representantes foram Juliano e Celso), que produz como obra mais importante as Instituições de Gaio (160 d.C.), procurando uma estreita ligação aos grandes casuístas e mantendo-se afastada de especulações unicamente teóricas.⁸⁰

Posteriormente, a história do direito romano conviveu com o período pós-clássico, o

chama lei das XII tábuas. Esta lei foi superada pelo direito posterior, mas jamais derogada em direito romano. In: D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 29.

⁷⁹ As XII tábuas são, para D'Ors, a mais antiga fonte do direito em Roma; o direito próprio do povo romano. Ensina o referido autor que a unidade do povo romano é mais pessoal que territorial, até mesmo porque o cidadão romano é o filho legítimo de um cidadão e de uma cidadã romana. In: D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 30. Já para Cruz e Tucci a Lei das XII tábuas guarda relação à situação da sociedade romana à época da instauração da república (510 a.C.), momento caracterizado pelo conflito de diferentes estamentos sociais. Diante disso, a escola tradicionalista teria atribuído a Gaio Arsa a criação de uma magistratura no ano de 461 a.C., encarregada de redigir um diploma legal que controlasse o poder dos cônsules. Fracassada a missão de Gaio, uma comissão constituída por três membros (Spurius Postumius, Servius Sulpicius e Aulus Manlius) seria enviada a Atenas para estudar as leis de Sólon. Com seu regresso a Roma, dois anos depois, uma magistratura extraordinário foi nomeada para redigir o texto definitivo em doze tábuas de bronze, culminando com sua aprovação no ano de 455 a.C. A lei das XII tábuas, que desapareceu após o incêndio de Roma provocado pelos gauleses em sua invasão no século IV a.C., foi reconstruída a partir das referências de Cícero, Festo, Aulo Gélio e especialmente por Gálio, que em seis vol.s comentou o referido diploma. Entretanto, o texto foi absolutamente ignorado pela compilação justiniana, no século VI d.C., fenômeno que será melhor investigado no curso da presente tese, principalmente neste primeiro capítulo. Para um maior aprofundamento sobre o diploma das XII tábuas consultar: TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., pp. 28-29.

⁸⁰ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 19-20.

qual tem início no século III d.C, tendo subsistido até a derrocada do Império Ocidental. Para Gilissen, nesta fase o direito acabou retratado como um fantoche imperial, através de uma prática absolutista que lhe fixou os rumos de atuação a partir de atitudes legislativas e de forte influência cristã.⁸¹ Kaser não titubeia em afirmar que nesse período o destino do direito é a vulgarização, o que tem início com Constantino, local habitado por um direito grosseiro e materialmente alterado, onde monarcas absolutos tomavam providências em relação à vida dos súditos com base em motivos relacionadas a políticas de poder.

De que forma o processo romano se conecta com estas diferentes fases da história do direito sedimentadas em Roma, partindo-se da premissa que essa investigação é realmente fundamental para o propósito da tese presente? Segundo o até agora investigado, viu-se que o período arcaico guardou relação a uma época em que o direito se manifesta nos primórdios de formação da cidade de Roma. A dificuldade em diagnosticar o processo (a gerência dos ritos) romano de tal época está em que praticamente nada restou reduzido a escrito, até mesmo porque somente na fase republicana é que a lei escrita começa a aparecer como fonte jurídica, podendo ser encontrados poucos traços nas leis reais, lei das XII tábuas, nos éditos dos magistrados e nos escritos dos jurisconsultos.⁸²

Por convenção, e com base principalmente pelas indicações de Gaio, estima-se que o costume era a principal fonte do direito romano daquele período, tutelando as relações dos cidadãos romanos unicamente a partir de uma série de rituais e acontecimentos. Trata-se, a bem da verdade, de um direito confundido com o misticismo religioso, absolutamente desprovido da racionalidade moderna.⁸³ Em tais rituais, os próprios afetados é que deveriam recitar as palavras no latim antigo. Sua presença sempre se fazia necessária. O interessante é que este procedimento possuía caráter essencialmente privado⁸⁴, o que demonstra a ausência de estatalidade da jurisdição-processual arcaica, já que o próprio lesado deveria dirigir o processo.

Somente dava-se lugar a intervenção do Estado quando aquele que se dissesse protegido por dado direito já o houvesse exercido pelo uso da força.⁸⁵ Assim, ao defender seus

⁸¹ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., pp. 80-81.

⁸² Idem, ibidem, p. 86.

⁸³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. Op. cit., p. 11.

⁸⁴ Caráter este que, de certa forma, se mantém no sistema jurídico ao permitir a autodefesa, o que ocorre, por exemplo, quando próprio interessado, amparado pelo sistema, resolve o conflito com as próprias mãos. É o que ocorre no interdito pessoal possessório e no penhor legal. Aqui a solução é direta, ou seja, sem a intervenção de uma terceira pessoa. Cf. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Ed. Unam, 1970, pp. 50-52. Na doutrina nacional consultar: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, pp. 20-24.

⁸⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. Op. cit., p. 11.

próprios interesses agia pessoalmente, submetendo-se, todavia, a certas regras (materiais) impostas pelo Estado, que controlava unicamente a regularidade de sua ação através da efetiva participação do *Rex* (que na fase da Realeza passou a ceder o espaço jurisdicional aos magistrados). Daí se extrai o sistema processual mais antigo (e formalista) que se tem conhecimento: as *legis actiones*, cujo nascimento data do ano de 754 a.C. Um sistema de ações caracterizado pela acomodação de gestos ou formas orais⁸⁶, local onde se exercia uma jurisdição ainda sem caráter de império.⁸⁷ Uma jurisdição declaratória, marcada por um processo unitário presidido pelo magistrado.

Lembrando Gayo, para Scialoja o procedimento das *legis actiones* engendraria uma dupla explicação: ou porque provia da lei⁸⁸ ou porque estava modelado sobre a lei mesma, constituindo-se em formas solenes que recordavam as leis que se invocavam em juízo, num número de procedimentos bastante limitado, os quais eram subscritos a uma tramitação extremamente rígida.⁸⁹ Dentre eles destaca-se a *sacramentum in rem*, que servia para o interessado perseguir e apreender a coisa própria, e a *manus iniecto*, utilizada para alguém apoderar-se de um devedor que não adimplia determinado débito. Havia também o procedimento da *legis actio per conditionem*, usado para reclamar dívidas pecuniárias de quantidade determinada.⁹⁰ Nessa forma de litigar, o demandante, sem indicar a causa de sua

⁸⁶ As pretensões dos litigantes deviam obrigatoriamente exprimir-se numa das fórmulas orais reconhecidas pelo uso judiciário. E a lista das fórmulas tinha uma grande importância, correspondendo a cada fórmula um direito reconhecido pelo Estado. Para Villey é sob esta forma rudimentar que nasceu o direito romano. *Ibidem*, p. 58.

⁸⁷ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 55.

⁸⁸ O que também se verifica em Humberto Cuenca na obra **Proceso civil romano**. Buenos Aires: Ed. EJE, 1957, pp. 38-40.

⁸⁹ O rigoroso formalismo verbal e a conseqüente interpretação estrita das palavras denotam a antiguidade destes atos processuais. Segundo Kaser, “além das fórmulas verbais observam-se outras formalidade, como o apreender com a mão do objeto em litígio ou do adversário, ou o tocar com a varinha (*vindicta*)”. In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 429-430.

⁹⁰ Como ensina Scialoja, quando não houvesse especial designação da lei na propositura de um determinado procedimento, se devia proceder ao sacramento, a primeira das cinco *legis actiones* enumeradas por Gayo. Tinha por característica atribuir uma sanção a quem falsamente havia feito valer um direito ou houvesse negado o direito alheio em juízo. A segunda é a *legis actio per iudicis postulationem*. Por tal forma as partes deviam expor ante o magistrado, em forma solene, a controvérsia que se debatia entre eles, e demandar com palavras também solenes a designação de um juiz ou de um árbitro para resolver a questão. O supracitado procedimento somente se aplicava quando uma lei prescrevesse seu uso para determinadas controvérsias, diferenciando-se da *sacramentum* por não prever castigo ao vencido. A terceira *legis actiones* enumerada por Gayo é a *legis actio per conditionem*. Trata-se de uma *legis actiones* que previa uma convocação (citação), efetuada pelo autor e em face do demandado, para comparecimento ao juiz num prazo de trinta dias. A quarta denominava-se *legis actio per manus iniectioem*. Consistia-se num procedimento executivo muito mais célere. Aplicava-se por ocasião da execução da coisa julgada. Assim, quem tivesse uma sentença a seu favor, teria com ela um meio para a execução sobre a pessoa do devedor, que não pode defender-se senão mediante a intervenção de uma terceira pessoa que assumia a responsabilidade da contestação sobre a validade da coisa julgada. A última das *legis actiones* é a *per pignoris capionem*. Segundo Gayo, significava tomar uma coisa do devedor em garantia do próprio crédito. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1954, pp. 132-153.

reclamação, “pedía directamente la comparecencia a los treinta días, a fin de elegir el magistrado”.⁹¹

Recebidos pelo magistrado, os cidadãos expunham suas pretensões, que eram ou não acolhidas. Em as acolhendo, aquele autorizava a perseguir a ação, o que ocorria quando a parte submetia sua pretensão a uma das ações previstas pelo sistema.⁹² O interessante disso está em que os primórdios do direito processual civil se referem a um momento de fortíssima carga procedimental, ainda que na época houvesse uma estrita ligação entre o direito processual civil e o direito privado. Essa constatação também deriva do pensamento de Cruz e Tucci, para quem o procedimento das *legis actiones* primava pela escassez de tipicidade das formas, cada qual primando por uma estrutura individualizada para situações jurídicas já reconhecidas, revestidas por uma considerável rigidez em que as ações conformavam-se às próprias palavras da lei, sendo, portanto, imutáveis.⁹³

Devido a isso, sem plasticidade alguma. O pensamento metafísico-objetificante do rito parece contribuir para um início do fenômeno denominado “velamento do caso concreto”, o que somente não se intensificou na sequência evolutiva do processo romano em razão do surgimento de outros valores relacionados à equidade e à organização social, tendo início o procedimento *per formulas* do período clássico.

Ainda em relação ao período arcaico e sua obsessão pela rigidez dos ritos processuais, é imperioso destacar novamente que para intentar um processo qualquer se fazia necessário introduzir a pretensão a florada numa das ações admitidas pelo costume e também aceitas pelo magistrado, razão pela qual começam a surgir fortes indícios de um princípio de afastamento entre procedimento e substância.⁹⁴ Mesmo assim, e isso também importa investigar, essa supervalorização do rito⁹⁵ das *legis actiones*, como se constata em tal período, inegavelmente influenciaria a sequência evolutiva do direito processual civil.

⁹¹ Cf. D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 55.

⁹² Gayo, em uma passagem, cita o seguinte exemplo: “se se trata, por exemplo, dum proprietário, que quer reaver o seu escravo dum ladrão, é preciso que conduza o escravo ao tribunal e, colocando sobre a sua cabeça uma vara, em sinal de propriedade, pronuncie uma longa fórmula de que eis o essencial: “Eu digo que este escravo é meu, em virtude do direito quiritário” – *Aio hunc hominen meun esse ex jure quiritem*. In: VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Op. cit., p. 41.

⁹³ In: **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., pp. 52-53.

⁹⁴ Calha registrar que para Scialoja, quando se fala em *legis actiones*, se entende que se fala de um modo de proceder a que se adapta a diversos direitos, e não de uma ação no sentido de que aquela determinada ação corresponde àquele determinado direito, como no período formulário, o que parece significar que é o direito quem deve se adaptar ao procedimento, não o contrário. In: **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., pp. 132-133.

⁹⁵ D’Ors chega a referir que as fórmulas processuais se caracterizam por sua tipicidade: para cada suposto típico se foi adaptando uma fórmula especial. Todo o direito clássico depende desta tipicidade da fórmula, de modo que quando indagamos sobre uma determinada posição jurídica, devemos sempre levar em consideração a redação da fórmula correspondente: tal é a fórmula, tal é o direito. In: D’ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., pp. 56-57.

As antigas leis, para cada direito por elas reconhecido, já designavam a *legis actio* com que se havia de proceder aos eventuais juízos⁹⁶, sendo procedimentos caracterizados pelos contornos do formalismo e da solenidade; um verdadeiro ritual de palavras pré-estabelecidas.⁹⁷ Por outros meios e formas, o que daria outra tese certamente, a mesma ficcionalização acabaria sendo provocada pelo positivismo jurídico do século XVIII e seguintes, ao passo que, assim como no período arcaico, teve-se a ideia de que a lei teria condições em prever as hipóteses de incidência do direito (na época arcaica, consuetudinário), assim como o respeito ao procedimento seria a principal condição de validade na construção de uma decisão justa.

Todavia, segundo D'Ors, uma *lex Aebutia* datada de 130 a.C. teria substituído a fórmula oral presente no procedimento da *legis actio per conditionem* por uma fórmula escrita, dando caráter legítimo à nova *condictio*, tendo as fórmulas escritas pouco a pouco suplantado as *legis actiones*.⁹⁸ Co-existiram com as mesmas por mais de um século, quando então o direito romano conhece a fase de sua maior sofisticação. É o segundo período da jurisdição romana, a época clássica, que por sua importância processual merece um tratamento especial, em separado.

1.1 O período clássico romano e a valorização do caso concreto: a era da casuística e a força criadora da jurisprudência

O período clássico, considerado por muitos romanistas como a fase de apogeu do direito romano, estendeu-se do século II a.C. ao fim do século III d.C. Tem início como um sistema individualista, ao passo que na perspectiva política a liberdade do povo começa a se desvanecer. Trata-se de uma época de submissão política à figura do Imperador, o que instiga os juristas romanos a construir, no plano do direito privado, um sistema jurídico completo e coerente.

Destacam-se como fontes⁹⁹ produtivas do direito os éditos dos pretores e a jurisprudência.¹⁰⁰ A atividade jurídica no âmbito prático é o destaque do período clássico, o que se deu principalmente pela atuação de pretores e jurisconsultos. A jurisprudência aparece

⁹⁶ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 133.

⁹⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., p. 53.

⁹⁸ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 56.

⁹⁹ Interessa referir, nesse particular, que no direito clássico as fontes eram várias e a principal delas não era constituída por uma norma geral e abstrata, mas sim pelos éditos dos pretores e pelos pareceres dos jurisconsultos. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A jurisdictio romana e a jurisdição moderna**. Op. cit.

¹⁰⁰ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 87.

como uma fonte extraordinária de produção do direito. Ao invés de hipostasiar a lei na *vã* (e metafísica) tentativa de prever todas as hipóteses de sua aplicação (ficção positivista), ela sobrelevava o caso prático e aquilo que já tinha sido decidido a respeito de dada matéria em casos análogos anteriores.

Ao procurar investigar o caráter científico da ciência do direito, Ferraz Júnior perpassa pela jurisprudência romana, demonstrando como as teorizações da época eram ligadas mais à práxis jurídica. O renomado jurista-filósofo faz referência à capacidade dos romanos em produzir definições duradouras e diferentes critérios para as diferentes situações em que se manifestavam os conflitos judicializados perante os Tribunais romanos. Leciona que a jurisprudência romana enquadra-se no saber prudencial (*fronesis*) aristotélico, cujo instrumento básico seria a dialética, a arte das contradições, do exercício da palavra, do confronto de teses.¹⁰¹ Sobre o tema, Biondo Biondi leciona que

[...] il giurista romano ha una influenza più diretta ed immediata nella formazione del diritto, tanto che la *interpretatio iuris* si annovera tra le fonti del diritto privato: questa non ha carattere solo intelletivo, come la moderna interpretazione, ma creativo, nel senso che sviluppa e adatta il diritto esistente alle nuove contingenze sociali che man mano si manifestano. Il *iuris peritus* non è solo conoscitore, ma in certo senso creatore del diritto.¹⁰²

Para Gilissen, no sentido romano a palavra jurisprudência referia-se ao “conhecimento das regras jurídicas e a sua atuação pelo uso prático”.¹⁰³ Os jurisconsultos foram os grandes responsáveis por isso. Eram homens extremamente experientes na prática do direito, quer enquanto realizavam consultas jurídicas, quer enquanto redigiam atos e orientavam as partes nos processos. Segundo o romanista, dada a abundância de matérias tratadas e pela construção lógica das suas obras, os jurisconsultos elaboraram uma verdadeira “ciência do direito”.¹⁰⁴ Atuavam os *iuris prudentes*¹⁰⁵ em comunicação direta com a realidade da época. Usavam a lei como fonte, é verdade. Mas não a alçavam como condição de possibilidade na aplicação do direito, porquanto era justamente o elemento prático (caso concreto em si mesmo) que para eles estava por detrás de todo e qualquer julgado. Isso justifica a razão pela qual Kaser tenha

¹⁰¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, pp. 18-20.

¹⁰² In: **Istituzioni di diritto romano**. Op. cit., pp. 29 e seguintes. Tradução livre do autor: O jurista romano tem uma influência mais direta e imediata na formação do direito, tanto que a *iuris interpretatio* é uma das fontes do direito privado: ela não tem vínculo somente intelectual, como a interpretação moderna, mas também criativo, no sentido em que adapta a legislação às novas contingências sociais que possam surgir. O *iuris peritus* não é só conhecedor, mas em certo sentido o criador do direito.

¹⁰³ In: **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 90.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 91.

¹⁰⁵ De acordo com o magistério de Villey, os jurisconsultos constituem exatamente o grupo de juristas que abandonaram o antigo ritualismo romano para se sacrificar à filosofia. Eles estarão à cabeça do progresso do direito. In: VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Op. cit., p. 57.

destacado que a ligação do direito à vida é a maior característica da época.¹⁰⁶

São três os protagonistas do direito jurisprudencial do período clássico: Manio Manilio, Marco Júnio Bruto e Públio Múcio Escévola. Este último é a figura mais representativa de sua geração juntamente com seu primo Quinto Múcio Escévola, o qual enriqueceu a tradição jurisprudencial com o método da dialética trazido da Grécia. Sua atividade, como relata D'Ors, consistia num "debruçar sobre o caso concreto".¹⁰⁷ Talvez por isso Kaser alerte para o fato de que a originalidade de Roma está justamente na atividade dos jurisconsultos. Seu aconselhamento faz autoridade.¹⁰⁸

O fato é que o jurisconsulto romano mantinha sempre o olhar fixo sobre o caso concreto acerca do qual é habitualmente consultado, cotejando-o com outros casos análogos e confrontando-os com as soluções emitidas por um jurisconsulto precedentemente.¹⁰⁹ O respeito à igualdade também marcava sua atividade. Esforçava-se para dar tratamento igualitário a outros casos semelhantes, "a fim de que a justiça seja igual para todos".¹¹⁰

Parece notável a noção de coerência e integridade na jurisdição romana do período clássico, especialmente no que tange à atividade desempenhada pelos jurisconsultos.¹¹¹ A jurisprudência respeitava a história. Era íntegra. Rechaçava métodos para atuar diante do fenômeno da aplicação do direito, não desprezando os ideais de justiça e equidade. Seu respeito à história levava respeito ao presente, passado e futuro, notadamente a partir de um "debruçar-se sobre o caso concreto". Todavia, o que será de fundamental importância mais a frente, o jurisconsulto, ainda que sobrelevasse o caso concreto, como todo parecerista recebia as provas já resolvidas na consulta, o que certamente traria problemas na sequência da cadeia evolutiva processual civil. É nesse contexto que a ação passa a ser concedida por um novo protagonista: o pretor.

¹⁰⁶ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 33.

¹⁰⁷ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 36.

¹⁰⁸ Os peritos do direito (*iuris prudentes*) tinham de acompanhar e vigiar todos os procedimentos da jurisdição civil, não por exercerem um cargo, mas em virtude da autoridade do seu saber. Esta posição influente dos juristas na administração da justiça garantiu, por um lado, o alto nível técnico da atividade jurisdicional e, por outro lado manteve a ligação da ciência à vida e preservou-a de especulações teóricas e infrutíferas. In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 34.

¹⁰⁹ Cf. VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Ed. Resjuridica, 1991, pp. 72-73.

¹¹⁰ Idem, ibidem, p. 74.

¹¹¹ Segundo o magistério de KASER, o direito exposto pelos juristas romanos nos seus escritos, na medida em que é indiscutivelmente reconhecido como criação própria, constitui um todo coerente, em conjunto com outras fontes jurídicas. In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 34.

1.1.1 O procedimento formulário e a atividade dos pretores diante do poder de *imperium*

Ao lado dessa atividade jurisprudencial tão marcante no período clássico do direito romano, a atuação pretoriana, com feições de poder de império, também se distanciou do modelo jurisdicional declaratório presente no período arcaico. Os pretores, ao lado dos jurisconsultos, foram os grandes responsáveis pela supressão das formas arcaicas, o que se deu conjuntamente a distribuição do poder de *imperium* pelo *Rex* a novos órgãos. Diferentemente dos jurisconsultos, os quais auxiliavam os órgãos jurisdicionais (inclusive os pretores na confecção dos éditos) com seus pareceres na condição de pessoas privadas que cultivavam o saber jurídico por afeição e vocação, os pretores eram titulares de uma jurisdição ordinária e contenciosa. Eram políticos nomeados a tutelar a jurisdição civil.¹¹²

Sua atuação consistia, além de conceder a ação ao interessado, sem nunca subestimar a singularidade de cada caso concreto, na edição de éditos e na concessão de interditos.¹¹³ Diante da primeira é que o pretor criava direitos¹¹⁴ (pretensões de direito privado), cuja fonte jurídica aliou-se ao *ius civile*.¹¹⁵ Com os éditos¹¹⁶ proclamavam¹¹⁷ a forma pela qual exerceriam suas funções, nomeadamente em que casos organizariam um processo, atribuindo ou não ação ao interessado. Primitivamente orais, estas proclamações tornaram-se escritas, as quais os juízes faziam respeitar.¹¹⁸ Ao prometer uma ação (meio processual), o pretor criava¹¹⁹ um direito de que o interessado poderia se valer, razão pela qual o direito pretório, distinto do *ius civile*, preenchia suas lacunas, permitindo adaptar o direito a uma nova

¹¹² Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 33.

¹¹³ Em relação à atividade pretoriana consultar a obra de Carlo Gioffredi intitulada **Contributi allo studio del processo civile**. Milano: Ed. Giuffrè, 1947, pp. 81-90.

¹¹⁴ Não é por demais lembrar que, segundo Kaser, o direito dos juristas descoberto por sua própria iniciativa, notadamente quando nem o direito legal nem o consuetudinário previam a solução para determinado caso, era frequentemente influenciado pela casuística, pelas soluções de casos concretos que os juristas retiravam da prática diária. In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 34.

¹¹⁵ Denomina-se o direito consuetudinário primitivo e o contido nas *leges* e nas fontes equiparadas à lei (*plebiscita*, *senatusconsulta*, etc.). In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 48.

¹¹⁶ Para Bretone, qualquer magistrado romano tinha a faculdade de promulgar éditos, ou seja, disposições ou proclamações ou anúncios dos mais variados conteúdos. Assim, no início do seu ano de cargo, o pretor estabelecia os critérios da sua jurisdição. Ele prefigurava as diversas hipóteses em que teria nomeado um juiz àqueles que se tivessem dirigido a ele como partes de uma controvérsia judiciária e listava os meios de tutela que se propunha aplicar no curso de seu trabalho. Fórmulas processuais, exceções e outros remédios encontravam lugar no édito. In: BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 106.

¹¹⁷ A publicação por escrito do programa edital acontecia no Fórum sobre tábuas de madeira envelhecida (*album*), e em caracteres negros e vermelhos, a fim de que se pudesse lê-lo fácil e corretamente. Quem quer que quisesse intentar uma ação judiciária, podia conduzir a ela o intimado, e mostrar-lhe a fórmula que teria requerido contra ele. Cf. BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Op. cit., p. 106.

¹¹⁸ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 89.

¹¹⁹ Sobre o tema, consultar: BONFANTE, Pietro. **Storia del diritto romano**. Roma: Instituto di diritto romano, 1934.

realidade.¹²⁰

Segundo Cruz e Tucci, os *edictum* constituem a obra-prima da jurisprudência romana da época republicana.¹²¹ Eles estruturavam a programação das ações do pretor, sendo afixados no início de seu mandato. Seu conteúdo principal prescrevia a compilação de todas as *actiones* e *exceptiones*, além de outras providências jurídicas. Para que o interessado pudesse se socorrer da jurisdição devia observar sua pretensão diante do quadro de éditos, os quais continham uma espécie de fórmula da ação que as partes tinham de utilizar em cada caso concreto. Do teor desta fórmula se enunciavam os pressupostos jurídicos da pretensão.¹²² Além das ações derivadas das antigas *legis actiones*, que por certo tempo também conviveram no período do direito clássico, a atividade pretoriana desenvolveu uma verdadeira ordem de novas ações, o que se denominou direito honorário ou pretoriano.

Destas, destacam-se as ações com ficção, com transposição de pessoas e *in factum*. Pelas primeiras se demandava ao juiz que desse por existente um fato inexistente, ou por inexistente um existente, a fim de conseguir um resultado justo que se vê impedido por algo que deve ser ignorado. Um tipo especial de ações com ficção é a *iudicacia rescissoria*, emitida pelo pretor quando algum interessado pretendesse eliminar os efeitos de um fato que considerava injusto. Já as ações com transposição de pessoas eram utilizadas quando a condenação recaísse sobre pessoa distinta da indicada no início do procedimento. As últimas se referem a determinados fatos que levavam o magistrado a sancionar condutas que lhe parecessem inconvenientes.¹²³ Dessa forma, a atividade pretoriana pouco a pouco se afastava do rigorismo presente no procedimento das *legis actiones*.

Todavia, para que seja realmente possível compreender a gênese da atividade pretoriana, impõe-se perpassar pelo sistema processual que marcou o período clássico da época: o procedimento *per formulas*. Este, a seu modo, ultrapassou o ritualismo presente no período arcaico (e o procedimento das *legis actiones*), sustentando-se no respeito a cada caso concreto submetido à jurisdição.

Vigendo sem maiores alterações de Augusto a Diocleciano, o período formulário coincide com a época de ouro do direito civil romano, cujo fundamento principal é a fórmula, “una istruzione scritta, che il magistrato rilascia per il *iudex* affinché decida la lite”.¹²⁴

¹²⁰ Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 89.

¹²¹ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., pp. 30-31.

¹²² Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 37-38.

¹²³ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., pp. 60-61.

¹²⁴ Cf. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Op. cit., p. 97. Tradução livre do autor: uma instrução escrita, que o magistrado emite ao *iudex* para que decida o litígio.

Segundo Scialoja, uma instrução escrita pela qual o pretor nomeia o juiz e fixa os elementos sobre os quais este deverá fundar seu juízo, dando um mandado, mais ou menos determinado, para a condenação eventual ou para absolvição em sentença.¹²⁵

O processo, naquele período, tinha início com a *editio actionis*, fulcrada na indicação, pelo interessado, da *actio* que pretendia se valer em face do demandado. A ação poderia já constar no álbum do pretor, editado no início de seu mandato, ou fazer referência a uma *actio* nova, cuja concessão se pugnava também ao pretor.¹²⁶ A fórmula outorgada pelo magistrado (pretor) era composta por quatro etapas: *demonstratio*, *intentio*, *adiudicatio* e *condemnatio*.¹²⁷ A primeira guardava relação à enunciação do fato-fundante da demanda, à qual se seguia a *intentio*, parte da fórmula em que o autor expunha sumariamente a pretensão. Esta fase determinava os limites de sua investida. Seguia-se, quase sempre, a *adiudicatio*, utilizável quando ao juiz coubesse atribuir a coisa litigiosa ou parte dela a algum dos litigantes. Finalmente, a *condemnatio* completava o procedimento e o preparava à execução.¹²⁸

Diferentemente do procedimento das *legis actiones*, o qual se caracterizava pela unitariedade de rito, o processo no período das fórmulas fracionou-se em duas fases: a primeira, denominada *in iure*¹²⁹, perante o magistrado (pretor); a segunda, denominada *apud*

¹²⁵ In: **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 159.

¹²⁶ Cf. SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 1990, p. 50.

¹²⁷ De acordo com os ensinamentos de Scialoja, os demais conteúdos das fórmulas, que se incluem para uma melhor determinação do conteúdo da controvérsia ou para uma essencial modificação da fórmula, referiam-se à *praescriptio* e à *exceptio*. A primeira seria uma parte da fórmula que se anteporia a ela própria, servindo para determinar e em geral limitar seu conteúdo. Já a *exceptio* consistiria numa verdadeira e própria exceção. Tratava-se de um “exceto que”, “salvo que”, inserto na fórmula, a favor do demandado, tornando uma eventual condenação numa condenação condicional. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 162.

¹²⁸ Idem, ibidem, pp. 159-160.

¹²⁹ O procedimento *in iure* no período formulário tinha início pelo ato *in ius vocatio* (que está contido todo nos fragmentos das XII Tábuas, conservando-se desde o referido período), que representava um ato privado de uma parte frente a outra, através de um chamamento ao tribunal à presença do magistrado. O referido procedimento se manteve durante todo o processo formulário. Todavia, algumas formas concomitantes terminaram por excluí-lo. O *vadimonium* também se somava ao procedimento *in iure* no período formulário. Tratava-se da promessa de voltar a comparecer em juízo. Supõe, portanto, um primeiro comparecimento e a necessidade de voltar a comparecer em uma audiência sucessiva. Consolidado o procedimento formulário, o primeiro ato procedimental *in iure* consiste na *editio actionis*, i.e., na comunicação por parte do autor da ação de que pensa valer-se. Com esta *editio* o demandado vem a ser informado exatamente sobre a causa intentada contra ele. A *editio actionis* podia consistir em atos da mais variada índole: podia o autor conduzir ao demandado ante o *albo* pretório (tábua de éditos) em que estavam inscritas as fórmulas das ações e assinalar-lhe ali com o dedo a ação que pensava se servir. Podia ainda indicar-lhe por escrito ou ditar-lhe a fórmula de que pensava se valer. Já ato com que o autor demandava a fórmula ao pretor, depois de havê-la indicado ao demandado, denominava-se *postulatio formulae*. O pretor poderia *dare* ou *denegare actionem*. Deferida a ação, deve a mesma ser contestada. Caso contrário, não há remédio, porquanto com a denegação da ação não há lugar a contestação da *litis*. O fato é que o procedimento *in iure* não é uma simples preparação do juízo, contendo sim uma parte essencial a todo o procedimento. Tão essencial que pode encerrar-se com a denegação da ação. A determinação da fórmula também tem um valor definitivo para o curso ulterior do juízo ante o *iudex*, que resta afetado pela fórmula concedida pelo pretor. Justamente por isso escreveu Cícero: “*ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio*” (antes do

iudicem, perante o juiz particular (*iudex*), a quem era confiada a função judicial de instruir e julgar.¹³⁰ O procedimento *in iure* da *actio* objetivava a concessão da fórmula pelo pretor. Este a concedia ou não baseado em juízos de simples verossimilhança, não averiguando se o alegado pelo autor interessado correspondia à verdade.¹³¹ Assim, num primeiro momento (*in iure*) a *litis* restava determinada entre as partes. O pretor estruturava suas condições de desenvolvimento. Produzia-se, a seu turno, a *litis contestatio*¹³², que limitava o objeto do processo. O magistrado também deveria assinalar os limites de constituição do objeto processual, que se seguia ao *iudex* para o ulterior procedimento e decisão definitiva da causa por meio da sentença.¹³³

O pretor conduzia o processo até fixar os termos da controvérsia, a partir do que o feito tramitava perante o juízo privado do *iudex*, um particular nomeado pelo pretor para conhecer a causa *apud iudicem* e proferir sentença, atuando num campo de apreciação já limitado anteriormente pelo próprio pretor.¹³⁴ É incrível como essa fase do procedimento, diante do que se acabou de relatar, tinha uma preocupação muito mais direcionada ao fato do que ao procedimento. Isso porque a cognição para a concessão da fórmula pelo pretor era plenamente sumária, o que praticamente desapareceu nos modelos processuais posteriores.

Essa afirmativa se confirma a partir da constatação de que realmente o período formulário suplantou a blindagem procedimental preconizada no período das *legis actiones*, a qual subordinava o interesse posto em juízo à observação do ritualismo das ações. No procedimento formulário o rito cede ao direito. Tanto é verdade que o pretor poderia conceder uma *actio* não prevista no álbum. A fórmula processual, como leciona Kaser, oferece múltiplas variações, permitindo sua adaptação às múltiplas necessidades de uma ordem

juízo deve fixar-se a constituição do juízo mesmo). In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Op. cit., pp. 206-216.

¹³⁰ Para Kaser, a segunda fase do processo perante o juiz privado (*iudex*) destinava-se à produção de provas e à sentença. O autor aduzia as provas do seu pretense direito e o demandado os da sua defesa. O juiz dava a sentença com base nas provas que ele apreciava e de acordo com o programa processual, como se declarou na fase perante o pretor e se tomou por base na introdução do litígio. In: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 431. Entretanto, ressalta Vincenzo Arangio-Ruiz que quem efetivamente dizia o direito era o pretor, porquanto era este quem indicava a norma segunda a qual se processaria a relação jurídico-processual. In: **Historia del derecho romano**. 3ª edição. Madrid: Ed. Reus, 1974, pp. 181-185.

¹³¹ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 430-431.

¹³² Para Scialoja, *contestari litem* significa “invocar testigos para que certifiquen la existencia de la litis y el contenido de ella.” Tradução livre do autor: “chamar testemunhas para que certifiquem a existência do litígio e seu conteúdo”. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 158.

¹³³ Idem, *ibidem*, p. 157.

¹³⁴ Segundo Bonjean, passagem relatada por Surgik, o traço mais saliente da organização judiciária romana é a divisão das funções judiciais entre o magistrado (pretor) e o juiz. O primeiro determina *a priori* as consequências jurídicas dos fatos alegados. O segundo, que verifica essas alegações, aplica-lhes os princípios previamente indicados pelo magistrado, colocando assim fim ao litígio. In: SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., p. 20.

jurídica evoluída e cada vez mais complexa.¹³⁵

Não é por demais insistir no fato de que a fase *in iure* do procedimento formulário tinha uma ligação bastante interessante com o plano fático, com o plano dos interesses substantivos, o que se dava processualmente na forma de uma cognição aparente, calcada em puro juízo de verossimilhança. Para tanto, o pretor procedia à *interrogatio in iure*¹³⁶, podendo interrogar o demandado para averiguar se tal fato realmente tinha ocorrido da maneira informada pelo demandante (uma figura processual semelhante ao que contemporaneamente se denominou “audiência de justificação prévia”, que mais a frente merecerá um tratamento especial pela presente tese). Em todos os casos, porém, o procedimento *in iure* findava com a *litis contestatio*, ato processual que foi decisivo na evolução do processo civil.

Uma vez emitida a fórmula pelo pretor, sendo aceita pelo demandado, fixavam-se os limites da controvérsia, então objeto da *litis contestatio*. O autor, quando havia recebido do pretor a fórmula, a consignava ao demandado. Com sua aceitação celebrava-se uma espécie de contrato entre as partes.¹³⁷ Ao aceitar a fórmula que se havia dado contra ele, o demandado consentia em submeter-se ao juízo nos termos fixados pela fórmula mesma. Tem-se neste momento da *litis contestatio*: por um lado, um ato de autoridade pública, um decreto do magistrado que pronuncia a fórmula e, por outro, um ato consensual entre as partes no sentido de aceitação da mesma.¹³⁸

Originalmente, como relata Ovídio Baptista, a *litis contestatio* relacionava-se às ações unicamente pessoais, as quais tinham origem numa dada obrigação. Através da *litis contestatio* essa relação obrigacional se destruía em prol do surgimento de um novo vínculo, agora em processo. Segundo Biondi, “dopo la *litis contestatio* non è più possibile agire per la medesima obbligazione perchè questa non esiste più, essendosi trasformata”.¹³⁹ O problema disso está em que o interesse no cumprimento de uma determinada avença, por exemplo, faria surgir uma obrigação que agora se devia prestar em virtude da *litis contestatio*, não do contrato materializado. Como consequência, paulatinamente todas as ações (inclusive as reais) foram convertidas em pretensões monetárias (condenatórias), o que auxiliou na

¹³⁵ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 430-432.

¹³⁶ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 217.

¹³⁷ Por isso é que Surgik revela que em geral as demandas eram julgadas unicamente pelo *iudex priatus*, o qual era designado por acordo entre as partes ou escolhido pelo pretor diante do *album iudicium*. Consequentemente, a *litis contestatio* configurava-se como um verdadeiro contrato, selando o acordo das partes aos termos do processo. In: SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., pp. 19-20.

¹³⁸ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 232.

¹³⁹ Cf. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Op. cit., p. 96. Tradução livre do autor: Após a *litis contestatio* não é mais possível agir sobre a mesma obrigação, porque esta não existe mais, tendo-se transformado.

universalização do procedimento da *actio* (sobrelevada pela fase *apud iudicem*) como fonte criadora de uma jurisdição meramente declaratória, não realizadora de direitos substantivos.¹⁴⁰

Como mais adiante se poderá verificar, esse fenômeno também refletirá na relação entre ordinariedade e racionalismo, que no âmbito do direito processual civil expurgou as cargas de eficácia executiva e mandamental, reduzindo-as a meros *plus* da sentença.¹⁴¹ O procedimento da *actio*, que serviu como base à construção do *ordo iudiciorum privatorum*, também partia desse pressuposto, já que somente admitia julgamento (declaratório) ao final da causa, após amplo debate probatório, o que posteriormente serviria como fundamento da indispensável segurança, própria dos juízos de certeza indispensáveis ao desenvolvimento do Estado burguês.

Por enquanto cumpre alertar, com base no que acima se aludiu, que o processo fracionado do período formulário constituía a base do *ordo iudiciorum privatorum*, período do processo civil romano oficializado pela *lex Julia privatorum*, no ano 17 a.C., aplicado até o Império de Diocleciano (285-305 d.C.).¹⁴² A questão-chave desse procedimento está justamente no fato de que a romanística considerou apenas sua segunda fase como caracterizadora da atividade jurisdicional.

A fase fracionada *in iure*, cujo trâmite dava-se perante o pretor, o qual exercia uma jurisdição fulcrada num poder de *imperium*¹⁴³ através da expedição de fórmulas e da emissão de ordens visando o cumprimento de determinadas medidas (cujas principais, como logo se verá, estão na concessão dos interditos), não mereceu igual tratamento. Toda a atividade judicial realizada pelos pretores resultante do exercício do poder de império através da emissão de ordens (com os interditos) foi pouco a pouco sendo deixada de lado pela romanística, o que acabou legado aos países de tradição civilista.

Essa é uma das razões que explicam o porquê da jurisdição contemporânea de tradição

¹⁴⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., pp. 73-79.

¹⁴¹ O próprio Alfredo Buzaid, séculos mais tarde, ainda negara a mandamentalidade e a executividade como elementos componentes do ato sentencial. Para um maior aprofundamento, consultar: **Do mandado de segurança**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

¹⁴² Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., p. 39.

¹⁴³ Leciona Scialoja que entre as faculdades dos magistrados romanos se distinguem as atividades (poderes ordinários) de *imperium*, *iurisdictio* e as de *imperium mixtum*. O *imperium* era aquele grande poder que o povo delegava ao magistrado através da *lex de imperio*, dando-lhe poder de coerção sobre as pessoas, podendo inclusive utilizar a força pública para que se cumprisse o ofício. A *iurisdictio* se referia à definição das controvérsias jurídicas, correspondendo a função judicial propriamente dita. O *imperium mixtum* compreendia certas faculdade determinadas, que tinham algo da jurisdição enquanto eram atribuições conexas com a administração da justiça. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., pp. 105-106.

civil atuar na forma de juízos declaratórios unicamente. O poder de *imperium* (na referida época, caracterizado pela emissão dos interditos) dos pretores foi esquecido no tempo, juntamente com a fase *in iure* do período formulário.

Logo, eis o motivo capaz de explicar porque as instituições jurídicas legadas à tradição ocidental de processo civil não guardam relação ao direito romano da época clássica, mas sim ao tardio (da época pós-clássica), oriundo dos imperadores cristãos do oriente, compilado principalmente por Justiniano no século VI d.C., período em que o cristianismo já se apresentava como uma religião universal, tendo exercido um papel fundamental nessa construção. É nesse contexto que a sumariedade, em processo, começaria sua derrocada.

1.1.2. O julgamento *apud iudicem* e a decisão segundo a consciência do juiz (*iudex*)

Ainda que o esquecimento da atuação dos pretores tenha sido um importante fenômeno legado à jurisdição contemporânea, outro se apresenta. Veja-se o que, logo abaixo, numa linguagem moderna, relata Scialoja acerca da atividade do *iudex*, o magistrado do fracionado processo formulário da fase *in iudictio*, única considerada como legítima atividade jurisdicional naquele período. Em linguagem moderna, e isso merece especial atenção, porque à época do *iudex* ainda não havia nascido o sujeito da modernidade (o sujeito consciente).

Relata o romanista que

[...] a conduta que o juiz deve observar, o conjunto dos deveres que lhe tenham sido prescritos, constituem o que se chama *officium iudicis*, que se refere tanto ao procedimento e sua condução, como também ao direito substancial, i.e., ao que deve considerar e fazer para emitir uma justa sentença. O fato é que no procedimento *in iudictio* o juiz (*iudex*) possui *amplíssima liberdade a julgar, não devendo atender mais do que sua própria consciência. Tudo o que as partes devem executar perante ele servirá para iluminar sua consciência.*¹⁴⁴ (grifou-se)

Tal passagem evidencia que além de termos recebido o legado de uma jurisdição meramente declaratória (dada principalmente a supressão do procedimento dos interditos e a generalização da *actio*), a atividade jurisdicional que foi transmitida no tempo aos países da tradição do direito civil sobrelevou a questão da consciência do juiz¹⁴⁵, ou seja, a sua prerrogativa de escolha, perspectiva que, contemporaneamente falando, como se verá intensamente no curso da presente tese, está distante de uma hermenêutica crítica no instante da aplicação do direito.

Todavia, é fundamental alertar que a passagem de Sciajoja relaciona-se a um dado

¹⁴⁴ Ibidem, p. 241.

¹⁴⁵ O próprio Chiovenda, para quem o juiz em sentença declara a vontade concreta da lei, posição que será objeto de apreciação mais a frente, chegou a referir que a forte ligação do juiz romano com a prova levou a uma atuação jurisdicional onde, em matéria probatória, preponderou o princípio da livre (e imotivada) convicção do juiz. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 158.

período da história em que o sujeito da modernidade ainda estava adormecido. Isso porque até o século XVI o mundo ainda girava em torno de um eixo teocêntrico em que Deus concentrava a verdade absoluta, representada, no mais das vezes, pelos Imperadores, ou pelas autoridades eclesiásticas, ou pelo Rei que nome de Deus governava. A modernidade é que vem a romper com isso, no contexto do surgimento do próprio liberalismo.

O pensamento moderno, a partir de então, desvencilha-se da crença e do estado natural, ingressando na seara da razão, local onde afloram a racionalidade instrumental e a emergência do sujeito humano como ser dotado de liberdade.¹⁴⁶ Esse foi justamente o impulso necessário a Descartes para sustentar que a verdade somente adviria de uma nova ciência, lugar habitado por um homem que agora não é simplesmente serviçal de Deus, mas é ser pensante, dotado de toda a razão.

De indivíduo a sujeito. O sujeito cartesiano. Isso explica porque a subjetividade é um dos princípios estruturantes da modernidade. Racionalização e subjetivação aparecem ao mesmo tempo.¹⁴⁷ A descrença na ideia de um Deus desvelador da verdade daria lugar à racionalidade. A invenção cartesiana oporá sujeito e objeto, ponto central de uma teoria do conhecimento que se centralizou na questão do método como o caminho para o alcance da verdade. Era preciso o procedimento para conhecer, o que traria reflexos inclusive para o direito processual civil. Serão os mesmos tratados mais adiante, local em que será investigada a influência do pensamento racionalista no direito processual civil. Cumpre, agora, aprofundar a atividade do *iudex* no procedimento formulário e relacioná-la aos tempos modernos.

Nesse talante, ainda que não se esteja diante do sujeito pensante da modernidade, a passagem de Scialoja demonstra que a atividade julgadora do *iudex* sobrelevava essencialmente o recurso à consciência do magistrado, o que faz entender que o mesmo não estava limitado a nenhum padrão jurídico ao dizer o direito. Percebe-se, com isso, que a questão do solipsismo judicial data de muitos séculos, tendo se transmitido de forma intensa para além da própria Revolução de 1789 e da sedimentação do método nas ciências.

Atualmente é possível concluir que essa herança também se verifica mesmo diante das inúmeras teorias jurídicas que se auto-denominam pós-positivistas.¹⁴⁸ Sobre o assunto, ao se tratar do modelo jurisdicional presente a partir da construção do conceito moderno de Estado, o que consta no segundo capítulo da primeira parte da presente tese, poderá se verificar que

¹⁴⁶ Cf. TOURAINE, Alan. **Crítica da Modernidade**. 7.^a edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002, pp. 215 a 218.

¹⁴⁷ Essa constatação é de André Leonardo Copetti Santos na obra intitulada **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009, p. 81.

¹⁴⁸ Para um maior aprofundamento sobre o termo pós-positivismo, consultar a obra de Friedrich Muller intitulada **O novo paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Ed. RT, 2007, pp. 09-15.

em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito algumas teorias (resistentes) ainda sobrepõem o solitarismo judicial, alimentando o próprio protagonismo dos juízes diante do fenômeno da prestação jurisdicional.

E quando se fala em solitarismo (solipsismo) jurisdicional está-se a alertar a uma questão que é paradigmática no direito e no próprio processo: a forma de decidir conforme a consciência do juiz, proscrevendo a tradição (autêntica), a coerência e a integridade do direito (já que tais decisões partem de um marco zero, inconcebível no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito). Falar nisso é falar no próprio positivismo jurídico, que se expressa atualmente justamente pela manifestação do paradigma do “decido conforme minha consciência”.

Essa questão se reflete na delicada relação entre decisão judicial e a prática decisionismos e/ou discricionariades. Ela sustenta-se, como já se fez referência, no próprio paradigma positivista¹⁴⁹, que além de ignorar o fato de que os textos não são plenipotenciários, ou seja, de que não carregam seu próprio sentido, ainda que sejam inseparáveis de seu sentido, vem historicamente proscrevendo o giro linguístico ontológico ocorrido na filosofia, local onde a subjetividade (marca da filosofia da consciência) foi superada pela linguagem que se interpõe entre sujeito e objeto, passando a ser alçada enquanto condição de possibilidade, rompendo com a visão de que as verdades seriam produtos do método (da razão) ou da consciência do intérprete.

Calha registrar que algumas teorias interpretativas (denominadas pós-positivistas) acabam por incorrer nessa mesma ficcionalização gerada pelo positivismo jurídico ao fomentar a prática de decisionismos interpretativos. O fazem, por exemplo, ao cindir casos fáceis e casos difíceis, propondo como método de solução dos primeiros a figura da subsunção. Neles o juiz aplicaria o direito ao caso concreto subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico.

Já os casos difíceis seriam solucionados pela atividade criativa do juiz, a partir de sua “experiência”, permitindo que fizesse a escolha entre uma ou outra solução para o caso concreto, tese defendida principalmente por Herbert Hart, para quem “debido a que la vaguedad es una característica inherente al language jurídico y a que en la decisión de los

¹⁴⁹ Sobre o paradigma positivista, consultar a obra de Dworkin intitulada **Levando os direitos a sério**. Leciona o autor que a doutrina positivista sustenta a possibilidade do juiz, diante de um caso não regido por regra estabelecida, decidi-lo exercendo seu poder discricionário, não estando, conseqüentemente, obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Para Dworkin esse problema seria enfrentado a partir da compreensão dos princípios (no direito americano, por exemplo, o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente), que serviriam como fatores de diminuição da discricionariades. Referência completa: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007, pp. 50 e seguintes.

casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada”.¹⁵⁰

Robert Alexy, ao contrário, na obra **Teoria da Argumentação Jurídica**¹⁵¹, irá sustentar que o referido silogismo judicial, aplicável, lembre-se, quando o intérprete se deparar com um caso fácil, não tem o condão de esgotar o raciocínio jurídico, até mesmo porque para Alexy (com razão neste particular) a linguagem jurídica seria imprecisa.¹⁵² Com base nisso é que Alexy socorre-se aos princípios, seguindo a onda interpretativa do segundo pós-guerra, onde se evidenciaram as insuficiências do monopólio da lei como norte para a aplicação do direito, até mesmo porque os textos constitucionais deste período passam a se assentar em princípios e não mais em regras.

A teoria de Alexy, entretanto, acaba por retornar à questão da discricionariedade judicial quando elege a ponderação como o método aplicável na ocorrência dos casos denominados difíceis. Seu retorno à discricionariedade está no poder de escolha que circunda qual princípio deve o intérprete aplicar na solução do caso (difícil), lembrando que para Alexy os princípios devem ser hierarquizados axiologicamente. É justamente por essa razão que o método da ponderação trabalha com uma atitude de sopesamento (escolha) do princípio a ser aplicado ao caso concreto, deixando (continuando a deixar, como o fez o positivismo) essa escolha ao intérprete (do caso concreto): o juiz.

Por uma derivação lógica, se são os princípios hierarquizados axiologicamente, é a atividade subjetiva do intérprete que irá definir qual princípio deve e qual não deve ser aplicado, atitude esta incontrolável e incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito. Nesse particular, a teoria da argumentação jurídica de Alexy articula os princípios como mandados de otimização, ou seja, como regras destinadas à estruturação de outras regras. Estas, além de atuarem em verdadeira abertura interpretativa, utilizam-se do princípio

¹⁵⁰ In: **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Estudio preliminar de Cezar Rodríguez. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 34. Tradução livre do autor: devido a que indeterminação é uma característica inerente à linguagem jurídica e que na decisão dos casos difíceis existe mais de uma interpretação razoável, quando estes casos chegam ao judiciário os juízes têm discricionariedade para escolher a interpretação que consideram mais adequada.

¹⁵¹ Referência completa: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

¹⁵² Cf. ALEXY, Robert. **La institucionalización de la justicia**. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Ed. Comares, 2003, pp. 65-67. Para Alexy, a ponderação é a estrutura preferível para uma teoria da justiça, permitindo a consideração adequada de todos os pontos de vista, que é um dos postulados fundamentais da racionalidade, podendo-se obter por ela um equilíbrio razoável entre os direitos de liberdade e os direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais, excluindo-se qualquer espécie de fanatismo.

da proporcionalidade como o método fulcral de solução aos famigerados casos difíceis.

Para Humberto Ávila, admirador de Alexy, a proporcionalidade, que deixaria de ser um princípio e passaria a ser uma metanorma, tem aplicabilidade “nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível”¹⁵³, onde a “exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito”.¹⁵⁴ Todavia, no que consiste um meio ou fim concretamente perceptível? Fica claro que é o intérprete quem irá escolher o melhor dentre os possíveis, o que retoma, da mesma forma, a questão da subjetividade. Sobre isso, alerta Lenio Streck que

[...] a ponderação, modo simples, acaba por repetir a ideia da subsunção. Mesmo que – como propõe Alexy – devam ser feitas fórmulas e critérios de hierarquização, isso não retira a ponderação – própria da teoria da argumentação – do velho problema da metodologia criticada (e superada) por Gadamer em *Verdade e Método*. A ponderação da teoria da argumentação estará baseada em um método, que, a par de ser construído pelo próprio intérprete, nada mais será do que uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto. Afinal, sempre é possível perguntar acerca das condições de possibilidade que existem para afirmar que “este” critério para fazer a ponderação é melhor que o outro.¹⁵⁵

Como será aprofundado no segundo capítulo da primeira parte da presente tese, a tentativa de superação da discricionariedade será proposta por Ronald Dworkin, ainda que este mantenha a cisão entre casos fáceis e difíceis.¹⁵⁶ Para o jurista estaduniense, as partes em um processo têm direito a obter uma solução (que Dworkin denominará de resposta correta) em acordo com o ordenamento jurídico pré-existente, o que se opera tanto nos casos fáceis quanto nos difíceis através da utilização dos princípios vigentes no ordenamento jurídico.¹⁵⁷ A postura anti-discricional de Dworkin tem como base de sustentação justamente os princípios, os quais assumem uma função de destaque na teoria da busca da resposta correta.¹⁵⁸

A distinção (não cisão) entre princípios e regras será fundamental para que Dworkin negue a possibilidade da prática de decisionismos ou discricionariedades na órbita jurisdicional no Estado Democrático de Direito, sustentando que enquanto as regras operam no sistema tudo ou nada – cuja incidência (da regra) está condicionada à possibilidade de que os fatos previstos por uma regra se façam presentes –, os princípios, que estariam por detrás

¹⁵³ Cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, pp. 112-123.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, pp. 112-123.

¹⁵⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: IHJ, 2008, p. 297.

¹⁵⁶ Para Dworkin haverá um caso difícil quando os fatos e as normas relevantes permitem mais de uma solução pelo sistema jurídico composto por regras e princípios. In: **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., p. 68.

¹⁵⁷ In: **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., pp. 35-37.

¹⁵⁸ Sobre o tema consultar: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

de todas as regras, não seguiriam essa lógica. Estes se manteriam vigentes, mesmo que não houvesse umnexo direto entre os fatos e a suposta conclusão jurídica àquele caso concreto.¹⁵⁹

O referido raciocínio é perfeitamente aliável à concepção jurisdicional presente no Estado Democrático de Direito. Isso se deve a profunda intervenção do Judiciário na realização das promessas sociais constitucionais (consecução das políticas públicas) advindas do constitucionalismo (dirigente) do segundo pós-guerra, tornando-se a verdadeira condição de possibilidade para a reescrita da democracia a partir do deslocamento (no contexto Constitucional) da concepção formal para substancial; da legislativa para a judiciária.¹⁶⁰ Para Ferrajoli, tal implica em equipará-la ao Estado de Direito, refletindo os interesses de todos.¹⁶¹

A utilização dos princípios constitucionais a partir da tese dworkiniana explica e justifica o papel dos juízes na contemporaneidade¹⁶², impondo que se (re)pense a atividade jurisdicional para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição dos direitos do povo.¹⁶³ Isso seria possível, para Dworkin, a partir de uma atitude ativa não-discrecional na concretização de uma justiça substantiva e da própria democracia, afinal de contas o referido tema acaba esbarrando na própria legitimidade dos juízes no trato dos poderes normativos quando da construção da decisão judicial.

No foro do processo civil, uma das principais (e novas!) concepções sobre a relação entre processo e princípio foi desenvolvido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que na tentativa em combater o excessivo formalismo que paira nos campos do direito processual civil fez emergir a tese do formalismo-valorativo, no sentido da criação de um poder ordenador que se preste a organizar um processo justo, assim compreendido aquele que colabora com a “justiça material da decisão”.¹⁶⁴ Para o processualista gaúcho, alguns valores como efetividade e segurança devem funcionar como sobreprincípios de orientação ao juiz na aplicação das regras e dos próprios princípios.

Ainda que a tese de Alvaro de Oliveira seja importante para compreender que o processo não é um fim em si mesmo, seu problema está justamente em sobrelevar o papel do juiz na ponderação dos referidos valores, mormente quando a norma não trazer solução a

¹⁵⁹ In: **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., pp. 49-50.

¹⁶⁰ Cf. SANCHÍS, Luiz Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madri: Ed. Trotta, 2003, pp. 114-115.

¹⁶¹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

¹⁶² In: **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., p. 80.

¹⁶³ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis... [et al.]. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito (2002)**, mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 322.

¹⁶⁴ Consultar: O Formalismo-Valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. In: **Revista da Ajuris**, n.º 104. Porto Alegre, 2006, p. 60.

determinado conflito. Alvaro de Oliveira pugna pela aplicação dos princípios jurídicos a partir da ponderação do magistrado, seguindo a mesma linha de Alexy, que sustenta uma atitude de sopesamento do princípio a ser aplicado ao caso concreto, deixando (assim como o positivismo) essa escolha ao magistrado.

Uma possível crítica a essas teorias parece indicar que a atividade interpretativa demandada pelo Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua subjetividade (ponderação, vontade, experiência, etc.), interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis), para extrair o conteúdo da norma ou o significado ideal do texto. Não é exagero alertar: o agir jurisdicional no Estado de feição Democrática de Direito pressupõe uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito, o que implica na construção da atividade jurisdicional a partir da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem sempre fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria.

A semente do problema, ainda que, repita-se, na referida época, não seja possível falar em sujeito da modernidade, pode ser encontrada no procedimento *apud iudicem* do período formulário romano. Desde então o *iudex* ilustrava sua mente a partir de uma amplíssima liberdade de convicção decisória, calcada numa igualmente livre possibilidade (imotivada) na escolha desta ou daquela prova¹⁶⁵, podendo se convencer até por presunções lógicas não impostas pelo direito. O agir decisionista daquele tempo histórico chegou ao ponto de autorizar o *iudex* a proferir sentença sem que sequer indicasse os motivos de sua convicção. Com efeito:

[...] esta posición del juez frente a las partes y frente a la sentencia que debe pronunciar, es la que en procedimiento clásico nos da el carácter del juicio. Nos demuestra que no puede haber muchas normas judiciales, ya que de otra manera restringirían la libertad de conciencia que debe tener el juez.¹⁶⁶

No segundo capítulo da primeira parte desta tese o referido fenômeno ainda será enfrentado, lá com maior detalhamento, visto que de certa forma ainda é possível encontrar situações semelhantes em pleno século XXI. Urge agora retornar a atividade pretoriana. Impõe-se a compreensão de uma atividade sumária processual extremamente relevante

¹⁶⁵ Essa afirmativa também é sustentada por Surgik, ao afirmar que “a apreciação da prova é livre. O juiz forma sua opinião sem estar subordinado legalmente no sentido de dar valor a este ou aquele meio de prova”. In: SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., p. 70.

¹⁶⁶ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 241. Tradução livre do autor: esta posição do juiz frente às partes e frente à sentença que deve pronunciar caracteriza o procedimento clássico. Ela nos demonstra que não podem haver muitas normas jurídicas, já que assim estaria restrita a liberdade de consciência que deve ter o juiz.

desenvolvida pelos pretores na fase *in iure* da *actio*: o recurso aos *interditos*.¹⁶⁷

1.1.3 O problema da (ausência de) jurisdicionalidade do procedimento dos interditos

Não se limitou, a atividade dos pretores, em dar a fórmula nomeando o *iudex* ao interessado que pretendia se valer da atividade jurisdicional. O pretor dispunha de outros recursos imperativos que se fundavam em seu poder de império, denominados embargos e interditos.¹⁶⁸ Os primeiros eram utilizados na preservação de direitos, cujo principal expoente era o procedimento da *missio in possessionem*, destinado a proteger todo o patrimônio de uma pessoa.¹⁶⁹

Já os interditos¹⁷⁰ guardavam relação a uma ordem¹⁷¹ proclamada pelo pretor na segurança de relações privadas, em especial para impor o respeito às situações de aparência jurídica, objetificando que as reclamações fossem efetuadas (muitas vezes pela via da oralidade processual) processualmente e não pelo uso da força.¹⁷² Segundo Arnaldo Biscardi (em obra clássica sobre o tema), a concessão dos interditos remonta ao poder de *imperium* do pretor.¹⁷³ Sobre tal base é que se desenvolvia, posteriormente, um procedimento de caráter judicial que ao interdito estava tecnicamente relacionado. Com efeito, prescreve também Scialoja que

[...] hay, pues, en el procedimiento de los interdictos, un primer momento decisivo, de carácter más administrativo que judicial; pues el magistrado se interpone entre las partes contendientes no como juez supremo, sino como autoridad que les imparte un mandato. Éste es todo el carácter del procedimiento de los interdictos.¹⁷⁴

Os interditos distinguiam-se por categorias pelas quais o pretor ordenava, por

¹⁶⁷ Leciona Ovídio Baptista que enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário limitavam-se a produzir sentenças declaratórias, o *praetor* romano, através dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, seja ordenando a prática ou abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdicção e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 9.

¹⁶⁸ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., pp. 62-63.

¹⁶⁹ Idem, ibidem, p. 63.

¹⁷⁰ Para Scialoja, o procedimento dos interditos remonta ao mesmo período das *legis actiones*, e certamente se o reconhece durante todo o período das fórmulas. Posteriormente irá se extinguir e a confundir-se com as ações ordinárias. In: SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 179.

¹⁷¹ Cf. BISCARDI, Arnaldo. **La protezione interdittale nel processo romano**. Padova: Ed. Cedam, 1938, p. 13. O mesmo é defendido por Gandolfi, para quem “il pretore non si limita a dare un *iudicium* ed un giudice, ma interviene con tutto il peso della sua autorità, rivolgendo un ordine autoritativo che trae forza dall'*imperium*”. Referência: GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milão: Ed. Giuffrè, 1955, p. 22.

¹⁷² Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 63.

¹⁷³ In: **La protezione interdittale nel processo romano**. Op. cit., pp. 20 e seguintes.

¹⁷⁴ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 312. Tradução livre do autor: há no procedimento dos interditos um primeiro momento decisivo, de caráter mais administrativo que judicial; pois o magistrado se interpõe entre as partes não como um juiz supremo, senão como uma autoridade que lhes impõe uma ordem. Esta é a principal característica do procedimento dos interditos.

exemplo, que se fizesse determinada exibição ou restituição. Logo, eram utilizados principalmente a questões de ordem possessória e nessa sistematicidade dividiam-se em proibitórios, restituitórios e exhibitórios.¹⁷⁵ Os primeiros eram destinados a impedir que se fizesse alguma coisa, como a de realizar algo em um rio prejudicando a navegação. Os segundos objetivavam a devolução de coisas, como, por exemplo, a restituição ao herdeiro-possuidor de bens hereditários utilizados por terceiros. Já os terceiros relacionavam-se a exibição de pessoas ou coisas.¹⁷⁶

Entretanto, é processual a característica mais peculiar desses procedimentos. Isso porque a expedição de tais mandados, através dos quais o pretor determinava que se executasse algo ou que a parte demandada abstinhasse-se de praticar algum ato, era determinada com base num juízo de aparência, de verossimilhança, calcado em cognição sumária, auxiliando a que o demandante satisfizesse seu interesse com maior efetividade.¹⁷⁷ Eram ordens emanadas pelo pretor para garantir o bom processamento do litígio, calcadas unicamente na versão apresentada pelo litigante que as afirmou serem verdadeiras.¹⁷⁸ A passagem que segue é reveladora:

[...] em vista disso, o litigante, contra quem se dirige o interdito, acata-o ou não, conforme entender serem verdadeiros ou falsos os fatos que condicionam a ordem do magistrado. Se o acatar, o litígio terminará definitivamente; caso contrário, inicia-se um processo para que o *iudex* verifique se os fatos que deram margem ao interdito são verdadeiros ou falsos.¹⁷⁹

Daí que a estrutura de processamento dos interditos se constitui numa das bases que sustentam a presente tese. Obviamente, essa prática carece de uma releitura democrático-constitucional. A concessão de ordens ao cumprimento ou abstenção de determinadas prestações ou atos remonta ao período clássico do direito romano, o qual, notadamente na fase *in iure* do fracionado procedimento formulário, tornava possível a emissão de um mandado que sobrelevava o interesse (o fato em si) do litigante que se dispunha a se socorrer da jurisdição.

Era notável a efetividade do interdito, que a partir do poder de império do pretor protegia pessoas e coisas a partir de cognição unicamente sumária, sem, contudo, desconsiderar o mérito da causa, exame sempre necessário.¹⁸⁰ Disso se extraem as principais

¹⁷⁵ Cf. JUSTINIANO I. **Institutas do imperador Justiniano**. Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 335.

¹⁷⁶ Idem, *ibidem*, pp. 335-336.

¹⁷⁷ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., pp. 312-315.

¹⁷⁸ Cf. SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., p. 88.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 88-89.

¹⁸⁰ Cf. BISCARDI, Arnaldo. **La protezione interdittale nel processo romano**. Padova: Ed. Cedam, 1938, p. 37.

características dos interditos: rapidez e sumariedade, sobrelevando-se o caráter fático (de fundo, de mérito) da contenda. Todavia, a romanística não recebeu a prática dos interditos como ensejadora de clássica atividade jurisdicional, o fazendo somente em relação à fase *apud iudicium* do procedimento formulário romano. Isso porque – e a explicação é de Biscardi – a concessão dos interditos se fundava na prática de um “atto amministrativo perchè trascende gli scopi della funzione giurisdizionale romana”.¹⁸¹ O mesmo raciocínio pode ser utilizado para demonstrar porque a doutrina processualística moderna não aceita as sentenças mandamentais e executivas, o que há muito tempo já vem alertando Ovídio Baptista.¹⁸²

A questão é que enquanto o *iudex* limitava-se a produzir sentenças declaratórias, a atividade pretoriana na concessão dos interditos detinha caráter de *imperium*. Todavia, foi paulatinamente sendo proscrita por não se constituir em verdadeira atividade jurisdicional, o que se deu ante o fato de que os interditos eram considerados atos de vontade do pretor construídos sob juízos de simples verossimilhança. O leitor desavisado poderá facilmente confundir esse poder de *imperium* com alguma forma de autoritarismo ou dominação.

Engana-se. Seu verdadeiro sentido está relacionado, ao menos no âmbito processual, a uma atividade nitidamente popular (democrática), ao passo que através de atos legislativos se conferia *imperium* aos magistrados eleitos pelas assembleias.¹⁸³ O problema está em que o procedimento dos interditos, ainda que dotado desse poder de *imperium*, detinha uma feição processual provisória, razão pela qual não poderia possuir caráter jurisdicional (argumento em que se apoiou a romanística). Assim é que acabou esquecido no tempo.

Diante da sistematização dos interditos na prática processual romana no período clássico, seria hoje possível desvelá-los diante de um novo exercício de compreensão do direito processual civil, em pleno século XXI? De um re-desenhar processual que guarde relação a um processo sumário, autônomo e pós-burocrático? A condição, ao menos para a tese proposta, está em não atribuir essa possibilidade à vontade do julgador, a sua consciência, ou a um mero procedimento. A presente tese insiste na necessidade em compreender hermeneuticamente o processo civil, o que significa, além de não renunciar a história, de pensá-lo sob o prisma Constitucional. Assim é que exsurgirá a possibilidade de reler os institutos processuais tradicionais para compreender o processo enquanto *locus* de manifestação da democracia.

¹⁸¹ Idem, *ibidem*, pp. 56-57. Tradução livre do autor: ato administrativo porque transcende aos escopos da função jurisdicional romana.

¹⁸² Consultar, sobre o tema, a obra do autor intitulada **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

¹⁸³ Cf. SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., p. 100.

Efetivamente, o que será ainda mais aprofundado na segunda parte da presente tese, a reintrodução dos interditos no sistema processual civil, objetivando a satisfação dos novos direitos (relacionados ao assistencialismo social, biodireito, bioética, etc.) oriundos do neoconstitucionalismo compromissário e dirigente (que também incorpora a necessidade de compreender e utilizar técnicas processuais a partir de bases constitucionais), está condicionada a uma abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo. Por derivação, com o protagonismo judicial. A condição de possibilidade está em pensar o processo civil através da lente hermenêutico-filosófica, ou seja, de uma filosofia *no* processo que evite deixá-lo as mãos do julgador. É o caso concreto que exigirá a construção desse *locus* democrático de sumarização processual, onde se renovarão democraticamente os votos das *interdictas*.

A desocultação dos interditos no plano do processo civil, todavia, não é e nem pode ser relacionada a um instrumento, um procedimento, ou a uma possibilidade conferida ao magistrado, mas um local de valorização dos direitos materiais-constitucionais porventura desafiados, vilipendiados por alguém, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou público. E nesse contexto está relacionada a necessidade de instituição de um processo civil anti-arbitrário, anti-positivista, contrário ao simplismo do modelo subsuntivo de aplicação do direito.

O desafio maior está em ultrapassar um paradigma (que sustenta o atual processo de conhecimento) que ainda concebe a magistratura diante do complexo binômio neutralidade-protagonismo, elegendo o ritualismo fase-a-fase ordinário como o local apropriado para o desvelamento de verdades absolutas, o único possível à satisfação dos interesses postos em juízo, dependente de cognição exauriente. O referido paradigma vem contribuindo decisivamente para embarçar a concessão de tutelas aparentes, atribuindo às mesmas uma série de requisitos e peculiaridades capazes de afastar o direito processual civil do plano fático, do direito material-constitucional efetivamente discutido em juízo.

Consequentemente, toda e qualquer decisão, por exemplo, ainda que perpassasse pelo ritualismo das tutelas de aparência, não é merecedora do título decisão de mérito, mas sim decisão interlocutória¹⁸⁴, passível de revisão dentro do próprio procedimento. A compreensão

¹⁸⁴ O conceito de decisão interlocutória utilizado por Humberto Theodoro Júnior coroa o que se pretende demonstrar. Para o referido processualista as decisões dessa natureza correspondem ao ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Não julgam o mérito da causa, solucionando questões outras surgidas durante a tramitação do processo, visando a preparar a sentença final. Veja-se que o próprio Chiovenda contrapôs decisão interlocutória e sentença, que, ao contrário da primeira, tem por objetivo o resultado final do processo. In: **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 262.

do que se acaba de relatar está subordinada ao estudo da terceira fase do direito romano e do processo ali estabelecido, ela denominada pós-clássica, ele *extraordinaria cognitio*.

1.2 O desaparecimento do poder dos pretores e o início da derrocada do caso prático na jurisdição pós-clássica romana: o sistema processual da *extraordinaria cognitio*

É um período em que o direito romano dá início a uma fase de decadência. Um tempo de graves perturbações internas e externas, as quais condicionaram o Império à ruína, trazendo consigo o esgotamento da força criadora da jurisprudência clássica.¹⁸⁵ Ainda que Diocleciano (de 284 a 305 d.C.) tenha fortificado o Império e tentado manter vivo o ideário clássico, no governo de Constantino (de 307 a 337 d.C.) o direito destina-se à vulgarização. O refinamento dos juristas clássicos é substituído por concepções de leigos em direitos ou de práticos e professores com meia formação profissional, que frequentemente interpretam mal e falsificam a substância do direito clássico.¹⁸⁶

Com Constantino, primeiro cristão a governar o Império romano, a fonte do direito passa a ser a vontade do Imperador, cujo perfil da instauração da lei levará ao fim do caso concreto, do plano prático tão referendado pelo período clássico. Está-se, assim, no período do baixo-império, marcado por uma decadência política e intelectual. É também o momento em que o cristianismo, a partir de caracteres morais e religiosos provenientes do Oriente, altera a planificação do direito privado.¹⁸⁷ A ligação da jurisdição moderna com o direito romano sofreu diretamente a influência do espírito cristão do último período romano, injetando-lhe valores diferentes dos verificados no período clássico.¹⁸⁸ Com efeito:

[...] o cristianismo penetrou tão profundamente o direito romano bizantino, criando um autêntico divórcio entre o mundo romano oriental e a tradição jurídica clássica que, no final do século VI de nossa era, ser romano significava ser católico. A investigação que tenha como objetivo revelar a influência dos valores cristãos, para a formação do direito romano que nos foi transmitido através da herança medieval, certamente descobrirá com facilidade o elemento cristão a iluminar os velhos textos do direito romano clássico.¹⁸⁹

Quando o vulgarismo da época pós-clássica conduz a novas construções jurídicas

¹⁸⁵ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 20.

¹⁸⁶ Idem, ibidem, pp. 20-21.

¹⁸⁷ Para Wieacker, desde Constantino a igreja assumiu funções públicas e sociais do antigo Império. Fixou, desde o início, o conceito de direito, influenciando fortemente o pensamento jurídico. Relata que através do cristianismo, todo o direito positivo entrou numa relação ancilar com os valores sobrenaturais, perante os quais ele tinha sempre que se legitimar. A partir do momento em que Santo Agostinho pensou a comunidade jurídica do império romano como cópia da cidade divina, a metafísica do direito tornou-se o tema condutor do pensamento jurídico até o século XIX. Esta metafísica, estranha às origens da cristandade, foi a descoberta de Platão, que os padres da igreja receberam e a teologia da alta idade média renovou. In: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 17-18.

¹⁸⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 90.

¹⁸⁹ Idem, ibidem, p. 94.

(Ovídio Baptista, sobre isso, chega a referir que se está diante de um mundo novo, de uma nova era, onde as leis não só se tornam inovadoras, como dão a impressão de ignorar o direito precedente, que raramente vem mencionado)¹⁹⁰, o direito romano se apresenta mais grosseiro e materialmente alterado, o que constitui uma fase decadente da cultura jurídica romana, prosseguindo mesmo após a cisão do Império em Oriente (Roma) e Ocidente (Constantinopla) no século IV com a morte de Teodósio (em 395 d.C.).

Todavia, o declínio do direito, principalmente diante da vulgarização do direito privado, foi muito mais intenso no Império do Ocidente, enquanto que no Oriente impediu-se a decaída jurídica por ocasião de uma viragem de direção classicista, tendente a conservar o período clássico, o que se refletiu no próprio ensino do direito em Constantinopla.¹⁹¹ A antiga jurisprudência romana clássica conservou-se no Oriente, contrapondo-se a um Ocidente vulgarizado, exercido absolutamente e divinamente pelo Imperador. É nesse momento que uma tradição bizantina de professores tornou possível a construção do *corpus iuris civiles* de Justiniano¹⁹² (527-565 d.C.), Imperador bizantino cuja obra substituiria os livros utilizados nos distintos cursos de direito, servindo ao mesmo tempo como livro dos juízes.¹⁹³

De acordo com o magistério de Kaser, o ápice das escolas de direito do Oriente está justamente na obra de Justiniano, publicada em 529 d.C. Seu classicismo teria conservado, sobretudo no *Digesto* e nas *Instituições*, partes essenciais da literatura da época clássica. O perfil clássico, porém, representaria somente parcialmente a visão justiniana, que também concentraria seu foco na realização de um ideal de Estado cristão próspero com um regime absolutista, o que impediu que se retornasse ao período clássico em toda a sua plenitude. Seu *codex* compilou várias Constituições imperiais desde Constantino, concentrando também textos do período clássico, aos quais, todavia, foram agregadas adaptações inovadoras mediante o trabalho de compiladores, deturpando o classicismo anterior.¹⁹⁴ A partir de então a atividade dos pretores começou a desaparecer paulatinamente, haja vista que o Imperador, agora, é quem concentra ilimitadamente o poder.

É nesse contexto que tem surgimento um novo sistema processual denominado *extraordinaria cognitio*, consistindo-se o terceiro período do processo romano, tendo sido

¹⁹⁰ Ibidem, p. 91.

¹⁹¹ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 21-22.

¹⁹² Justiniano foi um imperador bizantino que reinou por 39 anos, sistematizando o direito romano que até então se mostrava construído sob uma legislação tumultuada e dispersa. Foi ele quem conseguiu restabelecer o território do antigo Império Romano, impondo um reinado absoluto baseando-se no que considerava a vontade divina. In: JUSTINIANO I. **Institutas do imperador Justiniano**. Op. cit., pp. 05-06.

¹⁹³ Cf. D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano**. Op. cit., p. 51.

¹⁹⁴ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., pp. 23-24.

introduzido no reinado de Diocleciano concomitantemente¹⁹⁵ à vigência do processo formulário, sobrevivendo até os últimos dias de Roma, o que alterou o aspecto privado da jurisdição romana. Uma de suas principais características guarda relação a instituição de um processo público, um instrumento de propriedade do Estado, local onde “la giurisdizione è una funzione propria ed esclusiva dello Stato”.¹⁹⁶

Procedimentalmente, sua principal característica está no paulatino abandono das fases *in iure* e *apud iudicium* do período formulário, presente no procedimento *ordo iudiciorum*, ainda que mantenha a ordinariedade própria da *actio*, o que será posteriormente legado aos países da tradição ocidental. É justamente na época da *extraordinaria cognitio* que o direito, como lembra Ovídio Baptista, torna-se um assunto de Estado, que lhe empresta um caráter (meramente) de instrumento de governo. Isso porque a lei, diferentemente do período clássico (onde tinha uma aplicabilidade apenas secundária), passa a ter uma posição de destaque, tendo na figura do Imperador o protagonista¹⁹⁷ de maior relevo quando o tema é interpretação.¹⁹⁸

Todavia, todo o processo da *extraordinaria cognitio* passa a se desenvolver perante o *iudex*, tornando-se os magistrados delegados do Imperador, meros funcionários públicos.¹⁹⁹ Consequentemente, tanto o procedimento formulário quanto o poder pretoriano na emissão de ordens restou paulatinamente cedendo espaço ao exercício da faculdade cognitória dos imperadores, onde

[...] a própria organização jurisdicional e toda a ordem processual ficaram como que condicionados e transcendidos pelo caráter burocrático e hierárquico em foi a nota típica do regime político romano-tardio.²⁰⁰

A supressão do poder interdital dos pretores é a marca da jurisdição no período pós-clássico do direito romano, o que também se deve à influência do cristianismo e a pretensa universalização da *actio* condenatória. O conceito romano de jurisdição, a partir de então, desproveu-se de *imperium*, através do qual se operava a proteção de direitos com base em juízos de aparência, universalizando o procedimento da *actio* (exercido, no velho *ordo*, pelo

¹⁹⁵ É interessante o alerta de Scialoja no sentido de que o procedimento das fórmulas, mesmo diante da reforma do imperador Diocleciano, ainda se mantém conjuntamente ao procedimento extraordinário. Todavia, “no rigurosamente, sino con valor muy distinto del que tenían en el período anterior”. Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., p. 243.

¹⁹⁶ Cf. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Op. cit., p. 105.

¹⁹⁷ O que justifica Cruz e Tucci referir que “no âmbito da *extraordinaria cognitio*, o magistrado, quando não era o próprio monarca, intervinha não como autônomo titular de uma função jurisdicional destacada do poder político, mas, sim, como imediata emanção deste, atuando como delegado da autoridade que se postava no vértice do governo imperial”. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., p. 139.

¹⁹⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A jurisdictio romana e a jurisdição moderna**. Op. cit.

¹⁹⁹ Para Surgik, a uma hierarquização quase militar teve que se submeter o processo, o que fez com que a sentença do procedimento cognitório não mais procedesse de um *iudex* privado, mas de um magistrado-funcionário imperial. In: Cf. SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Op. cit., p. 119.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 110.

iudex, agora com nova roupagem), influenciado, da mesma forma, pelo cristianismo.

Ele também auxiliou na sobrevivência do *ordo iudiciorum*, de sua ordinariedade, o que se justifica pela sobrevivência da *litis contestatio* e do encerramento do *iter* processual pela sentença declaratória-condenatória²⁰¹; da universalização da *actio*, com a supressão das *interdictas*, dada uma benevolência capaz de expulsar todas as formas e instrumentos que pudessem constranger a pessoa do demandado.²⁰² Se qualquer juízo provisório haveria de atentar contra o agora imenso conjunto de garantias e defesas do réu proporcionados pela Igreja, é fácil perceber porque os juízes foram proibidos de decidir com base em juízos de verossimilhança, dada a proscrição dos interditos.

O fato da doutrina moderna não conceber uma espécie de ações e sentenças executivas, fato aliável inicialmente a estrutura bipartite do *ordo iudiciorum*, também se deve ao processo da *extraordinaria cognitio*. Sobre o tema, Giuseppe Luzzatto ensina que em tal procedimento a execução deixa de ser um ato da parte e passa a ser ato de Estado.²⁰³ Certamente isso contribuiu decisivamente na transmissão do legado de uma jurisdição enquanto simples *iurisdictio*, carente de império, de força executiva, exercida pelo procedimento privado da *actio* com a supressão dos interditos, elementos que sustentam a origem da ação processual e da sentença condenatória como hoje são conhecidas.

A partir de então restou a jurisdição reduzida, principalmente a partir da influência do *ordo* e da sedimentação da *extraordinaria cognitio*, ao procedimento da *actio*, dando origem ao atual rito ordinário-declaratório. Esse é o principal legado do direito processual civil romano, que ao exaltar o procedimento ordinário como fonte exclusivamente declaratória de direitos viria espelhar a jurisdição moderna. O que é desconsiderado pela processualística, que se limita a dizer que o direito processual advém do direito romano, está justamente no fato de que o direito moderno acabou por utilizar-se das fontes romanas dos últimos períodos da sua história, especialmente de Justiniano, perante o qual se aprimorou a oposição entre *iurisdictio* e *imperium*.²⁰⁴

²⁰¹ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., pp. 370-390.

²⁰² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 100.

²⁰³ Cf. LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. **Il problema d'origine del processo extra ordinem**. Bolonha: Ed. Casa Prof. Ricardo Patron, 1965, pp. 12-13.

²⁰⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 29.

1.2.1 A institucionalização do modelo de ação condenatório através da filiação ao procedimento da *actio*. A penetração do cristianismo no direito romano tardio e a jurisdição sem poder

A investigação até agora realizada demonstrou que a jurisdição moderna, ao separar julgamento (sentença) e ordem (interditos), *dicere* e *facere*²⁰⁵, acabou universalizando o procedimento da *actio* na construção do processo de conhecimento. Esse fenômeno está intimamente relacionado à proscrição da atividade dos pretores resultante na concessão dos interditos. Um afastamento que acabaria sendo legado às instituições processuais medievais e, depois, às da época moderna, notadamente aos países de tradição civilista (*civil law*), explicando, em certa medida, porque da jurisdição contemporânea de tradição civil atua praticamente na emissão de juízos declaratórios.

Agora é possível entender porque as instituições jurídicas legadas aos países de tradição ocidental não guardam relação ao direito romano da época clássica, mas sim ao tardio, oriundo dos Imperadores cristãos do Oriente, compilado principalmente por Justiniano no século VI d.C., quando o cristianismo já se apresentava como uma religião universal. É flagrante a profunda transformação operada no direito romano a partir da influência cristã. Com ela é possível perceber como os institutos processuais legados ao processo moderno sofreram a influência do espírito cristão, verificável no último período do direito romano.

A obra de Biondo Biondi intitulada **Diritto romano cristiano** é um acervo de informações privilegiado sobre o tema. Nela é possível perceber que ante a influência dos princípios da religião cristã (como, por exemplo, a piedade, a humanidade, a moderação e a clemência, os quais substituíram o conceito de equidade do período romano clássico)²⁰⁶ deu-se início a um processo de sedimentação de uma jurisdição já declaratória de direitos, constituída agora na proteção à pessoa do demandado. Nesse sistema em que a cognição sempre deveria preceder a execução, gravando o autor com o ônus da prova.²⁰⁷ O incrível está no fato de que em pleno século XXI este ainda é o paradigma que sustenta a jurisdição-processual civil ocidental.

Também a partir da influência cristã no direito romano tardio é possível constatar como se deu o processo de universalização da *actio* e da proscrição dos juízos fundados em

²⁰⁵ Idem, ibidem, p. 31.

²⁰⁶ Cf. BIONDI, Biondo. **Diritto romano cristiano**. Vol. III. Milão: Ed. Giuffrè, 1952, pp. 482-485.

²⁰⁷ Ensinam Ovídio Baptista e Fábio Gomes que ao estabelecer como princípio que o autor não terá reconhecido seu direito senão depois de prova exaustiva de sua existência, o processo civil romano-canônico suprimiu o princípio da verossimilhança, igualando todos os demandantes, ao iniciar-se o procedimento judicial, oferecendo-lhes o procedimento ordinário como único apto à realização (declaração) dos direitos, indiferente ao maior ou menor grau de verossimilhança de suas respectivas alegações, partindo do pressuposto que o demandante não tem razão, a não ser que prove o contrário. In: **Teoria geral do processo civil**. Op. cit., p. 23.

situações de aparência (verossimilhança). Isso porque tais juízos constrangeriam o homem (devedor), que mereceria proteção integral da Igreja em nome da fé e da moral cristãs. Por elas é que a Igreja, como leciona Arrigo Solmi, abraçaria todos os homens sem conhecer os limites de sua ação²⁰⁸, o que, inevitavelmente, traria reflexos ao processo civil. Essa constatação auxilia na compreensão do fenômeno do afastamento da estrutura dos interditos, o que posteriormente viria a sustentar o atual processo de conhecimento e sua blindagem à concessão de medidas *in limine* de mérito, tornando, como ensina Ovídio Baptista, os provimentos judiciais baseados em juízos provisórios, simples decisões interlocutórias (decisões sobre o processo, não sobre a lide), nunca de mérito.²⁰⁹

Uma das provas disso está na sistematização da tutela cautelar a partir do legado de Calamandrei (o que ocorreria somente no século XX!). Observe-se que para o jurista italiano a medida assegurativa estaria destinada a se esgotar quando seu objetivo fosse alcançado, o que se daria quando emanado o procedimento sobre o mérito da controvérsia.²¹⁰ Os juízos provisórios (como o são, para a doutrina clássica, os provimentos cautelares), com isso, nunca receberiam o qualitativo de “decisões de mérito”, o que contribuiu consideravelmente na consagração do procedimento ordinário como único apto a tal desiderato. Note-se que a histórica sedução da jurisdição pela satisfação dos postulados cristãos (a partir dos pilares da clemência, da benevolência) ao demandado²¹¹ e por uma atividade processual ordinário-declaratória, entendida como única apta ao alcance da verdade, sedimentada no século XVII com a filosofia do racionalismo, cindiu procedimento e substância, direito e fato, processo e direito/fato, o que a presente tese, a seu modo, pretende rever.

Profanar a ordinarização que se sacralizou no tempo e no espaço da jurisdição-processual é uma necessidade na busca da tão sonhada efetividade no processo civil, principalmente no que hoje guarda relação aos direitos denominados pós-modernos. Por isso, este trabalho pretende revelar a possibilidade em justamente aproximar direito e fato, decisão e ordem, questionando o procedimento ordinário para o fim de re-introduzir no conteúdo do comando sentencial a efetividade perdida. Não a partir de uma atuação jurisdicional solipsista, mas, ao contrário, democrática, de poder compartilhado, com a efetiva participação das partes e da própria sociedade.

A executividade, a partir desses pilares democraticamente construídos, não pode ser

²⁰⁸ Cf. SOLMI, Arrigo. **Contributi alla storia del diritto comune**. Roma: Ed. Foro Italiano, 1937, p. 56.

²⁰⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., pp. 35-36.

²¹⁰ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Ed. Servanda, 2000, pp. 32-33.

²¹¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 100.

simples consequência da sentença que resolve a lide, mas uma forma de viabilizar ao juiz que imponha sua decisão ao demandado, o que foi perdido no tempo. Um fenômeno que no campo do processo guarda relação a absorção do procedimento dos interditos pela *actio*, o que acabaria por confirmar uma jurisdição sem poder, em que todos os direitos foram pessoalizados, ampliando-se o conceito de obrigação. Os próprios direitos ligados à propriedade e ao crédito foram reduzidos a uma relação obrigacional de débito-crédito, instigando o direito moderno a reduzi-los à esfera obrigacional, contribuindo, logicamente, a universalização do procedimento ordinário.²¹² O procedimento como nos foi legado pressupõe uma obrigação como fonte da ação, o que dá origem à sentença condenatória.

Tal herança ao mundo ocidental será tratada a partir do surgimento dos sistemas da *common law* (Inglaterra) e da *civil law* (Europa continental), dada sua contribuição ao conceito de jurisdição moderno.²¹³ Todavia, como alerta Ovídio Baptista, “é indispensável ter em conta que tanto o sistema jurídico da Europa continental quanto a *common law* são de certa forma descendentes do direito romano e, não obstante, apenas o primeiro conservou a estrutura elementar do procedimento da *actio*, diretamente ligada aos juízos privados, enquanto o direito inglês preservou a porção mais nobre da função judicial romana, reservada apenas ao pretor”.²¹⁴ Para que se possam entender as razões que levaram o renomado processualista a chegar a essa conclusão, deve-se retornar ao século V d.C., onde o Império Romano, como já mencionado, cindi-se em dois impérios: Ocidente e Oriente.

1.3 A herança romana no mundo ocidental: entre a atuação pretoriana e a ordinariedade romana tardia. O pluralismo medieval e sua influência nos sistemas da *common law* (Inglaterra) e da *civil law* (Europa continental). A humanização do processo civil

A invasão dos povos germânicos e eslavos no século V (476 d.C.)²¹⁵, mesmo tendo causado a derrocada do Império do Ocidente, não foi capaz de gerar o mesmo fenômeno no Oriente e no direito romano ali praticado, denominado direito bizantino. Ressalte-se que o Império do Oriente manteve-se no sudeste da Europa, expandindo-se rapidamente sob o

²¹² Idem, *ibidem*, p. 49.

²¹³ Segundo Dinamarco, existe uma tendência, por parte dos países que receberam o legado do direito escrito (*civil law*), notadamente os latino-americanos, em absorver institutos inerentes ao sistema da *common law*, principalmente os relacionados às cláusulas *due process of law* e do *contempt of court*. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. Op. cit., p. 741.

²¹⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 102.

²¹⁵ Essas invasões, segundo Le Goff, não eram uma novidade para o mundo romano. Desde o governo de Marco Aurélio (161 a 180 d.C.) a ameaça germânica pesava permanentemente sobre o Império. Para um maior aprofundamento sobre as invasões bárbaras, consultar: LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: Edusc, 2005, pp. 19-42.

comando de Justiniano, ainda no século VI d.C. Entretanto, mesmo ante a derrocada do Império ocidental, o direito romano continuou, ainda que vulgarizadamente, sendo aplicado às populações de origem romana, enquanto os invasores permaneceram a viver segundo o seu direito de origem germânica.

No espírito de conservação do direito romano surgiram algumas coleções extremamente interessantes, tais como a lei romana dos burgúndios e a coleção de Alarico, a mais famosa de todas, que acabou se denominando *Lex Romana Visigothorum*, dada a origem visigôda de Alarico. A lei romana dos visigodos foi de enorme importância naquele contexto, especialmente pelo fato de ter sido inspirada pelo código de Teodósio, o que a mantinha em relação direta com a tradição romana, que a duras penas sobrevivia.²¹⁶

Entre os sécs. V e XI a prestação jurisdicional, antes concentrada no mundo romano do tardo império, acabou adentrando numa fase lacunosa causada pelas invasões bárbaras (e suas origens), quando então (notadamente entre os sécs. V ao VII) Roma perdeu a centralização do poder. Os primeiros esboços da idade média trouxeram novas manifestações jurídicas, num quadro de reinos independentes, locais em que a jurisdição clássica romana foi sendo pouco a pouco praticamente esquecida.

De acordo com o magistério de Lopes, com a instituição dos reinos bárbaros houve uma progressiva pessoalidade das leis, aplicada a partir de então de acordo com a etnia. Aos romanos aplicava-se o direito romano. Aos francos, o direito franco, seus costumes e tradição.²¹⁷ Assim constituíram-se reinos independentes, os quais foram exercidos das mais variadas formas, já que haviam escapado ao controle do Príncipe. Destacam-se os centros feudais, local habitado por um Senhor que controlava a tudo e a todos, e a sedimentação da influência da Igreja.²¹⁸ Esses acontecimentos retiraram do direito a unitariedade, já que o mesmo passaria a uma condição de refém dos centros de poder. Um verdadeiro pluralismo composto de uma infinidade de ordenamentos, subtraindo tanto a ordem como um Judiciário comum.²¹⁹

²¹⁶ Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 55.

²¹⁷ Ibidem, p. 51.

²¹⁸ A Igreja exerceu um papel extremamente influente no Direito do referido período, o qual passou a se constituir progressivamente a partir do fim da Antiguidade, à medida que se deu o desenvolvimento das instituições eclesiásticas e a concessão de franquias e imunidades à Igreja. Tais “regalias” lhe permitiam escapar da autoridade civil a ponto de exercer ela própria sua Jurisdição sobre os membros do clero e dos próprios fiéis. Cf. VERGER, Jacques. **Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru, São Paulo: Ed. EDUSC, 2001, p. 93.

²¹⁹ Esse fenômeno é mais fortemente verificável na alta idade média. Neste período é que a unicidade do direito romano foi substituída pela diversidade dos direitos nacionais das realezas germânicas. Sobre o tema, consultar: VERGER, Jacques. **Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII**. Op. cit., p. 92.

A própria Igreja –, que por séculos utilizou-se das fontes do direito romano –, provocou a tentativa de instituição de uma unidade jurídica dada mesmo a realidade do pluralismo de ordenamentos da época. Essa influência também se refletiria nos institutos processuais, porquanto a partir de então, como já destacado pela presente tese, sedimentar-se-iam os princípios da clemência e de benignidade. E não se olvide que a época medieval guarda relação a um tempo histórico em que ainda não nasceu o sujeito de identidade autônoma.

Isso permitia que algumas regalias fossem sustentadas por uns (principalmente clérigos, senhores feudais e reis bárbaros) em oposição a outros, marca característica do período feudal e do direito feudal. Seu crescimento levou praticamente à supressão do direito romano²²⁰, que somente renasceu a partir do século XI²²¹, iniciando na Itália e desenvolvendo-se gradativamente na França, Alemanha, Espanha e de forma menos intensa na Inglaterra.²²² Nesse período à Universidade de Bolonha²²³ foram postos à disposição o *Digesto* e as *Institutas*²²⁴, ou seja, o conjunto do *corpus iuris civilis* de Justiniano, o qual posteriormente foi estudado arduamente em toda a Europa, quando as jurisdições de diferentes países passaram a exigir dos juízes o conhecimento do direito romano.²²⁵

Um direito que praticamente ignorou o período anterior a Justiniano, detendo-se na renovação dos pilares que sustentavam o direito romano do tardo-império, o que também se deve ao direito estudado nas universidades da Idade Média. Verger, em relação ao tema, relata que o despertar da atividade jurídica foi flagrante no referido período, sobretudo na França e

²²⁰ Para Merryman o *corpus iuris* não se limitava ao direito civil romano. Incluía muitas coisas referentes ao poder do Imperador, a organização do Império, etc. Caiu em desuso com a derrocada do império romano. Os invasores aplicaram versões do direito civil romano mais rudimentares, menos refinadas, trazendo seus próprios costumes legais germânicos, que se aplicavam a eles mesmos mas não aos povos conquistados. A fusão de certas leis germânicas com as instituições legais romanas é que, ao largo dos séculos, se denominou “direito romano vulgarizado”. In: MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Op. cit., pp. 27-28.

²²¹ Sustenta Verger que quando Justiniano determinou a elaboração de sua compilação, as relações entre o Império do Oriente e o Império de um Ocidente bárbaro estavam bastante distendidas. Isso justifica porque o *corpus iuris* foi recebido no Ocidente somente no século XI. Até então os reinos bárbaros contentaram-se com fontes jurídicas pobres e disparatas. In: VERGER, Jacques. **Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII**. Op. cit., pp. 90-91.

²²² Cf. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 130.

²²³ Sobre o ensino em Bolonha, aduz Wieacker que a partir dele a formação da ciência jurídica europeia encontra-se ligada a um movimento cultural atingiu seu ponto de maior importância ao avançar em busca das camadas mais profundas da cultura antiga. A ideologia do movimento em Bolonha teria sido suscitada pela exploração crítica ou pela descoberta de textos fundamentais, como o *organon* aristotélico e os escritos de Platão. Também a fundação dos estudos jurídicos científicos se relaciona com o reingresso da literatura jurídica clássica, conservada na consciência jurídica da idade média. In: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Op. cit., pp. 38-39.

²²⁴ Trata-se de um verdadeiro manual de direito romano elaborado para o uso dos estudantes de Direito de Constantinopla. Serviram-lhe como modelo de Comentários de Gayo e são divididas em quatro livros, que indicam os vários assuntos abordados. In: JUSTINIANO I. **Institutas do imperador Justiniano**. Op. cit., p. 06.

²²⁵ Cf. VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Op. cit., p. 84.

Itália, quando estudiosos recorreram aos textos de direito romano em um autêntico trabalho de pesquisa, de crítica e de organização das fontes do direito. O foco de estudo, todavia, centrou-se nos manuscritos da codificação justiniana.²²⁶

Tudo iniciou em Bolonha, ao final do século XI. O renascimento do direito romano levou ao estudo aprofundado do *corpus iuris* de Justiniano, em particular do *Digesto*, época em que os glosadores submetem a compilação a um tratamento teórico que estruturou a teoria jurídica do continente europeu (a chamada ciência europeia do direito), baseada fundamentalmente no período do direito romano pós-clássico justiniano, do período tardio do direito romano.²²⁷

Para Verger, deve-se inicialmente a Irnerius a renovação do *corpus iuris* em cinco volumes. A ele atribui-se, da mesma forma, o início da glosa jurídica, que se consistia no procedimento de inserir entre as linhas (glosa interlinear) ou na margem do próprio texto (glosa marginal) do *corpus iuris* certo número de explicações de palavras ou expressões difíceis. As glosas haveriam se acumulado por estratos sucessivos até chegar a um conjunto extremamente grande e profundo de esclarecimentos detalhados sobre o *Digesto* de Justiniano.

Por intermédio dos principais alunos de Irnerius é que o trabalho dos glosadores tomou uma amplitude considerável.²²⁸ Tratava-se, como leciona o mesmo Verger, “de tirar do acervo de Justiniano, sem recorrer à história e segundo somente as fontes do *trivium*, ou seja, a gramática e a dialética, os elementos de uma doutrina perfeitamente coerente, ou ao menos todos os elementos de análise jurídica e os princípios do direito que ele continha”.²²⁹

Diante de uma necessidade da época, os glosadores substituíram as fraquezas e incoerências dos direitos bárbaros a partir de uma racionalidade em que ao direito incumbia a missão de regular a sociedade. Segundo Ferraz Júnior, o trabalho dos glosadores foi o desenvolver uma técnica especial de abordagem de textos pré-fabricados, aceitos por sua autoridade, caracterizados pela glosa gramatical, pela exegese e pela explicação de sentido. Uma dogmática jurídica determinada pela própria autoridade da glosa. A conexão entre autoridade e razão, na crença de que o texto de Justiniano seria a encarnação da *ratio scripta*.²³⁰ Esse trabalho foi sendo paulatinamente inserido nos métodos de ensino aos alunos da Universidade de Bolonha. A preocupação dos juristas da época, com base nas glosas,

²²⁶ Cf. VERGER, Jacques. **As universidades na Idade Média**. Tradução de Fúlvia M. L. Moretto. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1990, pp. 25-26.

²²⁷ Cf. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Op. cit., p. 25.

²²⁸ VERGER, Jacques. **Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII**. Op. cit., pp. 95-96.

²²⁹ *Ibidem*, p. 97.

²³⁰ Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. Op. cit., pp. 21-22.

estava em realizar uma exegese minuciosa do direito romano.

O interesse em investigar o fenômeno da renovação do direito romano na roupagem justinianeia em Bolonha guarda relação a influência exercida por esse movimento renovatório no redimensionamento das formas processuais com o esquecimento do processo do período clássico do direito romano.

Isso porque a atividade que os glosadores realizaram acabou apropriando-se, na época, da estrutura do velho *ordo iudiciorum* e da *litis contestatio*, universalizando, doravante, a ação condenatória, dado fulcral para compreender os primórdios de uma jurisdição eminentemente declaratória.²³¹ Merryman, quando se refere a Bolonha, além de corroborar o fato e que o direito ali trabalhado era um dos temas de maior relevância, não deixa de alertar ao leitor que o direito que se estudava era o romano vulgarizado, o *corpus iuris* de Justiniano²³², depois denominado a *ius commune* europeu.

Um sistema (também) processual que acabou recebendo diretamente o legado estrutural e sistemático do *ordo*. Somente no direito mercantil, e por força do intenso delineamento da *lex mercatoria* (século XI), percebe-se uma forma de sumarização que serviu como rompante ao *ius commune* (e sua filiação ao *ordo*). Ali os procedimentos eram mais céleres, mais informais. Resumiam-se, quanto a sua aplicação, ao direito mercantil e suas práticas comerciais.

Tais fenômenos explicam, em certa medida, como acabaram por surgir as tradições jurídicas do *common law* e da *civil law*. Este, no continente europeu; aquele, na Inglaterra. Sua (sistema da *civil law*) base de constituição está no direito romano justinianeu da época tardia do direito romano. Segundo Merryman, uma das razões que diferenciam tão sensivelmente os dois sistemas reside no fato de que a tradição do direito civil teria legado uma atuação jurisdicional aos moldes da realizada pelo *iudex* romano do período formulário, o qual, por não ser *expert* em direito, recorria ao jurisconsulto em busca de assessoria legal.²³³

A tradição da *civil law*, da qual faz parte a processualística brasileira por influência europeia (principalmente portuguesa e italiana), acabou assim por herdar um modelo jurisdicional que ao se fundar na figura do *iudex* romano e do direito justinianeu vulgarizado não recebeu a prática da concessão de interditos presentes na jurisdição pretoriana romana (que, por sua vez, sustenta a tradição dos países filiados à *common law*), auxiliando na

²³¹ São vários os autores estrangeiros que atestam essa ocorrência. Os principais deles são os próprios romanistas mencionados na presente tese. Na doutrina nacional, consultar: Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. Op. cit., p. 74.

²³² Cf. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Op. cit., pp. 28-29.

²³³ *Ibidem*, pp. 74-75.

formação de um modelo de juiz que através da ordinarização do rito processual limita-se a declarar direitos.²³⁴ Ao contrário, foi agraciada com a herança de uma tradição que se estruturava processualmente a partir da atividade de jurisconsultos na emissão de pareceres.

Os *iuris prudentes*, ainda que, como se viu, sobrelevassem o caso concreto, recebiam os processos sem vida, porquanto a produção probatória já se tinha realizado quando da consulta pelas partes, o que fomentou o afastamento do caso concreto e a aposta no procedimento como meio revelador da verdade. É interessante verificar, com isso, que a atividade jurisdicional nos países da tradição *civil law* acabou por se limitar a uma atividade mecanicizada, de serventia à matéria já legislada, que ao modelo positivista crê que o sentido está nos textos (na lei, nas súmulas, nos enunciados, etc.)²³⁵, exercendo o intérprete uma função reveladora do espírito contido na lei, afastando a hermenêutica do caso concreto ao auxiliar na realização do sonho racional-iluminista: alcançar a certeza do direito.²³⁶

Consequentemente, o sistema do direito escrito passou a se caracterizar pela reunião codificatória das leis e, por outras, mas também pelas mesmas razões, numa estrutura processual civil fase-a-fase, o que acabou intensificado com o movimento racionalista-normativista presente no século XVII.

Em sentido contrário, a tradição inglesa e posteriormente a americana foram diretamente influenciadas pelo direito romano clássico, não tendo recebido tão intensamente as influências do direito justiniano.²³⁷ Na Inglaterra elaborou-se um sistema jurídico que deu ênfase às decisões das jurisdições reais, o que se deu a partir do século XIII para designar o direito comum, por ocasião dos costumes locais, próprios de cada região.²³⁸ O sistema da *common law* guarda uma íntima relação ao direito jurisprudencial elaborado pelos juízes reais da época²³⁹, sem estar relacionado diretamente à influência da lei, marca do direito praticado

²³⁴ De acordo com Merryman, o juiz da *civil law* contemporânea desempenha as funções herdadas por uma tradição que data da época do *iudex* romano. Essa tradição não concebe o juiz como ator de um papel criativo, o que foi reforçado pela ideologia anti-judicial da revolução europeia e pelas consequências lógicas da doutrina racionalista. O juiz do direito civil desempenha assim um papel substancialmente mais modesto que o juiz da tradição do direito comum. *Ibidem*, p. 78.

²³⁵ O que contribui para a dificuldade em administrar a complexidade social através de uma racionalidade ainda arraigada ao modelo kelseniano normativista-individualista em fazer (dizer) o Direito. Sobre a doutrina kelseniana, consultar: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

²³⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 36.

²³⁷ Gilissen leciona que o renascimento do direito romano não ocorreu de maneira uniforme na Europa. Isso significa que o grau de romanização varia de país a país. Ela foi maior na Itália, Alemanha e países belgo-holandeses. Já a Inglaterra escapou-lhe, graças ao desenvolvimento de seu *common law*. In: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Op. cit., p. 203.

²³⁸ *Idem*, *ibidem*, p. 207.

²³⁹ Relata Gilissen que os reis da Inglaterra conseguem desde o século XII impor sua autoridade sobre o conjunto do território do seu reino. Conseguem desenvolver a competência de suas jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais que perdem progressivamente a maior parte de suas atribuições. Qualquer pessoa que quisesse pedir justiça ao rei podia endereçar-lhe um pedido. O Chanceler, um dos principais colaboradores

nos países da *civil law*.

Por isso é que o recurso ao direito romano tornou-se dificultoso. Lembra Gilissen, sobre o tema, que a constituição do sistema da *common law* interliga-se à atividade dos juízes dos Tribunais reais de Westminster, para os quais os precedentes judiciais (*cases law*) foram sempre a grande utilidade²⁴⁰ para a defesa dos interesses que lhe eram confiados. Com efeito:

[...] desde 1290, as principais decisões judiciais dos Tribunais de Westminster eram registradas e conservadas nos *Year Books*, escritos em *Law French*, provavelmente por advogados. A partir do século XVI, as compilações impressas de jurisprudência, os *Law Reports*, constituem a documentação mais importante dos juízes e advogados.²⁴¹

O que de mais interessante há nesse sistema, ao menos para a tese presente, é que diferentemente à tradição dos países que receberam o direito escrito (*civil law*), o direito do juiz (*judge made law*), na *common law*, resgatou a função mais interessante dos pretores da época romana clássica²⁴², consistente na emissão de interditos. Essa tradição guarda relação a um juiz atuante (expressão que não deve ser confundida com ativismos ou decisionismos), enquanto que no direito escrito “la imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica”²⁴³, um trabalho consistente em simplesmente encontrar a disposição legislativa correta, aplicando o silogismo entre a “premissa maior” (lei) e a “menor” (fato), onde “la premisa mayor se encuentra en el estatuto, los hechos del caso proveen la premisa menor y la conclusión se sigue inevitablemente”.²⁴⁴

Isso também explica porque o serviço judicial nos países de tradição civil tem ligação a uma carreira burocrática, onde o juiz é um funcionário, um empregado público, detentor de uma função judicial mecanicizada, fato que posteriormente se intensificaria com a doutrina da separação dos poderes no Estado Liberal. Esta, como se verá, negou aos tribunais qualquer função interpretativa, prevendo que a atuação jurisdicional devesse socorrer à legislatura

do rei, examinava o pedido e, se o considerasse fundamentado, enviava uma ordem, chamada *writ* a um xerife para que este ordenasse ao réu que desse satisfação ao queixoso. Os *writs*, que inicialmente eram adaptados a cada caso, rapidamente tornaram-se fórmulas estereotipadas que o Chanceler passa após pagamento, sem exame aprofundado prévio. Encontra aí sobretudo o meio de atribuir o maior número de litígios para as jurisdições reais. *Ibidem*, pp. 209-210.

²⁴⁰ Ainda que o juiz que proferiu a primeira decisão numa dada matéria teve de encontrar noutro lugar os elementos de sua solução, sobretudo no domínio das regras de fundo, chamadas *substantive law*. *Ibidem*, p. 212.

²⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 211.

²⁴² Sobre a relação entre a tradição *common law* e o período clássico do direito romano, consultar: RADBRUCH, Gustav. **O espírito do direito inglês**. Milão: Ed. Giuffrè, 1962, pp. 04-08.

²⁴³ Cf. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Op. cit., p. 77. Tradução livre do autor: a imagem nata do juiz é a de um operador de uma máquina desenhada e construída pelos legisladores. Sua função é meramente mecânica.

²⁴⁴ *Idem*, *ibidem*. Tradução livre do autor: a premissa maior se encontra no ordenamento legal, os fatos do caso provém da premissa menor e a conclusão se segue inevitavelmente.

para a solução de problemas de interpretação da lei. A própria justiça não estaria na aplicação do direito²⁴⁵, mas na atividade legislativa. A justiça seria um problema do direito positivado especificado em seus diferentes ramos, não um problema da atividade jurisdicional.²⁴⁶ Assim estar-se-ia a salvo da ameaça de uma tirania judicial.²⁴⁷

Os modelos da *common law* e da *civil law*, diante disso, diferenciam-se ante ao fato de que o primeiro guarda relação a um direito criado e modelado pelos juízes, enquanto que na tradição do direito civil os mesmos são funcionários públicos a quem cabe simplesmente (e de forma neutra) declarar o direito antevisto pelo legislador, fator que foi alimentado pela ânsia iluminista da busca da certeza (e segurança), que em processo receberia, como única condição de possibilidade, a sistematização do procedimento ordinário através da investigação exauriente da prova pelo juiz e seus auxiliares.

Como se pôde constatar, a influência do direito de Justiniano foi intensa nos países que receberam a tradição do direito escrito. Isso porque no Império Bizantino o direito romano continuou a ser estudado e aplicado durante toda a Idade Média, principalmente nas escolas italianas, que acabaram exaltando o ensino do direito romano da época justiniana. Em processo, do período pós-clássico e do *ordo*. A partir do século XII tal convicção adquiriu atualidade político-ideológica com a adoção do conceito justinianeu de soberania. Roma passou a assumir uma imagem mais variada entre um ideário de Império e República, principalmente a partir do trabalho dos glosadores²⁴⁸ e de sua glosa.²⁴⁹

E se o estilo de interpretação dos glosadores tinha como método fulcral a *ratio scripta*, fica fácil perceber como um texto isolado de um jurista constituía um já em-si-mesmo (isso servirá para construir a própria tese positivismo jurídico, principalmente no século XVIII), sem referência à sua conexão com o conjunto (sistema) de todos os textos (jurídicos). Sobre o tema, ensina Wieacker que

[...] não obstante, os glosadores deram forma, com este modelo de ensino, ao método que fundamentalmente ainda hoje se mantém como técnica dos juristas. O resultado destes processos, moldados por incontáveis gerações de juristas e gravado na sua memória, foi um domínio do texto romano de que o jurista moderno já dificilmente pode fazer uma pequena ideia, mas também um treino na exploração lógica dos problemas jurídicos que ainda hoje permanece quase inalterado no estilo

²⁴⁵ Karan ressalta que é justamente nas raízes do direito romano (ou da filosofia grega) que está situado o realce dado à realização da justiça na função jurisdicional. Em Aristóteles (no seu **Ética a Nicômaco**) encontramos na figura do juiz a personificação da justiça, cuja tarefa é a de realizar o justo. O juiz ideal é a justiça animada, a justiça vivente. In: KARAN, Munir. **A função judicial**. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 42, ano 11. Editora Forense, 1986, p. 169.

²⁴⁶ Sobre o tema, consultar: BIDART, Adolfo Gelsi. **La humanización del proceso**. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 9, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 106.

²⁴⁷ Cf. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Op. cit., p. 79.

²⁴⁸ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Op. cit., pp. 43-44.

²⁴⁹ Idem, ibidem, p. 50.

específico da discussão das hipóteses jurídicas, na argumentação e na interpretação. Os seus defeitos residem sobretudo na repressão da razão prática e da justiça pelo culto da autoridade e do formalismo lógico.²⁵⁰

Dessa passagem é possível perceber que o mesmo fenômeno que tenderia a aparecer somente no movimento positivista jurídico do século XVIII encontra raízes na atividade dos glosadores do *corpus iuris* desde o século XII, os quais teriam (mal) influenciado a aplicação prática do direito a partir de então, principalmente no que tange ao respeito da singularidade do caso concreto. Isso tudo através da hipostasiação da autoridade da razão escrita, pela qual pretendiam os glosadores ingressar na exegese com operações de síntese que deveriam provar a compatibilidade de textos aparentemente contraditórios ou subsumir uma multiplicidade de textos a uma mesma regra.²⁵¹ O foco de tal atividade é muito semelhante à positivista jurídica, estando centrada basicamente na hipostasiação dos textos. Como se esses fossem capazes de apresentar todas as hipóteses aplicativas em direito.

Mesmo assim o retorno ao período clássico do direito romano e a tendência a uma revalorização do caso concreto em direito (e no processo civil) ocorreu por força dos humanistas diante da vontade na renovação do homem em pleno Renascimento italiano. Essa corrente, que se iniciou no século XIV, voltou-se contra as formas de ensino e à compreensão do direito e da jurisprudência de seu tempo. Isso porque a preocupação humanista relacionou-a com a própria existência humana, pelo que reconheciam no espaço da vida pública um lugar privilegiado de manifestação dos valores mais elevados da condição humana, recuperando, como leciona Barros, a figura clássica do cidadão ativo voltado para os problemas de sua cidade.²⁵²

Em Wieacker é possível verificar que os humanistas preferiam as fontes puras em vez da tradição, o conhecimento das ideias em vez da comprovação das autoridades por meios lógicos, o sistema em vez da exegese, o que contribuiu para uma viragem da ciência jurídica no sentido do historicismo, do idealismo racionalista, da sistematicidade interna e da construção de conceitos gerais.²⁵³ Já segundo Ovídio Baptista, o humanismo, que mais tarde se tornaria individualismo, tem origem no cristianismo. Seria o humanismo a grande mensagem transmitida pela moral cristã, reorientada a partir de Guilherme de Ockham, no sentido de um nominalismo absoluto.²⁵⁴

²⁵⁰ Ibidem, p. 65.

²⁵¹ Ibidem, p. 53.

²⁵² Cf. BARROS, Alberto Ribeiro G. de. **O Pensamento Político no Final da Idade Média e no Renascimento**. In: Curso de filosofia política: do nascimento da filosofia a Kant. Coordenação de Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, p. 232.

²⁵³ Cf. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Op. cit., pp. 90-92.

²⁵⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 60.

Posteriormente, no âmbito do direito processual civil, como se verá no próximo capítulo da presente tese, isso contribuirá para que o sistema processual eleja o indivíduo como o seu ator de maior destaque²⁵⁵, já que a partir de então o homem ocupa o lugar central da consideração do direito, redimensionando a processualística a um viés humanizador das relações sociais.²⁵⁶ A humanização, no direito processual civil, tenderia a regulamentar o processo conforme o modo-de-ser dos homens que o realizam, de modo a obter, enquanto *meio*, o respeito dos direitos fundamentais.²⁵⁷

O ideário humanizador no direito processual civil acabou por legar um modelo de processo absolutamente vinculado à solução de conflitos individuais, fenômeno que seria reforçado com o movimento estatal liberal, já nos séculos XVII e XVIII, quando sobreveio um pensamento que leria o direito desde a própria natureza do homem.

Em virtude disso, cumpre investigar o impacto que tanto o direito quanto o processo civil sofreram através do surgimento das novas doutrinas filosóficas, de raízes medievais, notadamente a partir do século XVII e do próprio surgimento do conceito moderno de Estado. Foi o momento em que a obsessão pela certeza²⁵⁸ no direito processual civil consubstanciou-se diante da desconfiança com que a Revolução europeia (que seguiu caminhos opostos aos adotados pela Inglaterra) encarou a magistratura, o que inclusive conduziu à era das grandes codificações do direito europeu.²⁵⁹

Até agora já se pôde verificar porque o direito processual civil moderno manteve-se atrelado a uma jurisdição de atividade preponderantemente declaratória de direitos (de cunho eminentemente individual), bem como porque os países anglo-saxões receberam o contributo de uma jurisdição-processual assemelhante. Falta explicar, ainda nesta primeira parte da presente tese, como se deu a consagração do procedimento ordinário, entendido como único possível ao alcance da verdade em processo; da mesma forma, sua relação com a teoria da separação dos poderes, local em que a filosofia racionalista exerceu um papel extremamente relevante.

Esse é justamente o desiderato do segundo capítulo da primeira parte deste trabalho,

²⁵⁵ Cf. MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo. De Hobbes a Locke**. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1979, pp. 10-15.

²⁵⁶ Cf. BIDART, Adolfo Gelsi. **La humanización del proceso**. Op. cit., p. 109.

²⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 111.

²⁵⁸ Que ainda é objetivo da processualística moderna, o que se conclui, dentre outras passagens e obras, do seguinte trecho de Willis S. Guerra Filho: “no caso em que a parte necessite da tutela jurisdicional e faltando a certeza a respeito da existência do direito, objeto da mesma tutela jurisdicional, poderá obtê-la através do processo de conhecimento, que tende à emissão pelo juiz, de uma sentença de mérito”. In: **Fundamentos do procedimento ordinário**. Campinas: Ed. LZN, 2004, p. 15.

²⁵⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 103.

no qual interessará investigar a obsessão do processualismo moderno na busca de certezas e verdades em processo civil, momento em que a relação entre a organização política e o constitucionalismo do Estado moderno (em sua relação à prática jurisdicional) assumirão um lugar relevante na tentativa de se compreender qual a jurisdição de que se dispõe atualmente e qual a possibilidade em se ultrapassar um paradigma que expurgou os fatos em processo civil. A busca (necessária) na construção de um processo pós-burocrático e anti-positivista servirá como base estruturante da investigação que se fará.

**2 Estado moderno e processo civil: os desafios da atuação jurisdicional
entre a sedução racionalista e a necessidade pela coerência e integridade
das decisões judiciais**

A sobreposição da razão, pelo homem, como meio de acesso às verdades absolutas (ideário do iluminismo), influenciou diretamente tanto o direito quanto o processo, confinando os juristas a um mundo jurídico totalmente desvinculado do mundo da vida, do mundo social. Castanheira Neves chega a afirmar que a razão moderna levou o jurídico não mais a um mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos, individualizados em sua problematicidade, mas a um sistema racionalmente normativo, um “platonismo de regras” relacionado a uma sistematicidade normativo-prescrita a-concreta, antecipada e logicamente construída. Logo, as soluções para os problemas em direito haveriam de estar previamente previstas e deveriam corresponder à prática do dedutivismo-lógico (subsunção) mediante uma redução sistemático-conceitual.²⁶⁰

Esse é o terreno fértil para o desenvolvimento do positivismo jurídico, que a partir do positivismo sociológico comteano – que na tentativa de superação da metafísica deu preferência às ciências experimentais – desenvolveu-se cientificamente, vinculado à necessidade de segurança da sociedade burguesa. Se o *Ancièn Regime* enfraqueceu a justiça através de um imensurável uso do poder da força, fez-se necessária a criação de uma sistematização jurídica que imporia aos juristas a valorização da lei. Ferraz Júnior, sobre isso, ensina que a partir de então a tarefa do jurista passou a recair na “teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos”.²⁶¹

Assim é que o predomínio do vetor segurança sobre o vetor justiça condicionou a formação do espírito científico moderno, submetendo o pensamento jurídico a métodos e a princípios das ciências lógico-experimentais, ensejando, num movimento constante e gradativo, o início da era das codificações²⁶², local da satisfação das leis do Estado. Nesse mesmo movimento, a sede do iluminismo-racionalista pelo método (próprio das ciências lógicas) acabou por pretender descobrir um direito em fases (cindindo-se os processos de interpretação-compreensão-aplicação), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuindo ao predomínio do valor segurança (certeza), que por sua vez é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de direito.²⁶³ O processo e a

²⁶⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 2002, p. 25-26.

²⁶¹ Cf. FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. Op. cit., p. 32.

²⁶² Ovídio Baptista lembra, contudo, que se mostra interessante observar como o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 105.

²⁶³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 110.

própria atuação jurisdicional passaram a ser guiados por essa ideologia.

Ao crerem que a lei, obra de exclusividade do legislador, fosse análoga às proposições matemáticas, os juízes atingiram assim a tranquilidade de consciência, o que lhes permitiu (e ainda permite!) a ilusão de se manter irresponsáveis.²⁶⁴ Quanto ao processo, o método exigiu pensá-lo enquanto equação algébrica que somente admitiria uma verdade, que naquele caso seria absoluta, eterna. Seu comprometimento com a ideologia do método subsuntivo-dedutivo, próprio do positivismo jurídico do século XIX, acabou sedimentando a criação de códigos de procedimento que se sofisticaram a estimular o jurista a percorrer um caminho que tem como ponto de partida a verificação das proposições jurídicas para então alcançar os fatos concretos, como se o processo fosse constituído por um sistema jurídico perfeito e acabado, onde o teórico do direito procura ordenar os fenômenos a partir da utilização de conceitos que o “mundo jurídico” lhe oferece.

Daí que se a constituição do processo de conhecimento, da forma como estruturada nos dias de hoje, deita suas raízes no fenômeno da ordinarização procedimental, fruto do legado justinianeu na elaboração de uma atividade judiciária limitada à declaração de direitos e à supressão dos interditos, também o tem na construção do conceito moderno de Estado (e do próprio surgimento do constitucionalismo moderno) calcado nas filosofias do século XVII e no movimento positivista do século XIX. Estes, ao plenipotencializarem o ideal segurança, acabaram por apostar suas fichas numa jurisdição neutra, sem poder de *imperium*, onde o sentido da lei deve ser unívoco, cabendo ao juiz, dispensada a interpretação²⁶⁵, declará-lo na sentença. É justamente esse fenômeno que se passa a investigar com maior aprofundamento.

2.1. A influência da filosofia do racionalismo no direito e suas consequências à jurisdição e ao processo: o direito seduzido pelo método subsuntivo (e pela matematização) e a ficcionalização do texto legal (conceitualismo) na previsão de todas as hipóteses aplicativas

A leitura do direito processual civil a partir da influência do pensamento racionalista presente no século XVII consiste num legado extremamente rico deixado pelo jurista Ovídio Baptista. Teve ele, como poucos, a perspicácia de observar a necessidade de investigar o processo para além do dogmatismo, advertindo que o processo de conhecimento foi constituído sobre a exigência de que a verdade proclamada depois de um amplo debate judicial

²⁶⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 16.

²⁶⁵ Lembra Ovídio Baptista que ao juiz não seria dado hermeneuticamente compreender a norma jurídica, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema algébrico da descoberta de sua vontade. Dessa forma, reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano de impedir a compreensão hermenêutica de suas leis. *Ibidem*, p. 24.

advém de um juízo de certeza²⁶⁶, o que levou ao fortalecimento de um “instrumento” capaz de abrigar essa filosofia, que possui na ideologia da separação dos poderes sua base de sustentação.²⁶⁷

A verificação do nascimento de uma ciência processual civil comprometida com a filosofia racionalista do século XVII, transformando o direito numa ciência em busca da verdade, sem qualquer comprometimento com a justiça do caso concreto, contribuiu decisivamente para que Ovídio Baptista demonstrasse a cristalização histórica do modelo do *ordo iudiciorum privatorum* romano com seus correspondentes lógicos da *actio* e da ação condenatória, alertando (criticamente) que somente o procedimento ordinário seria capaz de assegurar uma situação de neutralidade ao magistrado.²⁶⁸

A aproximação com os filósofos racionalistas do século XVII exerceu um papel fundamental para que o processualista chegasse a essa conclusão. Gize-se que se trata de um século em que a filosofia necessitou de que o saber tivesse alcançado a ideia de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida, e que tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido. A escolha por métodos, como o da demonstração e o da dedução rigorosa, relacionam-se a esse desiderato. São eles os responsáveis pelo perpasso a toda a cadeia do cognoscível, onde nenhum elo poderia ser separado na recondução à causa primeira do ser e da certeza.²⁶⁹

Para Ovídio Baptista, o alemão Gottfried Wilhelm Leibniz e o inglês John Locke, filósofos do racionalismo, foram os grandes responsáveis por esta tentativa de geometrização do direito, onde o exame do caso concreto deveria ser abandonado em razão da complexidade com que se revestia. Tem toda a razão o inigualável processualista. Isso porque Locke, principalmente em seu **Ensaio sobre o entendimento humano** (1690), dedicou-se a pesquisar as fontes do pensamento, uma vez que não aceitava a tese de que o ser humano já viria ao mundo com o conhecimento dentro de si, cabendo à filosofia apenas revelá-lo. Segundo o filósofo, a compreensão adviria unicamente da experiência, da demonstração (eis o surgimento do empirismo inglês), o que justifica porque Locke defendeu os direitos naturais, apreendidos pela razão, o que a sociedade civil deveria proteger.

²⁶⁶ Revela-se interessante, sobre o tema, a conclusão de Malatesta, que concentra justamente a antítese do pensamento de Ovídio Baptista: “se a certeza tem uma natureza subjetiva, o sujeito natural não é e não pode ser senão a *alma do julgador* (grifou-se). Em virtude de uma simples dedução, poder-se-á ser obtida sem necessidade de qualquer outra indagação, sob o ponto de vista racional”. Cf. MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Ed. Bookseller, 2001, p. 47.

²⁶⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 117.

²⁶⁸ Ibidem, p. 132.

²⁶⁹ Cf. CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Op. cit., p. 24.

A obtenção do equilíbrio do homem com o direito natural derivaria da propriedade, que seria a forma do elemento constitutivo do sujeito humano. A mesma, em Locke, passa então a ser compreendida não somente enquanto objeto acumulado pelo trabalho, mas também enquanto vida e liberdade, tendo sua condição jurídica relacionada ao acúmulo de riquezas, uma situação que no estado de natureza está em igualdade originária. Este quadro assume uma posição diferente definida pela instituição da moeda, quando a propriedade passa a ser trocada pelo dinheiro, superando os limites naturais da apropriação privada, transmutando um estado de paz natural num estado precário e gerando a necessidade de um poder político que construa leis para regulamentar e limitar a própria propriedade.²⁷⁰

Qual efetivamente o compromisso de Locke com as ciências matemáticas? E o reflexo disso para o direito e para o processo? A investigação perpassa, obrigatoriamente, pela obra **Processo e Ideologia**, de Ovídio Baptista, e pela observação do autor de que em Locke o conhecimento pode ser intuitivo ou demonstrativo, tendo em qualquer caso origem nas sensações. No primeiro caso, a única certeza adviria da intuição imediata oriunda das percepções sensoriais. Segundo o filósofo inglês as concepções morais seriam demonstráveis tais como a matemática. Por isso é que Locke, seguindo a onda racionalista, preocupa-se com definições, não com o que acontece enquanto manifestação do comportamento.²⁷¹ O reflexo disso no direito (e no processo civil) está na separação do “mundo dos conceitos” do “mundo dos fatos”²⁷², o que certamente o teria influenciado diante da própria cisão entre *praxis* e *doxa*.

Já o conhecimento demonstrativo seria aquele manifestado quando as percepções imediatas não se mostrassem possíveis. Vale então o alerta de Ovídio Baptista no sentido de que na visão lockeana tanto a moral quanto o direito seriam demonstráveis, onde o acesso às próprias coisas mesmas dar-se-ia diante de um conhecimento perfeito num mundo composto de acertos e erros. O problema está em que o empirismo de Locke renunciaria o problema do conhecimento histórico. A hermenêutica em geral.²⁷³

Também Leibniz, para o processualista gaúcho, teria contribuído na elaboração desse projeto de transformar a moral e o direito em uma ciência demonstrativa. Referindo-se a Welzel, relata que Leibniz construía um projeto de uma ciência do direito enquanto ciência puramente racional, o que faria com que a própria jurisprudência, quanto ao que está

²⁷⁰ Cf. MERLO, Maurizio. Poder natural, propriedade e poder político em John Locke. In: **O Poder**: história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 157.

²⁷¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., pp. 80-81.

²⁷² Idem, ibidem.

²⁷³ Idem, ibidem, pp. 82-84.

positivado, apoiasse-se totalmente em fundamentos racionais, extraindo a decisão, na falta de disposição legal, do direito natural com o auxílio da razão.²⁷⁴ Na obra **Os elementos de direito natural** o filósofo traz algumas passagens que acabam por desvelar um dos pontos de partida de que se valeu Ovídio Baptista na busca da compreensão das origens do atual sistema de conceitos em que o processo civil está embebido. Diz o filósofo alemão, notadamente sobre a doutrina do direito, ao defender que a mesma não depende da experiência,

[...] senão de definições, não das demonstrações dos sentidos, mas da razão, e são, por assim dizer, próprias do direito e não do fato. Assim, pois, como a justiça consiste em um certo acordo e proporção, pode entender-se que algo é justo, ainda que não haja quem exerça a justiça, nem sobre a quem recaia, de maneira semelhante a como os cálculos numéricos são verdadeiros, ainda que não haja quem numere nem quem numerar, da mesma maneira como não se pode predizer de uma coisa, de uma máquina ou de um Estado que, se existirem, haverão de ser charmosos, eficazes e felizes, ainda que nunca tenham existido. Por tanto, não é surpreendente que os princípios destas ciências sejam verdades eternas, pois todos eles são condicionais, e nem sequer necessitam que algo exista, mas apenas que aceitem sua suposta existência.²⁷⁵

Disso se constata que em Leibniz as proposições jurídicas haveriam de admitir uma significação precisa, das quais fosse possível extrair consequências igualmente definidas e inquestionáveis, o que torna possível compreender, justamente a partir da tentativa de superação do dogmatismo e da constante busca pela recuperação da dimensão hermenêutica no direito processual, porque Ovídio Baptista dedicou-se a demonstrar as raízes do processo civil enquanto fenômeno diretamente relacionado ao racionalismo e a uma ciência da demonstração, os quais, por sua vez, teriam contribuído decisivamente para o estabelecimento do pensamento conservador²⁷⁶ em processo.

Um pensamento relacionado a uma ciência do processo preocupada com a clareza dos textos jurídicos, partindo do pressuposto que estes deveriam conter o sentido das próprias proposições jurídicas, relegando a linguagem a uma terceira coisa, já que seu fundamento estaria em encontrar significados que justificassem os exemplos mais representativos.²⁷⁷ É justamente esse pensamento que sustenta a ideologia do atual processo de conhecimento, local, como logo se verá, onde residem o magistrado e o binômio neutralidade-protagonismo. Neutralidade advinda da tentativa racionalista de transformar o direito numa ciência lógica, matematizada, cuja produção caberia ao iluminado legislador, o qual teria a missão de produzir um texto de lei tão claro e transparente que fosse capaz de dispensar sua

²⁷⁴ Idem, ibidem, pp. 77-78.

²⁷⁵ Cf. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos de Derecho natural**. Tradução para o espanhol de Tomás Guillén Vera. Madrid: Ed. Tecnos, 1991, pp. 70-71.

²⁷⁶ Um pensamento que possui como marca registrada a “naturalização” da realidade que ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torna-se, a seus olhos, ideológico. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 16.

²⁷⁷ Cf. LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos de Derecho natural**. Op. cit., p. 72.

interpretação.²⁷⁸ Protagonismo advindo da falta de pré-compreensão da Constituição, o que será destacado mais a frente, já que condizente a outro tempo político.

São muitos os resquícios dessa tentativa também no código de procedimento civil. A título de exemplo, é de causar espanto a matematização da chamada súmula impeditiva de recurso, prevista no §1º do artigo 518 do código de procedimento! Através dela pode o juiz não receber o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, como se as respostas às singulares relações jurídicas materiais submetidas em processo fossem de alguma forma demonstravelmente antevistas pelas súmulas e por sua capacidade de enunciar significados.

O que dizer, nesse mesmo sentido, quando o legislador, ao tratar do recurso especial, acrescentou a alínea “C” no artigo 543 do código de processo civil, levando inclusive a doutrina (em sua grande maioria, de forma a-crítica) a cunhar a expressão “recursos repetitivos”. Tal dispositivo pressupõe (de forma absolutamente ficcional) a possibilidade da existência de uma multiplicidade recursal com fundamento “em idêntica questão de direito”, cuja ocorrência autoriza o presidente do Tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça representado os demais que assim ficariam suspensos.

Tais exemplos demonstram como o processo civil de que se dispõe atualmente mantém-se adstrito ao espírito dogmático, longe das ciências da compreensão. Um processo que renuncia a historicidade e a própria hermenêutica (enquanto atividade compreensiva); que representa os ideais de um racionalismo focado na satisfação do binômio certeza e segurança em prol de uma sociedade excludente e concentradora do poder; que continua a buscar, em pleno século XXI, e diante de um paradigma estatal que se expressa enquanto meio transformador da realidade, o desvelar de verdades eternas.

E o fará fomentando a reprodução de súmulas, de sentenças anteriores de improcedência (vide artigo 285-A do código de procedimento), etc., na vã ilusão de que tais entes contêm o sentido de todos os casos, já que pensam deter todas as hipóteses aplicativas em direito. Como já afirmara Castanheira Neves, essa é uma nítida tentativa de fungibilização do fático, pressupondo que algumas lides são idênticas, merecendo, diante disso, tratamento idêntico. É assim que o caso concreto perde completamente sua singularidade, tornando-se uma espécie de exemplar de um gênero que o absorve, dando azo à construção de sentenças objetivas, eliminando qualquer possibilidade de compromisso ético daquele que as prolata,

²⁷⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 24.

fomentando a funcionalidade (Castanheira Neves) do direito a serviço do político.²⁷⁹

O sonho racionalista, como se percebe, é o sonho da exatidão, da demonstração (matemática), da descoberta, o que o direito e o processo não tiveram como escapar. E se tanto o direito quanto o processo haveriam de ser exatos, as respostas da jurisdição não poderiam compartilhar o erro.²⁸⁰ Não poderiam arriscar-se a admitir a emissão de juízos definitivos proferidos sob os pilares da verossimilhança. Esse é um problema paradigmático no processo civil. Qualquer um que proponha romper com a sacralizada ordinariedade deve se dar conta disso. Deve investigar as consequências desse pensamento para o processo e seus institutos.

As respostas em processo civil, diante e a partir disso, deverão ser certas ou erradas; são dependentes de definições, que sempre vem pré-dadas (Savigny). Como se fosse possível permitir ao homem a construção de um mundo harmônico e tranquilo. Essa é a ideologia do agir jurisdicional a partir do século XVII e da construção do Estado da modernidade, onde o direito passa a ser obra exclusiva do legislador. O juiz se transformaria no oráculo da lei (local onde foi aprisionado), o fazendo através da prática do silogismo, o que hoje revela o componente autoritário dessa ideologia, escancarada num direito produzido unicamente pela vontade soberana e reproduzido pela funcionalidade judicial.

No âmbito do direito processual civil, o resultado não poderia ser outro que não a proscrição dos provimentos fundados em juízos de verossimilhança, vez que a matematização do processo levaria a magistratura a uma condição de reprodutora do sentido da lei, de declaração do sentido da lei, o que somente poderia ocorrer após cognição exauriente, dada mesmo a compreensão do Judiciário como um poder subordinado, retirando qualquer compromisso de eticidade dos juízes ao dizer o direito. Assim é possível entender porque o sistema não admite julgamentos de mérito provisórios²⁸¹. Se ao juiz – como corolário da atividade processual romana do período pós-clássico, sob a influência da ordinariedade do

²⁷⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2009, p. 09.

²⁸⁰ Até mesmo porque ao Estado cumpriria a função de indenizar o lesado em caso de erro jurisdicional. Para um maior aprofundamento sobre o tema, especialmente no que se refere à responsabilidade do Estado e à responsabilidade pessoal do juiz, consultar a seguinte obra: ROCCO, Arturo. **La riparazione alle vittime degli errori giudiziari**. Nápoles: Ed. Jovene, Ed. Jovene, 1906.

²⁸¹ Uma das maiores provas disso está no grupo de procedimentos que Chiovenda denominou “declarações com dominante função executiva”, os quais seriam medidas provisórias em que ao juiz é consentido proferir em casos em que o pedido se fundamenta nos meios probatórios aceitáveis, permitindo ao autor, para obter os efeitos do procedimento jurisdicional, atalhar o caminho procedimental ordinário eliminando ou até mesmo limitando o contraditório do demandado. Todavia, como alerta Calamandrei, visto que esse cálculo de probabilidade poderia concretamente resultar errado, os efeitos do procedimento criado através desse caminho abreviado seriam provisórios, nunca definitivos. In: CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Op. cit., p. 30.

ordo iudiciorum, e posteriormente, com a influência do liberalismo, principalmente do princípio da separação dos poderes – cabe declarar a vontade da lei, isso só poderia ocorrer por intermédio de um processo de cognição exauriente.²⁸² Nunca em juízos sumários.

É também assim que o procedimento, sob a influência racionalista, afasta-se de uma sociologia do direito. Em ênfase crítica aos ideais racionalistas, Niklas Luhmann alerta que em processo o sentido que se confere ao procedimento está relacionado a uma visão de verdade, através da qual as decisões desvelariam a justiça. Disso derivaria que o objetivo principal do processo seria relacionado ao ideário da proteção jurídica, justificando seus institutos.²⁸³ A esse objetivo seriam absolutamente incompatíveis os juízos construídos sob o manto da sumariedade, da verossimilhança, já que inconciliáveis ao alcance da verdade, submetida, ao contrário, a ritualizações, a métodos, os quais se estruturam como uma espécie de sequência fixa de ações determinadas.

A própria dificuldade de aceitação, pela processualística moderna, na concepção de uma tutela unicamente preventiva, foi um dos pilares que sustentaram a teoria ovidiana de processo como algo vinculado diretamente à filosofia do racionalismo. Tais julgamentos seriam eminentemente provisórios (a própria ação cautelar necessita do ajuizamento de uma ação principal que lhe dê fundamento); incompatíveis, portanto, com a revelação, pelo juiz, da vontade da lei (Chiovenda).²⁸⁴ Qualquer decisão calcada em juízo de verossimilhança acabaria correspondendo à justiça do juiz, não da lei²⁸⁵, o que o próprio Hobbes viera a advertir.

Ainda no século XVII, antecedendo a Locke, Hobbes, em seu *Leviatã*, teria contribuído decisivamente para a instauração desse paradigma ao afirmar que a missão do juiz não deveria ser outra que não a de reproduzir a lei, assim considerada a construída unicamente pelo legislador. Hobbes foi um dos precursores a sustentar a intermediação entre a moral e as ciências da demonstração, o que afetaria o direito. A obsessão hobbesiana em transformar a moral e o direito numa disciplina científica veio a enfatizar, ao tratar da natureza do Estado, a construção de uma ciência civil²⁸⁶ fundada num nominalismo radical que o levaria a ocupar,

²⁸² Noutras palavras, somente após obter um panorama completo (exauriente) do plano fático é que o juiz estaria habilitado, por tal doutrina, a aplicar o direito. Para um maior aprofundamento sobre o tema consultar: HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho**. Tradução para o espanhol de Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1979, pp. 71-78.

²⁸³ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980, pp. 17-20.

²⁸⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 108.

²⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 111.

²⁸⁶ Cf. SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp, 1999, p. 17.

posteriormente, a posição de pai do positivismo moderno.²⁸⁷

Isso porque, como alerta Cassirer, para Hobbes a verdade seria criação livre do homem, enquanto ser detentor da palavra e da linguagem; uma articulação de nomes (nominalismo) distante da realidade dos fenômenos, dos fatos, onde o conceito se manteria dentro dos limites por ele mesmo traçado.²⁸⁸ A fixação dos filósofos do racionalismo pelos métodos das ciências autênticas, os quais serviriam por si só para ditar a aceitação das verdades que descobrissem, teria influenciado diretamente na relação dos vínculos entre o direito processual civil, o agir jurisdicional e a construção do conceito político de Estado na modernidade.

Afinal de contas, em qual contexto as primeiras linhas do direito moderno foram elaboradas? Qual a posição do Judiciário nessa construção? E os juízes, que função exerceram nessa trajetória? Finalmente, como se comportou o processo civil diante da evolução do conceito (moderno) de Estado? É o que se passa a investigar nas linhas que seguem.

2.2 A organização política moderna e o surgimento do constitucionalismo

A compreensão, tanto do direito processual civil contemporâneo quanto do agir jurisdicional nele realizada, necessita da pré-compreensão da trajetória do Estado moderno²⁸⁹ desde o seu nascimento (com a superação da figura do medievo)²⁹⁰ e, da mesma forma, do

²⁸⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 75.

²⁸⁸ Cf. CASSIRER, Ernest. **O problema do conhecimento**. México: Ed. Fondo de Cultura Econômica, 1993, pp. 181-184.

²⁸⁹ As formas estatais pré-modernas, na classificação de Bolzan de Moraes e Lenio Streck, perpassam: a) pelo modelo Oriental ou Teocrático, consistente numa forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organização econômica formavam um conjunto confuso, sem diferenciação aparente, razão pela qual não se distingue o pensamento político da religião, moral, etc.; b) pela Pólis Grega, através das cidades-estado e da elite, classe política com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos; c) pelas Civitas Romana, assentada em base familiar de organização, tendo magistrados como governantes superiores, até chegar ao d) Medievo, a principal forma estatal pré-moderna, caracterizado pelo modo de produção feudal, pela permanente instabilidade política, econômica e estatal oriunda da concentração do poder pelo senhor feudal, que militarmente protegia o território do feudo, incluindo sua população, o que inclusive demonstra o tipo presente de dominação carismática na forma estatal medieval. In: **Ciência política e teoria do estado**. 6ª edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 24-25.

²⁹⁰ A passagem da sociedade feudal ao modelo burguês, ao mundo da razão experimental, onde o mundo da fé bíblica não é mais evidente, é o pano de fundo para os escritos de François Ost na obra intitulada **Contar a lei** (Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005), em especial no capítulo IV, o qual trata do pacto faustiano (desde o Fausbook de 1587) e sua relação com a figura do contrato, que no referido texto dialoga entre a possibilidade de exprimir tanto o poder de uma liberdade que se compromete (representada na aliança com Deus) quanto a degradação de uma vontade que se aliena (pacto com o Diabo), revelando o contrato, assim, o paradoxo da liberdade. A história de Fausto (no Fausbook) trata da vida de um personagem histórico-real (Dr. João Fausto), nascido em 1480 e falecido em 1540. Na obra de Ost o pacto é o elemento central da história, na medida em que a Europa mergulhava em uma profunda inquietação teológica: tanto a Reforma quanto a Contra-Reforma apresentam o diabo como um personagem real. Com o pacto celebrado entre Fausto e o diabo, aquele imagina que terá acesso aos segredos do universo, transferindo a lealdade de Deus para o diabo, reivindicando

nascimento do conceito político de Estado, inaugurado em meados dos séculos XVII e XVIII, período em que a vida dos homens aparece sem ordem e dominada pelo conflito.²⁹¹ Seria este o local de manifestação dos projetos civilizatórios que alterariam os fundamentos políticos, sociais, etc., da sociedade europeia.

É justamente tal contexto (século XVII), manifestado pela ideia de estado de natureza²⁹², que o contrato social pretenderá superar. Isso a partir da reunião dos homens e do estabelecimento de um pacto de preservação de suas vidas (Hobbes) – até mesmo porque para Hobbes a condição dos homens fora da sociedade civil traduz-se numa situação de guerra de todos contra todos, na qual os homens têm direitos a todas as coisas²⁹³ –, ou de um pacto de consentimento (Locke) para reafirmar o conjunto dos direitos já delineados no estado de natureza.²⁹⁴

À superação do individualismo presente no estado de natureza, o homem foi levado a construir um novo cenário político representado pelo contrato social, fulcrado num poder²⁹⁵ não coincidente com o governo de uma única pessoa, mas de todo um corpo político, estruturado sobre os pilares da igualdade enquanto vida, liberdade e propriedade.²⁹⁶ As teorias contratualistas do Estado em Hobbes (**Leviatã**, 1651), Locke (**Dois Tratados sobre o Governo Civil**, 1690), Montesquieu (**O Espírito das Leis**, 1748) e Rousseau (**Contrato**

onipotência, que lhe permite saciar seus desejos de domínio e posse. O fato é que pelo pacto Fausto mostra sua insatisfação em relação ao mundo, a fé, a linguagem, empreendendo construir um universo próprio, fazendo surgir um novo mundo à medida de seu “eu” e de seu desejo, alienando a liberdade e produzindo efeitos no terreno da ação, alteridade e tempo.

²⁹¹ Cf. DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: **O Poder: história da filosofia política moderna**. Op. cit., p. 113.

²⁹² Para Hobbes, enfrentar o tema da condição civil é perpassar pela própria natureza humana. O estado de natureza, no modelo hobbesiano, representa a condição delineada pela ausência de obrigações e de um poder capaz de sancioná-las. É a condição humana antes de sua submissão ao soberano. Expressa uma situação de insegurança, marcada numa situação de guerra de todos contra todos, onde o homem é o lobo do homem. In: DUSO, Giuseppe (org. e autor). **O Poder: história da filosofia política moderna**. Op. cit., p. 124. Já em Rousseau, o estado de natureza é um estado histórico de felicidade, onde a satisfação seria plena e comum, e o estabelecimento da propriedade privada joga papel fundamental. Em Locke, a vida em natureza dos homens se apresentava como uma sociedade em paz relativa, pois nele haveria um certo domínio racional das paixões e dos interesses. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., pp. 30-31.

²⁹³ Cf. HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 13 a 18.

²⁹⁴ Tese que será defendida, posteriormente, por Kant, para quem a passagem do estado de natureza para o estado civil não admite a eliminação do estado de natureza, mas a sua conservação; pelo contrário, o estado civil é aquele estado que deve de fato possibilitar o exercício dos direitos naturais através da organização da coação, motivo pelo qual não é mais um estado completamente novo, mas é, deve ser, tanto quanto possível, análogo ao estado de natureza, e inclusive é tanto mais perfeito quanto mais numerosos são os direitos naturais que consegue salvar. In: BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2ª edição. São Paulo: Ed. Mandarim, 2000, pp. 191-192.

²⁹⁵ Que em Hobbes se apresenta através do novo conceito de representação política (do qual Rousseau será opositor): um ou alguns que exprimam para todos, dando corpo à pessoa pública – a vontade do sujeito coletivo. Cf. DUSO, Giuseppe. **Do poder natural do poder civil: a época do contrato social**. Op. cit., pp. 116-118.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 114.

Social, 1762) foram determinantes na caracterização dessa união política entre os homens (da origem do Estado e de seu fundamento político a partir de um consenso volitivo onde os homens aceitariam ver suas vontades reduzidas a uma só). Seu legado resultaria no próprio nascimento da figura do Estado (expressão cunhada pela primeira vez com Maquiavel), tornando possível a concentração da utilização dos recursos humanos a partir da concentração do poder.²⁹⁷

O **Leviatã** de Hobbes pode ser considerado um rompante à tradição religiosa (concepção teológica de mundo) até então presente no interior da ordem social, em que Deus seria uma entidade a ser procurada em caso de abuso do poder pelos homens. Sua filosofia política parte de uma cultura profana em que o indivíduo foi assentado à base da sociedade, pelo que se depreende que em Hobbes é o pensamento social do indivíduo que assegura as relações de justiça, que são justamente humanas. Dessa forma, o consentimento dos indivíduos sustenta o pacto (o contrato social) pelo qual se obrigam a transferir direitos, entre si, mutuamente. A partir de uma nítida influência de Descartes, Hobbes pretende a construção de uma ordem social que recorre à razão, através da qual os indivíduos poderiam alcançar o consenso necessário ao pacto.

E o fez a partir da elaboração do que denominou “leis da natureza”, preceitos gerais estabelecidos pela razão, dado que a condição do homem é de guerra de todos contra todos. Uma lei da natureza, segundo Hobbes, “proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la”.²⁹⁸ Três dessas leis destacam-se na obra hobbesiana, demonstrando ao mesmo tempo sua percepção da organização político-social. A primeira partiria da necessidade de se conferir segurança ao homem, uma vez que no estado de natureza perdura uma liberdade a partir da qual cada homem usa seu próprio poder da maneira que melhor lhe aprouver. Trata-se da lei primeira e fundamental da natureza, qual seja, “procurar a paz, e segui-la”.²⁹⁹

A segunda derivaria da primeira, já que para viver no pacto os homens deveriam renunciar a seu direito a todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que os outros homens permitem em relação a si mesmo.³⁰⁰ Caso contrário, mantêm-se em situação de

²⁹⁷ Cf. STRAYER, Joseph R. **As origens medievais do estado moderno**. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Ed Gradativa, 1998, p. 10.

²⁹⁸ Cf. HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Jaó Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.^a edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979, p. 78.

²⁹⁹ Ibidem, p. 78.

³⁰⁰ Ibidem, p. 79.

guerra. Nesse ponto Hobbes socorre-se ao Evangelho, a partir da premissa “faz aos outros o que queres que te façam a ti”. Esse é o fundamento para a transferência mútua de direitos entre os indivíduos, o que Hobbes denominou de contrato.³⁰¹

E, assim, diante da existência de um pacto social, o contrato, a transferência mútua de direitos, deve ser cumprido, sem o que o mesmo seria em vão, decorrendo daí a terceira lei hobbesiana. Dela decorre a noção e origem da justiça para Hobbes.³⁰² Um lugar em que se faria necessária uma espécie de poder coercitivo capaz de obrigar os homens ao cumprimento de seus pactos, dependente da figura do Estado. Logo, “onde não há Estado nada pode ser injusto. De modo que a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-lo”.³⁰³

Esse poder, que deve ser respeitado por todos os homens, na obra de Hobbes confere-se a um homem (o soberano, aquele que possui o poder supremo) ou a uma assembleia de homens, reduzindo a vontade de todos a uma só vontade, a um representante, como se cada homem dissesse: “cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações”.³⁰⁴

A partir dessas considerações é possível verificar a decisiva contribuição de Hobbes ao constitucionalismo moderno, principalmente no que tange a questão do contratualismo, onde o sentido do contrato social infere-se da natureza, fundando o direito numa lei que cada homem encontra em sua consciência (de sua subjetividade), obrigando-o a agir perante os outros homens conforme sua razão. Em Hobbes, premissa que servirá ao movimento constitucionalista subsequente, o direito refere-se ao próprio sujeito do qual emana, o que remonta a noção moderna de direito como poder e liberdade, próprio do movimento liberal jurídico-político, fundamento dos sistemas positivos constitucionais de direitos fundamentais, em especial os de ordem individualista.³⁰⁵

De Hobbes a Locke. Já se pôde verificar a influência racionalista de Locke ao processo civil, notadamente a partir da separação entre “mundo dos conceitos” e “mundo dos fatos”, o que influenciou na cisão entre *praxis* e *doxa*. Ao constitucionalismo a contribuição de Locke também foi decisiva, afinal de contas é ele o precursor do movimento liberal. A reação

³⁰¹ Ibidem, p. 80.

³⁰² Ibidem, p. 86.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Ibidem, p. 105.

³⁰⁵ Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Op. cit., pp. 96-97.

intelectual contra os abusos de poder por parte do Estado.

Contestando Hobbes, Locke não parte da premissa de que os homens estão em estado de guerra de todos contra todos. Para o filósofo há uma grande diferença entre o estado de natureza e o estado de guerra. Com efeito: “quando os homens vivem juntos conforme a razão, sem um superior comum na Terra que possua autoridade para julgar entre eles, verifica-se propriamente o estado de natureza. Todavia, a força, ou um desígnio declarado de força, contra a pessoa de outrem, quando não existe qualquer superior comum sobre a Terra para quem apelar, constitui o estado de guerra”.³⁰⁶

Uma das concepções primeiras do contrato social pode ser encontrada em Locke. Ciente da situação de insegurança proporcionada pelo estado de natureza, ambiente em que todas as pessoas teriam o poder executivo da lei natural (que a todos obrigaria), sendo os homens os juízes de seus próprios casos, Locke afirma: “o governo civil é o remédio acertado para os inconvenientes do estado de natureza”.³⁰⁷ Sua gênese está na concordância dos homens entre si para formar um corpo político sob um governo, local onde cada homem assume a obrigação para com a sociedade e seus membros a fim de submeter-se à resolução da maioria. Segundo as palavras do próprio Locke:

[...] quem quer, portanto, que, saindo de um estado de natureza entra para uma comunidade, deve entender-se ter abandonado todo o poder necessários aos fins para os quais se uniram em sociedade, à maioria da comunidade. [...] E isso se consegue concordando simplesmente em unir-se em uma sociedade política, no que consiste todo pacto que existe ou deve existir entre os indivíduos que entram em uma comunidade ou a constituem. Assim sendo, o que dá início e constitui realmente qualquer sociedade política nada mais é senão o assentimento de qualquer número de homens livres capazes de maioria para se unirem e incorporarem a tal sociedade. E isto e somente isto deu ou podia dar origem a qualquer governo legítimo do mundo.³⁰⁸

O flagrante combate lockeano aos abusos da monarquia acabou fomentando a necessidade de divisão dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que acabaria por projetar uma representatividade aos homens que fosse capaz de reunir um corpo político sob um governo que assume a obrigação para com todos os membros da sociedade. Nesse talante, é fulcral o legado lockeano para o constitucionalismo, dada a construção, como leciona Santos, de uma das bases sólidas dos sistemas democráticos de representação positivados nas Constituições modernas.³⁰⁹

Tal qual Locke, Montesquieu, que também teve a preocupação de defender a

³⁰⁶ Cf. LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.ª edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978, p. 41.

³⁰⁷ Ibidem, p. 38.

³⁰⁸ Ibidem, p. 72.

³⁰⁹ Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Op. cit., p. 101.

liberdade³¹⁰, justamente a partir dela acabou por elaborar sua mais conhecida tese: a teoria tripartida dos poderes. Ela se traduz na constante preocupação de Montesquieu dirigida à distinção entre governo moderado e não-moderado, afinal de contas ele acredita que para se viver numa comunidade não-despótica nenhum governo pode ser maior que a lei, o que depende de uma divisão interna de potência dentro do Estado, em que cada poder atua também para fiscalizar o outro, de forma a impedir o abuso do poder e o atentado às liberdades individuais.³¹¹ A divisão, distribuição e exercício, por pessoas diferentes, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, serve a estruturar, para Montesquieu, qualquer governo democrático, o que definitivamente assumiu um lugar de destaque na própria história do constitucionalismo moderno.

De Locke e Montesquieu a Rousseau. A alienação total de cada indivíduo (que Rousseau, ao tratar do pacto social, denomina “associado”)³¹², com todos os seus direitos, à toda comunidade, consiste a base da teoria rousseauiana. Nas palavras do próprio Rousseau é possível encontrar a justificação de tal afirmação: “porque cada um, dando-se completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por torná-la onerosa para os demais”.³¹³

Comparando-se essa teoria com as dos demais contratualistas já examinados, pode-se concluir que Rousseau elabora um novo conceito de liberdade. Talvez por isso o contratualista, nas primeiras linhas de seu **Contrato Social**, tenha escrito que “o homem nasce livre, e por toda parte encontra-se a ferros”.³¹⁴ Essa passagem evidencia o problema central na obra de Rousseau. O problema que o contratualista pretende dar solução, partindo de uma afirmação (o homem nasce livre), continuando por uma constatação fática (encontra-se preso a ferros), para enfim chegar ao contrato social.³¹⁵

Como todos os demais contratualistas, Rousseau também tem como ponto de partida o estado de natureza, o qual pretende superar através de uma convenção entre os homens, que deve decorrer de uma decisão livre e racional, fazendo surgir um acordo moral e coletivo.

³¹⁰ Isso explica porque Montesquieu, em sua obra, escreve que “em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder”. Cf. MONTESQUIEU. **El espíritu de las Leyes**. Tradução para o espanhol de Nicolás Estevénez e Matilde Huici. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1951, livro XI, III.

³¹¹ Cf. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Op. cit., pp. 102-104.

³¹² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991, p. 32.

³¹³ *Ibidem*.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 22.

³¹⁵ Cf. QUINTANA, Fernando. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 744.

Justificando porque o homem, enquanto cidadão, somente pode obedecer à vontade geral, sob pena de ser forçado a fazê-lo pelo corpo político.³¹⁶ No estado de natureza rousseauiano o homem se encontraria numa situação de liberdade total, gozando de uma série de direitos naturais e da posse de bens suficientes para sua sobrevivência. Também de um direito à igualdade.

Entretanto, esse quadro não teria resistido a vanglória ou a vaidade do homem em relação aos outros homens no estado social, não no estado de natureza. Por que motivo os homens o teriam abandonado? Para Quintana, uma possível resposta a esta indagação pode ser encontrada numa genealogia das necessidades humanas, o que está associada a condições naturais desfavoráveis (clima, fertilidade do solo, etc.), as quais tornaram necessário o contato do homem com seu semelhante de forma a suprir suas mais carentes necessidades.³¹⁷

Logo, a sociabilidade, num primeiro momento, relaciona-se à questão da necessidade, no instinto de conservação do homem.³¹⁸ Num segundo, ao aparecimento da linguagem da vida sedentária, local em que aflora outra necessidade, essa de ordem afetiva, moral. Para tornar o homem novamente livre e igual é necessária a fundação de uma sociabilidade resultante de um legítimo contrato social, através do qual os cidadãos poderão alcançar a verdadeira liberdade.³¹⁹ O ato de associação, em Rousseau, partindo da gênese do contratualismo, em substituição à pessoa particular, acabaria produzindo um corpo moral e coletivo, composto de membros em assembleia, ganhando unidade. Uma pessoa pública, denominada Estado.

Pelo que se pôde perceber dessa passagem pelas teorias contratualistas é possível concluir que o pensamento contratualista pretende, além de explicar o surgimento do termo “sociedade”, justificar a autoridade política do governo civil. De acordo com a lição de Pogrebinschi, são muitos os conceitos que ganharam sentido após o surgimento do contratualismo. Dentre eles se destaca o conceito de soberania, de poder político, de estado de natureza e do próprio conceito de Estado moderno.³²⁰

A partir de então é que se pode constatar uma preclara lealdade à figura estatal, o que remonta às origens do Estado moderno – erigido como tal a partir do século XVI com a monarquia. Ela, a lealdade, assume uma dimensão interessante na obra de Strayer, chegando

³¹⁶ Cf. PERES PISSARRA, Maria Constança. **Rousseau, a política como exercício pedagógico**. São Paulo: Ed. Moderna, 2002, p. 75.

³¹⁷ Cf. QUINTANA, Fernando. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 745.

³¹⁸ Ibidem.

³¹⁹ Idem, ibidem.

³²⁰ Cf. POGREBINSCHI, Thamy. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 168.

o autor a referir que a mesma é elemento da própria constituição do ente estatal, o que se deu através da substituição dos laços familiares, ou dos laços que vinculam o homem à atividade religiosa, por laços idênticos firmados em relação ao Estado, o qual, a partir do exercício de uma autoridade moral, organizou-se estruturalmente, impondo sua supremacia legal.³²¹ O referido exercício do poder (coercitivo) através de uma prática de concentração trouxe a reboque o controle do poder normativo, o que se deu justamente a partir da unidade entre Estado e Direito, desde o Estado absolutista até o modelo Social-Democrático de Direito.

Evidentemente, o movimento constitucionalista exerceu um importante papel nesse cenário. O enfrentamento dos problemas existentes a partir da monopolização do poder fez com que o direito moderno desse um verdadeiro salto em direção ao nascimento das constituições, local da racionalização dos aspectos políticos e sociais da comunidade. Para Matteucci, de um ambiente que tem o objetivo central de regular o funcionamento dos organismos de Estado e consagrar os direitos dos cidadãos postos como limites ao poder do próprio Estado.³²²

Se atualmente é possível falar na afirmação dos direitos fundamentais, paulatinamente positivados nas constituições modernas, isso se deve justamente ao nascimento dos movimentos constitucionalistas desde o constitucionalismo liberal do século XVIII, o qual buscou dar atenção principalmente aos indivíduos e a sua proteção contra eventuais abusos cometidos pelo Estado e pelos outros indivíduos que compunham a sociedade. Essas constituições do modelo de Estado Liberal concentraram-se na perspectiva da liberdade do indivíduo, numa estratégia visivelmente absentéista. Como se verá mais adiante, esse pensamento de cariz racional-iluminista-individualista, juntamente com a influência do normativismo positivista, sustentou uma cultura jurídica (e um processo civil) também liberal-individualista. É fácil perceber a influência dessa cultura no direito e no processo civil, principalmente dada a dificuldade do próprio sistema processual na tutela de direitos coletivos e difusos.

Em contrapartida, o constitucionalismo do final do século XIX e início do XX foi marcado pela luta de classes, por inspirações socialistas que almejaram o bem-estar da sociedade, local habitado não mais por indivíduos em sua singularidade, mas pela coletividade. Nesse contexto, o Estado Social trouxe às suas Constituições os direitos sociais, econômicos, de meio ambiente, etc. É justamente a partir disso que a perspectiva de um

³²¹ Cf. STRAYER, Joseph R. **As origens medievais do estado moderno**. Op. cit., p. 15.

³²² Cf. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 1998, p. 25.

Estado neutralizado, absenteísta, dará lugar a um Estado interventor, a um Estado de gestão, diretamente vinculado e compromissado com a realização da chamada “questão social”.

À presente tese importa, quando investigado o movimento constitucionalista, ao interligá-lo com o direito processual civil, demonstrar que o processo, ao longo dos séculos e décadas que se passaram, manteve-se atrelado ao espírito do constitucionalismo liberal. Encontra-se assim num verdadeiro déficit de realidade, o que em parte se deve a sua contínua filiação ao processo de conhecimento e ao corolário rito ordinário-plenário, incapaz de lidar com tutelas de urgência unicamente preventivas, e em parte em razão de sua manutenção à proteção de direitos de liberdade (e propriedade) individual.

O mesmo fenômeno mantém-se perceptível com o surgimento, a partir do segundo pós-guerra mundial, do constitucionalismo Democrático de Direito (ainda que ele pretenda mudar esse quadro). Uma modalidade que, dada a dificuldade do Estado na implementação dos projetos sociais, o que acabou por afetar diretamente o bem-estar da coletividade (mundial), parte da perspectiva transformadora da realidade.

Na atualidade brasileira, se o texto constitucional de 1988 efetivamente procurou romper com o modelo de Estado e de direito liberal-individualista-normativista (que ainda sobrevive), conferindo à Constituição a base de toda a juridicidade e a função garantidora dos direitos humanos (que se positivaram nas Constituições como direitos fundamentais), ideário que na tese presente tem no processo civil uma de suas condições de possibilidade –, o que justifica um novo olhar sobre o processo –, mostra-se imperioso aprofundar a investigação sobre qual espécie de jurisdição faz referência os projetos de Estado Constitucional que se sucederam no tempo.

Ou seja, quais relações podem ser traçadas entre a jurisdição-processual e os Estados constitucionais de feição Liberal, Social e Democrática de direito, a iniciar pelo primeiro (que inaugura as formas de Estados Constitucionais), que na condição de refém do normativismo³²³ concebeu o direito na autonomia objetiva de um conjunto de normas constituído e sustentado no sistema auto-referente da sua abstrata racionalidade dogmática³²⁴ (como rompante ao Estado absolutista), fomentando uma atividade jurisdicional neutra e um processo em que o “mundo dos conceitos” separou-se quase que definitivamente do “mundo dos fatos”.

³²³ Segundo Castanheira Neves, o normativismo foi resultante de um conjunto complexo de fatores, dentre os quais destacam-se: o entendimento medieval da lei, o jusracionalismo moderno e o contratualismo jusnaturalista revolucionário com seu legalismo e codificação, bem como o positivismo exegético do século XIX e seu abstrato conceitualismo. In: **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Op. cit., p. 23.

³²⁴ Idem, ibidem, pp. 23-29.

Essa investigação auxiliará (e esse é seu desiderato fulcral!) na compreensão de certos institutos processuais de que se dispõe atualmente, os quais devem ser compreendidos também a partir da fase tardia do direito romano, que proscreveu, como já visto no primeiro capítulo da tese presente, as decisões calcadas em juízos de verossimilhança, fato sedimentado pelos filósofos do racionalismo no século XVII, já que a partir de então a função do juiz estaria em simplesmente descobrir a vontade da lei num mundo de certezas que em processo dependeriam de cognição exauriente.

Para compreender devidamente esse fenômeno é preciso retornar ao surgimento do Estado Moderno, o qual tem seu nascimento relacionado às deficiências da sociedade política medieval, dada a situação de insegurança proporcionada pelo estado de natureza. Tornando-se fruto de um processo inexorável de concentração de poder sobre um determinado território através da figura do soberano, o Estado moderno, deixando de ser patrimonial, passa a identificar as figuras do Estado e do monarca em termos de soberania estatal.³²⁵ Sob o argumento de que o Estado não poderia sofrer qualquer limitação de sua autoridade, seja pela Igreja ou por outro Estado, Maquiavel³²⁶ foi precursor em cunhar a primeira teoria relacionada ao Estado-Nação, o que de certa forma justifica as seguintes palavras de Crossman: “nenhum poder espiritual poderia constituir-se em posição de rivalidade para com o Estado”.³²⁷

O Estado, na modernidade, além de se demonstrar um rompante ao medievo, tem como cenário a concentração do poder na figura do soberano, ao qual tanto o poder estatal (de administração em geral) quanto a criação jurídica passam a ser canalizados, dentro de um território, sujeitando a todos os demais.³²⁸ Aos monarcas caberia exercer uma autoridade absoluta, capaz de organizar a vida em sociedade, o que o esquema feudal não mais foi capaz de suprir. O monarca-soberano, ao reunir as funções legislativa, executiva e judiciária, faz do Estado Moderno uma figura que inaugura definitivamente a institucionalização do poder, o qual era exercido ilimitadamente pelo rei (o que lembra a histórica frase de Luiz XIV: *L'État c'est moi* – O Estado sou eu).

Tal teoria seria justificada em origem divina (onde o rei seria o representante de Deus

³²⁵ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., p. 42.

³²⁶ Ver: MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

³²⁷ Cf. CROSSMAN, R. H. S. **Biografia del Estado Moderno**. Tradução de J. A. Fernández de Castro. Cidade do México: Ed. Fundo de Cultura Econômica, 1992, p. 32.

³²⁸ Cf. ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: **O Estado e suas crises**. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 39.

na terra), correspondente à roupagem de um Estado Absolutista³²⁹, primeira versão do Estado na modernidade. Nicola Matteucci, em obra clássica, leciona que o Estado absoluto se caracteriza justamente pela tendência ao monopólio do poder político e da força por uma instância superior, personificada pela figura do rei, que não reconhece outra autoridade nem no plano internacional nem no interno, inadmitindo qualquer espécie de justiça privada ou instância que pudesse participar do poder político. Nesse sentido é o rei o único protagonista do poder político, atuando em situação de monopólio também no âmbito jurídico e sociológico, assim penetrando na sociedade para regular o comportamento dos indivíduos e das forças sociais.³³⁰

Isso explica porque, na procura de sustentação do elemento território (um dos elementos-base da teoria do Estado na modernidade), o modelo absolutista estruturou-se na apropriação do rei sobre o Estado, local onde o soberano exercia o poder sem controle, de forma independente e autônoma. Para Albano Pêpe, “o Estado que aí se institui é um Estado absolutista, onde as leis da razão natural estruturam não apenas a livre adesão dos indivíduos, mas que os obriga através do contrato social”.³³¹ A própria jurisdição, que ainda não estava estruturada ao modo como se a conhece atualmente, ainda que exercesse um papel importante na solução dos conflitos, figurava em monopólio nas mãos do monarca.

O homem, que no medievo era propriedade do senhor feudal, no Estado Absolutista passa a súdito do rei³³², ao qual se impõe o dever de obediência. Todavia, ante as exigências por uma autonomia política e às reivindicações pelo respeito às liberdades individuais, a ruína do modelo absolutista seria inevitável, tendo sua derrocada na Revolução Francesa³³³ (1789), à qual se aliam a Inglesa e a Americana, exurgindo a segunda versão do Estado moderno: o Liberal. Nele (século XVIII), é a classe burguesa – que agora reivindica o poder político (uma vez detentora do econômico no Estado Absolutista) – quem irá formular os princípios de sua própria revolta, acordando o povo que então desperta para a consciência de suas liberdades

³²⁹ Idem, ibidem, p. 42.

³³⁰ Cf. MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Op. cit., pp. 29-33.

³³¹ Cf. PÊPE, Albano Marcos Bastos. O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** (2007). Op. cit., p. 21.

³³² Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., p. 46.

³³³ Para Crossman “el significado de la Revolución no descansa en las instituciones políticas a que dio lugar, sino en las ideas que evocó y diseminó en todo el mundo. Durante ciento venticinco años y hasta la Revolución rusa de 1917, esas ideas fueron las bases del pensamiento progresista y sus partidarios eran los enemigos declarados del despotismo y los privilegios”. In: CROSSMAN, R. H. S. **Biografía del Estado Moderno**. Op. cit., p. 35. Tradução livre do autor: o significado da revolução não se baseia em nas instituições políticas instituídas, senão nas ideias que evocou e disseminou em todo o mundo. Durante cento e vinte e oito anos e até a revolução russa de 1917 essas ideias foram as bases do pensamento progressista; seus partidários eram os inimigos declarados do despotismo e dos privilégios.

políticas.³³⁴

Ali estava um direito novo, na teoria política, que mantinha princípios cuja validade indiscutível transpunha qualquer idade histórica e se situava fora de quaisquer limitações de pólo, meridiano ou latitude, como se a razão humana quisesse mais uma vez zombar da crítica subjacente no amargo ceticismo de Pascal ao prantear as verdades falazes. A escola do direito natural da burguesia racionalizará o problema delicadíssimo do poder, simplificando a sociedade, como se fora possível ignorar as forças elementares e obscuras que atuam na infraestrutura do grupalismo humano.³³⁵

Segundo García-Pelayo, este Estado tem por característica uma racionalidade que se expressa através de leis abstratas sistematizadas em códigos, bem como na divisão dos poderes como recurso a garantia da liberdade. Uma organização (constitucionalmente) burocrática da Administração Pública que tem como valores fulcrais a liberdade, a segurança e a propriedade. Nesse sistema, a sociedade é considerada como uma ordem espontânea dotada de uma racionalidade que se manifesta através de leis econômicas, mais poderosas do que qualquer lei jurídica.³³⁶

O objetivo nas linhas que seguem está em investigar o momento da vitória da ciência sobre o mito e sua relação com o processo civil e a atuação jurisdicional nele realizada. Está-se num ambiente de recusa veemente ao absolutismo como poder autoritário, de forma a impedir a concentração do poder em defesa da liberdade, onde se renuncia ao governo de Deus em prol do governo civil a partir da representatividade. Esse será o ponto central do próprio liberalismo político, consubstanciado nos projetos constitucionais liberais e seu assentamento ao individualismo, local de manifestação do Estado-Gerente de François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner, onde o acordo mútuo dos homens servirá a constituir o corpo político.

2.3 O Estado-Gerente (liberal-individualista-normativista) e a esclerose funcional da jurisdição-processual: o juiz Júpiter e o caráter burocrático-reprodutivo de sua atividade. Ainda: a questão do protagonismo das partes

O Estado, pelo que se viu, se constitui como criação livre e consciente da vontade dos indivíduos que o integram. Essa é a gênese das doutrinas do contratualismo social. Entretanto, pode-se considerar que o primeiro Estado jurídico, aflorado na Revolução Francesa (1789) a partir da salvaguarda das liberdades individuais, é o Estado Liberal. Um modelo pensado pela

³³⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 06.

³³⁵ Idem, ibidem.

³³⁶ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, pp. 09-10.

burguesia, que através da Revolução edificou nos textos constitucionais o espírito do liberalismo.

Ao resguardar os direitos de liberdade, o modelo liberal encontrou na teoria da separação dos poderes a matriz de sua constituição, estruturando a salvaguarda das liberdades na decomposição da soberania numa pluralidade de poderes, o que somente foi possível a partir do contributo de Locke e Montesquieu³³⁷ em contraposição ao pensamento de Maquiavel, este centrado na concentração do exercício do poder. Para Bonavides, “Locke, muito menos radical que Montesquieu, engendrou essa divisão apenas como princípio de limitação do poder entre o monarca e a representação popular”.³³⁸

A teoria tripartida dos poderes construiria a casa onde se protegeriam os direitos de liberdade individual, dando suporte a um Estado Constitucional que se organizaria a partir da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que apesar de cindidos interligar-se-iam no controle do poder. Esse (o controle do poder) era a preocupação central de Locke, que no estado de natureza estava em cada indivíduo. A partir do consenso dos homens, passaria ao governo civil, organizacionalmente estruturado a partir da divisão dos poderes.³³⁹

Na relação entre os poderes, Locke via o Legislativo como o poder superior em qualquer comunidade, reconhecendo esta como aquela que conservaria o poder de salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que fosse, sempre que se formulassem planos maliciosos contra as liberdades dos indivíduos que compunham a sociedade.³⁴⁰ O Poder Executivo estaria em posição subalterna ao Legislativo, devendo ser concentrado em qualquer lugar, menos na pessoa que também tivesse participação no Legislativo.³⁴¹

Já em Montesquieu, a teoria da separação dos poderes rompeu com o caráter apenas teórico de Locke, correspondendo a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares inconfundíveis.³⁴² A Constituição deveria garantir a efetividade das leis e impedir a concentração do poder a partir da divisão do corpo político.

Das várias contribuições constantes na obra de Montesquieu interessa uma em especial, verificável a partir de sua visão sobre o ato de julgar, que também seria um poder. Segundo Montesquieu, “nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da

³³⁷ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Op. cit., p. 09.

³³⁸ Ibidem, p. 10.

³³⁹ Ibidem, p. 94.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Op. cit., p. 15.

constituição que os juízes sigam a letra da lei”.³⁴³

Da seguinte passagem percebe-se a preocupação de Montesquieu em limitar a atuação dos magistrados da época a reprodução fiel da lei. Antes de adentrar nessa questão, é importante ressaltar que se pôde verificar que tanto a teoria tripartida dos poderes quanto a defesa das liberdades individuais compuseram o núcleo existencial da modalidade (constitucional) estatal liberal, a qual desenhou-se como um Estado mínimo, eficiente e ágil.³⁴⁴

Limite: essa foi sua palavra-chave, o que garantiria que o Estado jamais poderia afrontar a liberdade individual dos integrantes do povo. Se no Estado absolutista a vontade do monarca teria ultrapassado os interesses do povo a ponto de transgredir ao bem público, no modelo liberal o espectro foi assemelhante. Este, ao contrário, fundou-se na obsessão (justificável, ante os abusos do monarca) em limitar a emanção do poder, o fazendo através de uma política de obediência às normas jurídicas, cuja finalidade foi impor limites ao poder e permitir o controle do poder pelos seus destinatários.³⁴⁵

O Estado Liberal foi palco de uma nítida subordinação (constitucionalizada) do poder de controle do Estado ao direito (o que fez do positivismo jurídico um modelo privilegiado), exigindo que a atuação estatal se mantivesse rigidamente adstrita a lei, ambiente no qual o ordenamento jurídico positivado assumiu a função de limitador da vontade do governante e, ao mesmo tempo, um garantidor do conjunto de direitos e garantias individuais, os quais não poderiam ser extrapolados nem mesmo pelo Estado.

As influências do movimento estatal liberal no direito processual civil foram determinantes. Como se viu da doutrina de Montesquieu, o Judiciário acabou sendo reduzido a um poder subordinado, cuja missão não deveria ser outra senão a de reproduzir com fidelidade a lei. A própria teoria da separação dos poderes corroborou o acima referido. Ao direito foram incontáveis os reflexos dessa subordinação jurisdicional. Contudo, é no processo civil que as manifestações dessa influência revelam-se impressionantes.

Chiovenda, um dos corifeus da doutrina italiana de processo civil, influenciado pela teoria tripartida, chegou a referir que a atividade do juiz em processo deveria limitar-se a reproduzir a vontade da lei, dispensada a interpretação. Essa é uma das causas que fizeram o processo civil aproximar-se das ciências da demonstração, afastando-se das ciências da compreensão, já que ao juiz, em processo, não seria permitido interpretar os fatos. Já que a lei

³⁴³ Cf. MONTESQUIEU. **El espíritu de las Leyes**. Op. cit., livro VI, III.

³⁴⁴ Cf. SANTOS, Francisco de Araújo. **O Liberalismo**. Porto Alegre: Ed. da Universidade (UFRGS), 1991, p. 85.

³⁴⁵ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 35.

deveria possuir sentido único, e que esse sentido deveria ser previamente indicado pelo legislador supremo, o que o juiz em processo jamais poderia questionar, o próprio processo somente poderia repreender, jamais prevenir, porquanto ao magistrado não seria possível descobrir a vontade da lei para aplicá-la a um caso concreto que ainda não tivesse ocorrido.³⁴⁶

Agora é possível entender a dificuldade da doutrina processual civil em trabalhar com juízos unicamente preventivos, os quais, pelo que se sabe, constituem-se sobre os pilares da verossimilhança, da probabilidade. A dificuldade em sua aceitação está em que tais juízos, desde a teoria tripartida dos poderes, adviriam da vontade do juiz (que não poderia considerar fatos ainda não ocorridos, já que sua atividade foi severamente marcada pela repreensão, não pela prevenção), não do legislador, caso em que a própria sentença, para Hobbes, nessas situações, seria injusta.³⁴⁷ Esse é o paradigma que ainda sustenta o direito processual civil de que se dispõe atualmente, cujo comprometimento com a tutela repressiva traria a reboque a dificuldade na construção de decisões desprovidas de cognição exauriente.

A própria antecipação de tutela, que em tese deveria romper com isso, é concebida pela doutrina como uma decisão sobre o processo, não sobre o mérito da causa, o que ficou reservado exclusivamente para a fase de sentença, já que dependente do silogismo. Assim é que se justifica o alerta de Ovídio Baptista no sentido de que a doutrina processual realmente não tem convivido harmoniosamente com a provisoriedade, porquanto para ela seria inadmissível um julgamento final e provável.³⁴⁸ Para a presente tese, este é justamente o nó górdico a cortar, o qual envolve um processo civil enclausurado em-si-mesmo como atividade meramente declaratória de direitos; um fase-a-fase (ordinário) inserido no paradigma positivista (arbitrário) interligado a um modelo de Estado que apenas gerencia a sociedade.

É nesse contexto que o Estado-Gerente, expressão cunhada por François Châtelet e Évelyne Pisier-Kouchner³⁴⁹, a partir das modalidades liberais, caracteriza-se por um quadro que designa o poder soberano, encarregado de representar a coletividade, bem como uma esfera jurídico-administrativa que, ao definir suas próprias regras, organiza tanto as formas da existência social quanto a própria instância governamental, tomando as decisões sobre os negócios do Estado. Para os autores, o traço a destacar em tal figura estatal “é a concepção da potência soberana como gerente da coletividade territorial da qual ela é potência”.³⁵⁰

Potência esta limitada pelo ordenamento jurídico, onde o Estado não é proprietário do

³⁴⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., pp. 98-99.

³⁴⁷ Idem, ibidem.

³⁴⁸ Ibidem, p. 105.

³⁴⁹ In: **As concepções políticas do século XX**: História do Pensamento Político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1983.

³⁵⁰ Ibidem, p.16.

poder, mas o exerce. Inspirado no liberalismo político, considera a atividade política governamental somente a aplicável a uma realidade dada, já constituída, mas que precisa ser instituída e garantida.

O Estado-Gerente, de forma primordial, deve labutar para garantir os direitos de liberdade, para então assegurar a independência e a segurança da nação, zelando finalmente pelo bom andamento das questões comuns a todos os cidadãos, fazendo deste modelo o gerente da sociedade.³⁵¹ É por isso que o Estado-Gerente é um ser duplo: vinculado à obrigação do serviço para o qual foi designado e levado a se valer do poder de que é investido, constituindo-se de uma parcela humanista, no sentido de reconhecer uma essência comum a todos os homens (donde decorrem os direitos fundamentais). Nessa perspectiva, “aproveita o legado do cristianismo, das escolas do direito natural, da ideologia iluminista, que colocaram o homem como valor supremo e fim em si mesmo”.³⁵²

Ao qualitativo humanista alia-se no Estado-Gerente o valor oriundo das premissas do pluralismo político, não impedindo que cada governo se empenhe no sentido de perpetuar sua gerência e de se instituir como o bom representante da coletividade, o que garante a independência da sociedade com relação às instâncias estatais.³⁵³ Saliente-se que a liberdade política é inseparável das concepções liberais, o que se justifica ante ao fato de que

[...] o liberalismo é uma concepção relativa aos objetivos e à limitação do poder; a democracia, uma concepção relativa ao modo de designação dos que exercem esse poder. A lógica do liberalismo conduz à democracia por meio do princípio da igualdade diante da lei. Mas a democracia exige, para ser real, o respeito às liberdades pessoais, à liberdade de expressão e de discussão, à liberdade de associação e de reunião. A eleição nada significa se não implica a possibilidade de escolha.³⁵⁴

Finalmente, aos dois qualitativos agrega-se a concepção reformista, através da qual se justifica o aumento do papel do Estado em intervir sobre a própria sociedade civil. O intervencionismo administrativo, em nome dos vetores liberdade e segurança, acabaria por resultar no dever de garantir aos cidadãos que não sofrerão prejuízos diante dos riscos oriundos da desigualdade econômica e da incerteza do proletariado na consecução de suas garantias mínimas. O Estado-Gerente, assim, tem a missão de garantir, sob autoridade, a liberdade, hipostasiada como princípio imprescritível, devendo ser garantida ante a complexidade das sociedades e dos imperativos de organização e de produtividade exigidos pela indústria, o que o fará com o exército e a polícia, colocados sob seu comando.

A influência liberal levará ainda a um querer coletivo do progresso da produção, do

³⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 80.

³⁵² Idem, *ibidem*, p. 83.

³⁵³ Idem, *ibidem*, p. 120.

³⁵⁴ Idem, *ibidem*.

consumo, baseando-se numa ordem que mantém os interesses do Estado-Gerente através de uma violência constante e silenciosa.³⁵⁵ Se o governo é necessário para estancar o conflito verificável no estado de natureza, a sociedade, no Estado-Gerente, tem como origem e fundamento o direito de punir (através da sanção, uma de suas ferramentas legais), pois se cada um tem o direito natural³⁵⁶ de exercê-lo quando se julga lesado, o estado de natureza é um estado de força. A ausência de um juiz comum competente colocaria a humanidade inteira em estado de natureza, qual seja, a guerra, surgindo a sociedade política a partir do consenso dos seus membros para designar esse juiz comum.

A partir do metafórico modelo do Estado-Gerente é possível compreender as raízes que sustentaram o modelo estatal liberal de direito, onde o próprio direito ali apareceria como limitador (contrapondo-se ao antigo regime e a tudo o que este representava) do poder governamental (o que no plano teórico emerge na segunda metade do século XIX na Alemanha)³⁵⁷; um instrumento de importância cabal para que o Estado implementasse seus propósitos. Esse Estado (liberal) de direito, onde a soberania estatal é submissa à lei, teve, como se viu, em sua constituição central, a divisão de poderes (como técnica de limitação do poder) e a preocupação na garantias dos direitos individuais.

Esse é um campo vasto para o início da era das codificações. Para a constituição e o fortalecimento do positivismo jurídico, organizado em torno de uma visão cientificista do direito. Uma visão que explica a obsessão do Estado Liberal na concentração da atividade legislativa através da positivação dos direitos e das garantias individuais, tudo a partir de uma preocupação ordenadora e fixadora das bases legislativas, na tentativa de superação do

³⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 122.

³⁵⁶ Aqui tratado como a postura teórica recorrente na trajetória do pensamento humano. A filosofia do direito (que seguidamente é confundida com a doutrina do direito natural) expressou até o final do século XVIII a doutrina do direito natural, que cresceu na Grécia antiga principalmente com Heráclito e Sófocles. A doutrina do direito natural pode ser definida como uma doutrina que defende que o direito positivo deve ser objeto de uma valoração que tem como referência um sistema superior de normas ou de princípios que lhe condicionam a validade. Assim: a) a legislação em vigor deve ser analisada (compreendida) a partir de determinados conteúdos superiores; b) esses conteúdos possuem como fonte uma determinada categoria universal e imutável (ideal de justiça); c) esses conteúdos devem prevalecer sobre as disposições formais da legislação em vigor, sendo referentes a um ideário de justiça. Por isso os seus defensores buscam normas e princípios que, independente de seu acolhimento pela instituição positiva do direito, possuem um primado sobre as leis vigentes e o poder estatal que as implementa. O direito natural, dessa forma, submete o fundamento de validade das normas jurídicas a uma concepção de justiça – “direito é direito justo”. Daí a pergunta de Gilmar Bedin: que justiça é essa? Historicamente foram construídas 3 respostas: 1ª) a referência é própria da natureza – mundo antigo (direito natural cosmológico); 2ª) a referência é Deus – mundo medieval (direito natural teleológico – o mundo é organizado pela divina providência. Tomás de Aquino); 3ª) referência: natureza humana – mundo moderno (direito natural antropológico). Cf. BEDIN, Gilmar Antonio. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 240.

³⁵⁷ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., p. 91.

jusnaturalismo.³⁵⁸

O que restaria à jurisdição-processual nesse ambiente estatal absentéista? A função de dizer o direito conforme (e unicamente conforme) os ditames outrora fixados e delineados pelo Legislativo, cabendo à atividade jurisdicional, numa atividade burocrático-reprodutiva, a fiscalização do cumprimento das determinações legais, tanto as da administração do Estado como as dos próprios cidadãos. Assim é que primou, em relação a estes últimos, pela solução dos conflitos interindividuais, o que revela o protagonismo das partes num ambiente processual em que o juiz assumiria uma função espectadora. Além de um sujeito dotado de um grau considerável de neutralidade, o responsável pela hipostasiação do poder legislativo. Com efeito:

[...] o triunfo da vontade geral traz ínsito um deslocamento da esfera de tensão e poder do Executivo (que representava o absolutismo) para a vontade popular-revolucionária (representada no legislativo) que triunfou. Sem qualquer legitimidade, o Judiciário é colocado à margem desse processo.³⁵⁹

A referida passagem leva à constatação de que a atividade jurisdicional no Estado de modalidade liberal serviu a impedir o arbítrio judicial, demonstrando-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que evitaria a transmutação do juiz em criador do direito, até mesmo para não contradizer a teoria da separação dos poderes. Também se justifica pelo fato de que após a Revolução a magistratura esteve desprovida de verdadeira autoridade frente aos restantes órgãos do Estado.³⁶⁰ Tais fenômenos acabaram por subtrair da atividade judicial qualquer possibilidade que rompesse à proteção do cerne constitutivo do Estado-Gerente: os direitos do indivíduo, sobrelevando, em processo, o protagonismo das partes.

As questões sociais, por conseguinte, seriam afastadas de sua apreciação, permanecendo nas mãos da governança. Nesse espectro, no viés estatal liberal a função jurisdicional permaneceu confinada dentro dos limites das funções tradicionais de proteção aos direitos individuais e repressão aos cidadãos que usurpassem os limites delineados pelo

³⁵⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova visão crítica do Direito. Op. cit., p. 112. Para Ferraz Júnior a maior contribuição do jusnaturalismo está no conceito de sistema, pensamento que no direito manifestou-se com intensidade no XVII, principalmente através de Samuel Pufendorf. Um sistema fechado, cuja estrutura ainda domina os códigos modernos. Uma “conquista”, pelo direito, de uma dignidade metodológica especial, onde a redução das proposições a relações lógicas acaba se revelando um pressuposto para a formulação das “leis naturais”, válidas universalmente. É justamente a partir daí que a teoria jurídica passa a ser um “construído sistemático da razão”, conforme o rigor lógico do dedutivismo. Cf. FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. Op. cit., pp. 22-26.

³⁵⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova visão crítica do Direito. Op. cit., p. 112.

³⁶⁰ Cf. FIX-ZAMUDIO, Hector. Preparación, selección y nombramiento de los jueces. In: **Revista de Processo**, nº 10, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 110.

direito.³⁶¹ Segundo a lição de Cappelletti,

[...] seu alcance não irá além daquilo que poderia, essencialmente, ser considerado como “*conflictos privados*”, sejam estes de ordem civil ou penal, porquanto não se comprometeriam com as contribuições mais novas e invasoras, costumeiramente discricionárias e de “promoção social”, dos outros ramos do governo.³⁶²

A partir da construção de François Ost no texto intitulado Júpiter, Hércules e Hermes: três modelos de juiz (ainda que sejam fortes as críticas direcionadas ao texto em apreço)³⁶³ é possível afirmar que o modelo jurisdicional que se enquadra na concepção de Estado-Gerente (liberal) é o de roupagem jupiteriana (que também representaria a figura estatal liberal de direito), sempre proferindo suas decisões desde cima, do alto de um monte Sinai, a partir da filiação irrestrita à figura do direito posto.³⁶⁴ Sua perspectiva de atuação nesse modelo (e nessa forma de direito)

[...] se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se distribuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia esse punto focal de donde irradia toda justicia.³⁶⁵

Nesse particular, mostra-se nítida sua (do juiz jupiteriano) filiação intelectual ao método da subsunção, até mesmo porque o modelo piramidal-dedutivo³⁶⁶ ao qual é adstrito acaba por corromper a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo no momento da aplicação do direito. Trata-se, enfim, de um modelo jurisdicional a quem incumbe descobrir a regra e declará-la no caso concreto, permanecendo arraigado ao paradigma metafísico-positivista de interpretação-aplicação do direito, uma vez que a partir da vinculação ao método atribui carga plenipotenciária à regra jurídica, ignorando a existência de princípios constitucionais.

Apoia-se de tal maneira na atividade legislativa (o que retrata a bandeira do Estado-

³⁶¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 229.

³⁶² Ibidem, p. 229.

³⁶³ Por todas, verificar a de Lenio Streck intitulada Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Op. cit., pp. 97-116.

³⁶⁴ Cf. OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa: cuadernos de Filosofia del Derecho**, n° 14, Alicante, 1993, pp.169-194.

³⁶⁵ Idem, ibidem, p.170. Tradução livre do autor: expressa-se no imperativo e dá preferência à natureza do proibido. Tenta inscrever-se num depósito sagrado, tabelas da lei ou códigos e constituições modernas. Desse foco supremo de juridicidade emana o resto do direito em forma de decisões particulares. Atua em forma piramidal, impressionante monumento que atrai irresistivelmente a mirada para acima, para esse ponto focal de onde irradia toda a justiça.

³⁶⁶ Expressão de Lenio Streck utilizada no texto Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. Op. cit., p. 103.

Gerente) que acaba fazendo jus ao epíteto “boca-da-lei”³⁶⁷, ignorando a diferença entre texto e norma e a própria parametricidade formal e material da Constituição. É um modelo ordenador, esbarrando não raras vezes em seus próprios decisionismos, tudo para limitar o poder do Estado na garantia protecionista dos direitos individuais, exclusivamente. O direito-enquanto-sistema-de-regras o seduz constantemente, o que o leva a laborar diuturnamente através do apego exacerbado aos textos legais e a sua íntima convicção, crendo que as regras preveem todas as hipóteses aplicativas, desprezando o processo interpretativo.

Incorporando em sua gênese o ideal jurídico clássico, tal perfil jurisdicional tem em sua base de atuação o modelo de direito constituído através dos códigos, estruturado, como bem lembra François Ost³⁶⁸, a partir da formação piramidal de modelo kelseniano, onde cada norma deve ser analisada a partir de sua relação com a norma superior (a norma hipotético-fundamental kelseniana). O direito, nesse mesmo perfil, acaba definido sistematicamente a partir da recepção de validade de suas normas, que devem se relacionar (e esse é sua condição de possibilidade para o ingresso no plano da validade) com a norma fundamental não-positiva (Kelsen), onde o jurista deve descrever a organização em sociedade, a organização de poder, que assumindo uma forma escalonada culmina em uma Constituição, justificada pela norma suprema, a norma fundamental.³⁶⁹

O modelo jupiteriano, ainda segundo François Ost, engendraria quatro perspectivas de análise. Em primeiro lugar, a relacionada ao monismo jurídico, para a qual o direito adota a forma dominante da lei positiva acoplada aos códigos. Em segundo, a compreensão adstrita ao monismo político ou da soberania estatal, para o qual o processo de codificação supõe o resultado de um processo de identificação nacional e centralização administrativa. Em terceiro, a de que o movimento da codificação traduz uma racionalidade dedutivista e linear, onde as soluções particulares são resolvíveis a partir de regras gerais. Finalmente, a compreensão justificada a partir da constatação de que a codificação supõe uma concepção de tempo orientada a um futuro controlado, descansando sobre a crença do progresso e da história.³⁷⁰

Tais perspectivas auxiliam a compreender porque essa aparente neutralidade jurisdicional, intimamente relacionada à neutralidade estatal advinda do legado deixado pelo

³⁶⁷ É clássica, nesse sentido, a seguinte passagem de Montesquieu: “os juízes da nação não são nem mais nem menos que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem sobrepor-se a força e o rigor da lei mesma.” In: **El espíritu de las Leyes**. Op. cit., livro XI, VI.

³⁶⁸ Cf. OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. Op. cit., p. 173.

³⁶⁹ Cf. BARZOTO, Luis Fernando. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Op. cit., p. 644.

³⁷⁰ Cf. OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. Op. cit., pp. 174-175.

princípio da separação dos poderes³⁷¹, permitindo ao juiz a ilusão de ser irresponsável, traria reflexos, inevitavelmente, às instituições processuais, afinal de contas o ritualismo processual dá início a se justificar pelo próprio rito. Veja-se, aliás, que se está frente a um processo eminentemente escrito, protagonizado pelas partes, assumindo o juiz um papel eminentemente neutro.

O processo, agora seduzido pela ânsia de certeza promovida pelo racionalismo (onde tudo se matematiza, se geometriza), tornar-se-ia metodologicamente análogo a uma equação matemática, devendo propiciar ao magistrado, devidamente apoiado fase-a-fase pela ordinarização do rito, o alcance de uma verdade matemática. Para uma melhor compreensão do que se está a tratar, é necessário o enfrentamento das inúmeras teorias que formaram o contemporâneo conceito de ação processual, o que será realizado nas linhas que seguem.

2.3.1 A sede pela autonomização do direito processual civil e o banimento das ações materiais: as teorias da ação, o (derradeiro) distanciamento entre os planos do direito material e do processo e as raízes do componente antidemocrático do processo civil

O fenômeno que se denominou de *sacralização do procedimento ordinário*, caracterizado pela tentativa de supressão das formas de prestação jurídico-processuais que implicassem na sumarização de demandas, o que se deve a herança processual romano-tardia e a posterior sedimentação do rito ordinário pela filosofia do racionalismo e pela política do liberalismo, gerou, inegavelmente, uma verdadeira aversão da ciência processual aos juízos construídos sobre pilares da verossimilhança.

Esse fenômeno guarda uma íntima relação (talvez seja sua causa maior) com a forma como a *actio* romana foi trabalhada pela processualística contemporânea, haja vista que os interditos não foram considerados atos jurisdicionais – mas atos de poder – contribuindo decisivamente para que o processo de conhecimento simplesmente ignorasse os julgamentos liminares, as sentenças liminares. O próprio conceito de sentença, como ato final que decide (em ato de julgamento definitivo) sobre o reconhecimento ou não do direito invocado pelo autor, teria impedido a doutrina em conceber uma sentença liminar, posto que esta nunca poderia dizer o direito (tampouco satisfazê-lo).

Tais constatações merecem um maior aprofundamento, principalmente naquilo que se relaciona à evolução do direito processual civil, notadamente a partir de sua autonomização

³⁷¹ O que levou Karan a referir que a justiça “vivente” de Aristóteles teria sido transformada em um “ser inanimado” por Montesquieu, onde os juízes da nação não seriam mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei na qualidade de seres inanimados que não podem mitigar a força e o rigor da lei mesma. In: KARAN, Munir. **A função judicial**. Op. cit., p. 171.

(século XIX) e ao afastamento do processo do plano do direito material-constitucional (e ao caso concreto). Sobre isso, vale o alerta de Ovídio Baptista: “a separação entre direito e fato, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o direito, como ciência da compreensão, exista no fato, hermeneuticamente interpretado”.³⁷²

A partir do legado da jurisdição romano-canônica medieval, o aparecimento do direito processual como ciência autônoma deu-se no século XIX³⁷³, o que se deve ao amadurecimento do conceito de relação jurídica processual, tendo como pensador principal Oskar Vön Bulow com a publicação da obra **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**.³⁷⁴ Sobre o conteúdo da obra, adverte Ovídio Baptista que o mesmo confirmaria a tendência do direito processual para a abstração e a generalidade. Doravante o processo civil passaria a ser observado como uma ciência formada por conceitos e regras lógicas universais, contra a individualidade da análise de cada procedimento.

Passariam então o processo como ciência e o procedimento como praxismo a se defrontar.³⁷⁵ O interessante é que é justamente a discussão acerca das relações entre o direito processual e o direito material que fomentou a construção do que hoje se entende (dogmaticamente) por relação jurídica (autônoma) processual, principalmente porque para a processualística contemporânea (o que se pode verificar tanto em Carnelluti quanto em Calamandrei) as relações de direito material não passariam de categorias sociológicas, tese defendida principalmente por Salvatore Satta.³⁷⁶

Para Ovídio Baptista, Satta seria um defensor da teoria monista, chegando a advertir que segundo o processualista italiano a norma jurídica ou se concretiza na sentença ou se mantém abstrata nos códigos.³⁷⁷ Nas palavras do próprio Satta: “não há que se falar de proteção de um direito que não pode ser reconhecido pelo juiz”.³⁷⁸ Essa passagem justifica

³⁷² In: **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 36.

³⁷³ Aqui se inicia, no mundo contemporâneo, a fissura entre o direito processual e o direito substancial. Trata-se do momento em que a escola alemã, em uma controvérsia famosa sobre o alcance da *actio* romana, chegou a estabelecer certas distinções essenciais entre ação e pretensão, como logo se verá. Sobre o tema consultar: COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1949, p. 21.

³⁷⁴ Esta edição é argentina, tendo sido traduzida do original **Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen**, de 1868, por Miguel Angel Rosas, e publicada pela editora EJEJA em 1964.

³⁷⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 162.

³⁷⁶ Sobre o referido tema consultar: SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7ª edição. Tradução de Luiz Autuori. Pádua: Ed. Borsoi, 1973.

³⁷⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 02.

³⁷⁸ Cf. SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Op. cit., pp. 160-161.

porque o jurista italiano censurou a teoria dualista, já que qualquer direito, seja objetivo ou subjetivo, dependeria, para sua realização, da jurisdição, através do exercício da ação. O ordenamento, fora do exercício *in concreto* viabilizado pela ação, seria algo puramente abstrato.³⁷⁹

O resultado desse pensamento contribuiria consideravelmente para o afastamento entre procedimento e substância, processo e direito material, ao passo que as relações operadas no mundo da vida, no plano fático, somente teriam importância jurídica através do processo, do exercício da ação processual, negando uma categoria relacionada com a ação que não dentro do processo. Isso justifica porque, para o mesmo Satta, as ocorrências do mundo social somente são relevantes ao direito se o juiz assim o considerar! Logo, o ordenamento, sem a ação, seria mero *flatus vocis*!³⁸⁰

Toda essa problemática está relacionada aos seguintes fatores: a) à recepção, pelo direito moderno, do conceito de *actio* romana, que pelo menos até Oskar Vön Bulow não pertencia a uma categoria processual³⁸¹; b) a supressão das ações de direito material, o que faria com que o processualismo se concentrasse na abstração da ação processual, independente do direito subjetivo e de sua influência no desenvolvimento do processo. Ainda assim, o núcleo central do problema referente à ação processual está no fato de que seus primeiros pensadores entendiam que a mesma guardava uma íntima relação à *actio* romana, ou seja, a ação que até o século XIX não era permitida a quem não tinha direito.

Esse fenômeno traria reflexos para a construção do próprio conceito de jurisdição como hoje é conhecido e, da mesma forma, do processo enquanto instrumento de (para) efetividade dos direitos, local onde se plenipotencializou o processo de conhecimento e seu rito ordinário-plenário.

Diante desse quadro, já se pôde verificar que no direito romano do período clássico o resultado da invocação de determinado interesse em juízo guardava uma relação direta com a *actio* concedida pelo pretor, o qual exercia uma função baseada no poder de *imperium*. Disso se depreende que a *actio* romana tratava de um fenômeno de ocorrência no plano do direito material, o que acabou sendo transportado à seara processual através da hoje conhecida ação processual.

Essa ocorrência pode ser explicada, inicialmente, com Savigny (em sua teoria civilista da ação), que no século XIX afirmou que a *actio* nascia da violação de um direito, não do

³⁷⁹ Ibidem, pp. 163-164.

³⁸⁰ Ibidem, p. 62.

³⁸¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Op. cit., p. 31.

exercício desse direito (da *actio* em si) em juízo.³⁸² A teoria de Savigny pressupunha que na ação processual o interessado deveria perseguir o que lhe era devido, confundindo o exercício da pretensão de tutela pelo processo com o agir para obtenção da obrigação devida, explicando a ação processual através das ações procedentes.³⁸³

Bernhard Windscheid foi quem contestou a tese de Savigny. Para ele a *actio*, no direito romano clássico, pertencia ao campo do direito material, já que correspondia à qualidade de que é dotado um direito subjetivo³⁸⁴ ao tornar-se exigível, o que o jurista denominou “pretensão”.³⁸⁵ Consistia a *actio* a própria expressão do direito, e não o direito à tutela de outro direito (de agir), nascido da violação deste.

A perspectiva windscheidiana sobre a *actio*, como aduz Alvaro de Oliveira, partia de pura expressão autônoma do direito (da pretensão jurídica).³⁸⁶ Segundo o processualista gaúcho, a grande contribuição de Windscheid foi a construção do conceito de pretensão. Com efeito, sustenta o autor, a partir do legado de Windscheid, que “a pretensão torna-se, assim, o equivalente moderno da *actio*, e é considerada como uma situação substancial totalmente distinta da ação no sentido processual, não identificável com o direito subjetivo”.³⁸⁷

Windscheid, assim, identificou a pretensão à *actio* do direito privado romano, estabelecendo o conceito de pretensão diante da exigibilidade do direito subjetivo, fazendo crer que na relação processual existiria o exercício da *actio*.³⁸⁸ Segundo o romanista, se alguém exige de outra pessoa o reconhecimento da existência de alguma relação de direito ou de fato, está exigindo-lhe algo e, na medida em que se lhe concede tutela judicial, se lhe atribui *actio*, o termo para designar aquilo que se pode exigir de alguém. Logo, se a *actio* é a expressão do direito, deve a mesma impor-se através da atividade judicial.³⁸⁹

Calha registrar que a ação processual contemplaria um poder absolutamente independente do direito subjetivo, mesmo se invocada por quem não demonstrasse ter direito algum, o que o processualista gaúcho Fábio Cardoso Machado encontrou em algumas

³⁸² Consultar, sobre o tema, a obra de Savigny intitulada **Sistema del derecho romano actual**. Tradução do alemão para o espanhol por M. CH. GUENOX. Madrid: Ed. F. Góngora y Cia., 1878.

³⁸³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento, 7ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, p. 80.

³⁸⁴ O qual pode ser definido o poder de exigir de outrem determinado comportamento, desde que haja respaldo, para tanto, do sistema jurídico. Cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. In: **Revista de Processo**, nº 47. Ed. TR, 1987, pp. 109-123.

³⁸⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Op. cit., p. 29.

³⁸⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.

³⁸⁷ Ibidem, p. 25.

³⁸⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 16.

³⁸⁹ Cf. WINDSCHEID, Bernhard. La *actio* del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. WINDSCHEID y MUTHER. In: **Polemica sobre la “actio”**. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJE, 1974, pp. 07-12.

passagens de Giovanni Pugliese.³⁹⁰ Isso explica porque o que se passou a denominar de pretensão tomou o lugar do que se conhecia por *actio*, ambiente em que o direito subjetivo perdeu sua dinamicidade, caracterizada justamente pela realização independentemente da vontade do obrigado.³⁹¹

Todavia, é justamente nesse ponto, o que leva a se discordar da afirmativa de Alvaro de Oliveira, que se iniciaria o afastamento dos planos do direito material e processual, ao passo que o reconhecimento de um direito dependeria da declaração jurisdicional a respeito, núcleo da teoria monista, para quem só há direito quando o juiz assim o declara. A referida discordância perpassa, obrigatoriamente, pelas noções de pretensão, direito subjetivo e ação de direito material. Isso porque – o que ao fim demonstra a incompreensão da teoria de Pontes de Miranda, a que aderiu Ovídio Baptista e outros – tais categorias são extremamente interessantes para que se possa explicar o estado da arte do processo civil de que se dispõe atualmente, principalmente a partir da verificação de que a ação de direito material e a ação processual estão em planos absolutamente distintos em meio a evolução do processo.

O objetivo em aprofundá-las, além de valorizar a autonomia do direito material, também se justifica para demonstrar que a função jurisdicional – ao contrário do pretendido pela concepção liberal-burguesa, em que o juiz atuaria como mero reproduzidor da lei –, não se pode limitar ao pronunciamento da sentença que compõe o litígio, mas a própria realização (satisfação) desse direito. O problema, como alerta Ovídio Baptista, está em que o Estado, para realizar o direito, tem antes que averiguar sua existência, baseando-se naquilo que o titular afirma ter sido violado, o que também implica na confusão da processualística em explicar os fenômenos da ação processual (direito subjetivo público) e do exercício de um direito por meio da “ação”.³⁹²

Essa é igualmente a confusão, no trato da evolução do conceito de ação processual, da existência de um direito subjetivo processual, exercível através da ação processual, e do exercício do direito subjetivo (*status* jurídico de que goza seu titular) por meio da ação material (esta, não-processual).³⁹³ Merece aplauso o alerta de Fábio Cardoso Machado, no sentido de que a ação de direito material, posição a que a presente tese se filia, é uma categoria que realmente pode restabelecer o perdido vínculo entre o direito material e o

³⁹⁰ Cf. MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006, pp. 143-144.

³⁹¹ Idem, ibidem.

³⁹² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., pp. 72-74.

³⁹³ Idem, ibidem, p. 63.

processo.³⁹⁴

O direito subjetivo relacionado ao plano do direito material (o qual não se confunde o direito subjetivo público de invocar a tutela jurisdicional por meio da ação processual) corresponde a uma técnica legislativa pela qual se torna efetivo o enunciado contido em dada norma jurídica. Ao contrário da ação (agir pessoal do titular da pretensão), trata o direito subjetivo de um estado, pelo qual o seu titular tem a possibilidade de exercer ou não o poder que a lei lhe confere. Sua existência não significa necessariamente sua exigibilidade, tampouco que seu titular está obrigado a exigí-lo efetivamente para que se realize. Todavia, quando o direito subjetivo adentra no plano da dinamicidade, o que ocorre, por exemplo, quando determinada dívida resta vencida, nasce a possibilidade de sua exigibilidade, a qual dá-se o nome de pretensão.³⁹⁵

Ter pretensão não significa exigir efetivamente, mas sim o simples estado de poder exigir. É o que, parafraseando Ovídio Baptista, potencializa o direito subjetivo.³⁹⁶ Quando, todavia, essa potencialidade é efetivamente exercida, ainda no plano do direito material, está-se diante do desenvolvimento de uma ação pelo titular da pretensão, o que depende, inevitavelmente, da conduta do obrigado à sua (da pretensão) satisfação. Caso contrário, ocorreria o nascimento da ação de direito material, por meio do qual o titular, por suas próprias forças, realizaria o direito subjetivo que lhe serviu como fundamento³⁹⁷, independentemente de qualquer atividade voluntária do obrigado.³⁹⁸

O interessante é que nisso nada há de abstrato, característica presente, contudo, na ação processual moderna, local onde se assumiu a função, através do processo de conhecimento sob o rito ordinário, de garantir que todos possam alegar a possibilidade de agir contra outrem, permitindo ao titular de um direito subjetivo que consiga agir materialmente para a satisfação do direito.³⁹⁹ Daí a pergunta: como então a ação processual moderna teria substituído a *actio* romana, uma vez que representam fenômenos absolutamente distintos?

Insta salientar que o referido “agir para satisfazer” (a ação de direito material) raramente é permitido nos sistemas modernos, o que se intensificou a partir do momento em que o Estado chamou para si o monopólio da jurisdição. Justifica-se, por isso, trazer à tona a seguinte passagem da obra de Ovídio Baptista: “quanto mais o Estado alargou, através da

³⁹⁴ In: “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. Op. cit., p. 140.

³⁹⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 64.

³⁹⁶ Ibidem, p. 65.

³⁹⁷ Ibidem, p. 66.

³⁹⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Op. cit., p. 20.

³⁹⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Op. cit., pp. 161 e seguintes.

história, o seu campo de atividades e ampliou o monopólio da jurisdição, proibindo a realização privada do direito, tanto menor passou a ser a possibilidade de exercer-se a ação de direito material sem a invocação da proteção jurisdicional”.⁴⁰⁰ E do monopólio da jurisdição pelo Estado deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida contra o próprio Estado, para que este o realize em lugar do titular.⁴⁰¹

O problema central dessa temática reside no fato de que ao longo da história processual moderna todas as formas de ação de direito material (o exigir para a realização do direito) foram paulatinamente se convertendo em ações processuais (em procedimentos ou formas de tutela processual), que, por sua vez (e aí está realmente o núcleo do problema), limitaram-se a certificar a existência do direito, não a sua realização (satisfação), indo de encontro ao próprio substrato da ação de direito material, que a seu turno se referia a uma atividade (coercitivamente) realizadora, independente da vontade do obrigado.⁴⁰² O processo de conhecimento, através da ritualização fase-a-fase ordinária, seria o local do exercício dessa ideologia; um instrumento declarativo que condicionaria a realização do direito a um segundo momento: o processo de execução.

Antes disso, classicamente não se pretende qualquer atividade; não se consuma a prática de nenhum ato que se realize no mundo da vida, no mundo nos fatos. O juiz diz o direito, sem nada fazer.⁴⁰³ O interessante é que tal fenômeno também explica a aversão do processualismo moderno pelo que é provisório, ou pelas medidas antecipatórias, consideradas processuais, nunca de mérito. Incapazes, portanto, de interferir no plano do direito material.

Esse é justamente o compromisso do direito com o normativismo, matriz que o absorveu impiedosamente desde Hobbes. Tudo à construção do mundo industrial, o que dependeria de uma vida humana segura, inconcebível com incertezas, o que só o processo de conhecimento e sua ordinariedade poderiam garantir, já que produtores de juízes de certeza através da prática do contraditório prévio e da produção probatória exauriente. Assim é que o processo civil sedimentaria o sonho racionalista. O sonho da exatidão, da demonstração, da lógica e da verdade absoluta.

Partindo-se, então, da lição de Ovídio Baptista, cuja tese foi desenvolvida primeiramente por Pontes de Miranda, é possível concluir que em cada processo há duas ações: uma dirigida contra o obrigado (a de direito material), outra contra o Estado (a

⁴⁰⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., pp. 68-69.

⁴⁰¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação**. Op. cit., p. 20.

⁴⁰² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 70.

⁴⁰³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito Material e Processo**. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Op. cit., p. 57.

processual), a quem incumbe principalmente a declaração (certificação) do direito⁴⁰⁴, não a realização da ação de direito material, seu principal objetivo!

Dessa forma, o que se deu ante a eliminação, pelos sistemas europeus (principalmente os da tradição do direito escrito), dos conceitos de pretensão e de ação de direito material (que cederam lugar à ação processual), foram-se afastando, por via indireta, os planos do processo e do direito material, já que àquele (que perdeu o caminho ante ao banimento da ação de direito material) cumpriria a simples certificação da existência deste, recusando que a função principal do processo é a realizar ações correspondentes a direitos, sequela cultural do paradigma racionalista que via o juiz como oráculo da lei e descobridor do sentido (único) do texto positivado, o que ainda contribuiu para a identificação da jurisdição ao processo de conhecimento, reduzido a mera declaração de direitos, onde há apenas a ação abstrata, independente do direito material.

Corroborar essa constatação o aduzido por Guilherme Rizzo Amaral: “a atividade praticada pelo juiz, na sentença, não se equipara àquela que poderia ser exercida pelo particular na ausência de vedação à autotutela. A declaração do juiz, na sentença de mérito transitada em julgado, dá certeza jurídica à existência ou inexistência da relação de direito material, adquirindo autoridade e o selo da imutabilidade”.⁴⁰⁵ De certa forma ela explica porque a atividade jurisdicional (tal como se demonstrou na perspectiva liberal-jupiteriana) tem se limitado, no processo de conhecimento, à certificação da existência do direito, não à sua realização, o fazendo através da uniformização do procedimento e das técnicas processuais. Com efeito:

[...] ora, se não é possível afirmar a existência do direito antes do contraditório, muito menos se poderá admitir a ação material já no início da demanda. Sua existência só poderá ser averiguada no final do processo, com o trânsito em julgado da sentença, quando então se confundirá com a eficácia da própria sentença.⁴⁰⁶

Dessa passagem é possível entender como a racionalidade moderna e sua ânsia pela descoberta (declaração) de verdades eternas através de orientações lógico-dedutivas elevaria a ritualística processual através da sedimentação do processo de conhecimento e sua ordinariade, ignorando o exercício da ação de direito material concomitantemente com a ação processual⁴⁰⁷, rompendo com o mundo prático, com o mundo da vida, já que o

⁴⁰⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. Op. cit., p. 21.

⁴⁰⁵ In: A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Op. cit., p. 124.

⁴⁰⁶ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O problema da eficácia da sentença. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Op. cit., p. 47.

⁴⁰⁷ Cf. MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual: uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Op. cit., p. 136.

importante estava em atingir o mais alto grau de certeza e segurança jurídica numa prática processual fase-a-fase, exauriente e declaratória (não-realizadora).

Assim é que deixou de lado a verdadeira essência da função jurisdicional, qual seja, a realização do direito material que o Estado impediu que se fizesse pela via privada.⁴⁰⁸ Tal realização, e isso interessa e muito à presente tese, depende de que o processo seja submetido a locais de prestação jurisdicional adequados ao direito correspondente, o que representa ir além da certificação de sua existência. Todavia, não foi isso o que ocorreu no desenvolvimento da ação processual. Ao contrário, apostou-se no tecnicismo⁴⁰⁹, notadamente no século XIX, onde alguns processualistas, como logo se verá, levaram o processo civil a trilhas tortuosas, especialmente ao desconsiderar que os planos do direito material e do processo, ainda que diferentes, não poderiam ser cindidos.

O processo civil do século XXI, ao contrário do que restou verificável no período liberal-burguês, necessita de um agir jurisdicional que sobreleve justamente o direito subjetivo (material-constitucional) posto em juízo, diante de uma hermenêutica crítica no instante da aplicação (e posterior satisfação do direito). Para tanto, obrigatoriamente haverá de romper com o ranço positivista que insiste em se fazer presente na prática processual oriundo principalmente da universalização do método ordinário, reduzindo a jurisdição a uma atividade declaratória de direitos, o que revela o compromisso do processual civil a uma atuação jurisdicional irresponsável e antidemocrática.

O processo de hoje, a partir do direito de hoje, parafraseando Antonio Nedel, deve corresponder com as expectativas essencialmente humanas de uma ordem social acima de tudo justa, onde a justiça deve sim estar presente em cada ato da *praxis* processual, materializando-se tanto na sentença⁴¹⁰ quanto em sua realização, ideário que no Estado Democrático de Direito está diretamente relacionado à superação de alguns dogmas processuais. A condição de possibilidade está em compreender que o direito, assim como o processo civil, notadamente após o segundo pós-guerra, assumiram um caráter hermenêutico.

E a própria hermenêutica (aqui, filosófica) auxiliará a desmitificar a tese da

⁴⁰⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. Op. cit., p. 23.

⁴⁰⁹ Para Candido Rangel Dinamarco, visão a que se vai de encontro no presente trabalho, o referido tecnicismo verificável em pleno século XIX haveria desaparecido, o que teria ocorrido com Oskar Vön Bulow ao proclamar a existência de uma relação jurídica diferente da jurídico-material envolvente aos litigantes. Mesmo ciente do contributo de Bulow, para este trabalho é justamente a hipostasiação de sua teoria a maior responsável pela eliminação dos juízos sumários e pela universalização da ação ordinária (na contemporaneidade) como apta ao alcance da verdade processual. Sobre a obra de Dinamarco, consultar: **Fundamentos do processo civil moderno**. Op. cit., pp. 727-728.

⁴¹⁰ Cf. NEDEL, Antonio. **Uma tópica jurídica**: clareira para a emergência do Direito. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 14.

possibilidade de separação, em processo, das estruturas de produção, interpretação e aplicação do direito, demonstrando que é possível, a partir das noções de ser-no-mundo viabilizada pela linguagem, ter acesso ao próprio mundo do direito, da vida e dos fatos.⁴¹¹ O processo de atribuição de sentido, como se verá mais adiante, assumirá um lugar de destaque nessa construção.

Antes de aprofundar a relação entre processo e hermenêutica, cumpre retornar a construção do que hoje se conhece por ação processual, o que irá justificar o porquê de se ter afirmado que o processo civil trilhou caminhos tortuosos a partir do século XIX. Nesse sentido, como se viu, tanto a pretensão (a possibilidade de exigibilidade de um direito) quanto a ação de direito material (a efetiva exigência do direito) acabaram paulatinamente sendo substituídas pela ação processual. Enquanto no direito romano ter *actio* é ter direito material, o conceito de ação processual, após Wach, Plósz, Degenkolb, Bulow e outros, foi adaptado à formação do processo civil como uma ciência autônoma, o que se deu a partir da preocupação de Bulow com o estudo da relação processual, poucos anos após a polêmica entre Bernhard Windscheid e Theodor Muther.⁴¹²

A confusão acima descrita entre exercer a ação no plano processual e o exercício da ação de direito material deve-se, como já referido, principalmente a Bernhardt Windscheid⁴¹³ e a forma como concebeu o conceito de pretensão, ainda que para ele a *actio* romana encontrava-se no plano do direito material. A partir de Windscheid é que a processualística confundiu o exercício da pretensão a tutela do Estado através do processo e a ação de direito material (e o plano do direito material), passando a sobrelevar a ação processual.

Isso porque, para Windscheid, na relação processual dá-se o exercício da *actio*, local onde a pretensão será reconhecida se a sentença for de procedência.⁴¹⁴ Segundo Ovídio Baptista, a partir de então a doutrina processual teima em “ver o processo com a doutrina da unidade do ordenamento jurídico, porque os que o fazem limitam-se a ver o direito através do processo ou, negando o processo, trabalham nele com as categorias do direito material. Procuram encontrar as ações e pretensões de direito material no curso de uma relação processual”.⁴¹⁵

O maior reflexo do pensamento de Windscheid ao processo civil reside no fato de que

⁴¹¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op. cit., p. 179.

⁴¹² Para uma maior aprofundamento sobre a discussão teórica acerca do direito de ação consultar: PUGLIESE, Giovanni. **Introduzione a la polemica intorno all'actio**. Florença: Ed. Sansoni, 1954.

⁴¹³ In: **La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual**. Op. cit.

⁴¹⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Op. cit., pp. 16-17.

⁴¹⁵ Idem, ibidem, p. 62.

a doutrina a partir de então passou a entender que antes da sentença não seria possível haver ação de direito material (logo, não poderiam ser concedidas decisões realizadoras sobre o mérito fulcradas em juízos de verossimilhança) reduzindo o fenômeno jurisdicional à *iurisdictio*, o que corrobora o pensamento de Salvatore Satta – sintetizado por Ramos Méndez – para quem só haverá direito quando o juiz assim o determinar (declarar) em sentença.⁴¹⁶

A processualística, após o legado de Windscheid e também Savigny (para quem a ação seria o agir de quem tem direito, o agir de quem, no plano processual, tivesse a demanda declarada procedente)⁴¹⁷, continua a pensar o direito material em sua existência somente quando submetido a um procedimento judicial definitivo, através do qual o juiz assumiria a função de simplesmente declarar sua existência.

O direito material, nesse contexto, acabou relegado a uma segunda coisa, já que se condicionou a declaração, pelo juiz, no processo de conhecimento. A principal causa disso está em que Windscheid foi impreciso em identificar a pretensão com a *actio* do direito privado romano, referindo que se exerce a *actio* quando se pugna pela tutela processual.⁴¹⁸ Ao identificar o conceito de pretensão à *actio* romana, Windscheid manteve-se fiel às fontes do direito privado romano que reduziam a jurisdição apenas a atividade do *iudex*, não do pretor, identificando uma jurisdição relacionada ao procedimento de ações processuais, não de interditos.

Destituída do poder de *imperium*. Constituída, ao contrário, pela função (única) de declarar o direito material. Tal ideário sustenta a abstrata e formal divisão das ações em conhecimento, execução e cautelar, as quais se estruturam a partir da separação entre direito enquanto norma e fato enquanto mera consequência da transgressão daquela.⁴¹⁹ Sobre o tema, Ovídio Baptista diz que

[...] as ações modernas, fiéis ao conceito romano de *actio*, só podem produzir declaração ou, no máximo, constituição. O “resto” é apenas consequência *externa* ao ato jurisdicional. Seu conteúdo seria exclusivamente declaratório – nas sentenças declaratórias e condenatórias – ou declaratório e constitutivo nas ações constitutivas.⁴²⁰

Em meio a isso, a caminhada em direção à autonomização do direito processual civil

⁴¹⁶ Cf. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **Derecho y proceso**. Barcelona: Ed. Bosch, 1978, pp. 108-110.

⁴¹⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 168.

⁴¹⁸ In: **La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual**. WINDSCHEID y MUTHER. Polemica sobre la “actio”. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJEJA, 1974, pp. 11-12. Na doutrina nacional, consultar: Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Op. cit., p. 25.

⁴¹⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., pp. 174-183.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 183.

seria reforçada com as teses de Adolf Wach⁴²¹ (teoria do direito concreto de ação), Plósz e Degenkolb⁴²² (teoria do direito abstrato de ação). Este último afirmou ser a ação um direito autônomo outorgado a todos quantos invocassem o direito de acesso aos tribunais, independentemente da lei conferir ao interessado algum direito subjetivo material.⁴²³

O agir do interessado perante o Tribunal independeria do fato de ter ou não razão, o que não comprometeria o acesso ao órgão judiciário pugnando por uma sentença favorável. O direito de comparecer em juízo nunca lhe seria tolhido.⁴²⁴ Teria ação processual aquele que viesse a juízo juridicamente amparado por algum direito, ou até mesmo quem não demonstrasse ter direito algum, o que se justifica ante ao fato do direito à ação processual não estar relacionado ou depender de algum direito subjetivo material. Um direito abstrato a todo que invocasse a proteção jurisdicional.⁴²⁵

Antes dele, Wach já havia considerado o direito de ação em relação a sua autonomia⁴²⁶, demonstrando que a mesma não poderia nem deveria se dar por outra via senão a do processo.⁴²⁷ Definiu o direito de ação como um direito subjetivo público pertencente a quem tem razão, pretendendo terminar com a unidade entre o direito material e o direito processual.⁴²⁸ Foi pioneiro a demonstrar que a ação processual não seria o próprio direito material em sua reação contra a violação, ou o local onde se devia buscar aquilo que era devido ao interessado, que poderia, ao contrário, postular uma condição de não-devedor de alguém. O interesse do autor poderia objetivar uma declaração positiva ou negativa.⁴²⁹

Assim, para Wach, idealizador da teoria do direito concreto de ação, poderia haver uma pretensão processual em que o interessado solicitasse uma declaração negativa, no sentido de que nada devia a ninguém, destituída, logicamente, de uma relação de direito material que lhe desse suporte. Essa teoria sedimentaria a pesquisa de outro jurista alemão, Oskar Vön Bulow, o qual entendia necessário estudar, para além da relação de direito material, a relação de direito processual, uma relação de direito público constituída entre o

⁴²¹ Consultar, a respeito, a seguinte obra: WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1977.

⁴²² Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. Op. cit., p. 52.

⁴²³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 84.

⁴²⁴ Cf. COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Op. cit., p. 22.

⁴²⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 84.

⁴²⁶ Segundo Willis Guerra Filho a autonomia do direito processual civil estaria relacionada ao seu caráter dinâmico, dada a própria natureza do processo em razão de um desenvolvimento contínuo e progressivo; uma série concatenada de atos processuais. In: **Fundamentos do procedimento ordinário**. Op. cit., p. 08.

⁴²⁷ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. Op. cit., p. 39.

⁴²⁸ Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Op. cit., p. 31.

⁴²⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 189.

autor e o Estado, a quem efetivamente dirigia a ação processual.⁴³⁰

Giuseppe Chiovenda, um dos juristas de maior relevo na processualística contemporânea, teria aderido à tese de Wach ao afirmar que a ação processual se referia a um direito (potestativo) especial por meio do qual se realizava a vontade da lei.⁴³¹ Já Carnelutti teria se aproximado a Plósz e Degenkolb.⁴³² Essas doutrinas são as responsáveis pela identificação entre *actio* e ação processual, ao passo que ter ação era ter direito, embora a ação fosse um direito autônomo.⁴³³ Chiovenda chegou a afirmar que o processo faria surgir um direito novo, submetido a uma relação processual⁴³⁴, o que contribuiria decisivamente para o condicionamento do direito à sua declaração em processo.

Diante do que se relatou, a partir de Savigny, Windscheid, Plósz, Degenkolb, Wach e finalmente Bulow, o processo civil foi levado a novos rumos. Com o último, ganhou força o estudo da relação jurídica autônoma processual através dos pressupostos que lhe dão origem e das regras (procedimento) pelas quais se desenvolve. Dessa construção nasceria a teoria de base sobre a qual o processo civil contemporâneo brasileiro está assentado. Trata-se da teoria eclética da ação processual, idealizada por Enrico Tullio Liebman.

Para o renomado jurista italiano o direito de ação é exercido contra o Estado, cujo movimento se dá através da ação processual, independentemente do autor ter ou não razão naquilo que busca. Ter ação é exercer a jurisdição.⁴³⁵ Contudo, o exame do mérito (que é o exame do próprio direito subjetivo material, correspondente ao exercício da atividade jurisdicional) somente se daria quando certas condições e pressupostos processuais estivessem preenchidos. Assim é que o direito de ação, em Liebman, guarda relação a um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito na obtenção a cada interessado que dele se vale, de uma sentença de mérito.⁴³⁶ É fácil perceber como o referido exercício da ação independeria da existência do direito material, dada sua subordinação ao exame das chamadas condições da ação e pressupostos processuais.

A teoria liebmaniana condiciona o exame de mérito (donde se extrairia, repita-se, a “essência” atividade jurisdicional) à verificação de tais condições e pressupostos, sendo principalmente estes últimos relacionados à regularidade do procedimento, restando visível

⁴³⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., pp. 80-81.

⁴³¹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. Op. cit., p. 197.

⁴³² Cf. COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Op. cit., p. 24.

⁴³³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 170.

⁴³⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. Op. cit., p. 139.

⁴³⁵ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **L'azione nella teoria del processo civile**. In: Problemi del processo civile. Milão: Ed. Morano, 1962, pp. 40-47.

⁴³⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 87.

sua (do procedimento) hipostasiação diante da abstração na desnecessária vinculação entre ação processual e agir conforme o direito.⁴³⁷ Essa construção teórica contribuiu decisivamente para o distanciamento dos sistemas processual e material, os quais, ainda que interligados pela dita teoria, cindiram-se de forma a tornar extremamente supérflua uma comunicação capaz de transportar o processo civil a uma posição realmente preocupada com a satisfação do direito subjetivo discutido.

A supracitada hipostasiação procedimental está calcada na supervalorização, tanto pelo sistema processual quanto pela atuação jurisdicional, do respeito principalmente ao desenvolvimento (que deve ser lógico) do *iter* processual e ao preenchimento das condições da ação, fazendo com que a substância inerente a cada procedimento acabe relegada a um segundo plano. Isso porque, segundo a dita teoria, em havendo a ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação a sentença a ser proferida pelo magistrado não poderá julgar o mérito da causa, devendo proferir sentença terminativa. Isso faz lembrar James Goldschmidt, para quem

[...] é evidente que a peculiaridade jurídica do fim do processo determina a natureza do efeito de cada ato processual. Mas nenhum constitui uma relação jurídica, e o objeto comum a que se referem todos os atos processuais, desde a demanda até a sentença, e que na realidade constitui a unidade do processo, é seu objeto: o direito subjetivo material que o autor faz valer.⁴³⁸

Assim, nada tem de jurisdicional, segundo Liebman (e o atual código de procedimento), o ato do juiz que recusa o julgamento de determinada demanda em caso de ausência de um pressuposto ou de uma condição da ação, do que decorre que a ação é o direito à sentença de mérito.⁴³⁹ Eis o equívoco da teoria. Tome-se, a exemplo do que se está a sustentar, a atual fase de saneamento no processo. Ela guarda uma posição interessante no fenômeno do afastamento entre os planos do direito processual e do direito material, ainda que Liebman e alguns de seus sucessores em *terra brasilis*⁴⁴⁰ tenham defendido a existência de certas condições para o exercício da ação. As mesmas, segundo Liebman, em nada se assemelhariam ao mérito da causa. O próprio Chiovenda chegou a dizer que ao juiz não é dado penetrar numa relação jurídica (mérito) em que faleçam as condições da ação.⁴⁴¹

O pequeno espaço destinado ao seu estudo na maioria dos livros de doutrina processual pode ser encarado como um reflexo da pouca relevância que lhe é conferida no

⁴³⁷ Idem, ibidem, p. 88.

⁴³⁸ In: **Principios Generales del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 25.

⁴³⁹ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e julgamento de mérito**. Estudos sobre processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. Bushatsky, 1976, pp. 122-128.

⁴⁴⁰ Por todos, consultar: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª edição. Campinas: Ed. Bookseller, 2000, pp. 65 e seguintes.

⁴⁴¹ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. Op. cit., p. 421.

atual estágio do processo civil. A bem da verdade, a insignificância com que é tratado guarda relação com o comprometimento do processualismo moderno ao paradigma liberal de Estado e de Direito, o que demanda, em pleno século XXI, uma releitura que, dentre outras coisas, trabalhe com a inversão do tempo em processo civil. Isso porque um saneamento bem realizado onera o demandado em sua missão desconstitutiva. Já em sentido contrário, aproxima o demandante do plano da satisfação do direito.

O problema central está em que a doutrina processual, seguindo o mesmo movimento que banuiu as ações de direito material, insiste em negar que é possível, ainda no despacho saneador, ocorrer decisão sobre o mérito da causa. E mais: que o exame das condições da ação é indissociável do exame de mérito. Esse dualismo metafísico entre o mérito da causa e as referidas condições, enquanto condições de possibilidade ao alcance do próprio mérito, revela um dos muitos indícios que levaram o direito processual civil a manter-se diante do esquema sujeito-objeto da filosofia da consciência e de seu corolário método subsuntivo.⁴⁴² Isso porque ontologicamente não há diferença entre ambos. A própria figura do saneamento auxilia na compreensão de que as condições da ação fazem parte da relação de direito material, o que é praticamente desconsiderado pelo processualismo moderno.

Uma das obras mais relevantes sobre o tema saneamento foi escrita ainda na década de cinquenta pelo processualista gaúcho Galeno Lacerda. Para ele, com a fase de saneamento tem o juiz a possibilidade de ordenar o suprimento de vícios sanáveis, evitando que se realizem atos e despesas inúteis, preparando o processo para a instrução e sentença. Uma decisão proferida logo após a fase postulatória, onde o juiz nega ou admite a continuidade da ação, dispondo, se necessário, sobre a correção de tais vícios insanáveis.⁴⁴³ Proporciona assim um verdadeiro corte de sumarização material na demanda, impedindo dilações procrastinatórias, seja em razão da futura produção probatória e na delimitação de seu objeto, seja no que respeita as próprias providências a serem tomadas pelo juiz em relação a sequência do procedimento.

Seu desiderato é adstrito à verificação da regularidade do procedimento e da legitimidade da relação processual através, respectivamente, do exame dos pressupostos processuais e das condições da ação⁴⁴⁴, os quais, cumpre destacar, Liebman referiu não se

⁴⁴² O método da subsunção, em suma, teria relação com a operação do julgador em adequar a regra legal ao fato específico. No processualismo contemporâneo, um dos principais defensores dessa operação lógica é Pedro Aragonese Alonso, principalmente na obra **Proceso y derecho procesal**: introducción. Op. cit., pp. 808-810.

⁴⁴³ Cf. LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3ª edição. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1985, pp. 06-07.

⁴⁴⁴ Os primeiros, utilizando-se da perspectiva de Galeno Lacerda, realizam-se sob o aspecto subjetivo e objetivo. O grupo subjetivo comporta pressupostos que se relacionam às partes e ao juiz. Às partes se ligam a capacidade processual (de ser parte e estar em juízo), a capacidade postulatória e a regularidade no litisconsórcio. Ao juiz, a

confundirem com o exame de mérito da ação.⁴⁴⁵ Galeno Lacerda alertou sobre a importância do conhecimento das condições da ação no despacho saneador. Que o juiz, em tal fase, devesse perquirir se o pedido do autor é juridicamente possível; se o autor é realmente titular de uma relação jurídica de direito material e se o réu seria o sujeito passivo dessa relação; ainda, se o autor age com interesse real, se existe conflito ou possibilidade de conflito entre os interesses em jogo.⁴⁴⁶

A partir da premissa de que o exame das condições da ação deve se dar principalmente na fase de saneamento, a processualística contemporânea, diretamente influenciada por Liebman, é fiel à concepção de que em caso de ausência de uma das condições da ação deve o juiz proferir sentença terminativa. Observe-se como o processualista italiano seguiu a tradição processual romano-tardia no sentido de que as decisões sobre o mérito somente podem se dar em sentença (definitiva). Nesse diapasão, em razão da impossibilidade liebmaniana em se associar as condições da ação ao exame de mérito é que o sistema processual civil vigente foi construído, tendo previsão expressa pelo artigo 267, VI, do código de procedimento.

Escreve Galeno Lacerda, referindo-se ao juiz quando da construção do ato de saneamento: “se julgar inexistente as condições da ação, referentes à possibilidade jurídica e à legitimação para a causa, proferirá sentença de mérito, porque decisória da lide”.⁴⁴⁷ Segundo o processualista gaúcho, se o autor tem rejeitado o pedido que realiza, por exemplo, em razão de alguma impossibilidade jurídica, o juiz inegavelmente julgará, nesse caso, o mérito do pedido. Daí o questionamento: julgar negativamente o pedido não seria julgar o conflito? A sentença não seria rigorosamente de mérito?⁴⁴⁸ Realmente procede a angústia de Galeno Lacerda. Não há como considerar condições da ação e mérito como elementos cindidos na perspectiva processual. Não é possível, ontologicamente, apontar diferenças concretas entre

jurisdição, a competência e a insuspeição. O segundo grupo de pressupostos, ditos objetivos, dividem-se em externos e internos. Os externos guardam relação à verificação da coisa julgada, da litispendência e do compromisso (juízo arbitral). Os internos à regularidade do próprio *iter* processual no que respeita à subordinação do procedimento às normas legais. Já as condições da ação, segundo o mesmo Galeno Lacerda, são requisitos de legitimidade para o exercício da relação processual. Constituem, para o jurista, o título do direito de agir, o fato gerador do direito. Revela-se indispensável que o pedido do autor tendente à satisfação de seu direito se revista de possibilidade jurídica, legitimação e interesse. Cf. LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Op. cit., pp. 60 e seguintes.

⁴⁴⁵ Para um maior aprofundamento consultar: LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e julgamento de mérito**. Estudos sobre processo civil brasileiro. Op. cit.

⁴⁴⁶ Cf. LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. Op. cit., p. 81.

⁴⁴⁷ In: **Despacho Saneador**. Op. cit., p. 82.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, pp. 86-87.

ambos. Como ensina Hommerding em relação ao tema, “não há como separar o inseparável ou distinguir o que não pode ser distinguido”.⁴⁴⁹

Mesmo assim, tendo-se em vista o estado da arte do processo, quando determinada decisão apontar pela ausência de uma das condições da ação não fará jus ao grupo dos atos jurisdicionais, devendo o juiz declarar o autor carecedor da ação, sem adentrar no mérito da causa. Para Liebman, tal ato constituir-se-ia em mera premissa necessária para o exercício jurisdicional.⁴⁵⁰ Liebman entende que o direito de ação é absolutamente correlato ao direito a uma sentença de mérito!

A vinculação do sistema à teoria eclética da ação processual, que resume estruturalmente o ideário liebmaniano, para o qual a sentença que declara o autor carecedor de ação por falta de uma das condições da ação não decide o mérito, fomenta um imaginário processual em que a demanda postulada pelo autor na petição inicial pudesse ter seu mérito num segundo processo, ou até mesmo na lide de outrem. Assim não há que se falar em outra ação senão a de direito material, oriunda de uma sentença de procedência, e a oriunda do direito constitucional de petição, em que o sujeito passivo é o Estado.⁴⁵¹

Por essas e outras é que a estrutura das condições da ação, nos termos em que defendida pelo processualismo contemporâneo, aliada ao modo como o dogmatismo processual legal as esquematiza, nesse ponto alimenta a figura de um juiz passivo, de visível neutralidade, descompromissado para com o direito material levado a juízo. De um juiz que labora aprisionado à ideologia liberal.

Alguns exemplos podem ser traçados em relação ao tema. Num processo em que o locador ajuíze ação de despejo contra outro morador do prédio locado que não o inquilino, com o qual não guarda qualquer vínculo contratual, como sustentar que o juiz, ao reconhecer a ausência de legitimidade passiva, não esteja a decidir sobre o mérito da causa, tendo-se em vista que seu pedido será viciado justamente em razão da falta de aptidão daquele que o pede? Como admitir que o mesmo pedido seja realizado entre as mesmas partes em demanda subsequente? Da mesma forma, ao pugnar o autor a cobrança de dívida oriunda da prática (ilícita) do conhecido “jogo do bixo”, sobrevivendo sentença que reconheça a impossibilidade jurídica do pedido, não estará o juiz a negar-lhe justamente o pedido, cerne do mérito da

⁴⁴⁹ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007, p. 192.

⁴⁵⁰ Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e julgamento de mérito**. Estudos sobre processo civil brasileiro. Op. cit., p. 129.

⁴⁵¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 95.

causa? Não se estará, com isso, blindando a possibilidade de que tal pedido seja novamente realizado?

Compreendendo-se que a decisão acerca da ausência de uma das condições da ação é uma decisão de mérito, e que tais elementos, ainda que diferentes, não podem ser cindidos, a conclusão não pode ser outra: naquele caso haverá, após o trânsito em julgado, a formação da coisa julgada material, o que acabará resguardando o foro da própria integridade do direito material discutido. Vale dizer, no exemplo em que o locador ajuizou ação contra suposto ilegítimo, não há como expressar-se o mesmo pedido entre as mesmas partes noutra ação. A matéria, dentre eles, já estará julgada.

Assim, tanto a investigação acerca da evolução do conceito de ação processual quanto o exemplo da fase de saneamento que acaba de ser realizado são eficazes em demonstrar que a construção de um direito de ação abstrato e desvinculado do direito material não justifica (infelizmente), no sistema processual, a permanência das ações e dos procedimentos sumarizados especiais, já que “todos os direitos só terão uma ‘ação’, que há de ser um ação ordinária e plenária, abolindo-se as ações especiais e sumárias”.⁴⁵²

Ora, se no auge do movimento liberal os direitos de liberdade receberam do Estado como ferramenta de proteção o ritualismo do procedimento ordinário (e toda a gama de ferramentas que oferece, tais como a cumulações de ações, a ação declaratória incidental, as demandas reconventionais, etc.), atualmente é possível concluir que o mesmo não se mostra mais adequado à proteção dos direitos denominados pós-modernos, que pugnam por uma ação positiva do Estado, guardando congruência com o assistencialismo social, à saúde, aos direitos de solidariedade e fraternidade, de titularidade coletiva ou difusa, tais como o direito a um meio ambiente saudável, do consumidor, da bioética, do biodireito, da bioengenharia, dos advindos da virtualização do mundo, etc.

Em face da complexidade e da contingência que se apresentam atualmente na sociedade, e que a diferem consideravelmente da sociedade liberal do século XVIII, momento em que o processo civil moderno foi sedimentado, seu re-descobrimento está condicionado ao rompante do reducionismo e da sedimentação de conceitos que serviram como base de sua construção, principalmente em decorrência das filosofias iluministas do século XVII. O fato é que o direito processual civil do século XXI carece de uma observação do alto de uma perspectiva que ultrapasse as limitações decorrentes da sacralização da ordinariedade, que por sua vez, como já visto, deita suas raízes no direito romano tardio.

⁴⁵² Idem, ibidem, p. 97.

Este, juntamente com a influência da igreja e das primeiras escolas jurídicas, legou um modelo de jurisdição e de direito processual civil inter-relacionado diretamente com a dogmática jurídica (e seus conceitos universais), o que se intensificou com o movimento racionalista do século XVII e codificatório do século XVIII (que pretendeu reduzir o direito a lei), local onde os juízes passaram a exercer uma jurisdição limitada em simplesmente declarar o direito, sem agir materialmente, ou seja, sem exercer ação material (enquanto ato concreto para satisfação dos direitos materiais-sociais-fundamentais).

Eis a necessidade em propor um modelo jurisdicional que seja além de atuante e responsável, efetivo (realizador da ação material). Tal exige o recurso da hermenêutica, viés que se pretende atribuir a uma possibilidade de sumarização processual que seja apta a aproximar o investigador (juiz) do objeto investigado (fato/direito material) a partir do que se denomina *judgmento liminar de mérito*, o que vai de encontro a um direito processual concebido enquanto ciência, que como se viu tem uma relação de profunda intimidade com o Estado de feição liberal, submisso ao pressuposto de que a jurisdição deve exercer uma função exclusivamente declaratória e que ao juiz incumbe revelar a vontade da lei, o que demonstra o compromisso antidemocrático do processo.

Mais: a busca constante por segurança e a incessante aposta no procedimento como meio de alcance à verdade eterna sustentam ideologicamente um processo onde a ordinarização é consequência da má-leitura moderna sobre a *actio romana*, o que foi reforçado diante da neutralidade estatal e de um positivismo jurídico que alienou o direito da história e do mundo social.⁴⁵³ Entretanto, a atividade jurisdicional (não o processo!) se obrigou (ao menos deveria ter se obrigado!), contudo, a submissão de um re-pensar quando o individualismo do Estado Liberal cedeu à chamada “questão social”, marca do Estado de feição social de Direito, cuja estrutura é o foco do atual Estado Democrático de Direito.

2.4 O *welfare state* (intervencionista) e a aproximação entre Estado e sociedade

Se for correto afirmar que o Estado constitucional dos séculos XVIII e XIX (de atuação absenteísta) não mais satisfaz as exigências da coletividade, dando proeminência ao limite estatal em relação a seu então poder de interferência diante do indivíduo⁴⁵⁴, também o é

⁴⁵³ O resultado foi o surgimento de um juiz a-histórico, especialmente no que tange à consciência da cisão entre fato e direito. Veja-se, em contrário, as sábias palavras de Calogero, para quem a atividade do juiz é semelhante a de um historiador, que reconstrói o ocorrido a partir dos elementos trazidos ao processo. In: CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Pádua: Ed. Cedam, 1964, pp. 129-130.

⁴⁵⁴ Interessante, sobre o tema, a constatação de Bolzan de Moraes e Lenio Streck, para quem o projeto liberal, ainda que tenha trazido o progresso econômico e a valorização do indivíduo, gerou, por outro lado, uma postura

que o constitucionalismo do século XX, ao agregar aos textos constitucionais a chamada “questão social”, fazendo-o através de uma intenção protetiva dos direitos sociais (econômicos, culturais, etc.), exigiu uma maior interferência do Estado em relação ao andar da sociedade. A emergência da classe proletariada demandou que o ente estatal repensasse o seu ímpeto legislativo, passando a se preocupar com a implementação dos próprios conteúdos legislados.⁴⁵⁵

A lei funcionaria não mais como ordem geral e abstrata, mas como meio de acesso, como condição de possibilidade à ação concreta estatal. Isso se deu com a emergência dos novos detentores de direitos, em especial a classe proletariada⁴⁵⁶, aproximando Estado e sociedade civil em razão da revisão dos pressupostos que informavam a ordem liberal. Para García-Pelayo, uma das principais características da ordem liberal é justamente a oposição entre Estado e sociedade, concebidos como sistemas dotados de autonomia própria, razão pela qual “tal realidade produzia uma inibição do Estado em relação aos problemas econômicos e sociais”.⁴⁵⁷

Essa perspectiva é profundamente alterada no Estado Social. Parte o mesmo do pressuposto de que a sociedade não pode se auto-regular, se auto-conduzir. O Estado, assim, deve intervir; deve ser o regulador do sistema social, controlando diretamente e permanentemente os aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade.⁴⁵⁸ Logo, a carência assistencialista impregnada nas posturas liberais acabou condicionando o nascimento da era da justiça social, que viu o indivíduo como parte integrante de uma determinada classe. Segundo Vianna,

[...] se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo direito do trabalho, emprestou-lhe (ao Estado) um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social.⁴⁵⁹

ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito e não o poder de ser livre. In: **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., p. 69.

⁴⁵⁵ Até mesmo porque, para Cappelletti, a origem do Estado social se deve, da mesma forma que o liberal, à atividade legislativa. In: **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999, p. 43.

⁴⁵⁶ Consoante Capella, na segunda metade do século XIX as classes trabalhadoras haviam materializado em sindicatos e associações políticas a consciência de ser exploradas e oprimidas, razão pela qual os trabalhadores se mobilizaram para conseguir a limitação legal da jornada de trabalho para ver reconhecido o direito de greve e o de filiação sindical e para legalizar seus próprios partidos políticos. In: CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 159.

⁴⁵⁷ In: **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 09.

⁴⁵⁸ Idem, ibidem, pp. 11-12.

⁴⁵⁹ Cf. VIANNA, Luiz Werneck... [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999, p. 16.

Se o ator político privilegiado no Estado Liberal concentrava-se na figura do partido (que representa os interesses do indivíduo), no Estado de feição social passa a ser o sindicato (que atua em nome da classe), cuja plataforma promove a agregação de grandes interesses homogêneos, propondo políticas estruturais de médio e longo prazos.⁴⁶⁰ Seu existencial relaciona-se ao processo de estruturação da sociedade pelo Estado, tornando mais efetivos alguns valores (tais como a liberdade, a propriedade, a igualdade, etc.) já presentes desde a ordem liberal. Dá-lhes, como leciona García-Pelayo, uma base e um conteúdo material, partindo do pressuposto que a posição do indivíduo e da sociedade não podem ser antagônicas, mas que se implicam reciprocamente.⁴⁶¹

Esse intervencionismo, característico do *Welfare State* (Estado de bem-estar social), fez com que a partir de uma série de direitos ditos negativos (de abstenção)⁴⁶², passasse o Estado (na busca do bem estar geral e no controle dos aspectos econômicos, culturais, etc., da sociedade) a atuar na consecução de direitos positivos (prestacionais), o que se deve ao fato de que o modelo político liberal de direito, ante o processo de produção industrial, acabou por não mais satisfazer as exigências da classe operária.⁴⁶³ García-Pelayo leciona que o conceito de *Welfare State* guarda relação a uma dimensão da política do Estado adstrita a finalidade de produção do bem-estar social a partir da distribuição das cifras do orçamento destinadas aos serviços sociais.⁴⁶⁴ Essa seria a condição de possibilidade no atendimento dos referidos direitos.

Diante desse objetivo, exigiu-se um agir do Estado – e da jurisdição-processual (dada a ampliação do objeto da tutela jurídica a partir da emergência da conflituosidade social)⁴⁶⁵ – calcado numa nova postura ativista, superando (pretendendo superar) o distanciamento para com a sociedade. Isso porque a passagem estatal de feição liberal a social

[...] caracteriza a ultrapassagem de um modelo estatal liberal – eminentemente conservador, servindo à manutenção do *status quo*, para outro de cunho social, preocupado com a propriedade (sem absolutizá-la), sem o otimismo do sistema

⁴⁶⁰ A referida constatação é de Celso Campilongo, que visualiza concretas imbricações diante da atuação classista entre partidos e sindicatos no artigo intitulado Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. Organização de José Eduardo Faria. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

⁴⁶¹ In: **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 14.

⁴⁶² Ainda que atualmente não se fale numa dicotomia entre direitos negativos e positivos, mas um inter-relacionamento.

⁴⁶³ Para Capella, entre os direitos de abstenção (liberdades clássicas) e os direitos sociais (prestacionais) há uma diferença fundamental: os primeiros são direitos frente ao estado. Este pode fazê-los respeitar a seus funcionários por meio de sua só e exclusiva atividade. Já os direitos sociais exigem uma atividade meta-estatal, pois afetam à economia, necessitando do concurso da esfera privada. Nesse sentido, precisam de uma arrecadação fiscal suficiente para financiar as prestações que lhe dão conteúdo. In: CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Op. cit., p. 202.

⁴⁶⁴ In: **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 02.

⁴⁶⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. Op. cit., p. 37.

anterior para com os efeitos das forças socioeconômicas, preocupado com a transformação da sociedade, capaz de “oferecer aos administrados uma larga gama de bens e serviços de prestações e medidas positivas, orientadas, notadamente, no sentido da realização da justiça distributiva.”⁴⁶⁶

Na tentativa de melhorar a condição de vida da classe trabalhadora, a aposta do Estado direcionou-se à promoção do assistencialismo mediante a implementação da mais variável gama de políticas públicas de ordem social. Tal ideal seria indissociável a uma contundente crítica ao Estado Liberal-burguês, o que fez de Marx e Engels⁴⁶⁷ precursores na matéria. A bem da verdade, a intervenção da ideologia do movimento socialista é capaz de explicar o próprio nascimento do Estado na modalidade social.

A partir da constatação de que a história da sociedade é a história de uma luta de classes, Marx e Engels dão início a seu manifesto demonstrando que o modelo burguês-individualista não teria superado a disparidade social para com o proletariado, colocando-os em verdadeira contraposição a ponto de denominá-los “blocos inimigos”.⁴⁶⁸ A burguesia, oprimida no sistema feudal, passou a opressora no Estado de feição liberal, o que se deu ante a complexização e sofisticação das políticas de mercado, as quais impulsionaram o processo industrial.

Cada uma das etapas do desenvolvimento da burguesia acompanhou-se de um progresso político correspondente. Ela foi inicialmente um grupo oprimido sob o jugo dos senhores feudais, organizando a própria defesa e sua administração na comuna (nome dado na França às cidades nascentes), aqui república urbana independente, ali terceiro estado tributado pelo rei. Posteriormente, na época da manufatura, tornou-se um contrapeso à na monarquia descentralizada ou absoluta, fundamento essencial das grandes monarquias. Com a criação da grande indústria e do mercado mundial, a burguesia conquistou finalmente a dominação política exclusiva no moderno Estado parlamentar [...] A burguesia desempenhou na História um papel revolucionário decisivo. Onde quer que tenha chegado ao poder, a burguesia destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Estilhaçou, sem piedade, os variegados laços feudais que subordinavam o homem a seus superiores naturais, e não deixou subsistir entre os homens outro laço senão o interesse nu e cru, senão o frio “dinheiro vivo” [...] Reduziu a dignidade pessoal a simples valor de troca e, em lugar das inumeráveis liberdades estatuídas e arduamente conquistadas, erigiu a liberdade *única* e implacável do comércio. Em resumo, substituiu a exploração disfarçada sob ilusões religiosas e políticas pela exploração aberta, cínica e brutal.⁴⁶⁹

O acordo democrático de classes fomentará a construção do marxismo sob o edifício da crise que separara o trabalho do capital. Nesse contexto, é verdade que o Estado Social representa uma superação ao modelo liberal, mantendo-se, todavia, conservador à ordem

⁴⁶⁶ Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-92.

⁴⁶⁷ Ver: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista (1848)**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

⁴⁶⁸ Ibidem, p. 24.

⁴⁶⁹ Idem, ibidem, pp. 29-30.

capitalista⁴⁷⁰, o que o difere consubstancialmente do socialismo de origem marxista. Ainda que fiel ao capitalismo, a postura do modelo estatal social procura romper com o liberalismo econômico e a supervalorização do indivíduo, fomentando a intervenção da promoção social através da implementação de políticas públicas sociais. Sua fidelidade ao capitalismo é explicável: o Estado Social engendra, como bem alerta García-Pelayo, a tentativa de adaptação do Estado Liberal às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial.⁴⁷¹

No contexto do Estado Social o direito assumirá uma posição que lhe é absolutamente inovadora. Antes de aprofundar a questão, mostra-se relevante retornar às bases de fixação da denominada “questão social” nos textos constitucionais democráticos. A instauração da democracia social, um dos objetivos das constituições do período pós-primeira guerra mundial, pretendeu levar aos referidos textos legais inúmeros dispositivos ditos sociais, tais quais os referentes à ordem econômica, cultural, etc., o que se constata nas constituições de boa parte de alguns Estados europeus.

Representando, segundo Bercovici⁴⁷², um compromisso aberto de renovação democrática, a mais célebre destas Constituições foi a de Weimar, de 1919. Sua compreensão é proposta por Bercovici através de duas perspectivas: a de uma Constituição que objetivava um programa reformista para a sociedade alemã, cujo expoente intelectual está em Hermann Heller; a de uma Constituição que redundava numa proposta conservadora na dimensão social e rupturista na dimensão institucional, perspectiva liderada por Carl Schmitt.

A proposta reformadora significaria a passagem gradual do Estado Liberal para o socialismo, isto é, para uma economia controlada pelas instituições públicas e orientada para a distribuição social do excedente econômico.⁴⁷³ Já a conservadora apresentaria um quadro dos vínculos entre o Estado e a economia que embutisse uma crítica ao individualismo liberal, e ao mesmo tempo assimilasse a perspectiva da economia de mercado ou de uma economia o mais livre possível das intromissões do Estado⁴⁷⁴, protegendo as instituições mais tradicionais e conservadoras do sistema jurídico-político alemão. Carl Schmitt, para Bercovici, teria acusado o liberalismo de ser incapaz de pensar a origem do ordenamento (a soberania, enquanto poder de decisão), haja vista que para os liberais a exceção (referindo-se ao estado

⁴⁷⁰ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. Op. cit., p. 196.

⁴⁷¹ In: **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 06.

⁴⁷² Referência da obra: BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: a atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004, p. 26.

⁴⁷³ Idem, ibidem, p. 10.

⁴⁷⁴ Idem, ibidem, p. 11.

de exceção)⁴⁷⁵ não pertenceria ao direito público. O estado de exceção se justificaria pela ameaça à unidade política, sendo a verdadeira condição de possibilidade para se alcançar à origem do direito.⁴⁷⁶

Em Carl Schmitt tanto a ordem quanto a segurança pública são questões atinentes à soberania governamental, devendo ser decididas unicamente pelo governo principalmente em situações de exceção, o que revela, em sua obra, a sobreposição do político sobre o jurídico, justificada pelo fato de que somente ao governo incumbiria declarar o estado de exceção.⁴⁷⁷ Em Carl Schmitt o Estado Liberal (neutro) tenderia a dar lugar ao Estado totalitário, com seu surgimento justamente agregado às insuficiências do legado liberal, notadamente no pós-primeira guerra mundial, em tempos de crise econômica e social.⁴⁷⁸

Isso justifica algumas passagens da obra do alemão, em que, por exemplo, afirma que não só os iguais deveriam ser tratados igualmente, como o não igual mereceria tratamento diferente, numa nítida tentativa (totalitária) de banir o (principalmente o indivíduo) “diferente” (ao povo alemão), relacionando a democracia com a homogeneidade nacional.⁴⁷⁹ Essa relação amigo/inimigo foi também evidenciada pelo autor na obra **O conceito do Político**, de 1927.⁴⁸⁰

Em verdadeira crítica ao Estado total e a percepção de estado de exceção permanente, ambos defendidos por Carl Schmitt, Hermann Heller supunha a superação do Estado Liberal pelo Social como a única forma de integrar os trabalhadores e, ao mesmo tempo, salvar a democracia e a Constituição. A partir da relação dialética entre Estado e Direito, Heller questiona o porquê e o para que do Estado e do Direito, tentando escapar a uma redução

⁴⁷⁵ O agir politicamente deflagrado no estado de exceção é objeto de pensamento do filósofo Giorgio Agamben, para quem enquanto figura da necessidade, o estado de exceção apresenta-se como uma medida ilegal, mas perfeitamente jurídica e constitucional, que se concretiza na criação de uma nova ordem jurídica. Para um maior aprofundamento consultar: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Op. cit., pp. 44-45.

⁴⁷⁶ Idem, ibidem, pp. 65-69.

⁴⁷⁷ Cf. SCHMITT, Carl. **La dictadura**. Madri: Ed. Revista de Occidente, 1968, pp. 250 e seguintes.

⁴⁷⁸ Segundo Hannah Arendt o totalitarismo não se coaduna com as demais formas de opressão política que se tem conhecimento (despotismo, tirania e ditadura), sendo que o que caracteriza o nascimento dos movimentos nazistas e comunistas nos anos trinta é que eles se dirigem a uma massa anteriormente considerada como apática ou indiferente por todos os demais partidos, aproveitando-se assim do “colapso do sistema de classes” nas nações europeias. Os movimentos totalitários se servem do socialismo ou do racismo, esvaziando-os de seu conteúdo utilitário. Disso resulta que a mentira e a ficção são erigidas em necessidades da arte política. E disso resultam também as características institucionais do totalitarismo no poder. Para a filósofa os regimes totalitários distinguem-se não apenas por sua manipulação particularmente impiedosa do poder político, mas pelo fato de que fazem nascer “um conceito inteiramente novo, sem precedentes de poder”, o qual reside quase exclusivamente na “força produzida pela organização”. Sobre o tema consultar a seguinte obra da autora: **As Origens do Totalitarismo**: o paroxismo do poder. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

⁴⁷⁹ Cf. SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: **A Crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Ed. Scritta, 1996, p. 10.

⁴⁸⁰ Referência completa: SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Ed. Vozes, 1992.

meramente formalista desses fenômenos a partir da investigação da própria sociedade civil⁴⁸¹, que para Heller constituiria o mais importante problema teórico-prático da política ocidental.⁴⁸²

A visão de Heller coaduna-se a uma proposta relacionada à teoria do Estado atual, compreendendo tanto o Estado quanto a sociedade civil enquanto realidades sociais concretas, em que o lema da sociedade civil seja a mobilização privada do poder estatal para uma poderosa intervenção no campo econômico.⁴⁸³ Seu esforço é o de colocar em novos termos o problema da unidade política, buscando compreender o Estado não a partir do direito que o constitui, mas ligado à realidade social. O Estado não poderia ser visto como um setor isolado e independente de toda atividade social.⁴⁸⁴ Conciliando democracia e socialismo, o Estado, para Heller, teria uma função social, onde

[...] a essência do político é o equilíbrio dialético entre a unidade e a diversidade infinita dos atos sociais para a obtenção de uma unidade política ordenadora e ordenada. São os atos de decisão política que estabelecem e mantêm em vigor a ordem jurídica, cuja existência depende permanentemente dessa unidade de decisão em um território determinado.⁴⁸⁵

Em Heller a compreensão do fenômeno estatal social refugiria ao ideal socialista de Marx e Engels. Suas preocupações destinavam-se ao combate ao Estado de classe, não ao Estado em si. Segundo Bercovici, o fundamento último do Estado Social residiria na ideia de justiça social, com a evolução da justiça jurídico-formal para a justiça econômico-material.⁴⁸⁶ Tais percepções demonstram-se extremamente interessantes para se verificar a relação existente entre o ideário social proposto nas Constituições do pós-guerra e a função jurisdicional do Estado na perspectiva social. Com efeito:

A expansão da complexidade social, o aumento e a diferenciação quantitativa e qualitativa dos conflitos sociais levam ao Estado a necessidade da decisão jurídica, não mais como uma resposta direta e imediata às expectativas morais de resolução dos conflitos, mas como um imperativo da mudança jurídica e social; uma imposição do caráter de variabilidade intrínseca que caracteriza as normas de direito no Estado moderno evidenciando sua positividade. A assunção de novos papéis sociais e programas decisórios pela sociedade retira do direito, pelo menos em parte, a rigidez inerente às estruturas normativas de fundamentação valorativa do agir humano, promovendo uma espécie de secularização das decisões jurídicas: racionalização empírica das alternativas de decisão colocadas à

⁴⁸¹ Cf. DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Ed. Landy, 2002, p. 143.

⁴⁸² Cf. HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968, p. 141.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 143.

⁴⁸⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: a atualidade de Weimar. *Op. cit.*, pp. 110-112.

⁴⁸⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 114.

⁴⁸⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 118.

disposição do sistema jurídico.⁴⁸⁷

Nesse contexto é que o exercício da função jurisdicional assume uma nova roupagem, momento em que a jurisdicionalidade vê-se compelida a dar conta da multiplicização dos direitos sociais. Essa constatação impulsiona, na sessão seguinte, a investigar a atividade judiciária no Estado Social diante do cometimento de práticas decisionistas e discricionárias pelos juízes, bem como sua possibilidade de colocar em risco a própria integridade do Direito.

2.4.1 Estado Social, protagonismo judicial (o juiz enquanto *Fuhrer* do processo) e socialização do processo civil: a transição do processo liberal ao processo do bem-estar social. A (inevitável?) atividade criativa e a (ou o problema da) discricionariade interpretativa frente à responsabilidade ético-constitucional da magistratura

De um viés individual para a promoção do grupo diante da massificação das demandas sociais no plano da resolução dos conflitos, a atuação jurisdicional no Estado Social de Direito é encurralada num verdadeiro descompasso para com as expectativas sociais coletivas, assemelhantes ao espectro de direito liberal-individualista (o que até então representava uma realidade), levando a instância judiciária à condição de interlocutora de uma nova estratégia política.⁴⁸⁸

Veja-se que, por exemplo, enquanto no Estado Liberal de século XVIII e XIX a liberdade era uma exigência da dignidade humana, no Estado Social a dignidade humana passa a ser condição de possibilidade para o exercício da liberdade. Da mesma forma, a propriedade individual passa a ter como limites os interesses gerais da comunidade, a fim de torná-la produtiva. As próprias relações de emprego passam a receber uma segurança material, verificável através da instituição do salário mínimo, da estabilidade, etc.⁴⁸⁹ Essas transformações explicam porque o Estado Social almeja a consecução da chamada “questão social”, fazendo de suas estruturas um meio de acesso, convertendo-se “numa espécie de alvo privilegiado da matriz organizacional do Estado para a alocação e processamento das reivindicações veiculadas pelos movimentos sociais”.⁴⁹⁰

A partir de então o direito pretende deixar um estado de esclerose funcional (verificável no Estado de espectro Liberal) para se tornar ator ativista, o que leva, como se viu, à aproximação do Estado para com a sociedade, dada mesmo a função promocional de

⁴⁸⁷ Cf. RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. **Direito e Processo**: razão burocrática e acesso à justiça. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002, p. 31.

⁴⁸⁸ Idem, ibidem, p. 43.

⁴⁸⁹ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 14.

⁴⁹⁰ Cf. RIBEIRO. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. **Direito e Processo**: razão burocrática e acesso à justiça. Op. cit., p. 44.

sua nova roupagem, tornando-se mais atuante e, nas palavras de Douglas Cezar Lucas, “mais discricionária para atender à aplicação de um direito que se torna mais principiológico e mais aberto, exigindo, por consequência, uma atuação mais presente do magistrado”.⁴⁹¹ Segue o autor ainda a referir que “não se trata de iniciar um relativismo jurisdicional sem parâmetros, mas de uma necessária discricionariedade para interpretar e aplicar os ideais constitucionais apresentados em forma de princípios constitucionais semanticamente abertos”.⁴⁹²

Se o Estado, no perfil social, tem agora o dever de garantir a alimentação, habitação, mínimo de renda, medicamentos, etc., é a atuação jurisdicional a verdadeira condição de possibilidade para tanto, o que será ainda mais intensificado diante do espectro Estatal Democrático de Direito. De uma justiça comutativa verificável na modalidade liberal o Estado Social apoia-se na justiça distributiva, fazendo-o diante de um anseio coletivo que agora reivindica igualdade (que será a marca da modalidade Democrática de Direito). Enquanto o modelo liberal atribui direitos ao indivíduo, o social distribuiu bens jurídicos de conteúdo material, os quais poderão ser reivindicados por qualquer indivíduo ou classe. A própria justiça, de legal-formal, passa a legal-material⁴⁹³, disponibilizando à sociedade uma série de mecanismos institucionais (e processuais) adequados a protegê-la. É nesse contexto que surgem os sistemas de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, etc.

Diante da reivindicação dessa nova condição alia-se uma condição de insuficiência do Estado em implementar os direitos sociais, o que acabou gerando dúvidas, conflituosidade e novos atores num contexto de insuficiência de recursos e da reviravolta nas formas político-econômicas contemporâneas.⁴⁹⁴ Nesse particular, tendo-se em vista as inúmeras transformações pelo qual ultrapassou o Estado Social (por primeiro: de seu surgimento às décadas gloriosas; por segundo: do início dos anos de 1970 até o esvaziamento de sua plataforma estratégica), é importante referir que notadamente na segunda fase o mesmo se viu confrontado com suas próprias limitações, inviabilizando que as previsões constitucionais que o acompanhavam fossem levadas a cabo.

Disso resultou uma situação de exclusão social, o que o Estado do bem-estar não teve como controlar. Diante de um quadro de insuficiência na prestação das políticas públicas e de insatisfação popular na realização, pelo Estado, das promessas delineadas, o deságue das

⁴⁹¹ Ver sobre o tema: A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **O Estado e suas crises**. Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 183.

⁴⁹² Idem, ibidem.

⁴⁹³ Cf. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Op. cit., p. 14.

⁴⁹⁴ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **O estado e seus limites**: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. Material fornecido e de autoria do professor Bolzan de Moraes em ocasião da realização de disciplina “Transformações do Estado Contemporâneo” perante o curso de doutoramento do autor do presente texto junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2008.

esperanças do povo não visualizou outro destinatário que não o Judiciário. O juiz passa a ser chamado a desenvolver funções que antigamente eram desempenhadas por outras instituições, o que elevou consideravelmente seus poderes.⁴⁹⁵

Mesmo ante a crise do Estado Social é possível qualificar o direito (e em especial a jurisdição, como órgão legitimado a dizê-lo) deste modelo através de uma postura que, ao pretender assumir uma nova função diante da inefetividade do poder executivo, aproxima o Estado da sociedade civil a partir da possibilidade que exsurge a qualquer cidadão do povo de fazer exigir o cumprimento dos direitos de ordem social (o que, repita-se, se intensificará no Estado Democrático de Direito).

No âmbito específico do processo civil, isso revela a ocorrência da transição, principalmente na Alemanha e Áustria, de um processo liberal, eminentemente escrito e protagonizado pelas partes, a um processo socializado, um processo caracterizado enquanto “instituição estatal de bem-estar social” (Franz Klein), que segue as perspectivas da oralidade⁴⁹⁶, local onde o protagonismo agora é do juiz, dado o aumento de seus poderes. Trata-se, como leciona Dierle Nunes, da atribuição da direção do processo ao juiz, tanto no aspecto formal da regularidade dos atos processuais quanto no aspecto material, atinente ao controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará seu convencimento.⁴⁹⁷

Segundo Luis Machado Guimarães, desde 1924 se veio verificando a aproximação das leis processuais alemã e austríaca, caracterizadas pelo abandono progressivo da ideologia liberal que norteava principalmente o direito Judiciário alemão. Esta tendência à concentração e à concessão ao juiz dos poderes de *dominus litis* encontra, no Estado Novo Alemão, o seu clima mais propício. Nesse ambiente político o juiz não mais pode se considerar um meio que o Estado põe à disposição das partes para dirimir os seus conflitos de interesses privados. É ele, a partir de então, considerado o representante soberano da lei, no intuito de assegurar a paz social. Assim é que passa a ser o *Fuhrer* do processo.⁴⁹⁸

O pano de fundo para o aumento dos poderes do juiz foi a oralidade processual. A partir dela é que ele se transformaria (de inerte espectador) em sujeito ativo do processo, autorizado a dirigir utilmente toda a instrução⁴⁹⁹ e todo o andamento processual. Suas

⁴⁹⁵ Cf. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução e organização de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, p. 05.

⁴⁹⁶ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Op. cit., p. 46.

⁴⁹⁷ Idem, ibidem.

⁴⁹⁸ In: O processo oral e o processo escrito. In: **Processo Oral**. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1940, p. 20.

⁴⁹⁹ Conforme Barbosa Moreira, em matéria de instrução há que prevalecer a tendência em se confiar no papel ativo do juiz, deferindo-se ampla iniciativa na verificação dos fatos relevantes para a solução do litígio, tal como submetido a sua cognição. Para o processualista, um bom julgamento descansa na *correta aplicação da norma a fatos reconstituídos com a maior exatidão possível* (sic); e julgar bem é preocupação que não pode ser estranha

principais características foram focadas: 1º) no prevailecimento da palavra como meio de expressão moderada pelo uso da escrita de preparação e documentação; 2º) na imediatidade e a identidade física do juiz e das pessoas cujas declarações deve avaliar; 3º) na concentração do trato da causa em um único período (debate) a ser feito em uma ou em poucas audiências próximas; 4º) na irrecorribilidade das decisões interlocutórias.⁵⁰⁰

Ainda que, como se verá mais a frente na presente tese, a oralidade processual tenha muito a acrescentar no re-desenhar da jurisdição-processual aqui proposto, essa oralidade que serviu como pano de fundo na transição do processo liberal ao processo do bem-estar social foi marcada nitidamente pelo protagonismo judicial, o que a presente tese pretende rever quando dela se apropriar. Com isso foi se outorgando paulatinamente um papel central ao Judiciário na tentativa de viabilizar uma nova perspectiva de socialização do processo, passando o magistrado a posição de intérprete “que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum”.⁵⁰¹

Afora isso ao povo serão alcançados, e esse é um aspecto positivo daquele tempo, além dos tradicionais, novos instrumentos processuais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de injunção, a ação por descumprimento de preceito fundamental, dentre outros. Essa verdadeira democratização de acesso à jurisdição acaba por levar o Judiciário a invadir o território da política, evidenciando seu espectro instrumental na consecução dos direitos sociais, em especial das políticas públicas. Para Juan Ramón Capella

[...] manifesta-se assim o caráter *político* de todo direito – começando, naturalmente, pelo direito privado –, e sua inevitável função redistributiva. Visto de outro modo: se desvela a falta de imparcialidade do direito, supostamente ocultada no estado gendarme pelo caráter *geral* da lei.⁵⁰²

Já a atividade jurisdicional, nesse quadro, pode ser qualificada como interventivo-ativista (já que o juiz passa a ser o *Fuhrer* do processo), desafiando a tentativa de superação das funções tradicionais de proteção e repressão, peculiares, pelo que se viu, ao exercício jurisdicional de ordem liberal. A atuação dos juízes sofre sérias implicações, até mesmo porque a eles também se exige a contribuição para tornar efetivos os programas sociais, o que, segundo Cappelletti, podem (os juízes) fazer “controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito

ao órgão judicial. Assim, recusar ao juiz a possibilidade de comprovar espontaneamente os fatos parece tão pouco razoável quanto lhe negar a de procurar a norma aplicável. In: **Temas de Direito Processual**: quarta série. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 47.

⁵⁰⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. Tradução de Osvaldo Magon. In: **Processo Oral**. Op. cit., pp. 57-68.

⁵⁰¹ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Op. cit., p. 47.

⁵⁰² In: **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Op. cit., p. 159.

legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar”.⁵⁰³

O problema é que a atividade jurisdicional foi além do simples controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais. Como leciona Picardi, o pêndulo deixou de orientar-se para a legislação e passou a inclinar-se no sentido da jurisdicionalização de toda uma série de atividades sociais.⁵⁰⁴ Tomando-se por emprestada a nomenclatura de Cappelletti na obra **Juízes Legisladores?** é possível afirmar que o modelo de juiz no referido espectro estatal é o criativo, o que se justificaria pelo aumento do poder discricionário dos juízes oriundo da tentativa de implementação das políticas público-promocionais delineadas por este Estado.

Um juiz executor da justiça social, trazendo ao Judiciário o qualitativo ativista, levando-o a um verdadeiro dilema: permanecer fiel à função tradicional e limitada do reproducionismo legal-positivo ou elevar-se ao nível dos outros poderes a fim de se tornar um terceiro gigante.⁵⁰⁵ A qualidade social presente no Estado de referida modalidade exigiu que o Judiciário optasse pela segunda alternativa (o que ocorreu, pode-se dizer, com mais intensidade, nos Estados Unidos e Inglaterra), quando então os juízes tornaram-se os controladores não só da atividade do mundo privado-individual como também dos poderes políticos.⁵⁰⁶ O juiz criativo seria uma antítese ao modelo clássico jurisdicional (de Justiniano a Montesquieu), onde a atividade dos juízes se resumiria na simples declaração do direito a partir da prática da subsunção dos textos legais.

Diante de uma nítida (e perigosa!) valoração pessoal⁵⁰⁷, o juiz criativo-ativista pretende superar a inanimada função jurisdicional de atuar como “boca-da-lei” (o que nunca foi, a não ser quando o juiz precedia a lei), o fazendo na aposta à discricionariedade judicial, caracterizada pela faculdade na prerrogativa de escolha, afrontando a vontade da lei. O qualitativo da discricionariedade é a pedra-de-toque do juiz de espectro criativo de Cappelletti, que se vê na obrigação, a partir da supracitada prerrogativa de escolha, de implementar os valores que dão sustentáculo a constitucionalização da questão social a partir do uso do monopólio da jurisdição.

O ponto crucial inerente à referida atuação jurisdicional – que não se limita ao Estado Social, mas também se manifesta no Democrático de Direito, do qual o Brasil faz parte por força do próprio texto Constitucional de 1988⁵⁰⁸ – está em que aquilo que tem início com a

⁵⁰³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Op. cit., p. 42.

⁵⁰⁴ Cf. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Op. cit., pp. 10-11.

⁵⁰⁵ Idem, ibidem, p. 47.

⁵⁰⁶ Idem, ibidem, p. 49.

⁵⁰⁷ Idem, ibidem, p. 33.

⁵⁰⁸ O que pode ser compreendido pelo próprio preâmbulo da Constituição Federal, o qual reza que “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado

subjetividade dos juízes pode terminar em decisionismos e arbitrariedades interpretativas.⁵⁰⁹ Como já se fez referência no primeiro capítulo da primeira parte deste trabalho, partindo de uma forte crítica ao modelo positivista, a tese da anti-discricionariedade encontra em Ronald Dworkin seu principal protagonista.⁵¹⁰ A expressão “discricionariedade judicial”, para o jusfilósofo americano, guarda relação a um poder que não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições estabelecida por padrões especificamente determinados.⁵¹¹

Leciona Dworkin que a discricionariedade é utilizada por vezes em um sentido fraco, concernente à capacidade de julgar contra-mecanicamente quando o contexto não é esclarecedor, e num sentido forte, relacionada diretamente ao controle das decisões.⁵¹² A doutrina do poder discricionário (tese central das doutrinas positivistas contemporâneas) está no sentido forte da expressão, ou seja, na sustentação da tese de que quando o magistrado não encontra resposta no sistema jurídico à solução de determinado caso concreto, deve decidi-lo a partir do exercício de tal poder discricionário, independente de qualquer padrão derivado da autoridade da lei (leia-se, do direito), ignorando a própria carga principiológica do direito, em especial a decorrente do movimento constitucionalista democrático.

O juiz discricionário, nessa perspectiva (que aqui poderia muito bem ser confundido com decisionista ou arbitrário) deixaria de debater-se, em prol de suas convicções, de sua subjetividade, com todo um conjunto de padrões que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação, os quais dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo.⁵¹³

Outra abordagem sobre o sentido da discricionariedade foi desenvolvida e sustentada

Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

⁵⁰⁹ Esta constatação foi elaborada com extrema propriedade por Lenio Streck no artigo intitulado Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto. Op. cit., p. 102.

⁵¹⁰ Por isso é que Lenio Streck refere que é despiciendo advertir para o fato de que Dworkin não aposta em interpretações que advenham do “espírito do juiz”. In: **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, p. 30.

⁵¹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., p. 51.

⁵¹² Idem, ibidem.

⁵¹³ Idem, ibidem, p. 65.

por alguns juristas, em especial Castanheira Neves⁵¹⁴ e Arthur Kaufmann⁵¹⁵, cujo pensamento acabou sintetizado na última obra escrita pelo jurista gaúcho Ovídio Baptista.⁵¹⁶ O processualista, em suma, pugna pela indissocialidade entre a atividade jurisdicional e o poder discricionário dos juízes.

Sustenta que a tese da anti-discricionariedade de Dworkin também explicaria a diferença, realizada pelo jusfilósofo americano, entre princípios e regras, sustentando que as regras funcionam no sistema tudo-ou-nada, tendo sua validade condicionada unicamente à previsão da ocorrência de determinado fato por elas antevisto.⁵¹⁷ Seriam as regras suscetíveis de enumeração, acabando por ter a missão de prever todas as hipóteses aplicativas em direito. Os princípios, sem pretensões universalizantes, teriam o condão de conduzir a argumentação jurídica a uma certa direção, assumindo um papel importante na formulação das decisões jurídicas específicas.

O objetivo de Ovídio Baptista na obra **Epistemologia das ciências culturais** foi o de verificar a existência ou não da discricionariedade judicial, investigando se o sistema jurídico reconheceria a seus magistrados essa parcela de discricção, de escolha entre duas ou mais alternativas legítimas, assim consideradas pelo sistema. E o fez a partir da crítica ao modelo de Dworkin, partindo da premissa de que este se preocuparia unicamente com o direito, não com os fatos, compromisso nitidamente racional-iluminista.⁵¹⁸

A construção dworkiniana da categoria dos casos difíceis teria levado o jusfilósofo, segundo sustenta Ovídio Baptista, a acompanhar a carreira de seu mitológico juiz Hércules, o qual, ao decidir um grande número de casos, supostamente idênticos, eliminaria a singularidade de cada caso concreto. Para o processualista gaúcho tratar-se-ia de uma construção ficcional, porquanto a aplicação do direito pressupõe interpretação, razão pela qual sempre haveria ao magistrado uma parcela de discricção.⁵¹⁹ A eliminação disso seria a eliminação da própria dimensão hermenêutica no direito.

A presente tese parte do pressuposto de que não há disparidade no pensamento de Dworkin e de Ovídio Baptista. O que ambos desejam em suas obras é um juiz responsável, que garanta a coerência e a integridade das decisões judiciais. Ambos têm ciência do comprometimento do direito com a filosofia política liberal e com a teoria da separação dos

⁵¹⁴ In: **Questão de fato-Questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Ed. Almedina, 1967.

⁵¹⁵ In: **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. Milão: Ed. Giuffrè, 2003.

⁵¹⁶ Livro intitulado **Epistemologia das ciências culturais**. Op. cit.

⁵¹⁷ Idem, ibidem, pp. 39-40.

⁵¹⁸ Idem, ibidem, pp. 18-19.

⁵¹⁹ Idem, ibidem, p. 21.

poderes. Uma teoria que conduziu os juízes a uma carreira eminentemente técnica, cuja missão seria a de declarar o sentido da lei. Um sentido que já adviria contido na própria lei, onde se fusionam, numa linguagem filosófica, ser e ente. Logo, os juízes não teriam a obrigação de fundamentar suas decisões, haja vista que a preocupação para com a justiça seria exclusiva do iluminado legislador.

Nesse contexto é que Ovídio Baptista (o que realizou em várias obras) alerta para a necessidade, além de interpretar hermeneuticamente (tanto a lei como os textos jurídicos em geral) – já que a lei, os princípios, as súmulas, os enunciados, etc., seriam destituídos de univocidade de sentido – de uma motivação (fundamentação) adequada, completa, das decisões judiciais. Isso, para o saudoso processualista, daria ensejo a mais de uma solução legítima, assim considerada pelo sistema jurídico, rompendo com o próprio caráter declaratório da jurisdição moderna. Assim é que o poder discricionário, inalienável, para Ovídio Baptista, da construção do ato jurisdicional, em nada se assemelha aquele poder discricionário (de sentido forte) a que faz menção Dworkin em suas obras, já que discricionariedade não é e nem pode ser sinônimo de arbitrariedade.

Todo ato jurisdicional é (filosoficamente) interpretação, o que não poderia ser diferente no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito (fato que será aprofundado na segunda parte da presente tese). Isso implica em dizer que a preocupação de Dworkin e de Ovídio Baptista está nas decisões construídas a partir da consciência do juiz, sem que qualquer padrão legitimamente adotado pelo direito seja levado em consideração. Isso é mais do que uma decisão positivista. É uma decisão absolutamente arbitrária. Decisionista.

Essa constatação também guarda relação a distinção dworkiniana entre argumentos de política e de princípio. Os argumentos de princípio, para Dworkin, justificariam uma decisão política a partir da necessidade desta decisão em respeitar um direito de alguém, ou de uma coletividade. Logo, o princípio estaria relacionado a um determinado modelo em favor de um direito, justificando porque, para o jusfilósofo americano, as decisões judiciais devem ser construídas por princípios constantes na Constituição.⁵²⁰

O juiz criativo de Cappelletti, ao sobrelevar o poder discricionário dos juízes, corre o risco de se tornar decisionista, arbitrário, deixando ao juiz e sua consciência a tarefa de solucionar os casos que não encontram previsão direta no âmbito jurídico positivado, o que retroalimentaria o próprio positivismo jurídico. O faria a partir da possibilidade de qualquer

⁵²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Op. cit., pp. 141-142.

magistrado, no instante da aplicação do direito, partindo de sua subjetividade, sopesar ou ponderar a solução para os casos concretos que se apresentam a jurisdição. De outra banda, sobreleva a hipostasiação das regras jurídicas, partindo do pressuposto de que ao intérprete caberia conferir carga plenipotenciária aos textos legais, ciente do desejo (positivista) em prever todas as hipóteses aplicativas em direito, ignorando a tentativa de superação do modelo-de-regras e dos subjetivismos interpretativos a partir da inserção dos princípios nos textos constitucionais.

Ciente do perigo de sua tese, da própria discricionariedade e das interpretações a partir da consciência do intérprete, Cappelletti alerta para o fato de que a tarefa interpretativa, a qual guarda relação com a criatividade (e, logicamente, com a discricionariedade), não pode ser considerada uma tarefa de total liberdade do intérprete (nesse caso, do juiz), que não é necessariamente um criador livre de vínculos. Há que se impor limites a liberdade interpretativa judicial.⁵²¹

Aceitando-se ou não o caráter ativista da atividade jurisdicional no modelo de Estado Social de Direito (tese, como se viu, por todos, defendida por Cappelletti), a referida postura levou a uma consequência inafastável, traduzida na invasão da política pelo direito, o que se justifica ante ao fato de que as pretensões sociais não se mostram resolvidas pela promoção das políticas públicas.⁵²² Esse fenômeno, aliado aos novos movimentos sociais, intensificou ainda mais a procura pela jurisdição como meio de atuação do político, marca registrada do Estado de feição Democrática de Direito.

Mesmo diante desse novo quadro estatal, onde a questão social se apresentou principalmente em razão dos movimentos do proletariado, do movimento sindicalista, dando azo a instituição das pretensões de massa (coletivas), o processo civil permaneceu atrelado à concepção subjetivo-individualista, continuando a se deter num rito apto à consecução de direitos individuais através da hipostasiação do procedimento ordinário-declaratório e na subjetividade do julgador.

É incrível como o processo de que se dispõe atualmente ainda não logrou êxito em superar o tecnicismo do século XIX, fato que vem o levando a se manter refém do procedimento (fase-a-fase) e do solipsismo judicial, do “decido conforme a minha consciência”. Enfim, aprisionado pelo movimento racional-iluminista e pela filosofia da

⁵²¹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Op. cit., pp. 23-24.

⁵²² Sobre a temática da invasão da política pelo direito, alerte-se que, ao menos para a tese presente, tal fenômeno não pode significar a substituição da política pelo direito, ao passo que a jurisdição-processual só tem legitimidade para atuar naquilo em que os demais poderes forem omissos, se dessa omissão resultar a violação a algum direito.

consciência (esquema sujeito-objeto), local em que habita um magistrado guiado pela razão e que, por ela, assujeita o processo para lhe dar agilidade.

Disso se depreende que a processualística moderna ainda mantém-se vinculada a uma tendência em apostar principalmente no protagonismo judicial e sua manifestação no processo como a panaceia para a satisfação dos direitos abnegados pelo positivismo. Se a autonomização do direito processual civil acabou por fomentar a cisão (metafísica) entre direito material e processual através da estruturação dos pressupostos processuais (tese adotada, posteriormente, por Liebman, cuja teoria foi tomada por emprestado na estruturação do atual Código de Processo Civil brasileiro), hipostasiando o procedimento a ponto de relegar a contudística a um segundo plano, também sobrelevou o papel solipsista (que conduz a valorações próprias, valorações íntimas, subjetivismos ou decisionismos) do juiz.

São inúmeros os exemplos disso, principalmente na doutrina, que teima em colocar a consciência do juiz, a sua subjetividade, como um elemento indissociável dos provimentos judiciais. Sobre o tema, escreve Maria Helena Diniz: “[...] esse ato de vontade, que traz a lume a norma individual, é uma operação axiológica, contendo, é óbvio, sempre em alguma medida, uma *valoração do juiz*”.⁵²³ Em sentido semelhante, escreve Rui Portanova: “[...] em verdade, o processo não se desenvolve só no nível da racionalidade. Não se podem esquecer fatores emocionais e humanitários próprios da *subjetividade do juiz*”⁵²⁴ (grifou-se). Ainda na perspectiva da aposta no solipsismo jurisdicional, aduz Cassio Scarpinella Bueno que

[...] a necessidade de *abertura interpretativa* é uma necessidade para todo o sistema jurídico. Ela precisa ser ‘generalizada’, não se limitando, apenas, à temática dos ‘direitos fundamentais’ ou das questões que têm assento expresso na Constituição Federal. A necessidade de abertura não repousa, apenas, na interpretação de uma norma constitucional. Também as normas legisladas caracterizam-se, cada vez mais, pela mesma abertura. É ver nos ‘Códigos’ com seus princípios, suas cláusulas gerais e seus conceitos vagos e indeterminados, *permitindo que o magistrado, em cada caso concreto – e não mais o legislador abstrata e genericamente –, o criador do direito a ser aplicado, analise, em concreto, quais são os valores que devem, ou não, prevalecer*.⁵²⁵ (grifou-se)

Nesse mesmo sentido, Eduardo Cambi – ainda que demonstre que aos juízes cabe dar força normativa à Constituição sem absorver espaços políticos reservados à deliberação das políticas públicas, bem como de que o dever final da magistratura é o de concretizar a Constituição, razão pela qual as decisões devem ser pautadas por valores, princípios e regras contidos no ordenamento jurídico, ao separar as atividades do juiz e do legislador – escreve

⁵²³ Cf. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 307.

⁵²⁴ Cf. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p. 74.

⁵²⁵ Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 75.

que “malgrado as funções do juiz e do legislador não se confundam, em casos difíceis, o órgão judicial – dentro de sua esfera de discricionariedade – pode ter tanta liberdade quanto à do legislador”.⁵²⁶ E mais: seguindo a onda de Alexy, salienta Cambi que em determinadas situações (determinadas pela existência de *hard cases*) assume importância a técnica da ponderação como mecanismo de solução desses casos.⁵²⁷

Já em sentido absolutamente contrário caminha a obra **O que é isto – decido conforme minha consciência?**, de autoria de Lenio Streck. Nela o autor destaca com maestria o referido apego da atividade jurisdicional à questão da subjetividade. Descrevendo inúmeros exemplos, principalmente de ordem prática a partir de julgados dos mais variados tribunais do Brasil⁵²⁸, o jurista gaúcho alerta para a instituição de um verdadeiro compromisso da jurisdição com a consciência do magistrado, o que passou a sustentar o imaginário de grande parte da magistratura brasileira. Cria-se, com isso, reproduzindo-se as palavras do próprio autor, “um núcleo comum, uma espécie de *holding*, que torna o tema recorrente: o juiz não se subordina a ‘nada’, a não ser ao ‘tribunal de sua razão’” (referindo-se a crítica kantiana do conhecimento).⁵²⁹ Acabam, com isso, expurgadas a tradição, a coerência e a integridade do direito.

Não é demais repetir: a aposta no solipsismo judicial, na subjetividade do juiz, na fixação de parte da doutrina em atribuir à magistratura uma posição sobrelevada na solução dos casos que se apresentam em sua jurisdição, não é compatível, como logo se verá, com o Estado Democrático de Direito. É de se questionar, portanto, com base em tudo o que acabou de se investigar, o que é pior, tanto ao direito quanto ao próprio processo civil: a neutralidade do juiz Júpiter ou o protagonismo do criativo? Ainda é cedo para enfrentar a questão. Antes, é preciso investigar outras, que servirão como condições para o encontro da resposta. E isso pressupõe compreender os desafios da jurisdição-processual diante do Estado de feição Democrática de direito.

⁵²⁶ Cf. CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, pp. 270-272.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 274.

⁵²⁸ Dentre os inúmeros exemplos de prática do solipsismo jurisdicional elencados na referida obra, destacam-se: a) o julgamento, pelo STF, do *Habeas Corpus* n.º 93.157/2008, no qual assentou-se, em face de um caso em que se discutia a falta de demonstração da urgência na produção antecipada de prova testemunhal de acusação, o entendimento de que a determinação de produção antecipada de prova está ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra; b) o julgamento, pelo STJ, do Agravo Regimental n.º 279.889, em que o ministro Humberto Gomes de Barros refere: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição [...] Decido, porém, conforme minha consciência. In: **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Op. cit., pp. 31 e 24, respectivamente.

⁵²⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Op. cit., p. 26.

2.5 Os novos desafios da jurisdição-processual no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito: a necessidade de uma atuação judicial para fortalecer a *integrity* a partir do protagonismo da Constituição e do caso concreto

A contemporaneidade revela que se está frente a um direito problemático, assimétrico, a-sincronizado. Segundo Castanheira Neves, o direito encontra-se sistematicamente inadequado diante do meio contextual de uma sociedade que o solicita. Para o jurista português esse é problema radical do sentido do direito e da sua subsistência nesta atual quadra da história⁵³⁰, paradigma que o Estado de perfil Democrático (e Social) de direito pretende superar.

A gênese conteudística dessa modalidade estatal é fruto de uma série de conquistas, que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecê-los⁵³¹ – os direitos individuais e coletivos, concentrando-se nos movimentos sociais. Seu foco de atuação é direcionado aos interesses difusos referentes a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados⁵³², os quais exigem uma nova postura da atividade jurisdicional, até mesmo porque a referida modalidade estatal assenta-se na democracia e nos direitos fundamentais.

A multiplicação de “novos atores sociais” envolve também o alargamento dos objetos de tutela jurídica e, mais do que isso, a explosão de uma conflituosidade social que, sem perder de vista o confronto trabalho/capital, assume muitas vezes facetas multipolares e dificilmente enquadráveis na rígida moldura normativista.⁵³³

Ao prognóstico da legalidade, o Estado Democrático de Direito agrega o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. O adjetivo “democrático” justifica-se em razão da superação de um Estado de Direito meramente formal a um Estado que estampa concretizar a justiça social, pretendendo fazê-lo a partir da consolidação dos valores fundantes da comunidade.⁵³⁴

A proposta da referida modalidade estatal ultrapassa a formulação liberal e social de

⁵³⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Op. cit., p. 17.

⁵³¹ Isso porque a base de constituição do Estado Democrático de Direito são os modelos anteriores (liberal e social).

⁵³² Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. Op. cit., p. 34.

⁵³³ Idem, ibidem, p. 37.

⁵³⁴ Cf. REALE, Miguel. **O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

direito, consistindo-se num verdadeiro *plus* normativo em relação aos modelos anteriores.⁵³⁵ Se o modelo liberal, após sua formalização à plataforma legal, se constituiu Estado de Direito, tendo a lei como ordem geral, e no espectro social de direito agregou-se ao Estado um ideário prestacional-interventivo, onde a lei passou a ser instrumento de implementação das promessas estatais, no perfil Democrático de Direito dá-se o surgimento de uma nova roupagem. Esta é colorida pela questão da igualdade, que pretende ser instrumento de transformação da realidade para inserir à gênese liberal e à questão social o “asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade”⁵³⁶ através de um projeto solidário.

No intuito de um constituir da sociedade, a jurisdição passa a ser a verdadeira condição de possibilidade para a implementação da chamada “questão social”, no interior da qual o direito assume um novo papel transformador, superando o próprio modelo de Estado Social.⁵³⁷ E isso será realizado a partir da participação do Judiciário na concretização dos anseios da sociedade, cabendo ao mesmo “garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática”⁵³⁸, justificada diante da nova roupagem social da qual faz parte o Estado Democrático de Direito.

Seja diante da perda de exclusividade no exercício das funções estatais, seja em razão das modificações sofridas pela sociedade (em função da complexidade da sociedade contemporânea), a plataforma político-jurídica do Estado Democrático de Direito exige que se pense em uma espécie de aproximação funcional dos poderes na realização de um projeto efetivamente solidário. Justamente por isso é que o exercício jurisdicional recebeu, diante da referida modalidade estatal, tanto a função de zelar quanto a de implementar, a partir dos textos constitucionais, os direitos sociais.

Tal atuação aponta a uma invasão, pelo Judiciário, nas competências dos poderes legislativo e executivo (tema que retrata nitidamente o embate entre procedimentalistas e substancialistas)⁵³⁹, profanando o princípio (liberal) da separação dos poderes, o qual

⁵³⁵ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. Op. cit., p. 99.

⁵³⁶ Idem, *ibidem*, p. 104.

⁵³⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Op. cit., p. 03.

⁵³⁸ Cf. OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [*et al.*]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 339.

⁵³⁹ Em processo civil, o referido embate também se mostra presente. Ambas as teorias são relevantes. Para os processualistas adeptos ao procedimentalismo, o que se deu principalmente a partir das ideias de Chiovenda, cumpre aprofundar os institutos e as técnicas processuais e por esse método buscar a melhor tutela dos direitos através do processo. Já para os amantes da tese substancialista a preocupação é para com a desenvoltura do

inclusive, fato que já se fez referência, fundamenta o direito processual civil como hoje é conhecido (principalmente em relação a uniformização do procedimento e das técnicas processuais, haja vista que a jurisdição do Estado Liberal tratou a tudo e a todos da mesma forma, local onde a abstração do procedimento garantiu liberdade aos litigantes).⁵⁴⁰

Na contemporaneidade não pairam dúvidas sobre a participação jurisdicional no exercício do poder, principalmente diante da função do controle dos atos de autoridades (judiciais e não-judiciais) através da interpretação das normas constitucionais, o que leva ao abandono da aspiração dos revolucionários franceses na ideologia da neutralidade do Judiciário.⁵⁴¹ Pelo mesmo motivo é que a postura liberal-burguesa, ao hipostasiar o indivíduo, se pensada à luz das pilastras que solidificaram o constitucionalismo presente no Estado Democrático de Direito, caminha de encontro ao alcance da democracia contemporânea, que a partir de uma atuação judicial transformadora da realidade é calcada no prisma substancial, através de uma postura promocional-prestacional.

Assim é que se pôde afirmar, diante do fato de que no Estado Liberal há uma dupla dimensão estabelecida entre princípio democrático de um lado e função de garantia de outro, que a jurisdição do referido modelo possuía caráter reprodutivo da atividade legislativa, não invadindo, portanto, a atuação dos demais poderes⁵⁴², características que não se fizeram presente (ao menos com tamanha intensidade), na segunda (social) e terceira (social-democrática) modalidades estatais de direito.

No Estado de feição Liberal, a partir da separação dos poderes e funções estatais, deu-se um verdadeiro bloqueio dos poderes do Estado, os quais deveriam ser controlados pela Constituição (que estrutura o próprio princípio separatista e das garantias dos indivíduos).⁵⁴³

direito subjetivo, da pretensão de direito material e da ação de direito material. Por essa corrente o interessado teria pretensão à declaração, ou à condenação, ou à constituição, ou à execução, ou à mandamentalidade, ainda no plano do direito material, e sua processualização se daria através da demanda, nascendo a pretensão processual com o pedido. Nesse enfoque o processo seria bem aderente ao direito material, pois a pretensão processual estaria perfeitamente ajustada à peculiaridade e à exigência da pretensão material. Cf. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª edição. Campinas: Ed. Bookseller, 2000, p. 21-24. Insta referir que o presente trabalho segue a corrente substancialista de processo, porquanto além de reconhecer a viabilidade das ações de direito material, busca através da construção de locais de sumarização a re-valorização do direito material subjetivo em processo, o qual não é entendido como uma segunda coisa, mas como “o” elemento fulcral da atividade jurídico-processual.

⁵⁴⁰ Cf. MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. Curso de Processo civil, vol. 5. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 20-21.

⁵⁴¹ Cf. FIX-ZAMUDIO, Hector. Preparación, selección y nombramiento de los jueces. Op. cit., p. 111.

⁵⁴² Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis [et al.]. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Op. cit., pp. 314-315.

⁵⁴³ É justamente por isso, particularizadamente em relação ao Brasil, que Bolzan de Moraes afirma: “essa impotência histórica do Poder Judiciário em impor-se dentro do quadro institucional do País como um efetivo guardião e realizador dos projetos constitucionais deve-se, em grande parte, a sua dependência política em relação ao Poder Executivo, órgão que em toda história constitucional teve a atribuição da indicação dos membros de nossa Corte máxima”. Idem, ibidem, p. 330.

Ocorre que diante das discrepâncias geradas pelo capitalismo (modelo econômico do liberalismo) e pelo surgimento da necessidade na regulação/promoção das leis de comércio e de economia de mercado, a palavra da vez passou a ser a da “questão social”, tornando-se o ponto central do Estado de espectro Social. Contudo, particularmente a partir do segundo pós-guerra aflora a hermenêutica da transformação do *status quo*, haja vista que alguns países passaram a colocar em seus textos constitucionais mecanismos e valores que levam o direito a uma condição jamais antevista, ou seja, como instrumento de luta e de transformação da realidade.⁵⁴⁴ Tal também se justifica pelo fato de que

[...] es posible en muchas ocasiones traducir una política - v.gr. la protección del interés público - en términos de derechos - v.gr. los derechos de los individuos que conforman la mayoría de la comunidad -, y viceversa. De otro lado, los derechos de segunda generación consagrados en las constituciones del Estado Social - como lo han señalado Habermas e Teubner - son el resultado de una mezcla entre principios y políticas. De hecho, es posible concebir estos derechos - v.gr. el derecho a la vivienda o a la salud - como una juridización de estándares que en el Estado Liberal funcionaban como políticas dependientes del buen funcionamiento de la economía. La juridización implica la posibilidad de que los individuos puedan exigir por vía judicial las prestaciones estatales previstas en las normas que consagran estos derechos; el juez, en estas circunstancias, debe tener en cuenta necesariamente argumentos de políticas - *policies* -, como los efectos de la protección de un derecho en la marcha de la economía.⁵⁴⁵

Mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado de feição Democrática de Direito a resistência positivista vem se mantendo fortemente atuante no mundo jurídico, fato verificável desde uma atuação judicial incompatível com o sentido da Constituição, que deve ser entendida enquanto *topos* normativo e interpretativo. Essa incompatibilidade também se reflete no espaço processual civil (ainda vinculado ao racionalismo e ao ideário liberal-burguês), bem como na prática do ensino (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais de processo, códigos comentados, Constituição esquematizada, etc.) e na práxis dos Tribunais, os quais ainda continuam a crer numa prática subsuntivo-dedutivista diante do fenômeno da aplicação do direito.

Ao plenipotencializarem as regras infraconstitucionais e apostar no solipsismo

⁵⁴⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Op. cit., pp. 104-106.

⁵⁴⁵ Cf. RODRÍGUEZ, Cezar. **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., p. 79. Tradução livre do autor: é possível em muitas ocasiões traduzir uma política - por exemplo, a proteção do interesse público - em termos de direitos - por exemplo, os direitos dos indivíduos que conformam a maioria da comunidade -, e viceversa. De outro lado, os direitos de segunda geração consagrados nas Constituições do Estado Social - como o assinalaram Habermas e Teubner - são o resultado de uma mistura entre princípios e políticas. De fato, é possível conceber estes direitos - por exemplo, o direito à moradia ou à saúde - como vetores que no Estado Liberal funcionavam como políticas dependentes do bom funcionamento da economia. Sua juridicização implica a possibilidade de que os indivíduos possam exigir por via judicial as prestações estatais previstas nas normas que consagram estes direitos; o juiz, nestas circunstâncias, deve ter em conta necessariamente argumentos de política, como os efeitos da proteção de um direito na marcha da economia.

judicial, incorrem na mesma ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história. Permitem, como já se mencionou, o protagonismo judicial. Autorizam que o juiz faça a melhor escolha, através de uma melhor interpretação. Em verdade, a tese positivista centra-se em algumas proposições que se compreendidas a partir de um viés crítico demonstram-se contrárias ao ideário estatal Democrático (e Social) de Direito.

Num primeiro momento o positivismo jurídico admitia que o modelo-de-regras fosse realmente capaz de prever e enumerar todas as hipóteses aplicativas em direito. Com a evolução do Estado e da sociedade o próprio positivismo jurídico sufocou-se num emaranhado de conceitos universalizantes. Ao fim e ao cabo isso demonstrou que a obsessão pela pretensão de antevisão dos casos fáticos não passava de uma mera ficção. Os juízes se depararam com novas situações, oriundas do exercício de novos direitos, cujos detentores eram novos atores, o que gerou uma concreta conflituosidade intelectual no âmbito da jurisdição-processual.

O problema então está em que o Judiciário, através do processo civil, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, de economia globalizada e interesses supra-individuais, continua a reconhecer preponderantemente a resolução de conflitos entre sujeitos iguais, indo de encontro ao movimento constitucional contemporâneo, notadamente a partir da inserção dos princípios e do resgate do mundo prático pela filosofia.

Com isso quer-se dizer que a partir do Estado Democrático de Direito faz sentido defender a tese de que cada cidadão tem titularidade em relação a um direito fundamental em face do Estado, mas que isso demanda igual consideração em relação aos demais membros da comunidade. A própria Constituição deseja isso. Caso contrário permanecerá, o Judiciário, como bem leciona Doglas Cesar Lucas, a administrar “os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no século XVIII, isto é, racionalizando e institucionalizando os conflitos em vez de enfrentá-los com suas complexidades”.⁵⁴⁶

Tal problema se agrava ainda mais diante da resistência positivista no exercício da jurisdição – o que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito procura superar (!) –, tendo como uma de suas bases de sustentação justamente a admissão da discricionariedade (de sentido forte) e de decisionismos (subjetivismos), ignorando o fato de que os textos não são plenipotenciários.

Logo, em pleno Estado Democrático de Direito, tanto o direito quanto o processo civil continuam a alimentar a possibilidade de decisionismos interpretativos. Para tanto, a título de

⁵⁴⁶ Cf. LUCAS, Doglas Cesar. A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. Op. cit., p. 188.

exemplo, basta verificar os poderes atribuídos ao relator pela lei 9.756, de 17.12.98, que determinou a nova redação do artigo 557 do código de procedimento. Este dispositivo, de ideologia liberal ao que parece, acabou autorizando ao relator, em posição solipsista, a negar seguimento aos recursos a partir de sua contrariedade a “jurisprudência dominante”, como se esta tivesse força de lei.

Como alerta Lenio Streck, a produção democrática do direito deve ser um salto para além do paradigma subjetivista, local em que a hermenêutica (como se verá na segunda parte da presente tese) atua de forma a blindar interpretações arbitrárias e discricionárias em processo, por parte dos juízes.⁵⁴⁷ Manter a produção jurídica na condição de refém de decisionismos interpretativos é atentar contra a própria autonomia do direito.⁵⁴⁸ Ao se admitirem tais práticas o juiz torna-se legislador, passando o direito a servir como instrumento (funcionalismo jurídico)⁵⁴⁹, ou como ensina Castanheira Neves, “um meio de serviço de teleologias que de fora o convocam e condicionadamente o submetem”.⁵⁵⁰

A luta contra a arbitrariedade judicial, e isso é fundamental alertar, não pode ser compreendida como uma luta contra o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional. O que não se pode conceber diante da plataforma estatal instituída pelas constituições dirigentes do segundo pós-guerra é que o ato interpretativo jurisdicional seja relacionado a qualquer espécie de atividade extratora de sentido (da lei), prática positivista que se alicerça no paradigma aristotélico-tomista-dedutivista.

Se, como se viu, as posturas positivistas acabam por cindir casos fáceis de casos difíceis, propondo como método de solução dos primeiros a figura da subsunção, onde o juiz num processo lógico-dedutivo “lavaria as mãos” na aplicação do direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso, em pleno paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito não é mais possível apostar na subjetividade dos juízes, as quais acabam se manifestando através de ponderações e interpretações calcadas em procedimentos, tais como no ordinário-declaratório.

⁵⁴⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 1, num. 1, 2009, p. 65-77.

⁵⁴⁸ A expressão “autonomia do direito”, nesta tese, não segue o sentido de autonomia cunhado pelo racionalismo iluminista do século XVII, em que o sistema jurídico observa somente a si mesmo e a sua coerência conceitual e sistemática, racionalmente específica. Aqui o sentido de autonomia do direito guarda relação com a coerência de um sistema de regras e princípios, através do qual o direito e sua realização concreta, independente de métodos dedutivos ou subsunções, têm condições em fornecer “a” resposta adequada para cada problema que lhe é apresentado, o que refoge à prática de decisionismo ou discricionariedades judiciais.

⁵⁴⁹ Alerta Castanheira Neves que o funcionalismo jurídico (a instrumentalidade jurídica) traz consequências avassaladoras à autonomia do direito. Isso porque ao se submeter a essa “instrumentalidade” o direito passa a ser puramente política. Para um maior aprofundamento consultar: **O Direito hoje e com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Op. cit., pp. 31-47.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 30-31.

É direta a relação dessa temática com o modelo de processo civil de que se dispõe atualmente. Um modelo que a partir da hipostasiação do processo de conhecimento sob o rito ordinário deixou o problema da satisfação dos direitos levados em juízo a um segundo plano, porquanto o que realmente interessa é o respeito ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais; da produção probatória exauriente, capaz, ao final, de viabilizar ao juiz o alcance da verdade, sonho racional-iluminista.

Se no perfil estatal democrático o direito passa a ser transformador da realidade, impõe que se (re)pense a jurisdição-processual para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição dos direitos dos cidadãos⁵⁵¹, local onde a Constituição e o caso concreto assumem o papel de protagonistas do processo, o que depende de uma atitude ativa não-decisionista na concretização de uma justiça substantiva (que sobreleve o direito material-constitucional, o caso concreto) e da própria cidadania, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supra-individuais⁵⁵², angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pelo qual atravessa o direito e, conseqüentemente, o processo. Com efeito:

A crise da jurisdição revela-se como uma crise dos fundamentos dogmáticos da modernidade jurídica que, orientada para a preservação do passado por meio de práticas jurídicas de repetição, é incapaz de trabalhar com a diferença, com a complexidade da sociedade global, bem como não é apta a tomar decisões que garantam o futuro.⁵⁵³

O exercício da jurisdição-processual no Estado Democrático de Direito exige que se supere a figura do juiz solipsista, o qual decide em acordo com sua vontade, experiência, etc., interpretando, quando pouco (somente nos casos difíceis pelo método do sopesamento), para descobrir o conteúdo da norma, extraindo o significado ideal do texto, razão pela qual permanece a residir numa situação (hermenêutica) de baixa constitucionalidade (Lenio Streck). Nesse mesmo contexto, a jurisdição-processual também exige o rompimento com o ritualismo fase-a-fase do processo de conhecimento de rito ordinário e de sua função declaratória, principalmente no que tange a satisfação dos direitos sociais-fundamentais. De igual modo, com um sistema recursal (e sua suspensividade) em que a palavra da hora é quantidade, ao invés de qualidade, local onde se vem decidindo, no mais das vezes, monocraticamente (solipsistamente), ambiente em que súmulas e enunciados já trazem consigo as respostas pré-dadas, dispensado-se a fundamentação das decisões.

⁵⁵¹ Cf. BOLZAN DE MORAIS, José Luis [et al.]. **A jurisprudencialização da Constituição**. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Op. cit., p. 322.

⁵⁵² Idem, ibidem, p. 322.

⁵⁵³ Cf. LUCAS, Douglas Cesar. A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. Op. cit., p. 193.

No paradigma estatal Democrático de Direito, já que o Judiciário passou a assumir uma função promovedora que até então lhe era desconhecida, o processo civil precisa ser efetivo, o que requer a renúncia ao modo liberal de agir processual. Um modo que sobrelevou a segurança jurídica através do método, da busca incessante pelas verdades absolutas, na proteção exclusiva dos direitos individuais, desprezando os interesses supra-individuais. E que hipostasiou, diante disso, o juiz solipsista, que por sua vez desconhece a íntima relação fenomenológica do processo.

Em seu lugar, respondendo ao questionamento realizado ao final do item anterior, impõe-se a atuação de um juiz que tenha ciência da responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência e integridade ao direito⁵⁵⁴, ciente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental, que no âmbito processual atua como protagonista, assim desvelando-se incompatível com qualquer espécie de discricionariedade (positivista) ou decisionismo.

Isso porque (o que não é demais lembrar) o direito assume, a partir do Estado Democrático de Direito, um novo papel representado pela relação entre jurisdição (processo) e legislação (política), o que leva à constatação de que realmente “a dimensão política da Constituição não é uma dimensão separada, mas, sim, o ponto de estofa em que convergem as dimensões democrática (formação da unidade política), a liberal (coordenação e limitação do poder estatal) e a social (configuração social das condições de vida)”⁵⁵⁵.

Logo, ao invés de uma prática subsuntivo-dedutiva e de um agir que fomenta a ponderação do valor do direito ao obnubilar a singularidade do caso concreto – realizando a prática da arbitrariedade, do decisionismo e da discricionariedade no sentido forte – impõe-se à jurisdição-processual uma atuação que rume à coerência e integridade necessárias a assegurar uma condição de igualdade aos casos submetidos a seu crivo, seja referente à solução de conflitos individuais, seja os de ordem coletiva.

Isso somente será possível quando os operadores do direito (que não acompanhou o giro linguístico ontológico na filosofia) derem-se conta – a hermenêutica jurídica terá um papel fundamental neste desvelamento – que os sentidos não estão nos textos legais, mas são inseridos pelo intérprete, o qual, numa linguagem gadameriana, norma o texto a partir de sua pré-compreensão (aqui, da Constituição) e de sua condição de ser-no-mundo, não olvidando, em momento algum, para se chegar à coerência e à integridade do direito, em respeitar o

⁵⁵⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 272.

⁵⁵⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Op. cit., p. 107.

próprio texto, “ao qual deve ser atribuído um sentido a partir do caso concreto sob sua análise”.⁵⁵⁶

Urge, assim, que se busque uma jurisdição-processual apta a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático, que possibilite o protagonismo da Constituição como uma forma eficaz a constituir o resgate dos direitos sociais-fundamentais e da democracia, através de um processo que aproxime procedimento e substância. É nesse *locus* fenomenológico que as possibilidades de decisionismos (positivista) darão lugar à percepção integrativa do direito, a construção de um discurso, segundo François Ost, caracterizado pela produção de justificações transtemporais, inscrevendo a interpretação presente na continuidade de um discurso jurídico ininterrupto⁵⁵⁷, o que exige sua aplicação (no processo) de forma coerente com o plano fático do direito material-constitucional, dos princípios e decisões judiciais pré-existentes no contexto donde de está a dizê-lo⁵⁵⁸, blindando a possibilidade da emissão de decisões em conformidade a consciência do julgador, tese que, por outras palavras e significados, encontrará guarida em Dworkin na obra **O império do Direito**.⁵⁵⁹

Segundo Dworkin, o direito como integridade (*integrity*), como prática social argumentativa, irá rejeitar o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no através do procedimento, porquanto seu fundamento está na fidelidade à história política da comunidade.⁵⁶⁰ Devem atuar, ao contrário, os juízes, para fortalecer a *integrity*, a partir do pressuposto de que direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade, onde “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça e equidade”.⁵⁶¹ Respeitando a história (e o fato em si), preocupando-se em oferecer um futuro honrado, o próprio direito nessa perspectiva se mostra a antítese da postura decisionista jurisdicional, deplorando “o antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’”,⁵⁶² ou seja, de que os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, através da linguagem. Sustenta essa visão um verdadeiro rompante ao método interpretativo-aplicativo verificável nas posturas

⁵⁵⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 324.

⁵⁵⁷ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 96.

⁵⁵⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 334.

⁵⁵⁹ Referência completa: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁵⁶⁰ Cf. OST, François. **Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005, p. 30.

⁵⁶¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pp. 271-272.

⁵⁶² Idem, ibidem, p. 274.

positivistas jurídicas, caracterizadoras do modelo jurisdicional do Estado de feição Liberal.

Rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do direito e a possibilidade da melhor escolha entre uma gama de possibilidades⁵⁶³, a tese do direito enquanto integridade guarda relação a um discurso em favor da fidelidade de uma comunidade política aos princípios de moralidade política que inspira através do tempo o desenvolvimento das suas normas jurídicas, valorizando a continuidade transtemporal e a coerência das justificações jurídicas.⁵⁶⁴ Dworkin sustenta que o intérprete deve realizar uma espécie de leitura moral da Constituição, que guarda relação a princípios morais de justiça (daí a institucionalização da moral no direito). Assim é que pretende superar a plenipotenciariade da regra que se apresenta no modelo de direito (positivista jurídico) e Estado Liberal-individualista, para o qual o texto contém todas as hipóteses aplicativas e acaba

[...] ficando a ‘disposição’ da solipsidade do intérprete, permitindo que este adjudique sentidos em total descompasso com os elementos trazidos pela tradição e pela cultura, que estabelecem, por exemplo, no nosso modo prático de ser no mundo, os limites semânticos de cada texto.⁵⁶⁵

Em sentido contrário, o que se justifica pelo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, o agir da jurisdição-processual, a partir da teoria da integridade dworkiniana, exige uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito e do processo, o que implica na construção da atividade processual a partir de uma releitura constitucional de seus institutos e da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria, o que representa um efetivo retorno ao respeito do caso prático que se apresenta em processo civil. Assim o próprio direito, como leciona Chueiri, recuperará a sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social.⁵⁶⁶

Para Dworkin (conceito que se busca emprestado para definir a gênese da atuação estatal-jurisdicional no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito), o direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência principiológica que

⁵⁶³ Sobre a tese da “melhor” interpretação, em antítese ao pensamento dworkiniano, consultar: FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: **Interpretação Constitucional**. Org. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 324 e seguintes.

⁵⁶⁴ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 96.

⁵⁶⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas. Op. cit., p. 284.

⁵⁶⁶ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: Ed. J.M., 1995, p. 164.

refuja ao ideário das concepções⁵⁶⁷ convencionalistas (que desprezam o passado, contentando-se em assentar suas decisões em convenções presentes)⁵⁶⁸ ou pragmatistas do direito (que se preocupam exclusivamente com a eficácia da decisão compreendida como capacidade de agir com sucesso sobre o futuro da situação tratada).⁵⁶⁹

Sem desprezar os ideais de equidade (*fairness*) e justiça (*justice*), ela exige uma atuação estatal coerente com princípios jurídicos, especialmente os constitucionais. Negará que as manifestações do direito sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque o *locus* interpretativo oriundo da tese dworkiniana se manifesta em simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro.⁵⁷⁰

Guarda em sua plataforma estrutural o respeito à história, mas não a uma história que leve o agir jurídico a algo em desuso. O historicismo da tese dworkiniana se sustenta porque o ato interpretativo é, nela, pensado no presente, retornando ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim exija.⁵⁷¹ Nesse mesmo movimento o direito processual civil pode ser organizado e justificado por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao direito.⁵⁷²

Dworkin, numa perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e a ficcional imunidade do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando da trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, onde cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo.

Assim é o direito e a atividade jurisdicional sob a tese da *integrity* de Dworkin. Parte-se do pressuposto de que os juízes têm o dever a obrigação de levar em conta o que outros juízes decidiram em casos semelhantes àquele submetido agora à jurisdição, devendo

⁵⁶⁷ Para o convencionalismo o direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão política do passado que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o Direito ou se valer de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo não existe direito a não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes à questões de convenção. Para o pragmatismo o direito seria fruto da criação do judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qualquer decisão política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores aprofundamentos sobre ambas as percepções sobre o Direito consultar: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Op. cit., pp. 185 e seguintes; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008, pp. 207 e seguintes.

⁵⁶⁸ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 97.

⁵⁶⁹ Idem, ibidem.

⁵⁷⁰ Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise**. Op. cit., pp. 209-210.

⁵⁷¹ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Op. cit., p. 274.

⁵⁷² Idem, ibidem, p. 274.

“considerar as decisões deles como parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar”.⁵⁷³ Não se trata de simplesmente reproduzir decisões passadas, requerendo, ao contrário, que as decisões tomadas se conformem aos princípios que justificam a tradição (naquilo em que se demonstrar autêntica).

O assistencialismo presente no agir jurisdicional diante da inserção da questão social, notadamente a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra, implica, no Estado Democrático de Direito, uma atuação a partir dos pilares da coerência e da integridade, os quais acabam por blindar a prática do decisionismo jurisdicional, funcionando como um elemento de promoção da vida moral e política dos cidadãos, onde a política ganhará um significado mais amplo, transformando-se “numa arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor”.⁵⁷⁴

Se o Estado Democrático de Direito foi concebido para transformar a realidade, superando os modelos Liberal e Social, é chegada a hora, finalmente, de rejeitar as opiniões pessoais dos operadores do Judiciário, destacando-se sua responsabilidade política. Isso faz lembrar, por exemplo, a utilização reiterada da prática de sentenças aditivas, através das quais os juízes, num verdadeiro solipsismo intelectual das consequências, pensam fazer justiça ao implementar os direitos sociais assegurados na Constituição em casos individuais (sem respaldo coletivo) sem a intermediação de normas legais ou regulamentares expedidas pelo legislativo ou executivo, desconsiderando por completo as previsões orçamentárias (determinadas, por exemplo, pela Lei Orçamentária Anual - LOA) correlatas a reserva do possível.⁵⁷⁵

Pensar o direito processual civil diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito leva a profanar o sentido comum teórico que se sacralizou no imaginário dos juristas, fomentando um diálogo com a história sem ignorar a tradição, onde tanto o direito quanto o processo funcionem como produto coletivo de uma determinada sociedade em sua complexidade.⁵⁷⁶ Disso se depreende que o Estado contemporâneo depende diretamente de uma jurisdição-processual que proporcione o fortalecimento (coerente) da Constituição, enfim, do respeito ao direito material-constitucional, ao caso concreto

⁵⁷³ Ibidem, p. 286.

⁵⁷⁴ Idem, ibidem, p. 211.

⁵⁷⁵ Para um maior aprofundamento sobre as sentenças aditivas e sua relação ao princípio da reserva do possível vide: SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [et al.]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

⁵⁷⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Op. cit., p. 217.

submetido a juízo, fundamentos que se demonstram eficientes a prestar guarida inclusive aos direitos sociais-fundamentais e à democracia.

É justamente nesse ponto que a hermenêutica filosófica assume um papel de extrema importância no discurso jurídico, até mesmo porque seu mote central relaciona-se com a busca da compreensão de algo, ou seja, com o processo de tornar compreensível um texto, um gesto, etc., aproximando através da linguagem (que é condição de possibilidade) o sujeito cognoscente (que não instaura, mas é instaurado)⁵⁷⁷ do objeto investigado. Suas influências no direito e, para este estudo, no processo civil, revelam-se pela tentativa de libertação do pensamento jurídico (e da processualística contemporânea) apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano.

Procura romper com os parâmetros da hermenêutica clássica ao instigar a igual alforria (o que não é nada fácil) do direito (e do processo) em relação ao paradigma metafísico-positivista. Pretende fazê-lo através das noções de tradição, história efetual, linguagem, faticidade (razão prática) e modo-de-ser-no-mundo, vetores filosóficos da ontologia fundamental de Martin Heidegger (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo, e da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), a partir da hermenêutica da faticidade, legando o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa. É preciso, pois, aludir a uma filosofia *no* direito processual civil voltada para o mundo prático, para o mundo da vida, para o direito subjetivo material discutido em juízo. Em resumo, uma filosofia que justifique a sua existência.⁵⁷⁸

O próprio Carnelutti, em sua teoria geral do processo, pretendeu lançar aportes filosóficos sobre o direito processual civil.⁵⁷⁹ Todavia, o fez a partir da construção da relação autônoma processual, através da qual as relações de direito material seriam relações unicamente sociológicas, não jurídicas. A proposta por uma filosofia *no* processo guarda relação direta justamente com a aproximação dos planos material e processual e com a superação metafísico-objetivista do processo como hoje é “analisado” em sua sacra autonomia, o que conduz a necessidade de se profanar o sentido comum teórico que se constituiu diante do procedimento ordinário-declaratório, onde rito atua como aporte ao

⁵⁷⁷ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, p. 84.

⁵⁷⁸ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição**. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 52.

⁵⁷⁹ Consultar, sobre isso, as seguintes obras de Francesco Carnelutti: **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Ed. Saraiva, 1942; **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder Cultura Jurídica, 2001; **A arte do direito: seis meditações sobre o direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

alcance da verdade absoluta na proteção de direitos individuais.

SEGUNDA PARTE

O desvelar do caso concreto diante de uma filosofia no processo civil: a sentença (democrática) liminar de mérito e os anseios por uma maior efetividade processual na satisfação dos direitos sociais-fundamentais

O direito processual civil manteve-se distante dos movimentos filosóficos verificados no século XX. Sua (contínua) fixação pelo sentido do procedimento fez com que o processo não acompanhasse o linguistic turn, a invasão da filosofia pela linguagem. Por isso um novo olhar sobre o direito processual civil se faz necessário. A clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (em processo) deve dar lugar à instituição de uma filosofia no processo, rompendo com a força objetificante do iter processual a fim de vislumbrar em seu horizonte a necessária satisfação (efetivação) dos direitos sociais-fundamentais levados à jurisdição-processual. Isso realmente justifica a opção, na presente tese, pela utilização da matriz hermenêutica fundada na ontologia fundamental. É preciso, pois, aludir a uma filosofia no direito processual civil voltada para o mundo prático, para o mundo da vida, para o direito material-constitucional discutido em juízo. Em resumo, uma filosofia que justifique a sua existência.

1 Processo civil e hermenêutica (filosófica): a linguagem como ponto de partida e reflexão

Se o Estado contemporâneo depende diretamente de uma atuação jurisdicional e de um processo que proporcionem o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais e do respeito ao direito substantivo, ao caso concreto submetido a juízo, a condição de possibilidade está em pensar o direito processual civil para além do reducionismo dogmático. Tal é tarefa que se impõe a uma filosofia *no* processo, o que implica na superação do conceitualismo e de uma metodologia processual desvinculados do caráter histórico-individual do caso concreto. Em ultrapassar um modelo jurídico-processual universalizante, que classicamente se esquematiza num sistema abstrato e logicamente preparado ao trato de questões estritamente jurídicas e a solução de conflitos eminentemente individuais numa autonomia lógico-sistemática.⁵⁸⁰

O projeto de uma filosofia *no* processo guarda relação ao estabelecimento de uma atitude não-dogmática, forjada diretamente no sangramento do cotidiano processual em busca da satisfação dos direitos sociais-fundamentais postos em juízo. Funda-se na tentativa de substancialização do direito processual civil, valorizando a Constituição enquanto instrumento vinculante e programático, enquanto base de toda a juridicidade. A hermenêutica filosófica assumirá um importante lugar nessa construção, já que com ela é possível falar, a partir do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, na possibilidade de “ontologizar” a jurisdição-processual, a Constituição e o Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o processo civil não pode ser compreendido de forma isolada do sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

Pensar o processo no interior de uma filosofia necessita da compreensão do *como* se deu o processo de sacralização do procedimento ordinário, que através da metafísica hipostasiação do rito fase-a-fase ordinário-plenário dificultaria o acesso ao corpo fático, objeto principal de qualquer procedimento judicial. Esse foi o desiderato da primeira parte da presente tese. Agora, a luz de uma filosofia *no* processo, o objetivo está em aprofundar o agir cognitivo-processual para que se possa então profanar a semente da ordinarização e sua plenariedade, plantada há muitos séculos nos campos do processo civil, já que têm se demonstrado insuficientes no plano da satisfação dos novos direitos, o que se deve a forma como a doutrina tradicional, influenciada pelo liberalismo-normativista-individualista e pela filosofia da consciência, vem lidando com os institutos processuais. Estes estão imersos em uma crise que ainda está longe de ser superada.

⁵⁸⁰ Aqui se está parafraseando Castanheira Neves, que escreve algo semelhante ao problema do direito em relação a sua autonomia. Para maiores aprofundamentos sobre o tema, consultar: CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Op. cit., p. 24.

É importante que desde já se alerte: nesse *locus* processual o ideário fulcral é a concretização da Constituição. Daí a pergunta: como pode a hermenêutica auxiliar na construção de um processo civil pós-moderno, pós-burocrático e anti-positivista, partindo-se da premissa de que o processo de que se dispõe atualmente está inserido em uma tradição inautêntica em que se supervalorizou o solipsismo judicial e a busca por verdades eternas, ignorando a própria finitude do conhecimento? Em que medida a (re)valorização da verossimilhança pode contribuir para um novo modelo de jurisdição-processual em que se sobreleve o caso concreto a partir de uma (re)leitura constitucional dos institutos processuais e da instituição de um perfil jurisdicional democrático? Essas questões certamente estarão presentes a todo o momento na construção desta segunda parte da tese.

Já se referiu que se faz necessário um novo olhar sobre o processo civil, onde a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição) deve ceder à instituição de uma forma de compreensão fático-procedimental diferenciada. Uma atitude interpretativa hermenêutico-ontológica capaz de romper com a objetificação do *iter* processual ordinário a fim de satisfazer (efetivar) os direitos sociais-fundamentais, já que o mesmo não o tem feito.⁵⁸¹ Enfim, a superação da perspectiva instrumentalista presente no processo civil moderno, jogando no seio da jurisdição-processual o processo de atribuição de sentido pelo intérprete a partir de seu modo-de-ser, da faticidade e da (efetiva) participação da sociedade, afastando-o da prática da repetição. Isso realmente justifica a opção, na presente tese, pela utilização da matriz hermenêutica fundada na ontologia fundamental, apta a aproximar o sujeito (que é instaurado) do objeto investigado.

Na referida construção jamais poderá ser olvidado que a processualística moderna, principalmente diante da universalização da ação condenatória como correspondente absoluta da *actio* romana, suprimindo os procedimentos interditais, não foi capaz de superar o pensamento metafísico aristotélico-tomista verificável na fase cognitivo-processual do período pós-clássico romano. Desde então, principalmente sob a influência dos escritos de Justiniano, o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e ordem.

Isso também explica o porquê do direito processual civil não ter acompanhado a invasão da filosofia pela linguagem, mantendo o julgador equidistante ao direito material que fundamenta a própria existência do processo, fenômeno que a partir da teoria da separação

⁵⁸¹ Sobre o tema, revela Andrea Proto Pisani que o tradicional modelo do procedimento ordinário é completamente impróprio para assegurar uma prestação jurisdicional efetiva a todos os direitos que reclama urgência. In: **Appunti sulla tutela di condana**. Texto publicado na obra *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. 3. Milão: Ed. Giuffrè, 1979, pp. 18-24.

dos poderes veio a se fortificar. A consequência não poderia ser outra: a linguagem, aqui tratada como forma de acesso a algo, acabou sendo praticamente proscrita pelo direito processual civil. Acabou sendo relegada a uma segunda coisa, motivo este que levou à construção de um direito processual civil alicerçado numa ideia de linguagem (procedimental) ideal. Afinal de contas, qual a razão para o rigorismo formal que se apresenta no direito processual civil moderno? Note-se que a significação está (sempre esteve) no procedimento, nas súmulas, enunciados, etc., não no objeto tutelado, o que é fruto da (ficcional) exatidão linguística da qual o processo (ainda) faz parte.

Uma filosofia *no* processo, em razão disso, prescinde de que a linguagem sirva como ponto de partida e de reflexão, porquanto é nela que o direito material-constitucional se desvelará. É nela que se dará o sentido. É através dela que o sujeito solipsista dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva, que o fará respeitar a tradição (autêntica) e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. Um sujeito autêntico e angustiado (Heidegger), que pode fazer parte da história ao abrir cuidadosamente as portas do mundo para si.

A condição de possibilidade, ao menos para a presente tese, está em pensar o processo civil para além do reducionismo procedural-dogmático. De um dar-se conta de que todo *caso* apresentado exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosística (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição. Uma filosofia que torne possível a instituição de um *novo processo civil* pós-burocrático sumário e autônomo, processual, procedimental-material e democraticamente apto à compreensão do fato/direito submetido à apreciação jurisdicional, que parta da necessidade em se destruir a sedimentação dos conceitos em processo civil para compreendê-lo hermeneuticamente.

Todas essas constatações levam a crer que a obsessão pelo encontro da verdade absoluta em processo, fruto da razão moderna, da herança racional-iluminista, deve ser revista. O suporte teórico para que se compreenda essa necessidade encontra guarida na hermenêutica (filosófica) de Hans-Georg Gadamer (a partir da filosofia de Martin Heidegger).

Desde já é preciso alertar que a hermenêutica filosófica não se confunde com a hermenêutica clássica e seu desiderato técnico-interpretativo. A hermenêutica filosófica, como mais a frente se poderá observar, trabalha com um dar sentido (*sinngebung*), o que requer o ingresso na dimensão da compreensão do sujeito (que sempre possui uma dimensão linguística), justificando porque a hermenêutica é filosofia. Essa nova hermenêutica (de feição heideggeriana-gadameriana), como assinala Lenio Streck, surge no horizonte de um problema totalmente humano relacionado à experiência de encontrarmos frente à totalidade do mundo

como contexto vital da própria existência, o que a fará questionar a totalidade do existente humano e sua inserção no mundo.⁵⁸²

Todavia, antes de penetrar no seio da hermenêutica filosófica é importante ressaltar que a palavra hermenêutica (que, segundo Grondin, só apareceria no século XVII, ainda que entre os gregos, principalmente na obra platônica, já se encontre a palavra *hermèneutike*)⁵⁸³ classicamente tem guardado relação com a interpretação de algo, de um gesto, um texto, etc. Etimologicamente está relacionada a figura mitológica de Hermes, o mensageiro de Zeus entre os homens. A ele, na mitologia grega, atribui-se a descoberta da linguagem. Assim, classicamente a palavra hermenêutica está relacionada ao processo de tornar algo compreensível, de explicar algo.

O objetivo do presente capítulo ainda assim está em dar primazia ao recorte da hermenêutica filosófica, principalmente a partir da contribuição de Heidegger e Gadamer. Trata-se de uma opção teórica, justificada pelo fato de que ao relacioná-la ao direito processual civil surge a possibilidade de pensá-lo em sua singularidade fática, que em nada se assemelha aos tradicionais processos de fungibilização dos fatos. Uma singularidade, contudo, que no processo compreensivo trabalha com o desvelamento do ser da Constituição, o que depende da atuação (não-solipsista) do jurista; da instituição de uma jurisdição-processual democrática, ultrapassando a visão de que o processo é estrutura de poder.

Na pretensão de introduzir os aportes da hermenêutica no seio do direito processual civil é preciso referir que a intenção de Gadamer é estudar a hermenêutica em seu elemento puro de experiência da existência humana, postura que terá como substrato a obra de Heidegger, caracterizada por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser-aí), a compreensão da vida fática do homem.⁵⁸⁴ Em Heidegger, compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma, o que justifica a passagem de uma hermenêutica normativa para uma hermenêutica filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura do ser-aí, o que pressupõe o resgate do ser na obra heideggeriana, recorrendo ao único ente que o compreende: o homem (*Dasein*), que é ser-no-mundo.⁵⁸⁵

No recurso às condições de possibilidade da questão do sentido do ser⁵⁸⁶ Heidegger

⁵⁸² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., pp. 188-189.

⁵⁸³ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p. 47.

⁵⁸⁴ Cf. SCHUBACK, Márcia Sá Cavalcante. **A perplexidade da presença**. Apresentação de **Ser e Tempo**, de Martin Heidegger. 3.^a edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008, p. 15.

⁵⁸⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 190.

⁵⁸⁶ Ver, para tanto, a título de introdução da questão: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., pp. 37-40.

questiona as condições de possibilidade do discurso sobre a situação do homem constituído linguisticamente, isso porque somente o homem pode perguntar pelo sentido de algo, o que justifica a opção de Heidegger por uma fenomenologia do ser-no-mundo. É nesse movimento que Heidegger passa para a análise, tanto do ponto de vista linguístico como do ponto de vista filosófico-existencial, das partes componentes da expressão “mundo”; “ser-com e ser-si-mesmo”; “ser-em”. A situação total que Heidegger designa ser-no-mundo pode ser designada como situação do cuidado. A relação de cuidado consigo mesmo e com o mundo caracteriza todas as relações da vida.⁵⁸⁷

Para se chegar a essa nova filosofia é necessário preparar o terreno da hermenêutica, o que impõe a construção de um pequeno esboço histórico desde a hermenêutica pré-romântica, já que até então a arte da compreensão e da interpretação havia se desenvolvido pelo caminho teológico e pelo caminho filológico. O primeiro guardou relação a proposta reformista da Bíblia, capitaneada por Lutero.⁵⁸⁸ Já o segundo apareceu como instrumental para as tentativas humanísticas em redescobrir a literatura clássica.⁵⁸⁹ Um período em que o fundamento da hermenêutica está na busca da compreensão do texto bíblico ou de um texto clássico. Diferentemente do saber instituído pela Sagrada Escritura e pelos textos clássicos, uma nova ciência da natureza deveria se impor com uma metodologia própria, que através da matemática e da razão conduziria a evidência do que é compreensível em si mesmo.⁵⁹⁰

Disso se depreende que só pode surgir hermenêutica na modernidade, quando as cosmovisões não expressam simples duplicações da realidade, mas interpretações pragmáticas, inclusas na relação do homem com o mundo.⁵⁹¹ Um pouco antes de Schleiermacher e da própria hermenêutica romântica, alertando pela necessidade em se desenvolver uma ciência universal do interpretar, Dannhauer foi precursor, no século XVII, em agregar no título de uma obra a palavra hermenêutica. Sua proposta coadunava-se a uma hermenêutica universal, elaborada a partir do solo da filosofia, permitindo assim às outras ciências a interpretação.⁵⁹²

Já em 1742 Chladenius abriu novos horizontes à hermenêutica, ainda que sua proposta

⁵⁸⁷ Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3.^a edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2005, pp. 13-14.

⁵⁸⁸ Para Gadamer, o pressuposto da hermenêutica bíblica é o princípio que a Reforma propõe quanto às Escrituras. De acordo com esse ponto de vista não se teria a necessidade da tradição para compreender a Sagrada Escritura adequadamente, pois sua literalidade possui um sentido unívoco, o *sensus literalis*, que deve ser mediado por ela mesma. In: **Verdade e método**. Op. cit., p. 242.

⁵⁸⁹ Idem, ibidem, p. 241.

⁵⁹⁰ Idem, ibidem, p. 251.

⁵⁹¹ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., p. 47.

⁵⁹² Idem, ibidem, pp. 94-98.

fosse condizente a universalidade de uma hermenêutica pedagógica. Para Chladenius, compreender e interpretar não são a mesma coisa, já que o texto que necessita de interpretação faz parte de um caso excepcional, partindo da premissa de que no geral as passagens podem ser entendidas imediatamente quando se conhece o assunto tratado.⁵⁹³ De uma problematização hermenêutica puramente lógica encontrada no pensamento de Dannhauer, em Chladenius a interpretação aumentaria o conhecimento por seu pensamento pessoal e suas próprias invenções, sendo ocupada, doutro lado, daquilo que os outros, antes de nós, pensaram de proveitoso ou interessante. Uma capacidade de interpretação já exercida deveria ser aperfeiçoada.⁵⁹⁴

Até então a tradição hermenêutica pugnava que o objeto interpretativo devesse recair nas frases ou passagens obscuras. Todavia, com Chladenius, apenas um tipo especial dessas passagens deveria receber interpretação. Elas não deveriam guardar relação com as obscuridades decorrentes de uma passagem editorialmente deteriorada, tampouco derivada do pouco domínio da linguagem, mas as que derivassem de insuficientes “conhecimentos de fundo”. Uma insuficiência no processo compreensivo derivada da ausência do conhecimento histórico ou objetivo de algo, especialmente quando o *algo* da linguagem permanece na escuridão em razão de não despertar no receptor o mesmo sentido empregado pelo falante.⁵⁹⁵

Outra facção representativa das hermenêuticas universais – aquelas em que a hermenêutica representava um caráter filosófico (universal) – foi desenvolvida por Meier (1757) na tentativa de uma arte universal da interpretação. Agora não somente a escritura era importante para a hermenêutica, mas também o todo global dos sinais do mundo. No fundo dessa concepção, segundo Grondin, é que se encontra a doutrina universal dos sinais elaborada por Leibniz. Interpretar, portanto, significa reconhecer o sentido pelo sinal; poder ordená-lo segundo a característica universal de todas as coisas.⁵⁹⁶

A tarefa de transformar a compreensão em algo não relacionado a um procedimento, pensando-a a partir de uma metodologia própria, deve-se principalmente ao teólogo alemão Schleiermacher. Seu pensamento situa-se no período denominado de romantismo, no século XIX. Com ele há um deslocamento de caráter fundamental: de uma compreensão unicamente voltada à literalidade das palavras e seu sentido objetivo, passa-se (também) a uma compreensão voltada à individualidade de quem fala.⁵⁹⁷

⁵⁹³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 252.

⁵⁹⁴ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., p. 99.

⁵⁹⁵ Idem, ibidem, pp. 103-106.

⁵⁹⁶ Idem, ibidem, p. 108.

⁵⁹⁷ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 256.

Ao lado da interpretação gramatical, Schleiermacher coloca a psicológica. Para Gadamer, ela atua num “transferir-se para dentro da constituição completa do escritor, um conceber o ‘curso interno’ da feitura da obra, uma reformulação do ato criador”.⁵⁹⁸ Partindo das determinações principais de Kant, segundo Schleiermacher, ao fazer menção sobre o pensamento artístico, exemplo a ele privilegiado, os discursos não se submetem ao mesmo padrão de entendimento sobre a coisa visada, pois o modo *que diz* e o modo *como se diz* o discurso são inseparáveis. Logo, também o falar é concebido como arte. Com Schleiermacher “cada individualidade é uma manifestação da vida universal e assim ‘cada qual traz em si um mínimo de cada um dos demais’”.⁵⁹⁹ O compreender, para Schleiermacher, é sempre um mover-se num círculo, o qual proporciona o retorno do todo às partes e vice-versa.

Doravante, na hermenêutica, passa a ser de fundamental importância as condições pelas quais o sujeito (individual) interpreta; não simplesmente os objetos de sua compreensão, razão pela qual no pensamento de Schleiermacher a hermenêutica definitivamente ultrapassa as concepções teológicas e filológicas, já que guarda relação à arte de descobrir os pensamentos de um escritor a partir de sua exposição.⁶⁰⁰ Tais condições é que desvelarão o traço essencial do compreender, onde o sentido do peculiar só pode resultar do contexto, do todo, numa espécie de raciocínio circular. A hermenêutica será uma arte, não um procedimento mecânico, levando a cabo sua obra, a compreensão, do mesmo modo como se realiza uma obra de arte.⁶⁰¹

O fato é que com Schleiermacher o processo compreensivo não mais inclui somente a coisa de que se está falando, mas considera a expressão que representa algo com uma produção livre. É nesse local que a linguagem é um campo de expressão. O intérprete, a partir dela, considera os textos como puros fenômenos de expressão, à margem de qualquer pretensão de verdade.⁶⁰² Há em seu pensamento uma indissociabilidade entre o gramatical e o psicológico.⁶⁰³ O resultado de uma interpretação meramente gramatical devia acabar sendo muito modesto na concepção schleiermachiana, já que o objetivo último da interpretação seria o de penetrar até o pensamento interior, ou seja, o que o escritor queria dizer com tal texto.⁶⁰⁴

É flagrante, no pensamento de Schleiermacher, o abandono do objeto da hermenêutica

⁵⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 257.

⁵⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 260.

⁶⁰⁰ Cf. SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica de interpretação. Tradução de Celso Reni Braida. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999, p. 31.

⁶⁰¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 262.

⁶⁰² Idem, *ibidem*, p. 269.

⁶⁰³ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Op. cit., p. 18.

⁶⁰⁴ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., p. 130.

mais antiga. Isso porque ao invés de mediar um sentido, uma verdade, interessava a Schleiermacher um ato de criação do autor, considerando os textos como fenômenos de expressão.⁶⁰⁵ A supervalorização do momento psicológico da tarefa interpretativa, elemento presente no pensamento schleiermachiano, será objeto da crítica de Gadamer, como mais a frente se fará alusão. Isso porque, segundo o filósofo, a hermenêutica não se resume em unicamente retornar ao aspecto subjetivo de quem interpreta, mas na discussão da própria coisa que o texto faz referência. Mesmo assim o pensamento de Schleiermacher é fundamental para que seja possível entender o processo compreensivo hermenêutico a partir da posição ocupada pelo intérprete, não apenas voltado unicamente para a verdade da coisa em causa.

Esse dado seria fundamental para que Dilthey, após a morte de Schleiermacher em 1834, desenvolvesse a tese de uma hermenêutica travestida como sustentáculo epistemológico das ciências do espírito⁶⁰⁶, etapa em que ampliaria a hermenêutica romântica, transformando-a numa historiografia, tese posteriormente confirmada e consolidada por Conde York.⁶⁰⁷ Dilthey torna-se o principal intérprete da escola histórica no século XIX, segundo a qual qualquer manifestação individual (aproveitando-se do pensamento de Schleiermacher) deve ser concebida a partir do contexto de sua época.⁶⁰⁸

Segundo Heidegger, o trabalho de Dilthey pode ser dividido em três campos. O primeiro tende aos estudos sobre a teoria das ciências do espírito e sua delimitação frente às ciências da natureza; o segundo com as pesquisas sobre a história das ciências do homem, da sociedade e do estado; já o terceiro com as investigações sobre uma psicologia que exporia “todo o fato homem”. Tais campos de pesquisa tinham uma meta: trazer a vida para uma compreensão filosófica e assegurar, para essa compreensão, um fundamento hermenêutico a partir da vida mesma, onde tudo estaria centrado na psicologia, que assim compreenderia a vida em seu nexos de desenvolvimento e ação históricos como o *modo* em que o homem é.⁶⁰⁹

A tendência de York foi também a de tomar posição frente à psicologia analítica, principalmente na tarefa de elaborar as diferentes estruturas categoriais entre o ôntico e o histórico. York, como relata Heidegger, se empenhou em apreender categorialmente o histórico em oposição ao ôntico, elevando a vida a uma compreensão científica adequada.⁶¹⁰

⁶⁰⁵ Idem, ibidem, p. 131.

⁶⁰⁶ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Op. cit., p. 24.

⁶⁰⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., p. 491.

⁶⁰⁸ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., p. 135.

⁶⁰⁹ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., pp. 491-492.

⁶¹⁰ Idem, ibidem, p. 493.

Com York é então possível dizer que a questão da historicidade é uma questão ontológica sobre a constituição do ser dos entes históricos, da mesma forma que a questão do ôntico é a questão ontológica sobre a constituição do ser dos entes não dotados de historicidade. Por isso a ideia do ser abrange tanto o ôntico quanto o histórico.⁶¹¹

Anteriormente a Dilthey e York, Johann Droysen já dera início ao historicismo interpretativo, principalmente ao relacionar a compreensão com o processo de conhecimento das ciências históricas. Recusando o positivismo, acusado de submeter a história aos métodos matemáticos naturais, bem como uma concepção puramente narrativa da história, para Droysen a história seria assemelhante as ciências naturais, já que a compreensão histórica aproxima-se da compreensão de alguém que fala conosco, onde entendemos a palavra particular como manifestação de um interior. Quando o historiador busca manifestações históricas e pesquisa sobre seu interior, pretende na verdade reconstruir o particular a partir do todo, do qual ele emerge e, inversamente, o todo a partir do particular, no qual ele se expressa.⁶¹²

Segundo Gadamer, em Droysen o método histórico divergiria do método experimental das ciências da natureza em razão de que a historiografia seria investigação, nada mais que isso. E para poder conhecer a investigação histórica somente se pode perguntar à tradição. Nessa investigação é que resultaria o compreender.⁶¹³

Todavia, são realmente Dilthey e York os principais protagonistas da escola histórica. Com a adoção do círculo hermenêutico, anteriormente pensado por Schleiermacher, em Dilthey a unidade, o todo, não seria mais o conjunto de obras ou a vida do autor, mas a história universal. A interpretação de um texto se desvelaria desde sua assumida função como mediador de um nexos histórico mais amplo, completo na perspectiva da história universal.⁶¹⁴ O novo ponto de partida de Dilthey será a filosofia da vida, categoria que expressará a necessidade de uma outra espécie de ciência, diversa das ciências da natureza. Isso explica porque Dilthey trata, no contexto de seu pensamento, de individualidades históricas, já que as ciências do espírito não devem tentar compreender a vida com categorias exteriores a ela, mas derivadas dela.⁶¹⁵

⁶¹¹ Idem, *ibidem*, p. 497.

⁶¹² Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., pp. 141-143.

⁶¹³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., pp. 293-295.

⁶¹⁴ Essa constatação servirá, posteriormente, para que Heidegger, em **Ser e Tempo**, trabalhe com o problema das ciências históricas, que a partir dele assume a fisionomia de um problema ontológico. Para um maior aprofundamento, consultar: Cf. VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1996, p. 15.

⁶¹⁵ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Op. cit., pp. 24-28.

Se for correto afirmar que a vida é o fato básico da história para Dilthey, também o é que para ele as condições objetivas de validade das ciências do espírito podem ser encontradas na experiência interior, ao passo que toda a realidade se encontra sob os condicionamentos da consciência. Disso se depreende que em Dilthey somente uma reflexão psicológica básica está em condições de fundamentar a objetividade do conhecimento das ciências do espírito, o que faz com que formule o “princípio da vivência”, no qual “tudo o que está para nós, existe apenas enquanto dado, como tal, no presente”.⁶¹⁶

Desse princípio é que deriva, em Dilthey, o conceito de compreensão. As ciências do espírito passam a se diferenciar das ciências naturais em razão de sua relação diversa com o objeto, já que nas ciências do espírito o processo compreensivo dá-se de fora para dentro, um movimento denominado “auto-reflexão”: um retorno do manifestado ao interior, onde cada expressão ou enunciado “brota de um aconselhar-se a si mesmo, que procura reviver a compreensão”.⁶¹⁷

Em Dilthey, como se fez alusão, as ciências do espírito devem compreender a vida a partir de categorias dela derivadas, razão pela qual o caráter do indivíduo é uma unidade compreensível em si mesma, manifestando-se através de exteriorizações de sua vida, local onde todos os fatos surgem a partir da consciência, sob o seu condicionamento. Os fatos da consciência para Dilthey, como assinala Moreira Filho, são compostos de imagens, sensações, o que aponta para a totalidade da vida psíquica. Uma experiência interna que enquanto ocorre é imediata, o que serviria na sedimentação da própria fenomenologia do século XX, principalmente com Husserl e Heidegger. Nela, a experiência humana tem significado na medida em que é histórica, revelando uma coerência e uma unidade no tempo.⁶¹⁸

Quando se fala numa fenomenologia está-se a falar, como define o próprio Heidegger, num conceito de método. Não o *quê* dos objetos, mas o *como* deles. O filósofo sustenta que a palavra fenomenologia é capaz de gerar a expressão “para as coisas elas mesmas”, por oposição à admissão pura de conceitos aparentemente verificados, às construções soltas no ar. Consiste em deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo. Nela, não se evoca o objeto, mas o modo *como* ele se mostra, pertencente ao que se mostra numa primeira aproximação a ponto de constituir o seu sentido e fundamento. É o desvelar não do ente em si, mas do ser dos entes. A fenomenologia, assim, é a via de acesso

⁶¹⁶ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., pp. 148-151.

⁶¹⁷ Idem, ibidem, p. 152.

⁶¹⁸ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Op. cit., pp. 28-30.

da ontologia (já que propõe o ser dos entes, o seu sentido).⁶¹⁹

Segundo Gadamer, foi Heidegger quem tornou consciente a radical exigência que se coloca ao pensamento em virtude da inadequação do conceito de substância para o ser e para o conhecimento histórico, razão pela qual seria somente com Heidegger que se libertara a intenção filosófica de Dilthey. Sobre o trabalho de Heidegger, é de fundamental importância referir que o mesmo engata na fenomenologia de Husserl, que representa uma ruptura com a hermenêutica anterior, já que a consciência não seria um objeto, mas uma coordenação essencial, o que levaria a uma suposta superação do objetivismo, uma vez que o significado das palavras não poderia se confundir com o conteúdo psíquico da consciência, com as representações associativas que uma palavra desperta.⁶²⁰

Com isso é possível falar em uma fenomenologia onde a subjetividade humana também possui validade ontológica, também deve ser vista como fenômeno. Essa concepção, como se verá mais adiante, será crucial para que seja possível falar numa filosofia *no* processo, mediada pela história, pela tradição, pela práxis intersubjetiva entre juiz, partes e sociedade, com a intermediação da linguagem. Para se lá chegar, veja-se que a fenomenologia husserliana vai além de um simples dar-se dos fenômenos da consciência objetiva, porque toda vivência implica os horizontes do anterior e do posterior e se funde com a continuidade das vivências para formar a unidade do fluxo de vida.⁶²¹

A investigação fenomenológica é compreendida como uma investigação de unidades *da e na* consciência do tempo, as quais pressupõem a constituição dessa consciência temporal, onde o fluxo vivencial possui o caráter de uma consciência universal do horizonte, da qual se dão as vivências. Para Husserl, não mais suportando a amplitude que alcançara as ciências objetivas, “o que está dado como ente está dado como mundo e leva consigo o horizonte do mundo”.⁶²² Assim é que Husserl passa a falar de vida, contrastando com o conceito de mundo objetivado pelas ciências, o que o leva a forjar o conceito de “mundo da vida”, o mundo em que o homem está introduzido pelo viver de sua atitude natural, que jamais poderá se tornar objetivo, mas que representa o solo de toda a experiência.⁶²³

O “mundo da vida” husserliano, nas palavras de Gadamer, “significa o todo em que estamos vivendo enquanto seres históricos”.⁶²⁴ Heidegger aproxima-se de Husserl a partir desse conceito. Ele estudara num dos centros da filosofia neokantiana, que dominara a cultura

⁶¹⁹ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., pp. 66-75.

⁶²⁰ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 328.

⁶²¹ Idem, ibidem, p. 329.

⁶²² Idem, ibidem, p. 330.

⁶²³ Idem, ibidem, p. 331.

⁶²⁴ Idem, ibidem, p. 332.

filosófica alemã nos primórdios do século XX, tendo percebido que o problema do ser está destinado a parecer estranho devido justamente a mentalidade neokantiana, caracterizada pela lógica e pela necessidade em considerar as categorias só como funções do pensamento.

O fato central é que Heidegger via em Husserl e na fenomenologia o modo de direcionar o seu discurso às dimensões da historicidade da compreensão.⁶²⁵ Para Vattimo, enquanto o neokantismo dava preferência ao objetivismo, privilegiando a ciência no seu caráter matematizante como única forma de conhecimento válido, influência nitidamente racionalista, em Husserl a cognição se resolvia da intuição, elemento que irá remeter a interpretação heideggeriana do conceito de fenômeno em **Ser e Tempo**, a obra-prima de Heidegger.

Sem a menor pretensão em estancar as inúmeras interações entre todos os pensadores até agora trabalhados, esse breve esboço histórico da hermenêutica foi fundamental para se preparar o terreno que conduz aos projetos hermenêuticos de ordem heideggeriana e gadameriana, os quais, pelo que já se pôde constatar, formam a base teórica para a instituição de uma filosofia *no* processo. Sua (dos aportes de Heidegger e Gadamer) influência no direito já é uma realidade. Tem se revelado pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano, o que vem sendo pesquisado principalmente pelo jurista gaúcho Lenio Streck.

Já o perfil de uma hermenêutica crítica, de cariz filosófico, quando recepcionada pelo direito processual civil, certamente auxiliará na superação do objetivismo, travestido pela metodologia da *ordinariedade*, da *plenariedade*, bem como da *plenipotenciariade* das regras e do modo de aplicação legal-reprodutivo no processo civil, local (ainda) habitado pelo juiz solipsista e sua consciência. Isso porque principalmente com Heidegger é possível constatar que a atividade compreensiva está em constante movimentação, num constante re-projetar, pensamento que, quando transposto ao direito processual civil, leva a instituição da necessidade em se buscar uma jurisdição-processual que seja eficiente em contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito.

A possibilidade em se pensar numa filosofia *no* processo parte também de um alerta: não se está a trabalhar com a produção de verdades únicas ou absolutas em processo. A questão está que nele a verdade é sempre uma verdade hermenêutica sujeita as condições de temporalidade e compreensão, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz *ser-no-mundo*,

⁶²⁵ Cf. VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Op. cit., pp. 08-13.

autêntico e democrático, que compreenda o processo como fenômeno, desvelando a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade)⁶²⁶, instaurando *seu* sentido diante de *sua* singularidade.

É nesse sentido que rumo a tese da *sentença liminar de mérito*, como posteriormente se verá. Por enquanto é possível adiantar que se trata de um *locus* processual que privilegia um re-desenhar em processo civil da valorização do caso concreto, da história, da tradição autêntica, da práxis judiciária (enquanto produtora de precedentes judiciais), da necessidade em ultrapassar a construção do conhecimento isolado (desprovido de compreensão)⁶²⁷, da proteção constitucional relacionada à condução da tempestividade da prestação jurisdicional, da aproximação entre jurisdição e comunidade, dos próprios princípios constitucionais e da participação democrática, condições de possibilidade para a construção de um direito e de um processo civil íntegros.

Não se está a trabalhar com um simples procedimento, ou uma possibilidade adstrita à vontade do magistrado. O objetivo está em compreender que é possível (e necessário) pensar em novos *locus* processuais de abertura à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo e com uma função jurisdicional institucionalizada na posição de um terceiro a quem incumbe ditar o certo ou o errado. Em pensar na aproximação, através da linguagem, entre procedimento, direito e sociedade, o que pode ser alcançado por meio de um novo agir processual sumário que atenda liminarmente as pretensões de direito material-constitucional, cuja construção deve perpassar pela instituição de uma filosofia *no* processo.

Nela será possível compreender o próprio processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento, impedindo que o ritualismo metodológico afaste o juiz do ser dos entes (fatos, textos, leis, Constituição, súmulas, etc.) ao aplicar (compreender) o direito, pressupondo a necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase-a-fase do procedimento ordinário-plenário, elegendo como condição de possibilidade a re-elaboração do conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, num sentido diferente do estabelecido pelas filosofias liberais (que distinguem verossimilhança e verdade).

Demonstrando a importância da singularidade de cada caso concreto levada a processo para respeitar sua faticidade, que lhe é própria, única. Afinal de contas, se interpretar é explicitar o compreendido, como logo se verá com Heidegger, a decisão construída através de

⁶²⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **El problema de la conciencia histórica**. Op. cit., p. 50.

⁶²⁷ Cf. ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Op. cit., p. 29.

um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase, característica do procedimento ordinário-plenário, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

Essa filosofia *no* processo parte do pressuposto de que a linguagem serve como ponto de partida e de reflexão, porquanto é nela que o direito material-constitucional se desvelará. É nela que se dará o sentido. É através dela que o sujeito solipsista, o qual não re-projeta suas próprias convicções, dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva que o fará respeitar a tradição e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. Nela o intérprete em sua faticidade deve preocupar-se, o que o mantém no interior do círculo hermenêutico, local onde se terá de atingir uma situação hermenêutica que permita a interpretação do sentido da preocupação (temporalidade).⁶²⁸

É realmente preciso aludir a uma filosofia *no* direito processual civil voltada para o mundo prático, para o mundo da vida, para o direito material-constitucional discutido em juízo, onde a linguagem seja compreendida como condição de possibilidade, rompendo com a ideia ficcional de que o processo civil é sinônimo de método.⁶²⁹ Se todo caso exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação conteudística (fática), que não é e nem pode ser entificada, está-se frente à necessidade de superação de uma metodologia procedural-dogmática que renunciou o fato em processo civil. A hermenêutica de Heidegger e Gadamer tem a dizer sobre essas questões, ainda que no campo da filosofia. É isso que se passa a investigar.

1.1 A invasão da filosofia pela linguagem e o contributo de Heidegger e Gadamer

No decorrer do que até agora foi enfrentado pela tese presente, é possível concluir, dentre outras coisas, que a processualística civil ainda é refém do pensamento liberal-individualista-normativista e da filosofia da consciência (ou filosofia da subjetividade). A tradição inautêntica em que o processo de que se dispõe atualmente está inserido revela que tanto o fato concreto quanto a própria Constituição ainda não receberam a atenção demandada

⁶²⁸ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Op. cit., p. 137.

⁶²⁹ Como já se teve a oportunidade de aludir na primeira parte da tese, a doutrina processual civil, influenciada principalmente por Carnelutti, para quem a metodologia é a “ciência da ciência”, tradicionalmente relaciona processo e método como forma de sedimentar metodologicamente a significação e importância da disciplina processual. Sobre o tema, mostra-se extremamente interessante a crítica de Jaime Guasp na seguinte obra: **Concepto y método de derecho procesal**. Madrid: Ed. Civitas, 1997, pp. 71- 120.

pelo constitucionalismo instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Uma possível superação desse paradigma deve levar em conta a questão da linguagem em processo. Isso porque é nela que o fato concreto se desvelará. E trabalhar com a linguagem é trabalhar com uma das questões centrais da filosofia. Desde Platão, com o *Crátilo*, a linguagem assume um lugar na filosofia ocidental. Ao sustentar que o *Crátilo* é um tratado acerca da linguagem, Lenio Streck, fazendo alusão a Josef Simon e Garcia-Roza, leciona que com essa obra Platão teria lançado a base para uma filosofia ontológica, que viu o ser das coisas o seu objetivo, local onde o significado precede o significante e o determina, sendo a linguagem reduzida a mero instrumento; algo secundário em relação ao conhecimento do real.⁶³⁰

Com Platão e seu *Crátilo* é possível definir uma espécie de unidade entre palavra e coisa na filosofia. Gadamer, sobre isso, dirá que na filosofia grega a palavra é somente nome, não representando o verdadeiro ser. O *Crátilo* objetiva, segundo o filósofo, discutir duas teorias que pretendem determinar justamente a relação entre palavra e coisa. São elas o convencionalismo e o naturalismo. A primeira defende o significado das coisas através da univocidade do uso da linguagem, por convenção. Assim é que se dá a ligação do nome com as coisas. A segunda sustenta uma relação natural entre palavra (nome) e coisa, onde cada coisa teria seu nome por natureza.⁶³¹

Ainda segundo Gadamer, o objetivo central de Platão estaria em mostrar que se deve conhecer o ente sem as palavras, deslocando a questão da significação das coisas para o nível da dialética, “que pretende evidentemente embasar o pensamento sobre si mesmo, abrindo seus verdadeiros objetos, as ‘ideias’, de tal modo que isso supere o poder das palavras e sua tecnificação demoníaca na arte da argumentação sofística”.⁶³² Observe-se, dessa passagem, a luta de Platão contra os sofistas e sua habilidade no trato da linguagem.

A linguagem ainda é mantida numa posição secundária com Aristóteles. Isso porque a palavra seria um símbolo, e sua relação com a coisa se daria por significação. Logo, para Aristóteles, as palavras só possuiriam um sentido definido porque as coisas deteriam uma essência. É ela quem conferiria às palavras a possibilidade de sentido.⁶³³ A questão, dessa forma, estaria na *adequatio*, ou seja, na conformidade entre a linguagem e o ser. E se a linguagem é portadora de ambiguidade, aquilo que ela aponta é o significado na sua

⁶³⁰ In: **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 119.

⁶³¹ In: **Verdade e método**. Op. cit., p. 525.

⁶³² Idem, ibidem, p. 526.

⁶³³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 122.

universalidade.⁶³⁴

Assim, desde Platão e seu mundo das ideias, bem como Aristóteles e sua filosofia dos universais, das essências, a filosofia questiona o ente enquanto ente, escondendo o ser, o que sintetiza o pensamento metafísico, a primeira instância da filosofia.⁶³⁵ O verdadeiro conhecimento, com a metafísica, guardaria relação com aquilo que é pura e simplesmente geral, imutável e necessário, pouco importando ser interpretado através da matemática ou segundo a lógica. É nesse contexto que o ceticismo em relação ao primado do ser sobre o pensamento engendraria uma posição de destaque ao sujeito cognoscente, abrindo uma esfera interior de representações que precede o mundo dos objetos representados, o que justifica porque a metafísica só pode encontrar um equivalente numa teoria da consciência.⁶³⁶

A crítica mais contundente à metafísica seria realizada apenas com Heidegger, no século XX, ainda que a questão da linguagem e seu papel fossem antes disso enfrentados. Para o filósofo, somente se aprende a conhecer e a saber quando se experimenta de que modo a filosofia é, ao modo da correspondência que se harmoniza com a voz do ser do ente. A filosofia, em Heidegger, guarda relação “a correspondência propriamente assumida e em processo de desenvolvimento, que corresponde ao apelo do ser do ente”.⁶³⁷ E esse apelo, com Heidegger, dá-se na e pela linguagem.

Contudo, as raízes da metafísica relegaram a linguagem a um segundo plano, o que inevitavelmente traria reflexos tanto ao direito quanto ao processo civil. Para compreender esse fenômeno é preciso antes alertar que a representação metafísica analisa e assim representa apenas o ente sob o ponto de vista do ente, que aparece na luz do ser. O ser não é pensado em sua essência desveladora, em sua verdade.⁶³⁸ Disso se depreende que a metafísica nunca se voltou para o ser enquanto ser, o que levou a filosofia a se manter na condição de refém de uma concepção em que a linguagem é mero instrumento, local onde os entes são designados independentes da intervenção da linguagem.

Esse processo de adequação do olhar ao objeto (concepção central da metafísica), buscando desvendar a essência das coisas, local onde a verdade é caracterizada pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, e também onde a linguagem é apenas um

⁶³⁴ Idem, *ibidem*, pp. 122-123.

⁶³⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Que é Metafísica?** Tradução de Ernildo Stein. In: Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991, p. 56.

⁶³⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico:** estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1990, p. 22.

⁶³⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Que é isto, a filosofia?:** identidade e diferença. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2006, p. 32.

⁶³⁸ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Que é Metafísica?** Op. cit., p. 55.

instrumento que transporta a essência das coisas ou conceitos em-si-mesmos verdadeiros⁶³⁹, somente seria transformado nos séculos XIX e XX com a viragem linguística na filosofia.⁶⁴⁰ Até lá foi percorrido um longo caminho. Nele, a tradição metafísica não logrou êxito em fazer com que a linguagem assumisse um lugar de destaque.

Com Habermas, percebe-se que desde Parmênides é estabelecida uma íntima relação entre o pensamento abstrato e seu produto, o ser. Platão disso tiraria a consequência de que a ordem fundadora da unidade é de natureza conceitual. Os gêneros e espécies, de acordo com os quais ordenam-se os fenômenos, seguiriam a ordem ideal das próprias coisas. De sua essência.⁶⁴¹

A concepção central do pensamento metafísico desde Platão, Aristóteles, Descartes, Leibniz, chegando a Kant e após Hegel, buscou dar similitude entre pensamento e coisa, desvendando a essência própria das coisas, onde a verdade caracteriza-se pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, servindo a linguagem apenas como instrumento dessa ligação entre essência e verdade.⁶⁴²

Todavia, principalmente o nominalismo, séculos mais tarde, teria descoberto algumas contradições do princípio metafísico. As essências seriam meros nomes que não teriam o condão de designar a verdade. Para o nominalismo só existiriam seres singulares. Só o indivíduo singular seria real⁶⁴³, o que serviu para que, principalmente com Ockham, tivesse o nominalismo uma atenção voltada para o discurso, rompendo a estreita relação entre as palavras e as coisas.⁶⁴⁴

A partir de então é possível falar na relação do sujeito cognoscente consigo mesmo, o que ofereceria o caminho para a consciência do sujeito pensante, para a representação, pelo sujeito, dos objetos, uma das teses centrais da obra de Descartes.⁶⁴⁵ Segundo Habermas,

⁶³⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 125.

⁶⁴⁰ Segundo Habermas, a partir desse momento os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo substituem as relações entre sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais. Sobre o tema, consultar: HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Op. cit., p. 15.

⁶⁴¹ Idem, ibidem, pp. 39-40.

⁶⁴² Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 125.

⁶⁴³ Cf. DE BONI, Luis Alberto. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006, p. 615.

⁶⁴⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 126.

⁶⁴⁵ Segundo Heidegger, com o “*cogito sum*” Descartes pretende dar à filosofia um fundamento novo e sólido. O que, porém, deixa indeterminado nesse princípio radical é o sentido do ser do “*sum*”. A elaboração dos fundamentos ontológicos implícitos no “*cogito sum*” constitui o ponto de partida na segunda estação a caminho

doravante a auto-consciência ou é conduzida a uma posição fundamental, como fonte espontânea de realizações transcendentais, ou é elevada à categoria de absoluto, como espírito. Tudo então passa a ser referido a uma razão produtora, que surge como uma reflexão totalizadora e auto-referente, garantindo a precedência da ideia sobre a matéria.⁶⁴⁶

O pensamento metafísico vigente até os primórdios da modernidade pode então ser caracterizado pelo idealismo e pela filosofia da consciência, o que passou a ser questionado a partir de alguns desenvolvimentos históricos. O aparecimento do método experimental das ciências da natureza, o formalismo na teoria moral, no direito e nas instituições de Estado (principalmente com o nominalismo de Hobbes e o conceitualismo de Locke) nos séculos XVII e XVIII são marcos essenciais na tentativa de ferimento à metafísica. O mesmo se pode dizer em relação ao surgimento das ciências histórico-hermenêuticas no século XIX, local em que se sobrelevou a consciência histórica em oposição a uma razão não-situada.⁶⁴⁷

Mesmo diante de todos esses desenvolvimentos a linguagem ainda estava longe de assumir um lugar de destaque, o que também pode ser constatado em Hume e Kant. Partindo do pressuposto de que as palavras só possuem significado na medida em que se referem a fatos concretos, o que eliminaria os conceitos da metafísica, já que estes guardam relação a realidades exteriores ao sujeito pensante, o ceticismo de Hume negou a realidade objetiva da causalidade, do mundo e do sujeito.⁶⁴⁸ Já em Kant, a linguagem também não assinalaria uma função específica nos processos de conhecimento, regulados pelas condições *a priori* da razão.⁶⁴⁹ Isso porque, para Kant, as palavras são concebidas como signos das representações,

de um retorno à história da ontologia. A interpretação comprova porque Descartes não só teve de omitir a questão do ser como também mostra porque se achou dispensado da questão sobre o sentido do ser do *cogito* por ter descoberto a sua “certeza” absoluta. Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., p. 63.

⁶⁴⁶ Cf. HABERMAS, Jurgen. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Op. cit., p. 41.

⁶⁴⁷ Idem, ibidem, pp. 42-43.

⁶⁴⁸ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 133.

⁶⁴⁹ Essa constatação justifica a seguinte passagem de Kant: “Que todo o nosso conhecimento começa com a experiência, não há dúvida alguma, pois, do contrário, por meio do que a faculdade de conhecimento deveria ser despertada para o exercício senão através dos objetos que tocam nossos sentidos e em parte produzem por si próprios representações, em parte põem em movimento a atividade do nosso entendimento para compará-las, conectá-las ou separá-las e, desse modo, assimilar a matéria bruta das impressões sensíveis a um conhecimento dos objetos que se chama experiência? Segundo o tempo, portanto, nenhum conhecimento em nós precede a experiência, e todo ele começa com ela. Mas embora todo o nosso conhecimento comece com a experiência, nem por isso todo ele se origina justamente da experiência. Pois poderia bem acontecer que mesmo o nosso conhecimento de experiência seja um composto daquilo que recebemos por impressões e daquilo que a nossa própria faculdade de conhecimento (apenas provocada por impressões sensíveis) fornece de si mesma, cujo aditamento não distinguimos daquela matéria-prima antes que um longo exercício nos tenha tornado atento a ele e nos tenha tornado aptos à sua abstração. Portanto, é pelo menos uma questão que requer uma investigação mais pormenorizada e que não pode ser logo despachada devido aos ares que ostenta, a saber se há um tal conhecimento independente da experiência e mesmo de todas as impressões dos sentidos. Tais conhecimentos denominam-se a *priori* e distinguem-se dos empíricos, que possuem suas fontes a *posteriori*, ou seja, na

os quais representam verdadeiramente as coisas. Logo, na representação das coisas a função principal é reservada ao pensamento.⁶⁵⁰

O maior golpe à metafísica seria oriundo da mudança do paradigma da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Somente a partir de então é possível falar na linguagem como abertura, como acesso ao mundo. Um dos precursores desse movimento é Wilhelm Von Humboldt, que para Gadamer é o criador da moderna filosofia da linguagem. O ponto de partida de Humboldt é o fato de que as línguas são produtos da força do espírito humano. Para ele a linguagem não é somente um dentre outros dotes do homem que está no mundo, mas serve de base para que o homem tenha mundo, porque nela se representa o mundo.⁶⁵¹

Esse estar-aí no mundo é constituído pela linguagem, o que justifica que em Humboldt, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma que o introduz numa relação e num comportamento com o mundo.⁶⁵² Com Humboldt, como assinala Lenio Streck, a linguagem aparece como a condição de possibilidade de uma visão da totalidade do mundo. O mundo só é mundo enquanto vem à linguagem, que somente tem a sua existência no fato de que nela se apresenta o mundo.⁶⁵³

Também Saussure e Peirce contribuíram decisivamente para a invasão da filosofia pela linguagem, rompendo com os dualismos dos conceitos que sustentam a filosofia da consciência. Sob a necessidade de construir uma teoria geral dos sistemas sîgnicos, o primeiro propôs denominá-la de semiologia; já o segundo, de semiótica. A novidade de Saussure está na tentativa de reconstrução, no plano do conhecimento, de um sistema teórico que explicasse o funcionamento dos diversos tipos de signos.⁶⁵⁴ Seu projeto encontra-se orientado para as diversas linguagens naturais. E é na constituição dos diferentes sistemas sîgnicos das linguagens naturais que Saussure elege, como modelo analítico, a linguística (teoria dos

experiência”. Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991, p. 25.

⁶⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op. cit., p. 135.

⁶⁵¹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., pp. 566-572.

⁶⁵² Idem, *ibidem*.

⁶⁵³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op. cit., pp. 141-144.

⁶⁵⁴ Os quais representam a combinação do conceito e da imagem acústica, composto por quatro características: a) a arbitrariedade, pois o significante é arbitrário em relação ao significado na medida em que não tem nenhum laço natural na realidade; b) a imutabilidade, que surgiria no momento posterior a produção de sentido; c) a mutabilidade, ou seja, a possibilidade do signo ser modificado com o passar do tempo e, d) o fato de que o significante, já que se desenvolve no tempo, representa uma extensão, mensurável na extensão de uma linha. Idem, *ibidem*, pp. 146-148.

signos verbais). Já Peirce acentuaria a função lógica do signo para a constituição da semiótica: uma teoria geral dos signos voltada para as práticas linguísticas da ciência; ao contrário de Saussure, que se preocupava com o tratamento científico das linguagens naturais.⁶⁵⁵

A viragem linguística da filosofia e um possível rompimento com a metafísica somente ocorreria decisivamente no século XX. Segundo Carlos Nieto Blanco, cujo pensamento foi sintetizado por Lenio Streck, é possível afirmar resumidamente que a invasão da filosofia pela linguagem deu-se sob três frentes: a) a do neopositivismo lógico, que buscava a construção de linguagens ideais, iniciando com a denominação de Círculo de Viena, sendo, na década de 20, Schlick e Carnap seus principais protagonistas; b) a filosofia de Wittgenstein, em sua segunda fase⁶⁵⁶, principalmente com a obra **Investigações Filosóficas**, onde o filósofo sustentou que não existe um mundo em si que independa da linguagem, razão pela qual somente há o mundo da linguagem; c) o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária, cujo principal representante é John Austin, que desenvolveu a dimensão pragmática do discurso ligado a ações coletivas, intersubjetivas, mesclando atos de linguagem e práticas (ações).⁶⁵⁷

Dessa resumida construção histórica da relação entre linguagem e metafísica, ciente

⁶⁵⁵ Cf. WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2.^a edição. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1995, pp. 11-14.

⁶⁵⁶ O próprio Wittgenstein, no prefácio das **Investigações**, indica que seus pensamentos só poderão ser compreendidos se considerados em oposição e sob o pano de fundo do **Tractatus**, sua primeira obra filosófica. Já no **Tractatus** Wittgenstein trabalha com a questão da linguagem. Um termo que determinaria o conjunto de elementos que, combinados entre si de uma determinada maneira, têm uma significação, possuem vida. Logo, no **Tractatus** Wittgenstein sustentará que todos os elementos da linguagem representam algo, o que pressupõe duas condições: que haja diferenças entre aquilo que representa e aquilo que é representado, sem o que não seria possível distinguir o linguístico do não- linguístico, e que haja uma semelhança entre o representante e o representado, sem que o não fosse possível a relação de representação entre realidades heterogêneas. Diante disso, no **Tractatus** a linguagem aparece como o conjunto de formas proposicionais possíveis, ou melhor, de todas as formas proposicionais que permitem representar significativamente os fatos. Nesse movimento há uma relação entre linguagem e mundo. A linguagem, por um lado, na medida em que dispõe de proposições elementares em número indeterminado, é sempre capaz de dizer os fatos do mundo. O mundo, por outro lado, na medida em que possui objetos em número determinado, pode ser dito pela linguagem sob a condição de que esta contenha as proposições elementares correspondentes aos fatos elementares. No **Tractatus**, dessa forma, não se trata de considerar uma linguagem nem um mundo em particular, mas sim a linguagem e o mundo em sua maior generalidade, enquanto puras manifestações da forma lógica ou forma de representação. Já nas **Investigações filosóficas** Wittgenstein sustentará que não existe um mundo em si que independa da linguagem, razão pela qual somente temos o mundo da linguagem. Em vista disso, trata-se de uma nova concepção de proposição, que deixa de ser um modelo exato da realidade para se tornar uma hipótese, uma forma mais ou menos adequada de representação. Nada mais constitui uma garantia fixa e translúcida da significação; essa garantia se perde no turbilhão imprevisível das diferentes formas de vida em que o homem se empenha. Isso justifica o abandono de Wittgenstein de uma ideia que lhe permitiu considerar o processo de análise da proposição como revelador do significado, que dependerá por isso das diferentes formas de vida em que se faz a linguagem. Para um maior aprofundamento sobre o tema, consultar: WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção "Os Pensadores". Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991; MORENO, Arley. Wittgenstein. In: **Os labirintos da linguagem**: ensaio introdutório. São Paulo: Ed. Modena, 2000.

⁶⁵⁷ In: **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., pp. 161-169.

dos riscos que definições resumidas provocam no âmbito da pesquisa, é possível constatar que mesmo alguns movimentos filosóficos que se auto-intitularam como rompantes à metafísica acabaram sendo por ela seduzidos. O próprio neopositivismo lógico visou a superação da metafísica mediante a análise lógica da linguagem, principalmente com Carnap em 1932. Talvez por isso Heidegger tenha referido que a ciência não pensa, já que pensar, nas palavras de Simon, é escutar a linguagem em vez de, como resultado de um conceito pré-determinado do ser do ente, a representar a ela própria como ente e, enquanto objeto de uma ciência dominada por este conceito determinado de ser, a considerar como objeto ao lado de outros objetos.⁶⁵⁸

Heidegger, discorrendo sobre o fundamento fulcral da metafísica, questiona⁶⁵⁹: de que fundamento provém o ente? Em que fundamento ele se alicerça? A que fundamento ele se dirige? Seriam estas as mais vastas e profundas questões da metafísica, assim relacionadas ao fundamento das coisas. O problema, para Heidegger, é que ao questionarmos, afastamos de nós todo o ente particular e singular. Ao se colocar a questão, apenas um ente se destaca: o homem que coloca essa questão. Com isso se percebe que classicamente na metafísica a condição humana sempre aponta para além de si mesma, mantendo a exigência contínua de uma abertura.⁶⁶⁰ É de se questionar: diante da metafísica da subjetividade, que lugar a linguagem assumiria nesse contexto?

Eis o esforço de Heidegger em propor pensar a desconstrução da metafísica a partir da hermenêutica da faticidade, produzindo uma mudança fundamental na filosofia, deslocando o lugar da fundamentação no sujeito e na consciência para a concepção de mundo, de ser-no-mundo, reduzindo a metafísica ao campo da finitude humana.⁶⁶¹ Na obra do filósofo alemão a ontologia da coisa (metafísica) dá lugar à ontologia do ser, a interrogação sobre o sentido do ser, partindo da premissa de que a metafísica o esqueceu.⁶⁶² A metafísica partira do pressuposto de que o ser e a verdade são colocados no horizonte da transparência de Deus, sendo este a verdade por excelência. O fundamento do ser e da verdade. O arquétipo de todo o

⁶⁵⁸ Cf. SIMON, Josef. **Filosofia da Linguagem**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Ed. Edições 70, 1990, p. 206.

⁶⁵⁹ In: **Introdução à metafísica**. Tradução de Mario Matos e Bernhard Sylla. Coleção Pensamento e Filosofia. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1987, pp. 11-12.

⁶⁶⁰ Cf. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001, p. 22.

⁶⁶¹ Cf. STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 2000, p. 46.

⁶⁶² Isso porque, para Heidegger, no horizonte da metafísica pode considerar-se a questão do ser como tal apenas como uma repetição mecânica da questão do ente como tal. A questão do ser como tal constituiria então apenas uma questão transcendental entre outras, embora pertencendo a uma ordem superior. Tal desvio interpretativo da questão do ser como tal obstruiria, porém, o caminho para um desenvolvimento apropriado dessa questão. In: **Introdução à metafísica**. Op. cit., p. 26.

conhecimento perfeito.⁶⁶³ A tarefa heideggeriana então está em reconquistar a força designativa da linguagem e das palavras em seu estado intacto, partindo do pressuposto de que as palavras e a linguagem não são invólucros em que se embalam as coisas.⁶⁶⁴

Ernilo Stein, sobre isso, dirá que Heidegger realizará uma virada paradigmática na filosofia a partir do projeto de desconstrução da metafísica, escolhendo como objeto de sua crítica as obras de Kant, Descartes e Aristóteles. Em Kant, Heidegger localiza a questão do que é o ser humano através da analítica existencial; em Descartes, descobre a questão da subjetividade, que servirá como fio condutor por onde se fará a crítica; já a tarefa de reconstruir os conceitos que utilizará em **Ser e Tempo** dar-se-á a partir da crítica a Aristóteles. Assim, toda a desconstrução é realizada em função da percepção de homem enquanto finitude, enquanto ser dotado de um espaço de compreensão. Um encurtamento hermenêutico que reduziria a filosofia ao campo da linguagem, ao campo da analítica existencial, ou seja, ao campo do próprio homem.⁶⁶⁵

É possível então situar o pensamento de Heidegger no interior de uma nova hermenêutica condizente a totalidade do existente humano e sua relação com o mundo, num continuísmo ao trabalho de Schleiermacher, protagonista da libertação da hermenêutica interligada a leitura da bíblia, bem como de Dilthey e o rompimento da hermenêutica em sua relação de dependência com as ciências naturais. Um dos pontos de partida heideggeriano é dar continuidade a alforria da hermenêutica de uma alienação estética e histórica para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana.⁶⁶⁶ O autor de **Ser e Tempo** propõe um rompante ao continuísmo da filosofia subjetiva, onde o fundamento, o ser, identifica-se com o sujeito. Heidegger resgata – e essa parece ser sua maior contribuição – a questão do ser, ofuscada desde os gregos⁶⁶⁷, percebendo que ela não aponta para um sujeito absoluto e transcendental, mas para uma temporalidade absoluta, para o *a priori* da própria existência humana.

O ser, nesse contexto, é o conceito evidente por si mesmo, donde conclui Heidegger que ele não é um ente. Isso porque em todo o relacionamento com os entes faz-se uso do ser, e nesse uso compreende-se. Logo, ser é sempre ser de um ente, que traz consigo um primado

⁶⁶³ Idem, ibidem, p. 21.

⁶⁶⁴ Idem, ibidem, p. 22.

⁶⁶⁵ Cf. STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Op. cit., pp. 49-52.

⁶⁶⁶ Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 41.

⁶⁶⁷ De acordo com o pensamento de Stein, a metafísica ocidental parte do pressuposto de que o ser e a verdade são colocados no horizonte da transparência e da identidade. Deus é a total transparência, sendo a verdade por excelência. É o fundamento do ser e da verdade, o arquétipo de todo o conhecimento perfeito. Cf. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Op. cit., p. 21.

ôntico e um primado ontológico. O primado ôntico é o primado da existência do ser, da presença: um ente determinado em seu ser pela existência. Já o primado ontológico guarda relação às condições *a priori* de possibilidade sobre o sentido de ser⁶⁶⁸, razão pela qual o filósofo alemão identificou a necessidade de um ponto prévio para compreender o sentido do ser e a objetividade: a temporalidade e a historicidade do ser-aí (do homem, do *Dasein*, do ser-no-mundo). Heidegger, para tanto, apropria-se da fenomenologia⁶⁶⁹, associando-a ao aspecto hermenêutico, que se revelará graças à presença da diferença entre ser e ente.⁶⁷⁰

A postura heideggeriana se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o ser-aí, o que é dado entender sobre o existente humano, como sua finitude, sua projeção ao futuro, sua precariedade.⁶⁷¹ O compreender faz parte da estrutura do ser-aí e a questão sobre o sentido do ser só é possível quando se dá uma compreensão do ser, que não pode ser concebido como ente. Para Ernildo Stein, a interrogação heideggeriana guarda compromisso com a finitude, onde a busca pela verdade do ser, do sentido do ser, começa pela analítica existencial. Nas estruturas da finitude e da temporalidade do ser-aí, local onde se manifesta o sentido do ser. Essa compreensão exige uma situação hermenêutica passível a partir do círculo hermenêutico, um conhecimento como articulação de uma pré-compreensão, razão pela qual Heidegger parte de uma intuição fundamental que comanda sua analítica existencial: a *aletheia*, compreendida enquanto desvelamento (tirar do velamento).⁶⁷²

Assim é que em Heidegger somente há ser enquanto se der a compreensão do ser.

⁶⁶⁸ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Op. cit., pp. 44-51.

⁶⁶⁹ Segundo Stein, o fator determinante do pensamento de Heidegger foi seu encontro com a fenomenologia. A palavra de ordem do movimento filosófico desde Husserl guarda relação com a expressão “as coisas em si mesmas”. Cada espécie de ente tem seu modo próprio de se revelar ao investigador e constatações filosóficas com sentido somente podem ser feitas quando fundadas nessa auto-revelação. Compreendido o ser como velamento e desvelamento, decidido que o ser é “a coisa em si mesma”, estabelecido que o ser, desde a antiguidade, se dá como tempo, determinado que o método da filosofia é o mostrar fenomenológico, então se apresenta toda a problemática heideggeriana até hoje envolta nas experiências e no seu contato com Husserl. A tarefa fundamental da filosofia será, portanto, para Heidegger, captar o ser como velamento e desvelamento por meio de um método adequado e no horizonte adequado. O método adequado será a fenomenologia esboçada em **Ser e Tempo**. O horizonte adequado será o tempo que, desde a antiguidade, vem ligado ao ser. Para analisar o ser ligado ao tempo é preciso partir daquele ente que esconde em suas estruturas o tempo como seu sentido: é o ser-aí. Portanto, é necessário partir da faticidade do ser-aí que esconde em suas estruturas a temporalidade para determinar o ser como tempo. Isso é possível porque o único ente cujo ser consiste em compreender o ser é o homem. Dessa maneira, uma hermenêutica das estruturas do ser-aí, realizada pelo método fenomenológico hermenêutico, conduzirá ao horizonte em que se poderá interrogar pelo sentido do ser que é o tempo. Afinal, interrogar pelo ser no tempo e partir da temporalidade do ser-aí é movimentar-se na finitude, é compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica. In: **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Op. cit., pp. 135-147.

⁶⁷⁰ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Op. cit., p. 35.

⁶⁷¹ Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer**. Op. cit., p. 41.

⁶⁷² Cf. STEIN, Ernildo. **Compreensão e finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana**. Op. cit., pp. 23-27.

Somente há ser enquanto há ser-aí, já que este pré-domina o processo de compreensão. Somente há verdade enquanto há ser-aí, o que representa um golpe para a metafísica da subjetividade⁶⁷³, já que o filósofo parte do fato do ser-aí, que é ser-no-mundo, renunciando o sujeito ideal, o eu puro, a consciência em geral, a filosofia transcendental. Assim é possível referir, parafraseando Stein, que com Heidegger a dimensão interrogativa não se localiza mais na consciência, no espírito, na reflexão subjetivística, apontando antes para o terreno da faticidade do ser-aí e sua estrutura temporal finita. Ela é o sentido do ser-aí, que enquanto ente compreende o ser. E aquilo que o ser-aí pode compreender e explicitar o ser é o tempo. Este é o horizonte de toda a compreensão do ser.⁶⁷⁴

Nesse ambiente, como revela Grondin, a própria interpretação é o negócio da hermenêutica elevada ao nível da filosofia, e isso em vista de uma auto-transparência do ser-aí, a ser conquistada, onde o trabalho filosófico de clarificação simplesmente leve a termo a interpretação, que o entendedor ser-aí já realiza sempre. A hermenêutica filosófica visa a uma auto-interpretação da faticidade, a uma interpretação da interpretação, para que o ser-aí possa tornar-se transparente para si mesmo, pois nela devem ser manifestadas ao ser-aí as estruturas básicas de seu ser.⁶⁷⁵ A interpretação, no sentido oferecido pela perspectiva heideggeriana, será então o desenvolvimento das possibilidades abertas que existem no *Dasein*. O compreender será um “ver entorno” e sua fundamentação reside em um “ter prévio”, de modo que a interpretação se decide na antecipação da compreensão. Ela está prefixada no previamente possuído, visto e obtido. Logo, não há interpretação sem a prévia referência de sentido das coisas, uma condição prévia do *Dasein*.⁶⁷⁶

A transposição desse pensamento ao âmbito do direito processual civil, o que parece ainda não ter ocorrido no processualismo contemporâneo, justifica porque já na introdução da presente tese fez-se alusão a necessidade de superação do juiz solipsista, detentor de um poder (subjetivo) solitário, arraigado ao procedimento para legitimar sua íntima convicção em relação a determinado caso submetido a “sua” jurisdição, seduzido pelo método (rito ordinário) em (ficcionalmente) extrair da lei um sentido único e absoluto, colocando em jogo a potencialidade de concreção das promessas constitucionais. A necessidade no rompimento de uma cultura jurídica que há séculos confere ao juiz a posição de senhor da linguagem, local em que se despreza o conjunto de contextos interpretativos já existentes e em que se diz o

⁶⁷³ Idem, ibidem, p. 30.

⁶⁷⁴ Idem, ibidem, p. 104.

⁶⁷⁵ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., p. 167.

⁶⁷⁶ Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer**. Op. cit., p. 61.

direito de forma livre, independente do elo que liga ao passado da tradição (autêntica).

É incrível como o processo ainda vem trabalhando, por exemplo, com a questão da interpretação. Registre-se que para Eduardo Couture, processualista renomado, “interpretar é extrair sentido”, o que demonstra o intenso comprometimento do processo com a filosofia da consciência e, por consequência, com o protagonismo judicial.⁶⁷⁷ No direito, o grande defensor dessa aposta na consciência do juiz, sujeito pensante do conhecimento, é Herbert Hart, que no contexto do direito anglo-saxão sustentou que diante do fato da indeterminação ser uma característica inerente à linguagem jurídica, e que na decisão dos casos difíceis existe mais de uma interpretação razoável, quando tais casos chegam ao Judiciário os juízes têm discricionariedade para escolher a interpretação que consideram mais “adequada”.⁶⁷⁸

É incrível como esse protagonismo judicial, o que não é de todo enfrentado pela literatura processual civil, mantém-se arraigado à filosofia da subjetividade, à tradição metafísica ocidental e sua aposta no subjetivismo do sujeito pensante e em sua crença de que há uma essência verdadeira em si mesma no direito a ser captada pelo sujeito do conhecimento mediante um trabalho de índole dedutiva.⁶⁷⁹ Fato semelhante, só que na filosofia, levou Heidegger, através da *aletheia*, a substituir a substância e a subjetividade da tradição metafísica pela possibilidade, pelo ser pensado, não apenas como presença (metafísica), mas como possibilidade de presença (desvelamento).⁶⁸⁰

Com isso é possível perceber que a obra de Heidegger coloca o problema do conhecimento de maneira radical, desenvolvendo a hermenêutica no nível ontológico, uma ontologia fenomenológica que é uma hermenêutica do ser-aí, onde o horizonte do sentido é dado pela compreensão.⁶⁸¹ Um problema que em Heidegger torna-se prático. Segundo Stein, a questão teoria/práxis percorre como tema central em **Ser e Tempo**. Isso justifica porque Descartes é um alvo privilegiado de Heidegger. É na obra cartesiana que assoma a afirmação da modernidade na filosofia: a subjetividade⁶⁸². Um elemento que justifica a preocupação do filósofo alemão com a questão do método, a grande questão da filosofia da consciência.

Ser e Tempo, a principal obra heideggeriana, desenvolve-se na direção de uma nova

⁶⁷⁷ Cf. COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 2.ª edição. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993, p. 40.

⁶⁷⁸ Cf. RODRÍGUEZ, Cezar. **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Op. cit., p. 34.

⁶⁷⁹ Cf. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise**. In: Direito e Neoliberalismo. Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Ed. Edibej, 1996, p. 28.

⁶⁸⁰ Idem, ibidem, p. 84.

⁶⁸¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op. cit., p. 177.

⁶⁸² Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. Op. cit., pp. 24-25.

questão do método (em Heidegger, o método assume a feição de uma fenomenologia). Nele apareceria uma nova metáfora: o círculo hermenêutico, desaparecendo a ideia da re-flexão, da introspecção, da reduplicação do mundo na consciência. O círculo da compreensão introduz elementos radicalmente novos. Em lugar da consciência põe-se uma hermenêutica do ser-aí, da inelutabilidade do ser histórico do dado, da descoberta da compreensão do ser-no-mundo.⁶⁸³ Em Heidegger é na compreensão que se esboça a matriz do método fenomenológico, possuindo (a compreensão) uma estrutura em que se antecipa o sentido, compondo-se de aquisição prévia, vista prévia e antecipação, nascedouro da situação hermenêutica.⁶⁸⁴

Na tentativa de mais uma vez transpor-se o pensamento de Heidegger ao direito processual civil, o que é possível afirmar sobre a relação entre método, procedimento e situação hermenêutica na história moderna do processo? A presente tese parte do pressuposto de que a (contínua) fixação do processualismo moderno pelo ser do procedimento como legitimador da atividade inerente ao dizer o direito não acompanhou o *ontological turn* (a invasão da filosofia pela linguagem), assim como não acompanhou o surgimento dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente, tornando-se uma ferramenta pouco democrática e pouco realizadora. Tem se mantido num déficit de realidade produzido principalmente pelo subjetivismo do magistrado e pela supervalorização do processo de conhecimento e seu corolário método ordinário-declaratório-plenário, o que o distanciou da própria Constituição.

Essas constatações respondem porque aquilo que Heidegger denominou de situação hermenêutica é algo fragilizado no âmbito do processo civil, o que interfere no próprio processo compreensivo do juiz, intérprete final do caso concreto. Isso se manifesta com maior intensidade quando se está frente ao rito ordinário-plenário, em que a sequência fase-a-fase do procedimento tem justamente o condão de obnubilar a compreensão na medida em que vai paulatinamente afastando, com uma linguagem escrita e fria, o juiz das partes e do caso que se lhe apresenta.

Se a compreensão é marcada pelo sentimento da situação, e se a situação é quem proporciona a própria compreensão, fenômeno aliado aquilo que o intérprete já traz consigo mesmo, já que no *Dasein* reside uma pré-compreensão, não há como crer que o processo civil de que se dispõe atualmente tenha rompido com a filosofia da consciência (da subjetividade),

⁶⁸³ Idem, *ibidem*, p. 32.

⁶⁸⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 178.

uma vez que o método ordinário-plenário, em razão do ritualismo e da supervalorização do subjetivismo interpretativo, fomenta o encontro de verdades absolutas renunciando a faticidade na relação processual.

No âmbito do processo civil da modernidade a fixação pelo rito ordinário acabou tornando o juiz um ser a-histórico, ausente de mundo; alguém que retira sentido dos fatos que se lhe apresentam. Foi o magistrado seduzido pela tradição do pensamento jurídico-dogmático e pela posição de auto-suficiência do direito, que está a espera de sua captação mediante um processo racional-subsuntivo ao aplicar a lei.

Esse ambiente processual que se está a referir, o qual remonta em suas principais características principalmente ao direito romano pós-clássico, a posterior filosofia do racionalismo e ao nascimento da figura do Estado moderno, ignora que o sentido que se articula na interpretação do caso concreto, já pré-estabelecido na compreensão, parte de um projeto de posição prévia, visão prévia e concepção prévia, tornando possível que algo seja realmente compreendido enquanto algo.

Como é possível trabalhar com esses conceitos quando se está frente, no processo civil, a sistemas de valoração de provas, a uma escritura que renunciou a linguagem oral afastando juiz e partes, a um sistema recursal que dia após dia vem apostando no solipsismo do relator, a prática da reprodução, da fungibilização do fato, dentre outras coisas?

Isso justifica a preocupação da presente tese em pensar uma filosofia *no* processo. Em pensar o processo civil hermeneuticamente, o que conduz a necessidade em compreender a filosofia de Heidegger e seu processo de desconstrução metafísica (que para o filósofo será tida como nome para o núcleo de toda a filosofia) vigente no pensamento moderno. A transposição da hermenêutica filosófica ao processo revela que o conhecimento sobre o fato (caso concreto), ou seja, o próprio acesso a ele, sempre se dá a partir de um ponto de vista, de uma pré-compreensão. Ela é condição inexorável à interpretação e à (não cindida) aplicação do direito (que do fato não se cinde), tese que foi inaugurada com Heidegger ao analisar a questão ontológica do ser-no-mundo (*Dasein*). Sobre isso, leciona Stein que

[...] a questão do ser como tal é, porém, de outra essência e proveniência. Contudo, no horizonte da metafísica e raciocinando-se segundo os seus parâmetros, pode considerar-se a questão do ser como tal apenas como uma repetição mecânica da questão do ente como tal. A questão do ser como tal constituiria então apenas uma questão transcendental entre outras, embora pertencendo a uma ordem superior. Tal desvio interpretativo da questão do ser como tal obstruiria, porém, o caminho para um desenvolvimento apropriado dessa questão. No entanto, essa interpretação pode facilmente ocorrer, uma vez que em **Ser e Tempo** se fala de um 'horizonte transcendental'. O 'transcendental' a que aí nos referimos não é, porém, aquele da consciência subjetiva, determinando-se antes pela temporalidade extático-existencial do estar-aí. Entretanto, esse desvio interpretativo que faz com que a questão do ser como tal se assemelhe à questão do ente como tal impõe justamente

pela razão de a proveniência da essência da questão do ente como tal e com ela a essência da metafísica se manterem na obscuridade. Isso arrasta para o indeterminado todo o questionar que, de uma maneira ou outra, diz respeito ao ser.⁶⁸⁵

Ainda para Stein, o filósofo alemão, ao tratar da questão do sentido do ser, eliminará de plano a questão teológica do campo da filosofia, assim como o das verdades eternas ou de qualquer outra hipótese que ultrapasse a finitude do conhecimento, trabalhando com o mundo (até mesmo porque o mundo e Deus alimentam as especulações teóricas da tradição metafísica) a partir de um existencial. Mais que isso, de um elemento fundamental na estrutura do estar-aí, articulando-se no horizonte da compreensão.⁶⁸⁶

E se a existência humana pertence à estrutura do compreender, a linguagem será a verdadeira condição para tanto, porquanto a mesma (linguagem) é que viabiliza o acesso do homem ao mundo. Heidegger, numa de suas passagens, dirá que *a pedra não tem mundo, que o animal é pobre em mundo e que o homem é formador de mundo*. A linguagem para o filósofo é a verdadeira constituidora do *Dasein*, o que justifica a missão da hermenêutica: levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno.⁶⁸⁷

Na hermenêutica (de cariz heideggeriano) a racionalidade se define a partir da linguagem, ao ponto que o ser humano somente chega aos objetos através da linguagem. O acesso aos objetos, pelo homem, através da linguagem, é um acesso a algo enquanto algo. Esse é o suporte de acesso ao mundo dos objetos. Sempre se interpreta de alguma maneira, porquanto assim é que se chega aos objetos, o que explica o porquê a linguagem tem um duplo elemento: um lógico-formal e um prático (experiência de mundo).

Heidegger irá designar esses dois elementos através da expressão como hermenêutico e como apofântico. O primeiro se relaciona com o mundo prático em que as coisas são compreendidas. O segundo é o *como* do discurso. Essa ambiguidade, assim, é que, para Stein, nos condena à hermenêutica.⁶⁸⁸ É justamente em razão disso que “[...] a compreensão e a interpretação são formas deficientes de acesso lógico aos objetos e de acesso lógico ao mundo, mas talvez sejam formas sábias. Em todo caso quem tem consciência disso é apenas a filosofia”.⁶⁸⁹

A partir do elemento da compreensão é que Heidegger estabelecerá as condições para o processo interpretativo, local em que a linguagem será meio de acesso ao mundo, tese que

⁶⁸⁵ Cf. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e Tempo”**. Op. cit., p. 26-27.

⁶⁸⁶ Ibidem, p. 23.

⁶⁸⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Op. cit., p. 108.

⁶⁸⁸ Sobre a questão da linguagem em Heidegger consultar: STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1996, pp. 9-20.

⁶⁸⁹ Cf. STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Op. cit., p. 20.

fará com que o filósofo desenvolva sua fenomenologia hermenêutica. A linguagem, nesse contexto, é condição de possibilidade, é constituidora do saber, do modo-de-ser-no-mundo. Sem ela não há mundo, não há existência. Sem ela não se chega a algo enquanto algo. Pela linguagem, compreender é um modo de ser. Agora é possível entender porque a verdade não é método, mas uma questão relativa a manifestação do ser, que é tempo, história. Verdade é, então, desocultação, desvelamento, *aletheia*. É algo arrancado dos entes, retirado do velamento, o que ocorre na clareira do ser. A verdade é, então, em Heidegger, ontológica. Ela pertence ao desvelamento do ser do ente.⁶⁹⁰

Como pôde, diante desse impulso filosófico, ter sido o processo civil mantido no interior da filosofia da consciência, classicamente relacionado a um método (ordinário-plenário), ciente de que o método, desde Descartes, é o supremo momento da subjetividade, encobrendo a diferença entre ser e ente, que é ontológica? Na primeira parte da presente tese já se pode verificar o comprometimento do direito processual com a filosofia do racionalismo, o que inegavelmente contribuiu decisivamente com a permanência do processo no interior da filosofia da consciência, atribuindo à razão humana toda a origem do conhecimento. Isso ocorreu principalmente com o processo cartesiano da subjetivação e com a influência racionalista de Leibniz e Locke na tentativa de geometrização do direito, onde o exame do caso concreto deveria ser abandonado em razão da complexidade com que se revestia.

Com isso extraem-se as raízes de um processo diretamente relacionado ao racionalismo e as ciências demonstrativas, os quais, por sua vez, teriam contribuído decisivamente para o estabelecimento do pensamento conservador em processo, relacionado a uma ciência preocupada com a clareza dos textos jurídicos, partindo do pressuposto de que eles deveriam conter o sentido das próprias proposições jurídicas, relegando a linguagem a uma terceira coisa, já que seu fundamento estaria em encontrar significados que justificassem os exemplos mais representativos.

O processo civil da modernidade, dada a renúncia ao plano fático, ao direito material-constitucional, transformou tanto os fatos quanto o direito em objetos de representação, como algo à disposição do intérprete, ou melhor, à disposição de sua subjetividade. Com isso passou a ser o lugar apropriado para que o operador do direito pudesse descobrir o sentido da lei, a vontade do legislador, tudo diante da razão, do método (revelando a subjetividade do próprio intérprete).

⁶⁹⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., pp. 194-200.

Carnelutti⁶⁹¹ e Chiovenda⁶⁹², doutrinadores renomados pelo processualismo clássico, serão os principais expoentes dessa intenção de teorização (subjetivação) do direito processual civil, que acabou classicamente relacionando a atividade interpretativa com os métodos da dedução e da indução. Esse ideário também faria parte da obra de Enrico Allorio⁶⁹³, Adolf Wach⁶⁹⁴, Ugo Rocco⁶⁹⁵, Pedro Aragonese Alonso⁶⁹⁶, Enrique Véscovi⁶⁹⁷ e, no Brasil, principalmente com Benedito Hespanha, para quem a interpretação jurídica é a alma da observância e da aplicação do direito, razão pela qual quem observa e quem aplica o direito deve descobrir o sentido e a compreensão das normas jurídicas, o que faz da interpretação um pensamento racional que conduz à escolha livre de seu próprio direito, justificando porque o homem precisa “interpretar bem” o preceito jurídico.⁶⁹⁸

Toda essa lógica científica a que o direito processual civil está embebido, umbilicalmente relacionada a uma técnica processual enquanto técnica interpretativa acabaria, por razões metodológicas, a ignorar que a compreensão do substrato fático em processo civil depende da inserção do intérprete (juiz) na situação hermenêutica, sem o que o ente (fato/direito) não existirá. Ele necessita estar junto ao ser, o que pressupõe a linguagem como abertura e como condição de possibilidade. Isso, como se viu, vem da filosofia heideggeriana, para quem as condições do processo interpretativo têm a linguagem como meio de acesso ao mundo, tese que fará com que o filósofo desenvolva sua fenomenologia hermenêutica. A linguagem, nesse pensamento, é constituidora do saber, do modo-de-ser-no-mundo.

No âmbito da filosofia, nesse mesmo movimento de invasão da linguagem, os elementos da filosofia hermenêutica de Heidegger serão extremamente importantes para que Gadamer, em **Verdade e Método**, com a proposta de uma filosofia da existência humana, onde a fenomenologia da compreensão se identifica com a fenomenologia da própria existência humana⁶⁹⁹, retome a questão da linguagem, do caráter universalmente linguístico da experiência humana⁷⁰⁰, sustentando que a hermenêutica é forma de acesso ao mundo, tendo a linguagem como condição de possibilidade no interior da qual o homem se manifesta. É um

⁶⁹¹ Consultar, para tanto: CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**, vols. I a IV. Op. cit.

⁶⁹² In: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. I. Op. cit.

⁶⁹³ In: **Problemas de derecho procesal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. EJEA, 1963.

⁶⁹⁴ In: **Manual de derecho procesal civil**. Op. cit.

⁶⁹⁵ In: **Derecho procesal civil**. Tradução para o espanhol de Felipe Tena. México: Ed. Porrúa, 1944.

⁶⁹⁶ In: **Proceso y derecho procesal**: introducción. Madri: Ed. Aguilar, 1960.

⁶⁹⁷ In: **Teoría general del proceso**. Bogotá: Ed. Temis, 1984.

⁶⁹⁸ In: **Tratado de teoría do processo**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, pp. 757-758.

⁶⁹⁹ Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Op. cit., p. 42.

⁷⁰⁰ Cf. RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II**. Tradução para espanhol de Pablo Corona. México: Ed. FCE, 2002, p. 94.

acontecer. O ex-surgir da compreensão, a qual dependerá da faticidade e da historicidade do intérprete⁷⁰¹. Logo, não há método para interpretar; ao contrário, ela (a interpretação) depende da experiência do homem no mundo.

Essas considerações justificam porque não há, para Gadamer, compreensão sem linguagem. Ao elevá-la, o filósofo sustentará que é a linguagem que determina o próprio objeto compreendido, razão pela qual toda a interpretação é especulação, onde não existem significados infinitos (dogmas), justificando o fato de que a interpretação sempre trabalha com conceitos prévios (pré-compreensão), que podem ser substituídos por outros mais adequados. Uma reflexão que está dirigida contra a redução do mundo dos signos a instrumentos manipuláveis pelo homem.⁷⁰² Nesse sentido é que a pré-compreensão atua sempre num movimento de re-projeção, pelo que o intérprete desvencilha-se de seus pré-juízos inautênticos, formando a estrutura da pré-compreensão. Para o filósofo,

[...] embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequado quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma.⁷⁰³

Para este estudo a pré-compreensão (que é condição de possibilidade) assume a função delineadora de uma maior ou menor relação do intérprete (juiz) com o caso concreto (e com direito material-constitucional). Isso porque na perspectiva filosófica gadameriana não há espaço para a dicotomia sujeito-objeto, no qual o sujeito se contrapõe a um determinado objeto que está a sua disposição, o que serviu de base para o pensamento filosófico ocidental em toda a história da metafísica, que por sua vez buscou na filosofia um fundamento para o conhecimento a partir do discurso em que impera a concepção de juízo, de síntese na subjetividade em que se fundamenta o enunciado.⁷⁰⁴ No ambiente de pensamento gadameriano, a linguagem é totalidade, local onde age o *Dasein*. Logo, onde falta a linguagem não há acesso a algo, porque ausente a compreensão do ser; o mundo somente aparece como mundo *na e pela* linguagem, onde ela determina a compreensão e o próprio objeto hermenêutico.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 212.

⁷⁰² Cf. RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción. Ensayos de hermenéutica II**. Op. cit., p. 94.

⁷⁰³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 355.

⁷⁰⁴ Cf. STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Op. cit., p. 47.

⁷⁰⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 204.

Muito do pensamento de Gadamer se deve a uma exigência por ele mesmo traçada derivada de uma preocupação com a objetividade nas ciências do espírito: estabelecer a questão da consciência da história efetual como princípio.⁷⁰⁶ A consciência da história efetual está em consonância com a visualização da própria situação hermenêutica, expressando a exigência de tornar consciente a situação hermenêutica, para controlá-la. A questão está em que a consciência da história efetual não está à disposição do ser-aí, que é submisso a ela na medida em que pré-compreende (ou não) algo. Ela obtém, como leciona Grondin, a função de uma instância basilar para cada compreensão, a partir da qual toda a compreensão continua determinada.⁷⁰⁷

Para Gadamer a história continua atuante. Já para Fernández-Largo, ela é o marco próprio e exclusivo do entender (é a condição prévia do compreender), relegando o marco anterior, que procedia de uma hipotética identificação, mediante representação, do sujeito com o objeto.⁷⁰⁸ Assim determina a retaguarda das valorações do *Dasein*, o que justifica que seus preconceitos são a realidade histórica de seu ser. Retira-se disso a crítica de Gadamer ao historicismo, que pretende manter a distância a história que o determina, voltando suas atenções aos fenômenos históricos ou às obras transmitidas, sem se preocupar com o efeito desses fenômenos na história.⁷⁰⁹ Ter consciência da história efetual quer dizer que a consciência do ser-aí foi cunhada por uma história efetual que está sempre sendo reconquistada a partir de sua inserção na situação hermenêutica.

Com Heidegger essa consciência foi associada a própria estrutura prévia da compreensão, na medida em que quando o ser-aí procura compreender um fenômeno histórico a partir da distância histórica que determina sua situação hermenêutica ele se encontra sob os efeitos da história efetual, que pré-determina o que se mostra questionável e o que é objeto de investigação. A consciência da história efetual é a consciência da própria situação hermenêutica, que em cada caso se reveste de uma dificuldade própria. Gadamer associou ao conceito de situação o de horizonte, “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto”.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Segundo a lição de Fernández-Largo, a questão da consciência da história efetual em Gadamer expressa a ideia de que a consciência histórica também se dirige aos efeitos provocados pelos fenômenos históricos no decorrer da história. Os fatos históricos vão se sedimentando no fundo da história, gerando sua sedimentação histórica captada pelo intérprete. Trata-se, enfim, de um aspecto construtivista da história, que não está amarrada ao primeiro significado dado a um determinado fato histórico, mas também a seu influxo no decurso do tempo histórico. In: **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Op. cit., p. 57.

⁷⁰⁷ Cf. GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Op. cit., pp. 190-191.

⁷⁰⁸ Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Op. cit., pp. 53-54.

⁷⁰⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 397.

⁷¹⁰ Idem, ibidem, p. 399.

Desse modo, a tarefa da compreensão histórica, marca essencial no pensamento do Gadamer, está no interior da exigência de em cada caso alcançar o horizonte histórico a fim de que se mostre o que se quer compreender. Compreender passa a ser um processo de fusão de horizontes que ocorre na vigência da tradição. Nesse processo, o presente não se forma a margem do passado; o velho e o novo crescem conjuntamente.⁷¹¹

Os horizontes são âmbitos de visão obtidos desde um ponto de vista determinado da história. Eles não se esgotam, nem se estabilizam, pois podem progredir na medida em o intérprete se desvencilha de pré-juízos inautênticos, penetrando em novos espaços de compreensão. Esse penetrar é um projetar o horizonte histórico no trabalho de compreensão, o que abre um novo horizonte ao presente. O processo compreensivo está intimamente interligado a ultrapassagem de um dado horizonte histórico e o aparecimento de outro, um novo horizonte superador, que não se cria a margem do passado e é fruto de seu enfrentamento com o presente. Nesse ambiente de fusão de horizontes parte-se da convicção de que a consciência histórica tem lugar tanto no fato passado quanto no presente atual do intérprete, submetido às condições de temporalidade e historicidade.⁷¹²

Isso significa dizer, deslocando-se essa questão para o âmbito do direito processual civil, que um determinado fato só passa a ser hermeneuticamente compreendido a partir da historicidade do intérprete, o que pressupõe sua inserção no contexto da controvérsia e a pré-compreensão da Constituição. Só assim é que ao fato será possível o processo de atribuição de sentido a partir de uma reconstrução de seu significado.⁷¹³ Uma fusão entre o horizonte em que age e habita o intérprete e o horizonte do próprio fato submetido à jurisdição-processual. Isso justifica, o que será aprofundado no próximo item deste capítulo, não há método no processo compreensivo jurisdicional.

As revelações filosóficas oriundas do pensamento de Heidegger e Gadamer ajudam a compreender que a relação entre o direito processual e direito material (leia-se também e principalmente o constitucional) não pode ser desvelada a partir de um processo subsuntivo ou matemático relacionado a um mero ato de silogismo⁷¹⁴ como o quis a processualística

⁷¹¹ Idem, *ibidem*, pp. 400-404.

⁷¹² Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Op. cit., pp. 55-56.

⁷¹³ Isso faz lembrar Michele Taruffo no artigo intitulado *Idee per una teoria della decisione giusta*, para quem a reconstrução dos fatos é um pressuposto fundamental de decisões justas. In: **Sui confini**: scritti della giustizia civile. Bologna: Ed. Mulino, 2002, pp. 223-224.

⁷¹⁴ Uma das mais acuradas críticas ao silogismo sentencial é de autoria de Cruz e Tucci, para quem a sentença não pode encerrar-se no esquema do silogismo lógico clássico, que alçava a norma jurídica aplicável ao caso examinado como premissa maior e as *questiones facti* como premissa menor para chegar-se à conclusão resultante do ato decisório de mérito. Entretanto, sua sedução pelo paradigma da consciência é visível em seus escritos, especialmente quando afirma que o juiz deverá ter presente na elaboração da sentença os horizontes

clássica. É na situação hermenêutica que essa relação deve ser pensada, local onde ocorrerá a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição-processual. Um esclarecimento recíproco entre o sujeito cognoscente e o objeto focado, o que para a teoria de base utilizada na tese presente dá-se no interior de uma intersubjetividade, pressupondo a inserção do intérprete no seio da situação hermenêutica, que doravante será denominada *contexto (processual) da controvérsia*.

1.2 Rompendo as amarras do solipsismo jurisdicional: a inserção do intérprete no contexto da controvérsia (o juiz é o senhor do caso?), o processo de atribuição de sentido pelo magistrado e por que não há método para a interpretação do fato/direito em processo civil

Se em Heidegger, como se viu, toda atividade humana tem relação com a estrutura prévia da compreensão (pré-compreensão), o que faz com que o sentido do ser-no-mundo seja compreendido na tradição fenomenológica, rejeitando as verdades eternas e transcendentais e excluindo o mundo natural na filosofia, que deveria ser vista como um elemento de compreensão na estrutura do ser-aí, pôde-se da mesma forma verificar que em Gadamer a linguagem assume um papel fundamental, a condição de possibilidade para a constituição dessa plataforma. Segundo Moreira Filho, ao aludir à linguagem,

[...] a partir dela é possível identificar uma escolha a ser feita por todos individualmente: aproximar-se do ser (viver na *propriedade*) ou dele esquivar-se (viver na *impropriedade*) [...] Trata-se de alcançar uma atitude apta a manter o *ser-aí* em contato com o seu ser mais autêntico e permitir, deste modo, que os entes possam aparecer intensamente em seu próprio ser.⁷¹⁵

O conceito de pré-compreensão, quando transportado ao processo civil, implica o pré-reconhecimento do contexto social (ou do contexto da controvérsia – situação hermenêutica) de cada questão de fato/direito levada ao conhecimento do juiz na condição de intérprete final do caso concreto que se busca solução no sistema jurídico, além, é claro e principalmente, da Constituição. E é por isso que a presente tese parte da premissa de que a inserção do intérprete na situação hermenêutica, através da linguagem, torna-se um passo fundamental para a interpretação do próprio caso concreto (o que é ignorado pelas posturas positivistas, que relegam o caso concreto a uma segunda coisa a ser observada pelo intérprete) e para a busca *da* resposta (constitucionalmente) correta em processo civil, porquanto é justamente a partir

formais dentro dos quais pode desenvolver o pensamento normativo do legislador, os princípios gerais do direito que devem nortear a sua consciência e os pressupostos processuais que regulamentam o ato decisório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987, p. 10.

⁷¹⁵ Cf. MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Op. cit., p. 113.

do contexto da faticidade em que está inserido o intérprete que exsurge o acontecer hermenêutico de que se faz referência, momento em que ganha guarida a atividade compreensiva.

Moreira Filho, sobre o tema, ensina que assim “[...] o intérprete passa a ser um prudente (referindo-se à *phronesis* aristotélica); ele não decodifica um sentido prévio; ele não deduz conceitos a partir das premissas do sistema; ele faz o sistema mover-se de modo circular e aberto, alimentado pelo contexto vital onde desde sempre está inserido”.⁷¹⁶ A pergunta que fica: como, em processo, se opera a referida inserção, a qual hermeneuticamente se revela como condição de possibilidade?

Para a presente tese ela ocorrerá a partir de um *re-pensar* da atividade cognitivo-processual judiciária sob o viés hermenêutico filosófico, afinando o processo civil com *locus* de sumarização processual e procedimental-material-constitucional, aptos democraticamente ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos novos direitos sociais-fundamentais. E mais: de um processo civil relacionado a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos que atuam no processo em um dimensionamento espaço-temporal compatível às exigências constitucionais, estando aberto à vida social na medida de sua mutabilidade.

Utilizando-se da perspectiva heideggeriana-gadameriana, aqui aplicada ao processo civil, esse re-pensar do processo está relacionado a elaboração de projetos corretos e adequados no trato do fato/direito submetidos a jurisdição-processual, elementos que são e farão parte da própria compreensão do magistrado, pois, em razão da função que ocupa, a ele incumbe a verificação da legitimação das teses das partes enquanto sua origem e validade, o que também pressupõe um projetar, um acrescentar. Este estar aberto ao que as partes têm a lhe dizer em nenhum momento afasta o conjunto de opiniões próprias, a estrutura prévia da compreensão, que como se viu tem uma condição histórica que fará a mediação entre o juiz e o caso que se lhe apresenta.

O ser desse ente (que se pode denominar, nessas circunstâncias, juiz “ser-no-processo”), já que se constitui de historicidade, não se manifesta diante da contraposição entre sujeito e objeto, mas sim na fusão entre ambos a partir da consciência da história efetual, da sua historicidade, desvelada pela linguagem. O desvelamento do ser do ente passa então pela possibilidade de seu existir, que só aparece na historicidade linguisticamente apreendida, uma

⁷¹⁶ Idem, ibidem, p. 103.

vez que, como lembra Lenio Streck,

[...] quem compreende não tem uma mente em branco, como uma *tábula rasa*, e sim já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo; já tem (sempre) uma pré-compreensão, algo prévio que vem o ente, como curador/vigilante do ser.⁷¹⁷

Se como adverte Gadamer aquele que pretende compreender algo não pode entregar-se desde o princípio à sorte de suas opiniões prévias e ignorar a mais obstinada e possível opinião do texto, é fato que em processo civil o intérprete final não pode se dirigir diretamente ao mesmo (a escritura do processo vivo), impondo-se, nesse particular, o próprio exame de legitimação do texto. Sobre isso dirá o filósofo que “quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelinea um sentido do todo”.⁷¹⁸ Tal constatação, no campo da formação do conhecimento em processo civil, assume um lugar de destaque. Isso porque será a historicidade do ser-aí a responsável pela intermediação, através da linguagem, entre sujeito e coisa (entre juiz e o caso), o que ocorrerá a partir da condição de ser-no-mundo em que ele se localiza e age.

Com isso é possível dizer que em processo civil, notadamente diante do ato sentencial (que não vem de sentir!) é que o intérprete, como ser dotado de historicidade⁷¹⁹, dará – a partir de sua inserção no contexto da controvérsia/pré-compreensão do fato e do direito material-constitucional – coerência e integridade a matéria discutida em juízo. Para tanto, uma vez que a presente tese se sustenta no que vem sendo denominado de *sentença liminar de mérito*, imperiosa se mostra a invocação de um local de sumarização capaz de aproximar o

⁷¹⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 206.

⁷¹⁸ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., p. 356.

⁷¹⁹ Sobre o tema, ensina Ernilo Stein que “se observássemos e analisássemos todos os dados que, por nós trazidos, entram na interpretação de um texto antigo, veríamos, sem dúvida, a necessidade de purificar nossa atitude para julgar o texto da tradição desde um ponto de vista que não distorcesse seu conteúdo. Ao procurar penetrar numa obra clássica podemos criar primeiro um esboço das condições objetivas que iluminem o caminho da compreensão do texto. Podemos ainda projetar um determinado horizonte subjetivo, uma espécie de esquema prévio dentro do qual tentamos uma primeira visão do todo, antecipando-nos numa primeira visão do conjunto. Ainda que as dimensões objetivas tenham sido positivamente estabelecidas, na medida em que nosso projeto pessoal lança suas primeiras luzes sobre as partes do texto que vamos interpretando e que assim se tornam compreensíveis, nosso projeto pessoal, constituído de uma espécie de pré-compreensão do texto, terá que ser reformulado. Este projeto subjetivo não é totalmente consciente. É um horizonte no qual nos movimentamos espontaneamente envolvendo todo o texto numa visão global, resultado de nossa situação histórica concreta. [...] O homem está concretamente envolto na tradição da qual faz parte o texto, e isto lhe permite a primeira afinidade global com ela. Mas a distância que o separa do texto põe-no numa determinada situação concreta que implica uma distância do clima originário em que surgiu o texto. O acontecer do texto e o acontecer do homem, ambos sustentados por uma tradição comum, estão envolvidos num horizonte temporal distinto. A solução não está em transportar-se o homem para o horizonte psicológico do autor do texto, num esforço de coincidência com a experiência que produziu a obra. Além de utópica, esta identidade de nada serviria para a compreensão. Fundamental é manter a tensão entre o lugar que o intérprete ocupa na tradição e o lugar que nela tem o texto. É preciso compreender o texto como outro estranho e, contudo, familiar. Estranho, porque de outra época. Familiar, porque parte da tradição em que se situa o intérprete. In: **História e Ideologia**. 2ª edição. Porto Alegre: Ed. Movimento, 1981, p. 32.

procedimento do fato/direito levados a juízo. Sua incessante busca é que realmente sustenta a referida possibilidade.

O problema está em que no interior do sentido comum teórico dos juristas estudiosos da área processual civil, consciente ou inconscientemente, o horizonte a partir de onde se pode e deve pensar a linguagem (e o acesso ao próprio fato/direito) ainda é o do sujeito solipsista – que tem diante de si o mundo dos objetos e dos outros sujeitos –, característica principal e ponto de referência de toda a filosofia moderna da subjetividade. Essa separação entre sujeito e objeto busca proporcionar a que o sujeito, de forma objetiva, possa contemplar o objeto.⁷²⁰ Para além da filosofia da consciência, isso lembra um dos resquícios da jurisdicionalidade liberal no processo de que se dispõe atualmente, por ela fortemente seduzido. Uma jurisdicionalidade manifestada pela figura do juiz de roupagem jupiteriana, sempre proferindo suas decisões desde cima a partir da filiação irrestrita à figura do direito posto.

Essa visão da atividade jurisdicional não leva em conta que o sujeito da compreensão já está jogado no mundo, local onde suas condições de possibilidade estão definidas *na e pela* linguagem, já que recebeu o legado compulsório da tradição, o que torna impossível a reprodução, marca daquela jurisdição-processual. Assim justifica-se porque na primeira parte da presente tese fez-se alusão à constatação de que a atividade jurisdicional no Estado liberal serviu a impedir o arbítrio judicial, demonstrando-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que evitaria a transmutação do juiz em criador do direito, até mesmo para não contradizer a teoria da separação dos poderes.

As questões sociais seriam afastadas de sua apreciação, permanecendo nas mãos da governança, o que explica porque no viés estatal liberal a função jurisdicional permaneceu confinada dentro dos limites das funções tradicionais de proteção aos direitos individuais e repressão aos cidadãos que usurpassem os limites delineados pelo direito.

Essa perspectiva, contudo, não mais se coaduna com uma jurisdição-processual pensada sob a lente de uma filosofia *no* processo construída a partir da hermenêutica de Heidegger e Gadamer, principalmente pelo fato de que a atividade interpretativa, segundo esses pensadores, será sempre produtiva, já que o acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, o que requer também um horizonte histórico do qual fará parte a pré-compreensão de quem pretende interpretar. Na hermenêutica filosófica o horizonte histórico é uma fase da compreensão, já que quando o ser-aí procura compreender algo ele se

⁷²⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 50.

encontra sob os efeitos da história efetual, que pré-determina o que se mostra questionável e o que é objeto de investigação.

É na situação hermenêutica que essa relação deve ser pensada, local onde se dará a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição-processual. Se a compreensão hermenêutica, em termos gadamerianos, pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação a atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção (que aqui se denominou de inserção do contexto da controvérsia). Um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, o que tornará possível a interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado (aqui “ser-no-processo”).

Assim é que se dará o ex-surgir da compreensão, dependente da faticidade e da historicidade do intérprete, *locus* da pré-compreensão⁷²¹, condição de possibilidade para a interpretação do fato levado à jurisdição-processual. Note-se que, aplicando-se a hermenêutica de Heidegger e Gadamer ao direito processual civil, fica visivelmente comprometida a interpretação de um caso (que é sempre novo) que se apresenta à jurisdição-processual sem que o intérprete final do caso (o juiz) esteja inserido na situação hermenêutica presente àquela situação concreta, porquanto assim é que atribuirá sentido ao mesmo caso, o que depende da antecipação desse sentido pela linguagem, sua condição de possibilidade.

Isso justifica porque não há método para interpretar o fato/direito no plano do processo civil. Como advertiu o próprio Gadamer, a interpretação não se dá em fases (*subtilitas intelligendi* – compreensão, *subtilitas explicandi* – interpretação, *subtilitas applicandi* – aplicação), mas ocorre num único momento que já é *applicatio*, não sendo posterior ou complementar a compreensão, já que tudo isso ocorre no interior do círculo hermenêutico. Compreender já é interpretar, que é a forma explícita da compreensão. E nesse mesmo movimento sempre ocorre algo como uma aplicação do texto (em processo, do caso, do fato/direito) a ser compreendido à situação atual em que o intérprete está inserido. Isso explica que há um processo (hermenêutico) unitário no acesso às coisas que envolve simultaneamente o compreender, o interpretar e o aplicar.⁷²²

O intérprete não reproduz o sentido de um fato ou de um preceito jurídico, que ao contrário do sustentado pelo processualismo moderno não está à sua disposição, o que implica atualmente no naufrágio do processualismo à prática da repetição, alimentando o

⁷²¹ Idem, ibidem, p. 212.

⁷²² Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., pp. 406-407.

conformismo e um senso comum teórico alienado da historicidade. Em direção oposta, como leciona Hommerding, intérprete e texto estão no mesmo modo de ser da linguagem, sendo o sentido algo a ser produzido pelo intérprete a partir de sua situação hermenêutica e do que já vem antecipado pela pré-compreensão, evitando-se que esse mesmo sentido seja produto de um método que lhe aponte a uma determinada direção.⁷²³

É visível a dificuldade de pensar o processo civil de que se dispõe atualmente sob essa perspectiva. Isso porque ele ainda continua a sobrelevar a metodologia fase-a-fase ordinário-plenária, cindindo as etapas acima mencionadas, afastando gradualmente o intérprete (juiz) do próprio fato submetido à jurisdição-processual de conhecimento. Sua subdivisão nas fases postulatória, saneamento, instrutória e decisória é uma prova disso, já que inegavelmente também acabam por cindir o processo interpretativo do magistrado, o qual acabou tornando-se refém de uma metodologia que sobrelevou a sua subjetividade, tornando-o o “senhor do caso”, onde a linguagem é mero instrumento, um fantoche à sua disposição.

Veja-se, a título de exemplo, que o sistema processual civil ainda autoriza os juízes a suprir lacunas na falta de normas jurídicas particulares, quando então se aplicarão as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, como reza o artigo 335 do código de procedimento. É realmente de se questionar que lugar ocupa a linguagem nisso, já que na grande maioria das vezes a procedimentalidade fase-a-fase ordinário-plenário não concebe o debate entre juiz, partes, auxiliares, representantes da comunidade interessada, etc.

Ao contrário, ainda se está frente a uma jurisdição-processual, que além de tudo o que se pôde verificar na primeira parte da presente tese, exaltou a escritura, a redução das coisas a termo nos autos, o que parece ser mais do que um simples indício dessa metafísica cisão interpretativa proporcionada pelo processo de conhecimento, que acabou relegando o fato a uma segunda coisa em processo civil, sobrelevando, em contramedida, o rito. Ele ainda é a condição de possibilidade para a realização do direito! Afinal de contas, quantos são os pressupostos de validade em processo, herança deixada pela teoria eclética da ação processual, fervorosamente aplaudida pelo processualismo contemporâneo em suas inúmeras escolas de processo espalhadas pelo território brasileiro?

Uma filosofia *no* processo, diante disso, parte do pressuposto de que os sentidos não são passíveis de reprodução e de que as respostas em processo não podem ser obtidas a partir do que a consciência do intérprete final quer que seja. Ao contrário, são os sentidos atribuídos

⁷²³ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Op. cit., p. 68.

pelo intérprete de acordo com a pré-compreensão da Constituição e com o que o plano fático se lhe mostra em processo, o que irá romper com o perfil solipsista ainda presente na atuação jurisdicional, ultrapassando a tradição do método e seu desprezo às possibilidades do ser-no-mundo.

Trata-se de uma tarefa criativa, já que frente ao processo o intérprete só concebe o fato ali tratado quando inserido naquela realidade, que além de única lhe será condição de possibilidade para compreender o próprio fato a partir de seu modo-de-ser, desvelando-se, no mesmo movimento, a *applicatio*, não pela subsunção ou pela dedução⁷²⁴, mas na fusão entre compreensão, interpretação e aplicação do direito.

Todavia, esse processo de atribuição de sentidos pelo magistrado (que é o próprio processo interpretativo), sob pena da ocorrência de decisionismos interpretativos, não admite que se diga qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo ele sentidos de forma arbitrária ao caso. Isso remonta a forma de decidir conforme a consciência do juiz, proscrevendo a tradição (autêntica), a coerência e a integridade do direito (já que tais decisões partem de um marco zero, inconcebível no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito). Falar nisso é falar no próprio positivismo jurídico, que se expressa atualmente justamente pela manifestação do paradigma do “decido conforme minha consciência”, dando ensejo à prática decisionismos e/ou discricioniedades, como se pôde verificar na primeira parte da presente tese.

Em processo civil, partindo-se da necessidade em se controlar a atribuição de sentidos pelo magistrado, mostra-se relevante investigar como pode se dar a inserção do intérprete (juiz) no contexto da controvérsia, tendo-se em vista que tal inserção tem a auxiliar no próprio projeto de atribuição de sentidos. É aqui que a aplicação da hermenêutica filosófica ao processo civil guarda relação com a compreensão do fato submetido à apreciação judicial, o que irá romper com a clássica concepção de processo enquanto instrumento desvelador de verdades absolutas. Nesse ambiente os juízes estão inseridos em uma tradição (inautêntica) que lhes permite interpretar a partir de sua subjetividade, assim descobrindo o sentido do caso ou da lei que se lhes apresenta, vícios que em geral acabam sendo acobertados pelo manto da imparcialidade.

A compreensão do fato acaba ficando dependente única e exclusivamente de um sujeito cognoscente, o julgador (solitário) e sua consciência, o que faz lembrar a própria tese

⁷²⁴ Nesse sentido é a crítica de Darci Guimarães Ribeiro: “[...] elas, as normas jurídicas, não trazem em si o direito hermeticamente acabado para ser aplicado diante de um caso concreto. É ele, o juiz, que criara o direito diante do caso concreto... Trecho do texto intitulado Esboço de uma teoria geral do direito. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica** (2008). Op. cit., p. 64.

instrumentalista do processo, que concentra sua principal característica na agilidade (solipsista) do magistrado na condução do rito processual, reduzindo o processo de compreensão do substrato fático inerente a cada relação jurídica processual.

Quando aqui se está a falar em compreensão do fato em processo, ligando esse fenômeno a singularidade de cada caso concreto que visita a jurisdição-processual, não se está simplesmente a sustentar que cada caso é um caso, devendo assim ser tratado em sua pura singularidade, obnubilando o acesso ao próprio caso, mas que os fatos levados ao conhecimento da jurisdição-processual guardam relação a casos que devem ser compreendidos também a partir de outros semelhantes, o que dará coerência à decisão que sobre eles recairá.

O caso concreto, como alerta Lenio Streck, não pode servir de álibi para qualquer decisão proferida segundo a subjetividade do juiz, tampouco ser obnubilado por conceitualizações pré-dadas, como comumente ocorre na aplicação (metafísica) descontextualizada de súmulas e entendimentos jurisprudenciais.⁷²⁵ É nesse ponto então que a compreensão do fato que compõe o caso está intimamente relacionada ao modo-de-ser do magistrado a partir de sua inserção no contexto da controvérsia processual, afastando-se da lógica do sujeito-objeto da filosofia da consciência, já que o processo forma um mundo próprio em que se dará a atribuição de sentidos pelo intérprete.

1.2.1 A importância (e a hermenêutica) da significação do fato no direito processual civil diante do problema da fungibilização do fático

Se como alerta Ovídio Baptista a vontade da lei não passa de um mito, uma utopia⁷²⁶, um dos elementos de maior relevância (a condição de possibilidade) à satisfação da própria Constituição e à efetividade do processo é a compreensão do plano fático pelo magistrado em cada situação jurídica processual. Essa é uma das teses centrais de uma filosofia *no* processo. De que acordo com a lição do renomado professor, o que importa realmente em processo é buscar o significado do fato⁷²⁷, aqui tratado enquanto categoria hermenêutica, em algo a ser compreendido, ciente de que o processo é um ambiente que não trata de fatos puros, mas de fatos que carecem de interpretação que lhes atribua sentido.⁷²⁸ Isso faz lembrar o próprio

⁷²⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., pp. 230-231.

⁷²⁶ Para maiores aprofundamentos acerca do conceito iluminista da lei, vide o artigo do professor Ovídio Baptista intitulado **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=7&hash=. Acesso em 07.09.2010.

⁷²⁷ Consultar: **Verdade e significado**, de autoria de Ovídio Baptista. Op. cit.

⁷²⁸ Tal raciocínio é de autoria de Paul Ricoer, tendo sido utilizado por Ovídio Baptista na elaboração do texto **Verdade e significado**. Op. cit.

Gadamer:

[...] não nos esqueçamos de que, inclusive nas ciências, o ‘fato’ não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: ‘fato’ é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”.⁷²⁹

Na tarefa de atribuir sentido ao plano fático que se apresenta no ambiente processual é possível concluir, pelo que até agora foi trabalhado na presente tese, que essa atividade é incompatível com qualquer espécie de método objetivo ou subjetivo. O processo compreensivo, principalmente em Heidegger e Gadamer, guarda relação ao caráter ontológico prévio de quem pretende interpretar determinado fato a partir de sua condição de ser-no-mundo. O que ora se destaca como a “busca do significado do fato” em processo não está condicionado a interpretações decorrentes da consciência do magistrado e sua tentativa de descobrir o sentido da ocorrência do fato, tampouco que deve ele retirar o sentido real daquilo que se apresenta como inerente ao plano fático em processo civil.

Todas essas metodologias remontam a filosofia da consciência, sustentando-se na utilização do método enquanto momento supremo da subjetividade do intérprete. Um período da filosofia fortemente sedimentado com a modernidade, principalmente em razão do processo cartesiano de subjetivação, em que à razão humana foi atribuída toda a origem do conhecimento⁷³⁰, o que também afetaria, como se tem visto, o direito processual civil.

Segundo a presente tese, em sentido contrário, é a inserção do magistrado no contexto da controvérsia (na situação) – o que não pode ser confundido com qualquer espécie de método, subjetivação ou representação – que tornará possível que no direito processual civil o processo compreensivo, até hoje relacionado a uma questão metodológica, faça parte do próprio existencial do magistrado naquele caso concreto que se apresenta, afastando-se da lógica de que sentença é sentir, é sentimento (uma das mais visíveis formas da subjetividade em processo civil).

Em relação a isso, quando se fala em uma filosofia *no* processo, parte-se do pressuposto de que o processo civil não trabalha com fatos brutos, podendo estes significar,

⁷²⁹ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 2001, p. 36.

⁷³⁰ Segundo lição de Ribeiro, Descartes ocupa uma posição ímpar na cultura ocidental contemporânea, representando as premissas fundadoras da modernidade, já que a partir dela o sujeito adquire um inédito grau de soberania, onde o “eu” passa a ser considerado como único responsável pelo direcionamento do pensamento e das ações do indivíduo. A partir de então a ideia de consciência é tida como uma premissa própria da concepção de homem, e o método o responsável por produzir, desde a subjetividade do homem, conhecimentos verdadeiros. Cf. RIBEIRO, Eduardo Ely Mendes. **Individualismo e verdade em Descartes**: o processo de estruturação do sujeito da modernidade. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 1995, pp. 09-10.

como advertiu Frank: a) um acontecimento compreendido em todos seus aspectos por um ser onisciente; b) esse mesmo fato, limitado, porém, pelo conhecimento que a humanidade, com suas limitadas capacidades, será capaz potencialmente de conhecer; c) esse fato visto por um homem particular, através de sua perspectiva limitada e suas peculiares deficiências psicológicas e culturais; d) uma informação (exata ou não) do fato transmitida a outros homens, baseada em suas lembranças (exatas ou falsas); quem sabe, premeditadamente falsas; e) apenas uma parcela selecionada de "c", ou de "d" ou de "e".⁷³¹

Também do pressuposto de que os sentidos são atribuídos ao substrato fático pelo intérprete a partir da condição de ser-no-mundo que ocupa, delineada desde sua inserção naquela situação hermenêutica. Há um horizonte histórico em cada relação juiz/caso concreto que inegavelmente fará parte do processo compreensivo, horizonte esse que não pode ficar a distância de quem interpreta, mas que pelo contrário pressupõe que o intérprete do fato mergulhe na sua dimensão, sob pena de se tornar um ser a-histórico naquela realidade.

Por incrível que possa parecer, a condição de a-historicidade é muito comum no âmbito do processo civil, principalmente quando se está a tratar de demandas “repetitivas”, de “matérias unicamente de direito”, de “casos idênticos”, de “reprodução de decisões”, etc., nítidas tentativas de obnubilar o processo compreensivo sob a justificativa de que os fatos podem ser fungibilizados ou de que por vezes se mostram pré-prontos na cadeia do cognoscível processual. Uma concepção que se aproxima da metafísica e sua intenção em relegar a linguagem a um segundo plano.

Para o processo civil moderno a própria prova é produto de um achado científico, local em que o processo pressupõe a existência do fato em sua pura materialidade, não o sentido que o fato possa adquirir no interior de cada lide. A prova é pensada como se ela fosse composta por uma infinidade de pequenas unidades elementares, independentes e desligadas umas das outras, como se fosse possível ao juiz, para formar o convencimento, perceber cada fato individual em seu próprio sentido, como se houvesse fato puro ou como se o direito pudesse ser concebido abstratamente, sem fatos.⁷³²

No processo de inserção do intérprete (juiz) na situação hermenêutica, no contexto da controvérsia, o que deve ficar esclarecido, e isso só se tornou possível com Gadamer e seu **Verdade e Método**, é que no instante em que se dá o acesso a algo, a compreensão de algo, dá-se indissociavelmente a isso uma fusão de horizontes em que o intérprete (aqui, o

⁷³¹ Cf. FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, pp. 69-71.

⁷³² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Op. cit.

magistrado) coloca em choque seus pré-conceitos com o próprio fato e o modo como se lhe apresenta no *locus* processual. Está-se a falar numa relação de tensão entre a existência do fato, o modo como essa existência se lhe chegou e a percepção que dela se fará, projetando assim o horizonte compreensivo do presente.⁷³³

Nesse momento já se deu a interpretação do fato, razão pela qual também já se deu sua compreensão (já que se fusionam), ambos permeados pela linguagem, que lhes foi condição de possibilidade, independente de qualquer método, já que nesse movimento chegaria atrasado. Justifica-se assim a insistência hermenêutica onde interpretar é dar sentido e não reproduzir sentido⁷³⁴, o que não justifica que se diga qualquer coisa sobre o fato e a forma como ele se apresenta em processo civil.

O problema é que essa não é uma preocupação da processualística clássica, que desde a modernidade vem alimentando a figura do juiz solitário e sua condução frente ao rito ordinário-plenário. Da mesma forma, no século XXI, fomentando a solução de casos através da irrestrita aplicação de súmulas, enunciados, jurisprudências dominantes, etc., onde a resposta é pré-dada e o fato concreto acaba sucumbindo diante de uma pseudo-segurança falaciosamente garantida por tais instrumentos.

O direito processual civil, com isso, além de permanecer refém da metafísica filosofia da subjetividade, onde a linguagem continua a ser tratada como instrumento (já que a resposta está no respeito ao rito, nas súmulas, etc.), não dando espaço ao perfil compreensivo traçado principalmente por Heidegger e Gadamer, acaba ainda sendo ardorosamente seduzido pelo pensamento jurídico normativista, que o concebe enquanto sistema de normas auto-racional e abstratamente prévio à sua realização concreta. O processo civil, nesse contexto, vem sendo pensado nas últimas décadas para dar suporte ao sistema positivo prescrito, antecipado e logicamente construído, o que o afastou de uma concepção que o levasse a um mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos.⁷³⁵

No interior dessa aproximação do processo com o normativismo jurídico é que o sistema processual recebeu a missão de dar conta de um platonismo de regras (Castanheira Neves) independente de sua realização concreta e do suporte fático a que faz referência. Isso porque o método que revela esse conjunto de normas parte de uma espécie de esquema geral que deve recair sobre o particularismo de cada situação de fato que se apresenta, revelando assim o esquema da subsunção. Nele, parte-se do geral ao abstrato, do normatizado ao fático,

⁷³³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Op. cit., pp. 402-405.

⁷³⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 228.

⁷³⁵ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Op. cit., pp. 24-25.

obnubilando seu processo compreensivo, já que não se está mais a tratar do fato em sua singularidade, mas de um conjunto de fatos fungibilizados.

Um exemplo extremamente interessante desse fenômeno pode ser encontrado na sistematicidade do recurso especial, notadamente no que guarda relação com o recebimento de recursos representativos da controvérsia, ferramenta incluída no código de procedimento brasileiro vigente pela lei 11.672 de 2008, que tem o poder de manter os demais recursos especiais suspensos até o julgamento do “representativo”, já que todos tratam de “idêntica questão de direito”, razão pela qual receberão a mesma solução. É por esse tipo de instrumento que o processo civil acaba se transformando num mecanismo que lida principalmente com a racional abstração das normas, independente da realidade histórico-social do caso e do próprio intérprete (o Judiciário).

Em sentido oposto, partindo-se do fato de que uma filosofia *no* processo também trabalha com a busca da significação do fato em processo, que é único e não pode em hipótese alguma ser fungibilizado, já que entendido como fenômeno que contém em si uma série de elementos e circunstâncias particulares, incumbe investigar na presente tese como se dão os elementos necessários à compreensão (hermenêutica) do fato submetido a juízo. Uma compreensão que não tem a mínima intenção de estabelecer a verdade absoluta de um fato, mas o significado que o mesmo poderá assumir nas circunstâncias de sua aplicação.⁷³⁶

O desiderato em aprofundar essa temática também parte de uma necessidade: romper com a função eminentemente declaratória presente na atividade jurisdicional, o que impõe conduzir o processo civil a novos horizontes, a novas perspectivas de compreensão, aproximando o procedimento do próprio fato/direito submetidos a juízo, bem como da própria sociedade. Essa necessidade parte da intenção do constitucionalismo compromissário e dirigente do pós-guerra em ultrapassar um paradigma que afastou os fatos concretos do direito através da utilização de uma metodologia interpretativa objetificante que renunciou a história e as peculiaridades de cada caso, o que refletiu, e não poderia ser diferente, no âmbito do processo civil, que acabou umbilicalmente comprometido com a ideia da ordinariedade procedimental e com uma ideologia liberal que continua a ignorar o sentido de Constituição (que é um existencial, um desde-já- sempre), engendrando uma prática processual de massa, de produtividade a qualquer custo, o que acabou de se verificar.

Também a título de exemplo, veja-se o atual anteprojeto do novo código de processo

⁷³⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Op. cit.

civil⁷³⁷, que parecia trazer a luz, mas que pelo jeito escurecerá ainda mais a aproximação do processo a uma filosofia *no* processo, obscurecendo também o horizonte da satisfação da Constituição. Em sua exposição de motivos o anteprojeto deixa clara a intenção em sistematizar as normas processuais, criando algumas ferramentas para solução em larga escala de processos. Uma delas é denominada de “incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas ‘idênticas’”, prevista no artigo 895 do anteprojeto, que consiste na “identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta [...] sendo admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas” (sic).

Ainda a título exemplificativo, note-se a obsessão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro pela prática do julgamento por mutirão de processos. Em meados do mês de agosto do ano de 2009 o referido Tribunal pomposamente publicou em seu sítio oficial a iniciativa de cinco ministros e de cem servidores em julgar mais de mil processos em único dia. Capitaneada pelos ministros Castro Meira, Humberto Martins, Jorge Mussi, Mauro Campbell Marques e do desembargador convocado Honildo de Mello Castro, o objetivo foi “diminuir o acervo de processos acumulados nos gabinetes e dar celeridade à prestação jurisdicional” (sic). O julgamento por mutirão seria uma “resposta do Poder Judiciário aos anseios da sociedade, que busca uma justiça mais rápida, eficiente e de maior qualidade, contribuindo, cada vez mais, para uma maior celeridade da prestação jurisdicional” (sic).⁷³⁸

Para a presente tese, é justamente nesse tipo (neoliberal-racionalista) de ambiente processual que se rotulam as lides, ignorando-se sua singularidade, acondicionando-as numa espécie de “pacote” de casos (*cases package*), a cada qual se atribuirá uma única decisão solucionadora, o que até vem expresso no artigo 903⁷³⁹ do anteprojeto! É assim que o caso concreto, pouco a pouco, continua perdendo lugar no espaço processual.

No intuito de romper com isso é que a matriz hermenêutica de cariz filosófico aplicada ao processo assume um papel de fundamental importância (principalmente em relação aos elementos necessários à compreensão do fato submetido a juízo). A referida matriz, na presente tese, auxiliará a desmitificar os processos de produção, interpretação e aplicação do direito, demonstrando que é possível, a partir das noções de ser-no-mundo viabilizada pela linguagem

⁷³⁷ BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/default.asp>. Acesso em 15.07.2010.

⁷³⁸ Sobre a notícia, consultar: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93434.

⁷³⁹ Rezando que “julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.”

– vista como condição de possibilidade – ter acesso ao próprio mundo do direito, da vida e dos fatos.⁷⁴⁰

Com ela é possível perceber a importância do papel da linguagem diante da relação sujeito-objeto, intérprete-fato, juiz-processo, juiz-resposta (constitucionalmente) correta, porquanto ao invés de alienada da tradição, a linguagem, notadamente a partir de Gadamer, é verdadeira condição de possibilidade para a própria interpretação do fato e da aplicação do direito. Isso passa a ser explicável em razão da própria invasão da filosofia pela linguagem (giro linguístico ontológico), proporcionando a re-inclusão da faticidade no discurso jurídico. Contudo, por obra principalmente dos filósofos do racionalismo, criou-se a falsa ilusão de que em processo civil se deve pensar a solução do caso concreto a partir da lei, não a partir da situação fática nele presente. Sobre isso, diz Friedrich Muller:

[...] como a norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua ‘aplicação’ não pode esgotar-se somente na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele apenas é imaginado – destacam-se como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo programa da norma. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo de formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas.⁷⁴¹

A atividade interpretativa (aplicativa) do direito a partir do caso concreto leva a concluir (a partir da recepção da hermenêutica de feição filosófica) que o intérprete não extrai nem decodifica o sentido do texto (lei, caso, etc.), mas atribui sentido ao mesmo. Se texto e norma não estão cindidos (como bem já demonstrou Lenio Streck em seus inúmeros livros e artigos publicados) os sentidos não estão nos textos legais, mas se dão na intersubjetividade, ocorrendo *na e pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto.

Na busca pela significação do fato tem o juiz uma missão de atribuição (e não de extração como pretende o positivismo) de sentido, não de reprodução (o que muito ainda se verifica na prática forense), o fazendo para garantir a efetividade (satisfatividade) preterida pelas posturas liberais-positivistas. Estas, ao hipostasiarem o método, acabaram por alçar-lhe à condição de possibilidade para o alcance da verdade eterna em processo, admitindo, em contra-partida, a possibilidade de encontro de (múltiplas) respostas.

Demonstra-se relevante, portanto, compreender hermeneuticamente o direito

⁷⁴⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Op. cit., p. 179.

⁷⁴¹ Cf. MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª edição. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000, pp. 42-43.

processual apercebendo-se de que, definitivamente, os sentidos se dão na intersubjetividade⁷⁴², o que assume relevância quando se compreende o processo no interior do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito oriundo do constitucionalismo compromissário e transformador social surgido a partir do segundo pós-guerra, incompatível com a obsessão pela plenipotenciariade da regra e com o modo de interpretação fundado nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência.

A resposta a um problema não é etapa subsequente à interpretação. Entender assim é buscar a ocorrência da verdade do caso concreto a partir de um método, como justamente prevê o cartesianismo. Em tempos de guerra das inúmeras teorias interpretativas, tanto o direito quanto o processo civil necessitam angariar forças para superar o subjetivismo do pensamento jurídico, fomentado pelo jurista que a partir do método busca o desvelar do caso concreto.

O que deve ficar esclarecido, cientificando-se de que o direito processual civil não trabalha com verdades absolutas, mas com versões, ao menos a luz da perspectiva hermenêutica, é que a interpretação do fato (direito) só se faz possível quando o intérprete está inserido numa dada situação hermenêutica. Uma inserção que fornecerá os elementos necessários ao próprio ato interpretativo a partir de sua condição de ser-no-mundo (Heidegger), da tradição em que está inserido e de sua percepção em diferenciar pré-juízos legítimos de ilegítimos, além de sua capacidade na antecipação de sentido.⁷⁴³

Isso leva a compreender que os juízes, antes de decidir, devem se decidir, como há algum tempo já pugna Ovídio Baptista. Todavia, como alcançar em processo a resposta (constitucionalmente) correta ciente de que se está na zona de batalha entre as diversas teorias interpretativas que de maneira ou outra direcionarão o verdadeiro papel da Constituição? Segundo Castanheira Neves, a atual situação problemática do direito encontra-se na busca do sentido e de alternativas para o direito enquanto direito.⁷⁴⁴ Talvez o problema do direito processual civil seja na verdade um problema de sentido, ou mais do que isso, um esvaziamento de sentido do caso concreto.

⁷⁴² Entendida como uma concepção moral, a qual recebe a força deontológica de um direito (constitucional) nascido juntamente com a superação do esquema sujeito-objeto, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete. Sobre o tema, vide a obra **Verdade e consenso**, de autoria de Lenio Streck.

⁷⁴³ Idem, ibidem, p. 335.

⁷⁴⁴ Cf. CASTANHEIRA NEVES, A. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do directo: ou as condições da emergência do directo como directo. In: **Estudos em homenagem à Profesora Doutora Isabel de Magalhães Callaço**. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 837-871.

1.3 A busca por respostas corretas em direito (processo civil): hermenêutica, faticidade (o retorno ao caso concreto) e (a revolução da) democratização processual

Pelo que se pôde perceber até aqui, principalmente no que se refere à segunda parte da presente tese, cuida a mesma da solidificação de uma filosofia *no* processo, ou seja, da superação do conceitualismo processual por intermédio de um pensamento e um agir não-dogmático em processo civil, onde realmente aflorem as particularidades de cada caso no sangramento do cotidiano fático. Uma profunda reflexão do agir cognitivo-processual visando acima de tudo a concretização dos preceitos materiais-constitucionais. Nesse ambiente, como se verá no próximo subcapítulo, interessa propor uma espécie de re-valorização da verossimilhança em processo civil, de modo justamente a enfrentar a obsessão da doutrina na visualização do processualismo enquanto conjunto de instrumentos reveladores de verdades eternas.

O que de certa forma justifica a opção realizada na primeira parte da presente tese pela investigação da evolução do direito e do processo romanos. Lá se alertou que a processualística civil contemporânea, principalmente diante da universalização da ação condenatória como correspondente absoluta da *actio* romana, suprimindo os procedimentos interditaes de eficácia executiva e mandamental, não foi capaz de superar o pensamento metafísico aristotélico-tomista verificável na fase cognitivo-processual do período pós-clássico romano. Desde então, principalmente sob a influência dos escritos de Justiniano, os quais representam até hoje a fonte mais importante do direito romano, o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e decisão, sendo essa uma das causas que levaram o direito processual civil a não acompanhar a invasão da filosofia pela linguagem, mantendo o julgador equidistante ao direito material, o qual serve como fundamento da própria existência do processo.

Também lá foi possível verificar que ao invés da proposta na cisão metafísica entre os planos do direito material e do processo já houve no passado (anterior ao período justinianeu) uma jurisdição-processual mais efetiva, que mesmo tendo sido esquecida no tempo deixou traços de sobrevida nos países de tradição civil. Assim foi a jurisdição dos interditos romanos, que se distinguia por categorias pelas quais o pretor ordenava, por exemplo, que se fizesse determinada exibição ou restituição, local de proteção de pessoas e coisas a partir de cognição unicamente sumária, sem, contudo, desconsiderar o caso concreto, o mérito da causa, exame sempre necessário. Logicamente, o que será trabalhado no segundo capítulo desta segunda parte da tese, o desvelamento dos interditos deve também ocorrer no interior de uma filosofia

no processo, principalmente no que tange à satisfação dos preceitos constitucionais e à democratização da jurisdição-processual.

Desde já é possível adiantar que a reintrodução dos interditos no sistema processual civil, de modo a objetivar a satisfação dos novos direitos (relacionados ao assistencialismo social, biodireito, bioética, etc.) oriundos do neoconstitucionalismo compromissário e dirigente (que também incorpora a necessidade de compreender e utilizar técnicas processuais a partir de bases constitucionais), está condicionada a uma abertura (processual e democrática) à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite em processo. Por consequência, com o protagonismo judicial. A condição de possibilidade para tal desvelamento está em pensar o processo civil através da lente hermenêutico-filosófica, ou seja, de uma filosofia *no* processo que evite deixá-lo as mãos do julgador. É o caso concreto que exigirá a construção desse *locus* democrático de sumarização processual, onde se renovarão democraticamente os votos das *interdictas*.

A questão agora está em pensar o processo no interior de uma filosofia construída enquanto atitude (interpretativa) hermenêutico-ontológica, rompendo com a objetificação do *iter* processual para auxiliar na satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Aí é que assume fundamental relevância o processo de atribuição de sentido pelo intérprete a partir de seu modo de ser e da faticidade, da inserção na situação hermenêutica (no seio da controvérsia do caso concreto), ultrapassando a visão de que o processo civil está subsidiado por uma linguagem (procedimental) ideal. Uma filosofia *no* processo parte do pressuposto de que a linguagem é tida como ponto de partida e reflexão, sendo nela que a Constituição se desvelará e que o sujeito (juiz) solipsista dará lugar a uma participação construída pelo diálogo em processo.

Nela importa pensar o processo civil para além do reducionismo procedural-dogmático, dando-se conta que todo o caso concreto levado ao plano processual exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição. Isso pressupõe a inserção do intérprete no contexto da controvérsia (situação hermenêutica), vista como condição de possibilidade à compreensão do fato submetido ao crivo da jurisdição-processual. É nesse ambiente que o sujeito da compreensão é jogado no mundo para interpretar a partir do processo de fusão de horizontes, atribuindo sentido ao plano fático (caso concreto) que se lhe apresenta. A importância em se destacar esses fenômenos está em que os mesmos constituirão a plataforma para o encontro de respostas corretas em processo, sobrelevando o caráter hermenêutico assumido pelo processo no interior da presente tese.

Na intenção de pensar o processo civil para além do esquema sujeito-objeto, aproximando juiz, partes, comunidade, etc., aliado ao objetivo de compreender o sistema processual de forma assemelhante a um método, mas sim diante de um *locus* de satisfação dos direitos sociais-fundamentais a partir do processo compreensivo hermenêutico filosófico, é imperioso questionar: como superar a sacralização do rito ordinário e sua obsessão pelo encontro de verdades absolutas? Como ultrapassar uma concepção que há séculos desloca o processo para o âmbito dos instrumentos, das ferramentas à disposição do magistrado e seu subjetivismo? Como então evitar o cometimento de decisionismos interpretativos aflorados em processo civil principalmente em razão da estrutura tripartite, do distanciamento entre os sujeitos processuais? É possível, mesmo ante todas essas indagações, alcançar respostas corretas em processo civil?

No plano da teoria do direito, Dworkin já questionou sobre a possibilidade da existência de respostas corretas principalmente diante de casos controversos. Segundo o jusfilósofo norte-americano, é possível falar em respostas corretas em direito dependendo do *como* se compreende a afirmação de que uma proposição em direito é bem fundada, se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas. Essa melhor justificativa estaria embasada, segundo ensina Dworkin, em duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e da moralidade política.⁷⁴⁵

A primeira supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justificativa melhor que outra se alguém que a sustentasse pudesse a serviço dela aplicar mais do que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra. A segunda dimensão supõe que se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas oferece uma justificativa melhor se for superior enquanto teoria política ou moral, isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. Isso, para Dworkin, torna improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta certa.⁷⁴⁶

No âmbito do direito processual civil essa questão também assume uma posição de destaque, principalmente porque quando se está a tratar de processo também está a se tratar do *como* as decisões devem ser tomadas. Essa é uma preocupação flagrante na obra do processualista gaúcho Ovídio Baptista, que vê na necessidade de fundamentação das decisões uma (constitucional) exigência da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de

⁷⁴⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., p. 213.

⁷⁴⁶ Idem, *ibidem*.

ampliar as bases de um regime democrático participativo, também justificável pela necessária superação de uma formação jurídica dogmática em o direito acabou sendo seduzido pelos princípios epistemológicos das ciências naturais e das matemáticas.⁷⁴⁷

O processo civil, para o saudoso professor, deve ser pensado como uma realidade inconclusa; uma realidade a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra, já que se está sempre em presença de uma partícula da história humana, o que leva ao problema das decisões a uma necessidade: o dever de serem suficientemente razoáveis, resultantes, quase sempre, de um compromisso difícil entre valores às vezes inconciliáveis, cuja coexistência lhe cabe organizar. Isso justifica porque Ovídio Baptista sustenta uma compreensão hermenêutica do direito processual civil, o que impõe pensar o processo, a lei, o fato, etc., no respectivo contexto histórico e político.⁷⁴⁸

Agora é possível dizer que as respostas corretas no âmbito do direito processual civil perpassam pela própria fundamentação das decisões, o que impõe, para uma compreensão hermenêutica do processo, a inserção do intérprete no contexto da controvérsia na busca pela significação do fato submetido à apreciação da jurisdição-processual. Isso faz lembrar Heidegger, para quem somente há ser quando se der a compreensão do ser; somente há ser quando há ser-aí, o que pressupõe o lugar ocupado pelo magistrado na relação processual e sua consciência da história efetual.

Com Heidegger, portanto, é possível sustentar (tal qual Lenio Streck em **Verdade e Consenso**) que o encontro de respostas corretas passa a ser uma necessidade, já que, como ensina Ovídio Baptista (ainda que o mesmo sustente a possibilidade do magistrado decidir de vários modos, já que possui discricção na escolha entre uma ou mais possibilidades que a lei lhe confere) em raríssimos casos os juízes preocupam-se com as "circunstâncias constantes dos autos", o que se deve a um vício em sua formação jurídica, a qual lhe acostumou a trabalhar com conceitos e regras, desprezando as "circunstâncias constantes dos autos", estando propenso, assim, às generalizações, fugindo das peculiaridades individuais do caso concreto.⁷⁴⁹

Essas considerações levam à conclusão de que as respostas corretas em processo civil perpassam pelo reforço do *locus* da situação concreta processual (onde o ser é compreendido pelo ser-aí), o que leva a uma re-valorização da jurisdição de primeiro grau, fato que vem a corroborar a tese da *sentença liminar de mérito*, compreendida como algo propício a fazer

⁷⁴⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Op. cit.

⁷⁴⁸ Idem, ibidem.

⁷⁴⁹ Idem, ibidem.

pensar o processo civil no interior de uma filosofia. Aproximando partes, juiz, sociedade, etc., para fazer valer a Constituição, ela vai ao encontro de respostas corretas e adjudica essa teoria como algo necessário em processo, não dependente de um método ou de um fundamento de racionalidade da norma ideal, perfeita, mas guardando relação à legitimidade das decisões judiciais, a coerência dos argumentos que servem a fundamentá-la e a integridade em relação às decisões anteriores, à autoridade da tradição autêntica.⁷⁵⁰

A questão está em que definitivamente é impossível encontrar respostas corretas em processo civil sem que o fato processual seja evidentemente levado em consideração. O contrário seria (o que vem infelizmente ocorrendo desde Oskar Von Bulow) sobrelevar o procedimento, que por ser fundamentalmente um método é o que vem justificando o cometimento de decisionismos judiciais, haja vista a própria deficiência fundamentativa com que comumente se revestem as decisões. As respostas corretas não podem ser obtidas apenas no âmbito procedimental. Esta, aliás, foi a principal crítica que Lenio Streck, no plano da teoria do direito, estendeu a Habermas e à sua teoria do discurso e do agir comunicativo.⁷⁵¹

Para o jurista gaúcho Habermas não leva em conta a conteudística, ocorrendo justamente daí a hipostasiação de elementos procedurais, dando azo a possibilidade da ocorrência de várias respostas, dependentes, quanto à sua aplicabilidade, da discricionariedade do magistrado. Assim, para Habermas, como insiste em alertar Lenio Streck, a resposta correta é a resposta assim entendida proceduralmente.⁷⁵² Isso porque Habermas propõe uma teoria comunicativa capaz de superar a linguagem da tradição, deslocando o problema da atribuição de sentido a uma situação ideal de fala, cuja função é a de servir de justificação prévia ao procedimento de adequação (um dos elementos centrais da tese habermasiana) entre faticidade e validade. Por isso alude que a teoria de Habermas visa quase que exclusivamente uma jurisdição em que se deve zelar unicamente pelos procedimentos democráticos, onde a democracia é obtida mediante o respeito irrestrito ao procedimento.⁷⁵³

Lenio Streck vai além, chegando ainda a referir que em razão disso a interpretação na tese habermasiana é algo necessário somente frente à falta de consenso, o que se daria nos casos difíceis, em que seria inaplicável o método da subsunção. É por essas e outras que a teoria habermasiana teria sacrificado o mundo prático, já que seus atos dependem de uma fundamentação anterior prévia, a própria norma, independente de sua aplicação no caso

⁷⁵⁰ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 285.

⁷⁵¹ Idem, ibidem, p. 286.

⁷⁵² Idem, ibidem, p. 287.

⁷⁵³ Idem, ibidem, pp. 39-56.

concreto, comprometendo a tese “da” resposta correta diante da obsessão pelo procedimento.⁷⁵⁴

Ao se visitar a obra de Habermas, principalmente na parte que se pode denominar de terceira fase habermasiana⁷⁵⁵, é possível concluir que realmente não há condições em se sustentar a tese da busca de respostas corretas (aplicada ao processo civil) através da teoria discursiva do direito. No livro **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, ainda que Habermas nele demonstre uma proposta adstrita à filosofia da linguagem, um rompante à metafísica clássica, o autor sustentará que a questão da interpretação encontra-se diretamente vinculada ao método procedimental, o que garantiria a própria legitimidade do ato interpretativo.⁷⁵⁶ A teoria da busca por respostas corretas aplicada ao processo civil guarda relação com a hermenêutica de cariz heideggeriano-gadameriano, uma vez que não há método para se chegar “a” resposta correta, mas sim a condição de ser-no-mundo em que se localiza e age o intérprete, o que pressupõe a pré-compreensão da Constituição e do plano fático que se apresenta à jurisdição-processual, até mesmo porque a compreensão, principalmente com Heidegger, é um “ver entorno”, e na fundamentação reside o “ter prévio”.

Não se trata de um processo de extração de sentido do fato (do caso concreto), mas um processo de significação do fato (que também é desvelamento, *aletheia*), que justamente por ser um fato é também uma categoria hermenêutica que pode se transfigurar no curso do tempo. Esse processo de significação (desvelamento) do fato não pode ocorrer em um isolamento de sentido, devendo ser direta e umbilicalmente relacionado ao sistema jurídico, principalmente o constitucional, que não é um elemento separado do intérprete, mas que faz parte (deve fazer) de seu existencial, sob pena dele renunciar ao Estado Democrático de Direito. Tudo isso, evidentemente, está relacionado a uma situação concreta e a sua inserção pelo intérprete. À sua facticidade e historicidade.

Dito de outro modo, os sentidos aos fatos levados ao conhecimento da jurisdição-processual são atribuídos a partir da facticidade em que está inserido o intérprete (o ser-aí), não

⁷⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁷⁵⁵ A primeira guarda relação a uma reflexão do ideário de vida boa, o que tem como condição de possibilidade algumas instituições de cunho humanista. A segunda com a teoria da ação comunicativa, momento em que Habermas indaga sobre o modo como os homens podem se alforriar da despolitização, participando da gestão (comunicativa) do poder. Para um maior aprofundamento, vide: SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006, pp. 23-25 e pp. 405-406.

⁷⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Op. cit., p. 181. Para complementar a relação entre interpretação e teoria habermasiana, vide: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Org. de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio e teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação**. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Op. cit.

a partir de conceitualizações ou rotulações. Uma significação que já é aplicação, e que assim não renuncia a singularidade. Ora, o fato levado ao plano do processo civil não é um dado objetivo, algo separado do intérprete, distante da circularidade hermenêutica.

O acesso ao fato e o processo de atribuição de sentido só se dá quando o intérprete nele mergulha (eis a hermenêutica do ser-aí, a compreensão do ser-no-mundo), o que gadamerianamente falando encontra lugar na antecipação de sentido (pré-compreensão) e na circularidade hermenêutica (inserção na situação hermenêutica). Justifica-se com isso a opção, na presente tese, pela guia teórica da fenomenologia hermenêutica. O objetivo foi preparar o terreno para agora compreender que o sentido do fato (atribuído pelo intérprete) depende diretamente do modo de ser do *Dasein*. Com essa categoria hermenêutica é que se torna possível falar numa teoria “da” resposta correta aplicada ao processo civil.

O que deve ficar claro é que em nenhum momento se deve confundir a necessidade, no plano do processo, do encontro de respostas corretas, com a clássica visão de processo enquanto instrumento desvelador de verdades eternas ou absolutas. Ainda que a relação entre processo, verdade e verossimilhança mereça um tratamento especial, o que será realizado no próximo e último item do presente capítulo, desde já é possível referir que hermeneuticamente (no cariz filosófico) só é possível falar em verdades no sentido ontológico, ligados à possibilidade de elaborar juízos legítimos, dependentes da pré-compreensão do intérprete.⁷⁵⁷

Dessa forma, é possível falar em resposta correta em processo enquanto resposta hermeneuticamente correta, que poderá ser verdadeira se por verdadeiro der-se a possibilidade do ser-aí (o intérprete da norma, o juiz) apropriar-se de pré-juízos autênticos no instante de sua aproximação com o plano fático e com a Constituição, considerando que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita as condições de temporalidade e compreensão, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo.

Essa resposta hermeneuticamente correta em processo encontra na presente tese a aproximação a um re-pensar da atividade cognitivo-processual judiciária sob o viés do perfil hermenêutico-filosófico. A condição de possibilidade está em afinar o processo civil com *locus* de sumarização processual e procedimental-material, democraticamente preparados ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos direitos sociais-fundamentais.

E mais: de um processo civil relacionado a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos que atuam

⁷⁵⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 305.

no processo, contrapondo-se ao modelo metafísico-objetificante presente no rito fase-a-fase ordinário em prol de uma nova concepção de jurisdição-processual difundida democrático-substancialista, aberta aos impulsos jurisprudenciais e aos clamores da sociedade para ultrapassar o formalismo processual e cumprir a Constituição, tendo-a como limite de atuação.

Uma abertura que a própria constitucionalização exige diante do resultado da história e da cultura. Um processo pluralista em que os segmentos da sociedade terão participação ativa na construção do ato jurisdicional, rompendo com o subjetivismo interpretativo para satisfazer valores democráticos, legitimando a própria atuação da magistratura. Enfim, um novo agir processual sumário que atenda liminarmente (mas democraticamente) as pretensões de direito material-constitucional, que compreenda o processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento e que pressuponha a necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase-a-fase do procedimento ordinário.

Além disso, que se sustente no rompante à hipostasiação da plenitude de defesa como corolário da posição de benevolência conferida ao demandado, principalmente por força da Igreja, em processo civil, o que teria contribuído para a universalização das ações condenatórias e que eleja como uma condição de possibilidade a re-elaboração do conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, num sentido diferente do estabelecido pelas filosofias liberais. Finalmente, que pense o processo civil sob a lente de uma filosofia *no* processo, afinal de contas, se interpretar é explicitar o compreendido, a decisão construída através de um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase, característica do procedimento ordinário-plenário, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

O caminho para se pensar o processo civil no interior de uma filosofia *no* processo, o que guarda relação, pelo que se viu, com o encontro de respostas corretas, tem como obstáculo principal a superação de uma concepção de processo enquanto instrumento liberal e dogmático. É incrível como ainda há uma forte e dominante tendência – cuja fonte talvez esteja em Hobbes, para quem o problema da justiça seria um problema do soberano, não do juiz – em se defender a univocidade de sentidos, de interpretações sobre dada matéria, o que atualmente recebe a força avassaladora de súmulas (manipuladoras) vinculantes, entendimentos jurisprudenciais dominantes, posicionamentos majoritários dos tribunais, etc.

Esse apego ao ideário liberal fez com que se perpetuasse no tempo do direito a

instituição de uma jurisdição-processual reduzida a um poder subordinado, cuja missão não deveria ser outra senão a de reproduzir com fidelidade a lei, dispensando o processo interpretativo. Essa é uma das causas que fizeram o processo civil se aproximar das ciências da demonstração, afastando-se das ciências da compreensão, já que ao juiz, em processo, não seria mais permitido interpretar os fatos.

Teria sido esse fenômeno superado no século XXI, principalmente após as inúmeras reformas processuais que se sucederam na legislação brasileira? Parece, evidentemente, que não. Tais reformas não foram capazes de estimular uma investigação que pudesse indicar-lhes as causas determinantes da inadequação dos instrumentos processuais de que se dispõe atualmente. O dogmatismo ainda é uma tendência para conceber as categorias processuais como se elas fossem eternas, dando azo à constituição de um direito processual eminentemente conceitual, desligado da realidade social, o que se mostra ineficaz diante da complexização e do pluralismo social.⁷⁵⁸

O referido tratamento conceitual também vem dificultando a aproximação do processo civil com a teoria “da” resposta correta em direito. Isso porque a tendência do processo civil (o que se vê tanto nas últimas reformas quanto no próprio anteprojeto do novo código de processo civil) é a de trabalhar com uniformidades que permitam a inserção do individual numa série de casos idênticos, de modo a tornar possível a construção de sistemas de fungibilização fática, eliminando as peculiaridades do caso concreto, sua riqueza, aquilo que o faz diferente.⁷⁵⁹

Se, como diz Alexis de Tocqueville, “não há revoluções que não devolvam antigas crenças, debilitem a autoridade e obscureçam as ideias comuns, já que toda revolução tem mais ou menos como efeito entregar os homens a si mesmos e abrir diante do espírito de cada um deles um espaço vazio e quase ilimitado”⁷⁶⁰, as questões aqui levantadas fazem com que a presente tese sustente, na aproximação do plano fático e no rompante com o processualismo liberal, pensar em formas de descentralização do poder jurisdicional, rumando à construção de um processo democrático⁷⁶¹, não um processo enquanto estrutura de poder, o que pressupõe uma verdadeira revolução no ambiente processual.

⁷⁵⁸ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., pp. 299-301.

⁷⁵⁹ Idem, ibidem, p. 303.

⁷⁶⁰ In: **A democracia na América**. Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000, p. 07.

⁷⁶¹ A interrogação democrática, como refere Marilena Chaui, é uma indagação em que todos estão implicados como sujeitos, o que justifica, de certo modo, a opção desta tese pelo respectivo tema. In: **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Ed. Cortez, 1997, p. 137.

E para a tese proposta, essa revolução, ocorrida no interior de uma filosofia *no* processo, condiz com que a construção da *sentença liminar* deva dar-se de forma compartilhada (democrática), não devendo ser fruto da atuação solipsista do magistrado. A democratização processual na presente tese deve ser encarada como um processo de interações, no *locus* hermenêutico, entre o magistrado e os demais interessados na demanda, incluindo-se aí a própria sociedade quando a questão discutida a ela remeter, o que exigirá seu envolvimento na construção da decisão, desvelando uma forma de descentralização do poder.

Uma descentralização que serve à democracia processual, pressupondo que o magistrado construa suas decisões a partir da efetivação do contraditório pelas partes e pela manifestação da sociedade no ambiente processual. Se na política o federalismo é a maior expressão de divisão do poder⁷⁶², no ambiente processual aqui proposto essa divisão vem umbilicalmente relacionada à própria legitimação da decisão, o que pressupõe a participação de todos os envolvidos na causa, fator dependente, como diria Alan Touraine, da criação de uma cultura nesse sentido.

É nessa direção que caminha a tese da *sentença liminar de mérito*, que compreende a jurisdição-processual como um agente pulverizador do poder, um órgão produtor de micropoderes, rompendo com a estrutura tripartite em processo civil. Essa perspectiva, pelo que se verá no segundo capítulo desta segunda parte da tese, é incompatível com qualquer sistema de conceitualização jurídica, de rotulações fáticas ou outros processos de fungibilização do plano fático em processo. E também com aquelas falaciosas modalidades de aproximação do Judiciário com a sociedade, em especial quando o Estado-Juiz deixa o foro para realizar suas sessões de julgamento frente à comunidade, sem deixar, contudo, que ela participe diretamente na construção da decisão, pensando assim estar legitimando suas convicções.

Nesse ambiente de democratização processual aquilo que se convencionou interpretação do fato, da lei, etc., deve passar a se denominar, parafraseando Castanheira Neves, de *realização do fato enquanto realização do próprio direito*, o que leva a participação direta das partes e da sociedade, principalmente quando o tema guarda relação aos direitos de ordem coletiva ou difusa sociais-fundamentais. Dessa forma o fato não é tratado simplesmente a partir do esquema da dedução ou subsunção, mas diante da manifestação de um ato judicativamente decisório mediado pela atividade normativo-

⁷⁶² Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 125.

democrática, de modo a cumprir em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, em especial o constitucional.⁷⁶³

A abstração do positivismo legalista em processo civil pode assim ceder a uma dimensão concreta do fenômeno da aplicação do direito, o que tem como condição de possibilidade, como já se teve a oportunidade de aprofundar, o processo de atribuição de sentido pela intérprete a partir de sua faticidade e de seu modo-de-ser-no-mundo.

A democratização do processo nos termos aqui trabalhados terá influência direta na tentativa de aproximar o processo civil à teoria da busca de respostas corretas em direito, seja porque com ela, fundada no modo prático (e democrático) de ser no mundo, constituir-se-á o existencial da pré-compreensão do intérprete, seja porque essa democratização abrangerá a questão da integridade (dworkiniana) do próprio direito, o compreendendo enquanto prática social argumentativa, rejeitando o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no através do procedimento. Ainda que já se tenha tido a oportunidade na presente tese de trabalhar com a teoria da integridade de Dworkin, especialmente quando se investigou os profundos laços constitutivos do Estado Democrático de Direito⁷⁶⁴, a aludida teoria é de fundamental importância para que se possa realizar a ligação entre a proposta de uma jurisdição-processual democrática enquanto condição de possibilidade para o encontro de respostas corretas em processo civil.

A teoria da integridade dworkiniana exige uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito e, por consequência, do processo, o que implica na construção da atividade processual a partir de uma releitura constitucional de seus institutos e da utilização dos princípios constitucionais, aos quais as decisões devem fazer referência, do mesmo modo em relação às decisões precedentes de dada matéria, o que representa um efetivo retorno (e respeito) ao caso prático no processo civil. Parte-se do pressuposto de que os juízes têm a obrigação de levar em conta o que outros juízes decidiram em casos semelhantes àquele submetido agora à jurisdição-processual, sem que para tanto se utilize da reprodução de decisões passadas, requerendo, ao contrário, que as decisões tomadas se conformem aos princípios que justificam a tradição (naquilo em que se demonstrar autêntica).

Assim o direito, segundo Castanheira Neves, polariza-se na atividade judicativa, numa prática interpretativa a compreendê-lo como um todo integrante e como instituição da própria

⁷⁶³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O atual problema metodológico da interpretação jurídica**. Op. cit., pp. 11-12.

⁷⁶⁴ É importante ressaltar, parafraseando, Denis Rosenfield, que o Estado Democrático de Direito não é somente o da administração do bem-estar social, mas o da intervenção possível de todos na cena pública, o que também é uma premissa que certamente deve fazer parte do agir da jurisdição-processual nessa modalidade estatal. In: **A questão da democracia**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984, p. 49.

comunidade, que deseja sua aplicação a partir de objetivos políticos-sociais em respeito aos direitos sociais-fundamentais estabelecidos pela Constituição.⁷⁶⁵ Com essa perspectiva, na qual a presente tese adicionou a questão da democratização do processo, a busca “da” resposta correta deve perpassar, obrigatoriamente: 1) por um estágio interpretativo em que se identifique num *continuum* de interpretação construtiva a manifestação do fato/direito enquanto interesse da comunidade a partir de sua projeção prática pelo intérprete; 2) pela utilização de critérios e fundamentos normativos constitucionais, numa prática jurídica consistente e coerente com a Constituição, levando-se em conta os aspectos individuais e singulares do plano fático de cada relação jurídica processual.

À guisa de conclusão desse item é possível aludir ao fato de que “a” resposta correta em processo civil é, pois, sendo dependente de um *continuum* interpretativo (que hermeneuticamente muito se confunde com ter consciência da história efetual), algo que exsurge da situação hermenêutica enquanto descrição de uma fenomenologia, onde se manifestou o fato em sua singularidade. O fato levado à jurisdição-processual, como já se referiu, é uma categoria hermenêutica que, por assim, demanda “a” resposta (constitucionalmente) correta. Não a partir de um processo subsuntivo ou dedutivo, mas levando-se em consideração a posição ocupada pelo intérprete no processo cognitivo do substrato fático que se lhe apresenta e da própria Constituição, que a ele se desvela como um desde-já-sempre. Além disso, com aquilo que já foi dito em relação a casos semelhantes (precedentes judiciais), cujo mérito deve no novo caso ser novamente normatizado pelo intérprete, já que não carrega seu próprio significado, ressuscitando na nova situação concreta.

É nesse ponto que a questão da verdade processual vai novamente assumir um lugar de destaque para a presente tese. Diante de uma filosofia *no* processo, a tese da *sentença liminar de mérito* tem a intenção de re-elaborar o conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, num sentido diferente do estabelecido pelas filosofias liberais, demonstrando a importância da singularidade de cada caso concreto para respeitar sua faticidade, que lhe é própria, única. Parte-se do pressuposto de que a decisão construída através de um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase, característica do procedimento ordinário-plenário, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

⁷⁶⁵ Idem, ibidem, pp. 348-353.

O que a doutrina processualística moderna desconsidera (e as teses procedimentalistas processuais também), porquanto arraigada ao paradigma da certeza jurídica, é que os juízos de aparência (como o são os de verossimilhança) também se sustentam numa *posição-visão-concepção* prévias, já que nestes juízos dá-se a formação de uma circularidade que impõe elaborar os sentidos a partir da coisa (fato/direito) mesma.

1.4 O re-desenhar da verossimilhança em processo civil a partir da singularidade (verdade hermenêutica) do caso concreto

Um dos objetivos da primeira parte da tese presente foi o de demonstrar como se constituiu o fenômeno que desde lá se optou por denominar de *sacralização da ordinaryness processual*. Trata-se, como se viu, da hipostasiação, no direito processual civil, do processo de conhecimento e seu indissociável procedimento ordinário-plenário-declaratório. Um fenômeno que guarda raízes de ordem histórica, filosófica e política. Esse comprometimento justificou a opção pela investigação do processo praticado na Roma antiga, principalmente a referente ao do período clássico e pós-clássico do direito romano, bem como das influências desse processo (e do próprio direito) séculos depois, notadamente com a filosofia do racionalismo e o surgimento do Estado da modernidade.

O problema central está em compreender que o direito processual civil, da forma como estudado pelos manuais de processo, ao invés de procurar elementos que desvelem esse comprometimento, o que o faria ao aproximar-se de uma nova realidade que se lhe apresenta, fixou-se obsessivamente pela compreensão do ser do procedimento ordinário como legitimador da atividade jurisdicional, não acompanhando a invasão da filosofia pela linguagem, bem como o surgimento dos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente. Vem assim continuamente correndo o risco de afastar-se da instituição do social, já que despreza o novo diante do contínuo arraigamento ao procedimento, a plenariedade (*ordinaryness*), o que levou também, pelos mesmos meios, a proscricção dos juízos de verossimilhança em processo.

Seu re-descobrimto, ao menos para a presente tese, é condição de possibilidade para a proposta ora lançada. Um retorno justificável pelo fato de que a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição) deve ceder à instituição de uma filosofia *no* processo, o que vem sendo desenvolvido nessa segunda parte da tese.

Agora é possível pautar: uma atitude interpretativa (hermenêutico-ontológica) que rompa com a força absoluta e objetificante (e com a supervalorização do procedimento) do *iter* processual a fim de vislumbrar em seu horizonte a necessária satisfação (efetivação) dos

direitos sociais-fundamentais, colocando sua compreensão, pelo intérprete, no seu modo-de-ser, na faticidade, e na participação da sociedade. Está-se a aludir a uma filosofia que justifique a existência do próprio processo, onde a linguagem seja compreendida como condição de possibilidade, rompendo com a visão ficcional de que o processo civil é instrumento (método) desvelador de verdades absolutas; um produto da correspondência entre a consciência do juiz e o objeto que está a investigar pelo método da demonstração, do deducionismo.

A proposta ora realizada leva em consideração que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita as condições de temporalidade e compreensão do intérprete, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz “ser-no-mundo”, autêntico e democrático, o que remonta à necessidade de profanar a sacralização do rito ordinário e re-elaborar o conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico. Isso num sentido diferente do estabelecido pelas filosofias liberais, demonstrando a importância da singularidade de cada caso concreto levado à jurisdição-processual.

A utilização da verossimilhança como vetor de acesso às coisas em processo remonta ao direito romano, notadamente ao período clássico, local onde a jurisdição-processual conheceu de formas sumárias antes da universalização do rito ordinário-declaratório (*ordo iudiciorum privatorum* romano), principalmente através da atuação dos pretores na concessão de interditos. Todavia, não foi esse o legado da jurisdição romana aos países de tradição civil, que recebeu, em contrário, por influência nítida do movimento liberal e de sua separação dos poderes, o fenômeno da ordinarização do procedimento.

Atualmente é possível dizer que são extremamente escassas as condições para se pensar a jurisdição-processual como o fez o modelo estatal liberal, comprometido com as filosofias iluministas do século XVII através de um modo de produção do conhecimento que objetivava certezas absolutas a partir de demonstrações lógicas na proteção unicamente aos direitos de liberdades de contratos e na propriedade individual.

O procedimento ordinário, da forma como está estruturado há décadas e séculos pelo sistema processual civil, não é capaz, em pleno século XXI, de atender à satisfação dos direitos sociais-fundamentais, principalmente em razão do fato de que o ritualismo afasta o intérprete do objeto processual (do fato/direito). Numa linguagem filosófica, distancia o sujeito da coisa, do objeto, retroalimentando a permanência do processo civil no paradigma instituído pela filosofia da subjetividade, já que a linguagem continua sendo ofuscada por súmulas, enunciados, reproduções e rotulações.

Diante disso, o que deve se levar em conta, de forma principalmente a romper com esse modelo e aproximar a jurisdição-processual da satisfação dos direitos sociais-fundamentais, é que a decisão construída através de um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba justamente por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase ordinária, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

Antes de penetrar no núcleo central da verossimilhança aplicada a processo, bem como investigar por que classicamente uma decisão verossímil não faz parte do conceito de “decisão de mérito”, esta última no segundo capítulo desta segunda parte da tese, é preciso lembrar que a obsessão do processualismo pelo encontro de verdades absolutas advém do comprometimento do processo com a filosofia racionalista, que pretendeu transformá-lo numa ciência em busca da certeza (verdade), sem qualquer comprometimento com a justiça do caso concreto.

Esse fenômeno afetou antes o direito do que o próprio processo, principalmente pela tentativa de geometrização daquele, local onde o exame do caso concreto deveria ser abandonado em razão da complexidade com que se revestia. Como se teve a oportunidade de alertar, essa é uma das principais influências dos filósofos do racionalismo ao direito e ao processo civil, que então sofisticaria o processo de conhecimento como o instrumento a recepcionar essa ideologia, caracterizada pela formação de uma ciência do processo preocupada com a clareza dos textos jurídicos, com uma cognição plena e exauriente (condição de possibilidade para o encontro da verdade), etc.

A relação entre processo e verdade guarda um íntimo e umbilical comprometimento com outra relação, esta entre a verdade e a própria filosofia, que a debate há séculos. Segundo Garcia-Roza, a pré-história da verdade pode ser encontrada ao se rastrear a noção de *aletheia* na Grécia arcaica. É, entretanto, com Parmênides, na passagem do século VI para o V a.C, que a *aletheia* será colocada como solo em que a verdade filosófica fará sua emergência.⁷⁶⁶ Isso, todavia, somente ocorrerá realmente com Heidegger no século XX.

Correntemente, diz Heidegger, *veritas est adaequatio rei et intellectus*, ou seja, verdade é a adequação da coisa com o conhecimento; ou do conhecimento com a coisa: *veritas est adaequatio rei ad intellectum*. A verdade nessas duas concepções, diz Heidegger, é concebida como conformidade (*omóiosis*) de uma enunciação (*lógos*) com o seu objeto (*pragma*). Esta fórmula decorre da fé cristã e da perspectiva teológica segundo as quais as

⁷⁶⁶ Cf. GARCIA-ROZA, Luis Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1990, pp. 11-12.

coisas, em sua essência e existência, são significadas na medida em que, como criaturas singulares, correspondem à ideia previamente concebida pelo *intellectus divinus*, pelo espírito de Deus.⁷⁶⁷

Ainda segundo Heidegger, principalmente com Kant é que a verdade passa a ser deslocada para a subjetividade do sujeito humano. Uma subjetividade posta à disposição do homem, razão pela qual quando se fala em verdade está-se em falar em liberdade.⁷⁶⁸ Essa relação entre verdade e liberdade (arbítrio) levou o filósofo a perseguir a essência do homem no interior de uma perspectiva que garantiria a experiência de um fundamento original oculto do *Dasein*, onde a essência da verdade enquanto liberdade se desdobra originariamente.

Heidegger dirá que a liberdade não é o simplesmente traçado pelo senso comum, onde a verdade designa o verdadeiro e o verdadeiro é o que se apresenta como real à evidência sensível; a liberdade é também e principalmente o abandono ao desvelamento do ente como tal, o que pressupõe o caráter de ser desvelado do ente através da linguagem. É nesse movimento que o ser-aí conserva o fundamento essencial, o que lhe permite existir, expor-se ao caráter desvelado do ente enquanto tal.⁷⁶⁹

O ser-aí existente, como deixar-ser do ente, libera o homem, segundo Heidegger, para sua liberdade, quer oferecendo à sua escolha alguma coisa possível (ente), quer impondo-lhe alguma coisa necessária (ente), o que justifica porque não é o arbítrio do homem que dispõe da liberdade, é dizer, da verdade. Esta, a verdade, para Heidegger, é o deixar-ser existente que desvela o ente. E será no pensamento do ser que a libertação do homem para a existência alcança sua palavra, heideggerianamente compreendida enquanto uma articulação protetora da verdade do ente em sua totalidade.⁷⁷⁰

A liberdade, assim, guarda relação a essa abertura para a coisa, a possibilidade de deixar ser do ente. Uma exposição ao ente na medida em que ele possui o caráter de desvelado. Segundo a hermenêutica de Heidegger a verdade não diz respeito a uma proposição que um sujeito enuncia sobre um objeto, mas sim a esse desvelamento (*aletheia*) do ente graças ao qual se realiza uma abertura, que funda o homem enquanto tal.⁷⁷¹

Já com Gadamer é possível pensar a questão da verdade na filosofia a partir de uma relação de tensão entre verdade e método. O propósito de Gadamer é o de demonstrar que a

⁷⁶⁷ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência da verdade**. Tradução de Ernildo Stein. In: Conferências e escritos filosóficos. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991, p. 124.

⁷⁶⁸ Ibidem, p. 127.

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 128.

⁷⁷⁰ Ibidem, pp. 129-134.

⁷⁷¹ Cf. GARCIA-ROZA, Luis Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. Op. cit., pp. 15-16.

verdade se desloca ao âmbito da situação do sujeito investigador.⁷⁷² Essas passagens de certo modo justificam porque para Lenio Streck a verdade na filosofia, principalmente com Heidegger e Gadamer, passa a ter um sentido prático, já que tem ligação ao modo prático de ser no mundo do intérprete. Logo, é possível falar em verdades a partir daquilo que Gadamer denominou de pré-juízos verdadeiros (legítimos) dos quais o intérprete se apropria a partir da tradição em que está inserido. No direito, essa tradição guarda relação com o modelo constitucional das sociedades contemporâneas, onde a autenticidade da interpretação (e a possibilidade de se alcançar verdades hermenêuticas) exsurta da possibilidade do intérprete se apropriar da Constituição, o que significa compreendê-la.⁷⁷³

Está-se a falar em verdades conteudísticas, assim entendidas pelo viés da fenomenologia hermenêutica, que tem no direito, como base, o texto constitucional. Em processo civil, o acesso ao fato/direito a partir do modo-de-ser do intérprete, da consciência da história efetual, da inserção em uma situação hermenêutica e, evidentemente, da pré-compreensão da Constituição. Nesse passo, quando se criticou o procedimento ordinário e sua obsessão pelo encontro de verdades eternas não significa que se esteve a renunciar a possibilidade de relacionar o processo à verdade (hermenêutica).

A finalidade era fornecer elementos para agora compreender que o processo civil trabalha não com verdades eternas ou absolutas decorrentes da univocidade de sentidos da lei ou da fungibilização (rotulação) fática, mas sim com verdades hermenêuticas sujeitas às condições de temporalidade e compreensão, o que pressupõe a posição ocupada pelo intérprete em sua liberdade (que não deve ser confundida com arbítrio ou decisionismo).

Daí que falar numa filosofia *no* processo significa falar que a verdade como produto da decisão somente se dá na consciência da história efetual, no interior da relação hermenêutica, não no procedimento pelo procedimento. Não é possível superar a teoria da prática, o procedimento do fato, já que para compreendê-lo o intérprete tem que primeiramente estar inserido naquele contexto, quando aquilo que está a si velado se desvelará.

Não se pode negar que há uma clivagem entre o homem e o mundo que faz com que se compreenda algo somente pelo discurso, pela linguagem.⁷⁷⁴ Assim é que ele chega aos objetos. Esse momento já é *applicatio*, ou seja, já é interpretação e compreensão. Já é, agora juridicamente falando, realização do direito. Evidentemente, o caso concreto, relegado pelo

⁷⁷² Cf. FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica**: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Op. cit., p. 102.

⁷⁷³ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., pp. 302-303.

⁷⁷⁴ Cf. STEIN, Ernildo. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Op. cit., p. 48.

positivismo jurídico na vã tentativa de uniformização dos sentidos, assumirá um lugar fulcral no que se pode denominar agora de alcance à verdade hermenêutica processual.

É o caso concreto, como já se pôde averiguar, a base do que vem sendo denominado de *sentença liminar de mérito*. Está-se a trabalhar com sumarização de demandas, incompatíveis com a obtenção de verdades absolutas como desejou (e deseja) o liberalismo processual, fulcrado no patamar de perfeição do procedimento ordinário-plenário-declaratório e no encontro de certezas, o que somente a ideologia presente no princípio da separação dos poderes poderia proporcionar, já que à jurisdição-processual caberia declarar o sentido (a verdade) pré-contido(a) na lei.

Um fenômeno que tem início com a influência cristã no direito romano tardio, onde é possível constatar como se deu o processo de universalização da *actio* e a proscrição dos juízos fundados em situações de aparência (verossimilhança). Tais juízos constrangeriam o homem (devedor), que mereceria proteção integral da Igreja em nome da fé e da moral cristãs. Posteriormente, com o trabalho dos glosadores, que se apropriou principalmente da estrutura do velho *ordo iudiciorum* e da *litis contestatio*, sedimentando doravante a ação condenatória e sua intrínseca ordinarização.

O nocaute para a supressão da verossimilhança em processo dar-se-ia com a sede racional-iluminista pelo método, que, na pretensão de descobrir um direito em fases (cindindo-se os processos de interpretação-compreensão-aplicação), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuiu decisivamente ao predomínio do valor segurança (certeza), que por sua vez é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de direito e, conseqüentemente, de processo civil.

Por isso já se disse que se a constituição do processo de conhecimento, da forma como estruturada nos dias de hoje, deita suas raízes no fenômeno da ordinarização procedimental, fruto do legado justinianeu na elaboração de uma atividade judiciária limitada à declaração de direitos e à supressão dos interditos, também o tem na construção do conceito moderno de Estado (e do próprio surgimento do constitucionalismo moderno) calcado nas filosofias do século XVII e no movimento positivista do século XIX. Estes, ao plenipotencializarem o ideal segurança, acabaram por apostar suas fichas numa jurisdição neutra, sem poder de *imperium*, onde o sentido da lei deve ser unívoco, cabendo ao juiz, dispensada a interpretação, declará-lo na sentença.

Tudo isso leva a crer que quando se pretende trabalhar com alguma forma de sumarização de demandas parte-se do pressuposto de que o juiz possa decidir com base num juízo de verossimilhança, numa verdade possível naquele instante processual, como leciona

Ovídio Baptista, o que vai de encontro a uma tradição processual civil que vê na magistratura a responsável pela declaração da vontade da lei (Chiovenda), já que a produção do direito incumbiria ao legislativo, cabendo à jurisdição-processual apenas declará-lo.⁷⁷⁵ Tal assertiva justifica porque Ovídio Baptista é incansável em afirmar que é preciso pensar hermeneuticamente o direito processual civil, já que o importante no processo de atribuição de sentido (e, para a presente tese, para o encontro “da” resposta correta) é a busca pelo significado do fato concreto levado à jurisdição-processual, o que torna real a possibilidade, no século XXI, de se trabalhar com sumarizações constituídas a partir de juízos de verossimilhança.

Tais juízos não atuam com simples descrições empíricas dos fatos, mas com o processo de atribuição de sentido, de significado aos fatos, o que pressupõe que o processo deixe de lado as introspecções para colocar-se diante da hermenêutica do ser-aí, da compreensão do ser-no-mundo. É nesse ambiente processual que a verossimilhança guarda uma relação de harmonia com as novas realidades sociais, que não podem permanecer reféns, na defesa de seus interesses, do mortificante procedimento ordinário, indiferente a problematidade do direito, afastando-se do caso concreto.

A decadência do procedimento ordinário, principalmente por gerar distanciamento, incompreensão, formalismo, burocratismo e lentidão, está condicionada a necessidade da sociedade pós-moderna em ter a sua disposição *locus* processuais democráticos e construídos sob os pilares da verossimilhança, incompatíveis, de um lado, com a figura do juiz de caráter jupiteriano (o juiz do modelo liberal, cuja característica principal é a neutralidade) e, de outro, com o juiz decisionista ou arbitrário.

A obsolescência do procedimento ordinário revela-se pelo fato desse procedimento não ter acompanhado o surgimento dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente, tornando-se uma ferramenta pouco democrática e pouco realizadora. Continua assim inserido num paradigma (liberal-racionalista-normativista-positivista) que afastou os fatos concretos do direito através da utilização de uma metodologia interpretativa objetificante que renunciou a história e as peculiaridades de cada caso, ignorando o próprio sentido da Constituição (que é um existencial, um *desde-já-sempre*) ao engendrar uma prática processual de massa, de produtividade a qualquer custo.

⁷⁷⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Verdade e significado**. Op. cit.

Quando se está a falar em sumarização de demandas (ponto fulcral da tese da *sentenza liminar de mérito*) também se está a falar em democratização e humanização do processo, o que pressupõe: 1) o compartilhamento de poderes; 2) o rompante com a estrutura tripartite em processo civil; 3) a simplificação de procedimentos; 4) aumento da eficiência procedimental; 5) o respeito à dignidade humana em processo; 6) a releitura do direito processual civil à sociedade do século XXI. Trata-se, noutros termos, de criar uma justiça com rosto humano, dando uma resposta ao problema da conformação do processo e da atividade judiciária com uma enorme e desumanizada maquinaria jurídico-processual, cuja maneira de ser e funcionar escapa a inteligência e compreensão do homem, enterrando sua confiança no aparato judicial.⁷⁷⁶

Nesse ambiente, a verdade alcançada é uma verdade hermeneuticamente possível, cujo significado dos fatos advém da probabilidade, não de certezas. Por que probabilidade? Uma das dificuldades da doutrina processual moderna em trabalhar com esses conceitos está na própria confusão da doutrina italiana de processo em relação ao termo verossimilhança. Esse é um equívoco conceitual, haja vista que o vocábulo alemão *wahrscheinlichkeit*, quando traduzido à doutrina italiana por Calamandrei no ensaio *Verità e verosimiglianza nel proceso civile*⁷⁷⁷, não considerou uma parte do vocábulo que guarda relação a expressão probabilidade, enfatizando unicamente o termo verossimilhança. A questão é que na doutrina alemã, local onde esses conceitos ocupam um lugar importantíssimo no plano processual, verossimilhança e probabilidade são conceitos diferentes.⁷⁷⁸

O problema é que a doutrina italiana, desde então, tem reconduzido ao mesmo dois significados distintos. O primeiro guarda relação específica com o termo verossimilhança, da forma como conhecido, o qual se refere a algo que tem a aparência de ser verdadeiro. O segundo equivale verossimilhança a probabilidade, advertindo que no processo a verossimilhança-probabilidade se usa como substituto da verdade. Para Taruffo, tais significados são distintos e não podem ser usados conjunta e alternativamente, como se não houvesse diferença entre eles. Sustenta o processualista italiano que quando se está a tratar de probabilidades em processo não se deve associá-las a algo próximo ou a representativo de algo a respeito da realidade, senão a existência de razões que sustentam que tal asserção é

⁷⁷⁶ Cf. SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. *Proceso, democracia y humanización*. In: **Oralidad y Descongestión: en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros**. Medellín: Ed. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., 2008, p. 151.

⁷⁷⁷ In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Ed. CEDAM, 1955.

⁷⁷⁸ Cf. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Ed. Trotta, 2005, pp. 183-184.

verdadeira naquela situação concreta.⁷⁷⁹ Eis a verdade processual a que se aludiu anteriormente.

Tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade processual ou à probabilidade de um fato em processo civil, o que tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto, também guarda relação ao modo como se dá sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade sobre a base dos elementos de prova disponíveis. Sobre os elementos de prova que se apresentam, recurso que não advém e nem pode advir da subjetividade do magistrado! Não se trata de uma hipótese plausível, sem relação ao instrumento probatório.

Disso se depreende que a proposta em sumarizar demandas não deve significar, às avessas, a possibilidade de deixar às mãos do julgador e sua consciência o trato dos elementos de prova que se apresentam em juízo, o que leva a crer que as decisões dali decorrentes carecem de uma fundamentação condizente ao plano fático que se apresenta e com o que a Constituição tem a dizer sobre ele.

Ademais, a determinação dos fatos em processo civil, quando se está a trabalhar com a sumarização de demandas, não tem a ver com a obtenção de certezas ou verdades absolutas, consistindo, em sentido contrário, na determinação do grau de fundamentação que se pode atribuir a hipótese de existência do fato a partir do modo como ele se mostra em processo, razão pela qual essa determinação constitui-se numa verdade provável. Essa não é a verdade do obsoleto procedimento ordinário, que em sentido contrário se sustenta, principalmente pela necessidade cartesiana da cognição exauriente, no incontestável.

Em última análise é possível então concluir que trabalhar com a verossimilhança em processo é sobrelevar o papel da linguagem. No seio da presente proposta de sumarização de demandas (núcleo central da tese da *sentença liminar de mérito*) a linguagem não é tratada como o fez a metafísica, sendo um produto de adequação do olhar ao objeto buscando desvendar a essência dos fatos no processo de correspondência entre o intelecto e a coisa visada, o que definitivamente parece ser a carapuça que envolve a ritualização fase-a-fase ordinária, principalmente na defesa e proteção dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente do segundo pós-guerra.

Na relação entre verossimilhança e processo, ao menos do modo pensado na presente tese, a linguagem serve como ponto de partida e reflexão, o que tem o poder de conferir uma compreensão fático-procedimental diferenciada em processo, rompendo com a força

⁷⁷⁹ Ibidem, p. 186.

objetificante do rito processual. Uma relação que está envolta a uma atitude não-dogmática, forjada na sangria do cotidiano processual e em sua capacidade em produzir respostas corretas ao direito, aos litigantes e à sociedade, principalmente no que tange a proteção dos direitos sociais-fundamentais.

A relação entre verossimilhança e linguagem é uma relação que ao aproximar o julgador do direito material levado à jurisdição-processual tem todas as condições de auxiliar no processo de compreensão do caso, na medida em que a linguagem aproxima juiz e partes, procedimento e fato concreto. Isso tudo porque quando se está a trabalhar com os temas linguagem e processo está a se trabalhar simultaneamente com o processo de atribuição de sentido pelo magistrado, não de extração, tratado este como um dos pressupostos de base do rito ordinário, dado o afastamento proporcionado entre o intérprete e o caso concreto, que acaba sendo rotulado.

Nesse local a linguagem, numa “linguagem” hermenêutica de cariz filosófico, é forma de acesso do homem ao mundo, as coisas, aos objetos, categorias cujos fatos pertencem. E ao invés de se tratar da ficcional obtenção de verdade eternas, importa jogar o processo civil no interior de uma filosofia em que a verossimilhança compreenda uma verdade processual entendida enquanto desvelamento, enquanto *aletheia*, que pelo que se viu principalmente com Heidegger é ontológica, pertencente ao desvelamento do ser do ente que interpreta, do ser-aí. Em processo civil isso pressupõe aproximação, pressupõe inserção do intérprete no seio da controvérsia, o que somente as sumarizações podem proporcionar, já que não trabalham com demonstrações (métodos), cujo exemplo privilegiado é o procedimento ordinário, que haverá de chegar atrasado diante da proteção/satisfação dos direitos sociais.

Finalmente, agora preparando terreno ao segundo e último capítulo do presente trabalho, impõe ressaltar que a tese da *sentença liminar de mérito* não tem o mínimo interesse em transformar os fatos em objetos de representação, em algo à disposição do intérprete. Para a referida tese sem linguagem não há compreensão, o que leva a dizer que sem inserção ou aproximação do intérprete com o próprio fato/direito levados à jurisdição-processual também não o há. É a linguagem, constituidora dessa inserção/aproximação do intérprete, quem determinará o objeto compreendido, o que faz da *sentença liminar de mérito* um *locus* processual adequado na satisfação dos direitos sociais-fundamentais, já que fulcrada num movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico a partir da faticidade e historicidade do intérprete (do julgador) e de sua relação com a Constituição.

2 Profanações a metodologia ordinário-plenária e as introspecções no direito processual civil: a (necessidade constitucional na) re-valorização do caso concreto pela *sentença* (democrática) *liminar de mérito* a partir do modelo jurisdicional *ser-no-mundo*

Assistindo ao julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, Hannah Arendt despertou interesse pelas atividades espirituais. No relato *Eichmann in Jerusalem*, escrito para a revista **The New Yorker**, em 1963, Arendt cunhou a expressão “banalidade do mal”, impulsionada pelo fato de que a superficialidade da personalidade de Eichmann tornava impossível retrair o mal incontestável de seus atos. Como ela mesma relembra, foram atos realmente monstruosos, mas praticados por um agente comum, banal, não demoníaco, sem que se encontrassem nele convicções ideológicas ou motivações contundentes. Claro, os atos praticados por Eichmann não eram desculpáveis, mas também não foram praticados por alguém dotado de uma invulgar capacidade de crueldade. Foram praticados por um mero funcionário da Alemanha nazista. Assim ela inicia a obra **A vida do Espírito**, aproveitando para questionar a posição ocupada pelo pensamento na dimensão significativa da experiência.⁷⁸⁰

O ocorrido em Jerusalém, principalmente com a postura de Eichmann, que só falava por clichês, por fases prontas, pré-planejadas, levou Arendt a questionar o que é o pensar. Será possível que o pensamento leva os homens a se absterem de fazer o mal? O que realmente significa pensar? Em Platão e Aristóteles, lembra a filósofa, o pensamento visa à contemplação e nele termina. Na Era Cristã, quando a filosofia tornou-se escrava da teologia, pensar passou a ser meditar: um estado abençoado da alma em que o espírito não mais se esforça para conhecer a verdade, mas para antecipar um estado futuro. Já na modernidade, principalmente com Descartes, o pensamento tornou-se servo da ciência, do conhecimento organizado, do método. Isso justifica porque a matemática passou a ser a ciência das ciências, e porque o método cartesiano pressupõe um acordo entre as leis da natureza e as leis da matemática; entre as leis do pensamento discursivo e as leis do que quer que se encontre na natureza por trás da semblância.⁷⁸¹

O pensamento moderno justifica, portanto, segundo Arendt, uma real situação de irreflexão presente no caso Eichmann. De ausência de pensamento. Essa situação pode ser tomada por empréstimo para compreender o estado da arte em que o processo civil atual está inserido. Na condição de descendente legítimo da modernidade, isso se deve principalmente a permanência do processo civil na filosofia da consciência e ao sobrelevar do rito ordinário-plenário como o metodologicamente apto a fornecer verdades absolutas e eternas no âmbito processual civil. Talvez seja por isso que *pensar* (autenticamente) o processo em pleno século

⁷⁸⁰ Cf. ARENDT, Hannah. **A vida do espírito**: o pensar, o querer, o julgar. Tradução de Antônio Abranches, Cezar Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro, Ed. Relume Dumará, 1993, pp. 05-06.

⁷⁸¹ Idem, *ibidem*, pp. 07-08.

XXI passou a ser coisa rara, o que em muito se deve ao fato de que atualmente, mais do que nunca, está-se frente a uma jurisdição-processual que se preocupa com o julgamento de processos em massa, em mutirões, em quantidade.

Essas evoluções adviriam do pensar, a preocupação de Arendt? Parece, definitivamente, que não. Isso porque pensar, segundo a filósofa, é um eterno caminhar, uma busca sem regras pré-determinadas. Uma busca por significados, não por verdades.⁷⁸² Como se pôde constatar no transcorrer da presente tese, o caminho percorrido pelo direito processual civil é o inverso desse. Sua obsessão é a obsessão pela verdade eterna, que acabou se sofisticando, em pleno século XXI – o que representa um paradoxo diante da própria sistematicidade do rito ordinário-plenário –, para a questão da quantidade de processos julgados. Pergunte-se a qualquer juiz de direito que atua no Brasil se ele não é mensalmente pressionado a cumprir metas, números, etc. São esses realmente os elementos importantes, o que faz com que se deixe de lado a qualidade das decisões.

Afinal de contas, o que mais pode importunar institucionalmente a carreira de um magistrado no Brasil atualmente: a (pouca) quantidade de sentenças proferidas mensalmente ou a má qualidade das mesmas? Não há dúvidas de que se trata do número de sentenças proferidas, audiências realizadas, dentre outras metas obrigatórias daquela instituição. O próprio sistema jurídico positivado, de certa forma, levou a esse caminho, especialmente quando disciplinou a obrigatoriedade na celeridade do processo, que hoje deve ter um tempo de duração razoável, princípio instituído pela Emenda Constitucional n.º 45, no ano de 2004.

É mais do que evidente que a presente tese compartilha dessa preocupação, até mesmo porque vem trabalhando com a sumarização de demandas.⁷⁸³ Entretanto, não parte dos mesmos pressupostos que fundamentam a maioria das reformas processuais ocorridas principalmente desde o ano de 1994, estendendo-se até ao ano presente com a expectativa de lançamento do novo código de processo civil. Quanto a este, já se teve a oportunidade de enfrentar alguns de seus principais institutos, ainda relacionados a perspectiva liberal-individualista de processo, alimentando por vezes a atuação solipsista do magistrado na clássica função em descobrir a verdade, ou a vontade única da lei, por vezes a prática da

⁷⁸² Idem, *ibidem*, pp. 17-20.

⁷⁸³ Sobre a dicotomia tempo e processo, lembra Cruz e Tucci, parafraseando Raymond Bordeaux, que o problema da excessiva duração do processo remonta a própria história do direito processual civil. Desde o direito romano do período pós-clássico vem o processo testemunhando os efeitos desfavoráveis que a demora no término das demandas acarreta para a justiça. Isso justifica, para o autor, partindo então do pressuposto de que o tempo é um implacável inimigo do processo, que o juiz da época atual não deve fomentar a inércia; ao contrário, deve conduzir o processo com a presteza necessária, sem permitir manobras procrastinatórias. In: **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo a fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 16 e p. 119.

reprodução, da rotulação, da fungibilização do fato processual. Situações, utilizando-se do legado de Arendt, de irreflexão.

As reformas processuais ocorridas desde o ano de 1994, em sua grande maioria, também acabam inseridas nesse contexto. Aliás, sobre o contexto da subjetividade, da univocidade de sentidos e da fungibilização fática, marcas fulcrais que delineiam o procedimento ordinário, é importante referir que o mesmo guarda relação a uma questão que é paradigmática no processo civil da modernidade: a relevância dada ao preenchimento das condições de validade de tramitação de cada rito processual, ponto fundamental (leia-se também ficcional) para o afastamento das instabilidades e incertezas da sociedade moderna.

O que a processualística civil teima em aceitar é que o que se pode denominar de sociedade pós-moderna, muito em razão do processo de globalização, acabou sufragando qualquer espaço processual em que não se trabalhe com incertezas, indeterminações ou instabilidades. Isso faz parte do cotidiano processual. É inafastável do âmbito do processo. Um fenômeno que deve ser enfrentado, ao invés de ser tratado como um problema carente de soluções mirabolantes. Todavia, assim tem ocorrido no sistema processual civil. Por acaso, não é essa a pretensão das súmulas vinculantes (2004), das súmulas impeditivas de recurso (2006), dos julgamentos liminares de improcedência (2006) e do incidente de admissão recursos especiais repetitivos (2008)?

O fato é que quando se está a tratar de incertezas se está a tratar da própria sociedade no século XXI. Como ensina Bauman, a solidez da modernidade deu lugar a iliquidez, ou seja, a uma condição em que as organizações sociais não podem mais manter sua forma por muito tempo, pois se decompõem facilmente diante do processo de complexização social. O próprio divórcio entre poder e política é uma prova disso, já que o poder, antes concentrado nas mãos dos Estados-Nação, agora se afasta na direção do espaço global, politicamente descontrolado e talvez incontrolável. Além disso, a incerteza da sociedade atual vem caracterizada pelo solapamento da solidariedade social, local em que a comunidade está cada vez mais destituída de substância e onde impera a divisão em vez da unidade.⁷⁸⁴

Tudo isso é simplesmente jogado à solução da jurisdição-processual e de uma magistratura classicamente comprometida com os ideais compostos por uma segurança liberal e por um suposto poder advindo da consciência do magistrado. É evidente que se antes o processo civil já não possuía, agora é que realmente não tem condições de dar conta dessa multiplicidade de situações adversas. O mais impressionante é que esses novos anseios, essas

⁷⁸⁴ Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2007, pp. 07-10.

novas situações sociais, esses novos direitos que se está a tratar desde o início da presente tese, ainda continuam a trabalhar com a *repressão do ontem* através do rito ordinário-plenário-declaratório. Daí a importância em reforçar a tese já lançada por Silva e Xavier: em processo civil tudo é instantâneo; não existe separação entre presente, passado e futuro. O tempo é imediato, o que prescinde de decisões rápidas sim, mas sobretudo de decisões coerentes e íntegras.⁷⁸⁵

O processo civil do século XXI não pode mais continuar a tutelar o meio ambiente, a bioética, o biodireito, a bioengenharia, o consumidor, dentre outros direitos tão importantes atualmente, através de um procedimento moroso, de longa duração, como o é o rito ordinário-plenário.⁷⁸⁶ Esse processo de liquidificação social em que a sociedade está aberta, está impotente, exposta aos golpes do destino, e em que é impossível decidir seu curso com algum grau de certeza, necessita de um processo civil consciente dessa situação. Definitivamente, não tem o procedimento ordinário, da forma como estruturado desde o velho *ordo iudiciorum privatorum* romano, como lidar com essa nova realidade.

Desde lá o que se percebe é a tentativa de transformação da realidade em objeto de representação, em algo à disposição do intérprete. E isso vem ocorrendo principalmente com o distanciamento entre o intérprete e o fato concreto, fenômeno derivado diretamente do ritualismo fase-a-fase e da plenariedade. Uma proposta que com a modernidade se tornou condizente ao conceito clássico de jurisdição, tradicionalmente vinculado à declaração, pelo juiz, da vontade concreta da lei em processo civil.

O procedimento ordinário-plenário está desajustado no atendimento à sociedade contemporânea. De fato, o próprio processo de conhecimento está, já que todo o processo de conhecimento é por índole e vocação um procedimento ordinário.⁷⁸⁷ Sua principal característica é a finalização pela sentença. Um contexto em que inexistem sentenças liminares, o que demonstra a forma como a verossimilhança vem sendo trabalhada no âmbito do processo, e em que julgar ou decidir é sinônimo de julgamento definitivo, idôneo à produção da coisa julgada. Um procedimento em que “ainda que o magistrado se convença, logo nas fases iniciais do litígio, que o autor tem a seu favor uma elevadíssima probabilidade

⁷⁸⁵ Cf. SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. **Reforma do processo civil**: leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006 e 11.280, de 16.02.2006. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2006, pp. 17-19.

⁷⁸⁶ Por isso Cruz e Tucci refere que o procedimento ordinário, como técnica universal de solução de litígios, deve ser substituído, na medida do possível, por outras estruturas procedimentais, mas condizentes com a espécie de direito material a ser tutelado. In: **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo a fenomenologia processual (civil e penal). Op. cit., p. 120.

⁷⁸⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo de Conhecimento e procedimentos especiais**. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 96.

de vencer a demanda, terá ele o dever de manter-se ‘neutro’, fingir que disso não sabe, para privilegiar o demandado, em favor do qual as expectativas de vitória sejam escassas ou nulas’.⁷⁸⁸

O processo civil de que faz exigência o Estado Democrático de Direito, por nítida e inequívoca pressão gerada pelo processo de complexização social, remete à superação do império da razão, o que o levou à crença de ser ciência, imune às próprias transformações da sociedade. Também ao primado atribuído ao indivíduo, suprimindo o planejamento coletivo. O processo civil do século XXI carece de um *pensar* a partir do novo modelo de organização social que se apresenta. Um modelo em que a sociedade assiste a revoluções tecnológicas (expansão das tecnologias, das biotecnologias), a mutações do sistema produtivo (adaptação das formas de trabalho) e das próprias relações sociais, que nas sociedades dominadas pela urgência e pela mudança tendem a ser vividas sob o modo da instantaneidade.⁷⁸⁹

Não é mais possível tutelar os interesses sociais da forma extremamente complexa como se apresentam através de um procedimento que além de renunciar o novo, a mudança, continua a insistir na certeza, na renúncia ao processo interpretativo. A título exemplificativo, é notável como a figura da antecipação de tutela foi recebida pelo sistema processual, ainda no ano de 1994. Um instituto que definitivamente tinha muito a contribuir tanto ao direito quanto à própria sociedade, mas que vem sofrendo sérias dificuldades de compreensão (aplicação) diante da visível ausência de convivência com os princípios que formam o sistema processual civil de que se dispõe atualmente.

Em 1994 o sistema processual abriu-se para uma forma de tutela que poderia romper com a ordinariedade frente a um sistema processual de natureza executiva, de índole interdital. Porém, justamente em razão do fato de servir ao atual paradigma de processo, continua a ser tratada como uma medida essencialmente cautelar e, portanto, provisória. Dependente de um ato final que lhe confirme. Assim é que ela conseguiu não fazer parte da lide, que se conservou ordinária, mantendo os conteúdos executivo e mandamental fora do verdadeiro ato jurisdicional, qual seja, a sentença declaratória.⁷⁹⁰

A antecipação (dos efeitos)⁷⁹¹ da tutela não consegue atingir uma plenitude aplicativa justamente pelo fato de que o processo de conhecimento a que serve ainda é fortemente

⁷⁸⁸ Idem, ibidem, p. 97.

⁷⁸⁹ Cf. CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Op. cit., pp. 16-17.

⁷⁹⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 153.

⁷⁹¹ Em regra antecipam-se somente os efeitos da tutela, e não a própria tutela, uma vez que essa é classicamente destinada a sentença. Isso justifica porque para Zavascki os efeitos da tutela são os potencialmente decorrentes do conteúdo da sentença de mérito. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: **Revista da Ajuris**, n.º 64. Porto Alegre, 1995, p. 409.

influenciado por pressupostos racionais-iluministas que reduziram a atuação da jurisdição-processual à missão de descoberta da verdade (vontade) da lei, processo em que se dispensa a interpretação. É justamente em razão disso que no primeiro capítulo desta segunda parte da presente tese insistiu-se, em prol da satisfação dos direitos sociais-fundamentais e dos interesses de uma sociedade que se modifica cotidianamente, pela necessidade de pensar o processo civil à luz de uma filosofia *no* processo, principalmente a partir da filosofia de Heidegger e Gadamer, sobrelevando, no processo compreensivo-interpretativo processual, a posição de ser-no-mundo ocupada pelo intérprete.

Lá o objetivo foi o de tentar fazer entender, ao contrário do que dissera Hobbes, que a questão da justiça não é somente um problema do legislador, mas também do juiz, cuja missão não é simplesmente a de aplicar a lei sem qualquer avaliação sobre o sistema jurídico, mas principalmente a de compreender a lei, os fatos, enfim, o direito. E isso, pelo que se viu, já é aplicação do direito.

O sonho racionalista de que a lei teria sentido único e que o processo interpretativo é inconciliável na prática processual, o que sustenta o moderno conceito de jurisdição desde Chiovenda e sua tese da declaração da vontade (única) da lei, certamente vem contribuindo para embaraçar a utilização das decisões antecipatórias, haja vista que o juiz, classicamente, só está autorizado a julgar o mérito da ação na sentença final. Essa é a causa que justifica porque as medidas antecipatórias são concebidas pelo sistema processual como medidas do processo, nunca do mérito da causa, esse exclusivo da sentença.

É absolutamente metafísico o motivo pelo qual se nega que uma decisão antecipatória seja uma questão sobre o mérito da causa. Como se o juiz, ao inserir-se naquele contexto de urgência ou de aparência, naquela situação hermenêutica, ainda não julgasse, ou não interpretasse tal fato ou tal lei, medidas exclusivas que a jurisdição moderna reservou para o ato de sentença final. É como se as decisões liminares não fizessem parte do mérito da causa! Por consequência disso, a própria antecipação (dos efeitos) da tutela, já que considerada uma decisão sobre o processo, acaba recebendo a sistemática recursal dessas decisões, submetendo-se, pelo que sabe, ao sistema recursal dos agravos e do emaranhado processual pelos mesmos criado, inclusive com a solipsista participação do relator no trato desses recursos, inferiorizando a jurisdição de primeiro grau, outra herança iluminista.

Ovídio Baptista, ao analisar o tema, leciona que as medidas liminares e todas as formas de antecipação de tutela que se apresentam no sistema processual brasileiro conflitam em um ponto essencial com os princípios que norteiam o conceito moderno de jurisdição, na medida em que de certa forma recuperam algo que foi banido pela tentativa de geometrização

do direito, pela utilização do método enquanto condição de possibilidade ao alcance de verdades absolutas, principalmente por força da filosofia racionalista. Isso leva à recuperação da atividade compreensiva no âmbito do direito processual civil.⁷⁹² Pelo que se viu até agora na presente tese, a posição que o intérprete ocupa na situação processual, principalmente no que diz respeito à sua historicidade, ao processo de fusão de horizontes em que age e habita e o horizonte do próprio caso concreto submetido à jurisdição-processual.

A questão está em que tudo isso é explicável pela existência de um vínculo praticamente indissociável que fundamenta o processo civil de que se dispõe atualmente, fulcrado na relação entre racionalismo e ordinariedade, o que foi brilhantemente diagnosticado por Ovídio Baptista. Um vínculo que pode ser observado sob várias perspectivas. O principal relaciona-se ao procedimento e sua estrutura, que impõe que o juiz somente possa julgar a lide ao final da relação processual, depois de amplo e extenso debate probatório, o que daria ao juiz a desejada segurança a julgar, própria dos juízos de certeza.⁷⁹³

Ainda que “segurança” e “certeza” sejam expressões da modernidade, a relação entre julgamento final e mérito, ou entre sentença e mérito, remonta ao procedimento da *actio romana*, como se teve a oportunidade de verificar na primeira parte da tese. Lá o *iudex* só poderia julgar o mérito da causa ao final da relação processual, enquanto que o *praetor*, ao expedir os mandados interditais, através dos quais determinava que se executasse algo ou que a parte demandada abstinhasse-se de praticar algum ato, o realizava com base exclusivamente num juízo de aparência, de verossimilhança, calcado em cognição sumária, auxiliando a que o demandante satisfizesse seu interesse com maior efetividade.⁷⁹⁴

Esses atos processuais de cognição sumária, como já se teve a oportunidade de aludir na primeira parte da tese, por terem sido considerados atos volitivos do pretor, não foram considerados, principalmente no período pós-clássico romano, estendendo-se pela modernidade, como atos jurisdicionais. Após a sedimentação da modernidade, com os novos rumos tomados pela filosofia e diante da permanência do processo civil na filosofia da consciência, hoje é possível substituir a expressão “volitivo” por “interpretativo”.

Era isso (a interpretação) que se proibia. É isso que, diante do conceito moderno de jurisdição, continua-se a se proibir. Algo justificável pela não convivência entre decisão interlocutória, como o é a antecipação da tutela e todas as outras medidas antecipatórias, e

⁷⁹² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise. In: **Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 253.

⁷⁹³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 143.

⁷⁹⁴ Cf. SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Op. cit., pp. 312-315.

decisão de mérito. Já é possível notar que essa é uma questão fundamental presente na constituição do conceito de jurisdição, o que a presente tese pretende rever. Por isso vem sendo denominada de *sentença liminar de mérito*, o que prescinde, obviamente, de vários outros elementos, em especial um desenvolvimento diante de uma filosofia *no* processo.

O vínculo entre racionalismo e ordinariedade pressupõe que as decisões que não sejam acobertadas pelo manto da sentença final, aquela oriunda do silogismo entre premissa maior e menor, sejam decisões puramente processuais. Logo, não podem alcançar o direito material. Um raciocínio compreensível na medida em que a jurisdição-processual moderna foi construída pela ficcionalização de que ao juiz incumbiria o encontro, em processo civil, da verdade (ou vontade) da lei, o que logicamente pressupunha ocorrer quando da declaração do direito após ampla produção probatória da causa.

Essa constatação justifica porque a processualismo clássico pensa que o conteúdo do ato jurisdicional seja formado apenas com a declaração sobre a existência ou inexistência de uma relação jurídica de direito material.⁷⁹⁵ Em que lugar ficaria sua satisfação, algo em processo relacionado à execução e aos demais efeitos da decisão? Eles estão fora do conteúdo da sentença, são efeitos externos, qualidades *posterius* ao ato sentencial como dissera Buzaid, o que justifica porque os efeitos fáticos (os que se manifestam no mundo da vida) não são os efeitos jurídicos da decisão, coisa metafísica classicamente defendida pelo processualismo moderno.⁷⁹⁶

Diante, portanto, do fato de que não é uma preocupação de grande parte da doutrina investigar as raízes históricas, filosóficas e políticas da jurisdição-processual civil nos países da tradição ocidental, fica claro entender o distanciamento da formação dogmática em processo, prática comum adstrita a utilização de manuais de processo, com a dimensão hermenêutica proposta na tese presente. Uma distância expressada de um lado pela fixação da metodologia de conhecimento ordinário-plenária no encontro, pelo juiz, da verdade da lei ou do fato que se apresenta à jurisdição-processual, e, de outro, por uma forma de compreensão em processo que leve em conta a participação do intérprete no processo de construção dos atos jurisdicionais a partir de sua condição de ser-no-mundo.

Uma construção que leva então em conta a posição ocupada pelo intérprete no processo de atribuição de sentido em cada relação jurídico-processual e em cada decisão tomada, postura que evidentemente vai de encontro ao normativismo jurídico e a fixação positivista de que as respostas em direito (e em processo) são encontradas a partir de

⁷⁹⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 144.

⁷⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 145.

processos subsuntivos ou dedutivos de compreensão, alienados da tradição autêntica do direito, oriundos da subjetividade de quem interpreta.

O que deve ficar claro é que profanar o procedimento ordinário não é o mesmo que propor o seu fim, mas compreender que diante principalmente dos novos direitos oriundos do movimento neoconstitucionalista compromissário e dirigente e de uma nova sociedade que se apresenta no século XXI, o mesmo encontra-se obsoleto. É em razão disso que a presente tese se estrutura em pensar, a luz de uma filosofia *no* processo, em novos *locus* de sumarização processual e procedimental-material capazes de enfrentar uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos direitos sociais-fundamentais.

Em novos *locus* processuais relacionados a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças através de um poder compartilhado por todos os sujeitos do processo, numa funcionalidade compatível às exigências constitucionais, tanto no que se refere a seu conteúdo substancial quanto ao que toca ao respeito às garantias processuais constitucionais.⁷⁹⁷

Esses ambientes de sumarização não têm como condição de possibilidade o encontro de verdades absolutas, mas a partir de situações que retratam verdades possíveis, verdades hermenêuticas naquele momento processual, têm em seu substrato um rompante a clássica concepção de jurisdição moderna, tornando possível então que decisões liminares sejam decisões sobre o mérito da causa, sobre o direito material-constitucional levado à apreciação da jurisdição-processual.

Nesse contexto a expressão “liminar” deve ser re-pensada à luz também de uma filosofia *no* processo, o que será realizado no decurso do presente capítulo. Após isso, e após enfrentar os principais rompantes ao rito ordinário-plenário-declaratório, é possível propor um novo modelo de jurisdição-processual que se mostre eficiente ao enfrentamento desses dilemas. Uma jurisdição-processual em que não se parte da simples descrição empírica dos fatos, mas que trabalha com uma hermenêutica crítica na aplicação (compreensão) do direito. Nesses casos o mortificante rito ordinário deve ceder a *locus* processuais sumarizados e democraticamente aptos à compreensão do fato concreto, ultrapassando o burocratismo da estrutura tripartite em processo civil em prol da simplificação dos procedimentos e do aumento da eficácia das decisões judiciais, tudo isso para fazer valer a Constituição.

⁷⁹⁷ A proposta pela simbiose entre as técnicas de tutela substancial e a asseguaração das garantias processuais ditas pelo texto constitucional tem como um de seus principais precursores Andrea Proto Pisani, que em contraposição ao procedimento ordinário sustenta a reunião de vários procedimentos a partir do demandado pelo direito material posto em litígio. In: **Appunti sulla tutela di condana**. Op. cit., p. 212.

2.1. Os aparentes rompantes modernos a sagrada ordinaryiedade processual: o rito ordinário-declaratório-plenário em xeque?

O procedimento ordinário, pelo que se pôde constatar nas linhas acima, foi sedimentado sob os pilares do liberalismo-racionalista para proporcionar ao magistrado a possibilidade de um julgamento seguro, o que tem como condição de possibilidade, fato que acabou condicionando praticamente todo o processo de conhecimento, a mais exaustiva instrução probatória que a causa pode oferecer. É fácil perceber, com isso, principalmente a partir das raízes do procedimento ordinário, que o mesmo nunca exerceu maiores preocupações em relação a proteção das situações de aparência, fulcradas sob outros pilares, estes da verossimilhança. Um procedimento que com isso acabou dando prevalência ao aspecto formal da sentença, pecando sob o ponto de vista da efetividade.

Essa concepção em muito se relaciona ao ranço racionalista de que as decisões anteriores à sentença seriam perigosas, já que contariam com um altíssimo grau de risco. Aí está uma das justificativas pelas quais o código de procedimento vigente cindiu o processo de conhecimento e sua inclinação à ordinaryiedade dos processos de execução e cautelar. Não é necessário ser um *expert* em direito processual civil para compreender, por esta estrutura, que o processo de conhecimento foi pensado a partir de um afastamento a todas as formas de tutela executiva, que para cumprirem com seu desiderato satisfativo receberam um livro próprio no código de 1973. O mesmo se pode dizer ao processo cautelar, que classicamente é concebido como o *tertium genus* do sistema processual civil, fato denunciado pelo próprio Calamandrei.⁷⁹⁸

Como ressalta Ovídio Baptista, o conceito de sentença, como ato final que encerra o procedimento, contribuiu decisivamente ao trato do processo cautelar como *tertium genus*. Um ato em que os verbos decidir e declarar acabaram sendo tratados como sinônimos, ou no mínimo como conceitos equivalentes, fazendo com que a sentença no processo de conhecimento fosse reduzida ao aspecto declaratório, separando *conteúdo* e *efeitos* da decisão⁷⁹⁹, realizando, como diria Carnelutti, a justa composição da lide.⁸⁰⁰ Classicamente, portanto, como consagração à ordinaryiedade e ao silogismo da sentença, todas as decisões tomadas no curso do processo, sejam antecipatórias ou protetivas, não poderiam conter

⁷⁹⁸ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Op. cit., p. 114.

⁷⁹⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. II: processo cautelar (tutelas de urgência). 4.^a edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007, p. 12.

⁸⁰⁰ Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de derecho procesal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. EJE, 1952, p. 67.

eficácia declaratória, até mesmo porque no processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário seriam inacumuláveis as atividades de execução e cognição em simultaneidade.⁸⁰¹

A doutrina processual, partindo desses pressupostos, tradicionalmente negou a possibilidade de um juiz proferir sentenças liminares. Essa é uma categoria ignorada pelo processualismo moderno, principalmente o italiano, para quem a eficácia declaratória jamais poderia ser outorgada pelo juiz sob a forma de tutela provisória.⁸⁰² Um fenômeno que decorre do comprometimento do processo de conhecimento com a ideologia do procedimento ordinário, gerando a supressão de formas processuais que impliquem em sumarizar demandas.

Uma das provas disso é a forma como o sistema processual classicamente define as decisões interlocutórias, que desde as Ordenações Filipinas são tratadas como “qualquer sentença ou mandado que o juiz dá ou manda em algum feito antes que dê sentença definitiva”.⁸⁰³ Logo, desde o direito medieval a sentença é tratada como o ato jurisdicional que decide a questão principal, enquanto que as decisões interlocutórias não decidem o principal, mas apenas questões incidentes⁸⁰⁴, ou seja, questões não relativas ao mérito da causa. Para Martins, o próprio código de procedimento de 1939 retomou o conceito romano de sentença como ato que define a lide⁸⁰⁵, o que acabou referendado pelo código vigente de 1973. Legou o procedimento ordinário, portanto, que as sentenças liminares nunca poderiam dizer o direito, o que ficou reservado exclusivamente à sentença definitiva do mérito da causa.

A compreensão das decisões interlocutórias a partir dessa perspectiva fez com que o procedimento ordinário, mesmo que desafiado num primeiro momento pelo processo cautelar e num segundo pelas medidas antecipatórias de tutela, jamais perdesse sua majestade. Isso se deve principalmente ao fato de que tanto as medidas cautelares, sejam ou não de ordem satisfativa (nesse caso, como se verá, seriam falsas cautelares), quanto à antecipação da tutela, foram recebidas pelo sistema processual civil como decisões interlocutórias, em homenagem justamente a *ordinariedade*.⁸⁰⁶ São elas exemplos clássicos de tutelas provisórias, que a seu

⁸⁰¹ O próprio Liebman em uma de suas obras chega a referir que “é natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos, construídos sobre princípios e normas diferentes, para a obtenção de finalidades muito diversas”. Cf. LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de execução**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1968, p. 38.

⁸⁰² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. II: processo cautelar (tutelas de urgência). Op. cit., p. 13.

⁸⁰³ **Ordenações Filipinas**. Livro III, título LXV. Na internet: www.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm. Acesso em 11.10.2010.

⁸⁰⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Op. cit., p. 06.

⁸⁰⁵ Cf. MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 3. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1942, pp. 275-276.

⁸⁰⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. II: processo cautelar (tutelas de urgência). Op. cit., p. 13.

turno servem exclusivamente a defesa do processo, não do mérito, não do fato/direito levados ao conhecimento da jurisdição-processual.

Desse modo, o objetivo do presente capítulo, de forma preparatória ao enfrentamento da questão central da tese que se apresenta, é verificar as principais tentativas de rompante ao procedimento ordinário na modernidade. Já se teve a oportunidade, na primeira parte da tese, de analisar o procedimento dos interditos romanos no período *per formulas* daquele processo, etapa histórico-processual em que se ultrapassou o ritualismo característico do período arcaico e suas *legis actiones*. Evidentemente, ao tempo dos interditos ainda não era possível falar em ordinaryness, até mesmo porque sua sedimentação ocorreu posteriormente às *interdictas*. O interessante está em que o procedimento dos interditos partia de uma preocupação muito mais direcionada ao fato do que ao procedimento, isso porque a cognição para a concessão da fórmula pelo pretor era plenamente sumária, fato que desapareceu sem quase deixar traços no *ordo iudiciorum*, vindo a ressurgir apenas na modernidade.

É nela que as tutelas de urgência, de cognição sumária e aparente, afloraram com muito mais intensidade, o que se deve ao próprio processo de complexização da sociedade. Como forma de demonstrar o inter-relacionamento dessas formas variadas de tutelas de urgência com a ideologia da ordinaryness e, no mais das vezes, com a filosofia da subjetividade, da consciência, será aprofundado primeiramente, a partir da classificação de Ovídio Baptista, como se deu sua expansão desde os grupos processuais de ordem “cautelar” satisfativa autônoma. Após isso, como forma também de verificar se a ordinaryness vem cedendo às constantes modificações legislativas na área do processo civil, será enfrentado o instituto do julgamento de mérito parcial para, enfim, visitar a tentativa de universalização das sentenças liminares, tal como pretende o artigo 285-A do código de procedimento vigente.

A ideia é alertar que para além da tentativa em sumarizar demandas, a evolução das medidas de ordem liminar no sistema processual, o que também será objetivo de investigação, esteve tradicionalmente relacionada ou a atividades não-jurisdicionais ou, em sentido contrário, a atividades introspectivas da magistratura, a valorações íntimas ou a consciência do juiz. Tamanha é a dificuldade da doutrina na aceitação de julgamentos liminares ou preliminares, como sustenta Alcalá-Zamora y Castillo, que nestes, segundo o processualista, “el funcionario que las decreta no se comporta como juzgador en estricto sentido porque las resoluciones que con tal motivo proferir no alcanzan la categoría de la decisión en cuanto ao fondo de un litigio no promovido aún”.⁸⁰⁷ De outra banda, em relação ao direito de defesa,

⁸⁰⁷ Cf. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. Tomo I. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 268.

Marinoni chega a que referir que nesses casos deve ocorrer uma valoração dos interesses postos em jogo pelo juiz, mensuráveis a partir do princípio da probabilidade, que por sua vez deve ser definido pelo princípio da proporcionalidade, o que impõe que o grau de probabilidade que o juiz deve exigir para a concessão de uma liminar deve ser tanto menor quanto maior for o valor jurídico do direito a ser protegido.⁸⁰⁸

O que merece a devida ressalva, especialmente em relação a dificuldade da doutrina na aceitação dos provimentos liminares enquanto autênticos atos jurisdicionais, é que para a presente tese qualquer tentativa em sumarizar demandas, além de se constituir evidentemente num ato jurisdicional, não deve em contrapartida depender da subjetividade do magistrado. É o caso concreto que exigirá a construção desses *locus* de sumarização processual, que o Estado atual exige sejam democratizados.

2.1.1 A tutela “cautelar” de urgência satisfativa autônoma como provimento relativo à lide (mérito)

Classicamente o procedimento cautelar vem sendo definido pela doutrina processual, em especial a italiana, principalmente por obra de Calamandrei, como um procedimento autônomo diferenciado, caracterizado principalmente pela limitação (provisoriedade) da duração de seus efeitos, estes relacionados a um estado de conservação, de proteção de algo. Esse algo, para Calamandrei, seria um evento sucessivo, um outro procedimento jurisdicional, que em contraposição ao procedimento cautelar seria de índole definitiva.⁸⁰⁹ Disso se depreende, o que certamente daria outra tese, a constatação de que para Calamandrei o procedimento cautelar serviria a tutelar o processo principal, seja de conhecimento ou execução, e não o direito subjetivo em situação de risco e destinado, após a concessão da cautela, a declaração ou a satisfação pela ação principal, esta de ordem definitiva.

É importante salientar que o processo cautelar, desde Calamandrei, não pode ser considerado um rompante ao processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário simplesmente pelo fato de que seu desiderato é outro. Tampouco ao processo de execução, levadas em consideração as bases pelas quais está assentada a jurisdição dos países da tradição ocidental. Isso porque enquanto o processo de conhecimento e seu rito ordinário, pelo que se pôde perceber desde o início da presente tese, têm a finalidade precípua de declarar

Tradução livre do autor: [...] o funcionário que as decreta não age como juiz em sentido estrito porque as decisões assim proferidas não alcançam o mérito do litígio ainda não promovido.

⁸⁰⁸ Cf. MARINONI, Luis Guilherme. **Novas linhas de processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 150.

⁸⁰⁹ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Op. cit., pp. 25-27.

direitos, e enquanto o processo de execução destina-se a satisfação desses direitos, o processo cautelar guarda relação a sua proteção, o que evidentemente contradiz Calamandrei e a provisoriedade dos procedimentos cautelares, ou seja, a visão de processo cautelar enquanto “instrumento do instrumento”.

Ao conceituar a tutela cautelar, principalmente em razão da premissa sedimentada desde Calamandrei, esta referente ao fato de que o procedimento cautelar sempre fora provisório, já que dependente de um procedimento (principal) definitivo, Ovídio Baptista, contrariando o renomado processualista italiano, teve o cuidado de alertar que seu desiderato é o de assegurar a realização dos direitos subjetivos, isso sem satisfazê-los.⁸¹⁰ A não-satisfação, portanto, revestida pelo objetivo da asseguaração do direito subjetivo, consistiria a marca fulcral dos procedimentos cautelares.

Sua expansão, principalmente em período anterior à instituição da antecipação de tutela no sistema processual civil brasileiro, o que se deu somente em 1994, está intimamente relacionada às insuficiências do procedimento ordinário. Como explicar essa afirmativa, se, como a pouco se aludiu, o processo cautelar não é um rompante ao rito ordinário?

A explicação perpassa pelo fato de que classicamente o processo de conhecimento, como já aludido incessantemente na presente tese, dado o fato de não admitir, em sua gênese, a cumulação das atividades de conhecimento e execução, fez com o procedimento cautelar fosse utilizado enquanto instrumento a serviço de pretensões de ordem realizadora (satisfativa) de direitos subjetivos, utilizando-se assim da via puramente procedimental cautelar, driblando a ordinarização na tentativa de sumarizar demandas satisfativas. Isso justifica a enxurrada, segundo o próprio Ovídio Baptista, antes da instituição da antecipação de tutela, das conhecidas cautelares-satisfativas, que tem o nome e a forma procedimental de um procedimento cautelar, mas servem ao desiderato satisfativo (logo, ao desiderato não-cautelar).⁸¹¹

Um fenômeno que foi mitigado a partir da instituição das medidas de antecipação de tutela, que atualmente reproduzem basicamente as cautelares-satisfativas, mas que com elas não se confundem, como mais adiante se verá. Antes, porém, importa ressaltar que a utilização do procedimento cautelar de índole satisfativa, como forma de desordinarizar o processo de conhecimento, é um dos principais rompantes ao rito ordinário-plenário-declaratório e sua aversão aos provimentos liminares.

⁸¹⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. II: processo cautelar (tutelas de urgência). Op. cit., p. 26.

⁸¹¹ Idem, ibidem, p. 13.

Todavia, aquilo que a doutrina classicamente vem denominando “cautelar-satisfativa” nada mais é do que uma tutela antecipatória de tipo interdital⁸¹², semelhante ao que já ocorreu no processo romano de período clássico. O problema é que essa tutela de tipo interdital nunca conviveu harmoniosamente com a ideologia da *ordinariedade*, afirmação justificável até mesmo pela forma como as medidas antecipatórias de tutela foram recebidas pelo direito processual brasileiro, que as internalizou no processo de conhecimento.

Para que se possa compreender essa forma de tutela antecipatória de tipo interdital é preciso ter bem clara a distinção entre proteção e satisfação de direitos, bem como o fato de que a processualística civil nega que seja possível satisfazer direitos provisoriamente. Aliás, esse é um nítido resquício da concepção de jurisdição-processual de matriz racionalista, pela qual ao magistrado cumpriria declarar direitos, pelo silogismo, na sentença; um pensamento relacionado a uma ciência do processo preocupada com a clareza dos textos jurídicos, partindo do pressuposto de que estes deveriam conter o sentido das próprias proposições jurídicas, relegando a linguagem a uma terceira coisa, já que seu fundamento estaria em encontrar significados que justificassem os exemplos mais representativos (Leibniz).

É justamente esse pensamento que sustenta a ideologia do atual processo de conhecimento e seu corolário rito ordinário, local onde residem o magistrado e sua neutralidade. Uma neutralidade advinda da tentativa racionalista de transformar o direito numa ciência lógica, matematizada, cuja produção caberia ao iluminado legislador⁸¹³, tornando o juiz um ser a-histórico, ausente de mundo; alguém que retira sentido dos fatos que se lhe apresentam e que acaba sendo seduzido pela tradição do pensamento jurídico-dogmático e pela posição de auto-suficiência do direito, que está a espera de sua captação mediante um processo racional-substutivo na aplicação da lei.

Se satisfazer, pois, é realizar, é descer ao mundo dos fatos, ao mundo da vida, como negar, por exemplo, que em uma ação possessória o deferimento de liminar em prol do autor autorizando-lhe o reingresso na posse da coisa seja outra coisa que não satisfazer sua pretensão? O mesmo se pode dizer em relação a composição de danos ambientais em sede liminar. Como negar que uma decisão dessa natureza tenha caráter satisfativo, partindo-se do pressuposto de que mesmo que improcedente a ação principal os resíduos tóxicos retirados não mais retornarão aquele lugar?

⁸¹² Idem, *ibidem*, p. 22.

⁸¹³ Segundo Castanheira Neves o conceito de lei e a utopia da neutralidade não mais se sustentam como algo à disposição da vontade geral, haja vista que as leis atualmente não são mais do que prescrições de particulares focas políticas que no quadro estatal adquiriam a legitimidade para tanto a partir de uma sociedade dividida e plural. In: **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1983, p. 584.

Diante disso, como se verá no transcorrer do processo de finalização do presente trabalho, esta tese parte do pressuposto que as decisões liminares não são simples decisões sobre o processo, mas sim decisões sobre o mérito da própria causa, e que por isso, a seu modo, não são incompatíveis com o desiderato satisfativo, premissa justificável filosoficamente através da constatação de que o ser do ente da liminar e da sentença é o mesmo.

Esse tratamento pode ser empregado nas mais autênticas modalidades processuais de rompimento com o procedimento ordinário que se tem conhecimento na doutrina de processo moderna. Tratam-se das medidas “cautelares” urgentes satisfativas autônomas, provenientes da utilização às avessas do processo cautelar, que passou em determinado período da evolução do direito processual civil a servir como um meio à obtenção de respostas jurisdicionais mais rápidas, sem adentrar no desiderato protetivo do processo cautelar, mas utilizando-se de seu procedimento para tutelar pretensões de ordem satisfativa.

O próprio Calamandrei atestou por essa possibilidade, especialmente ao denominar como “espécies de procedimentos cautelares” a *antecipação dos procedimentos decisórios*. Nesse grupo, segundo o processualista, entram “aqueles procedimentos com os quais se decide provisoriamente, esperando que através do processo ordinário se aperfeiçoe a decisão definitiva, uma relação controversa, pela indecisão da qual, se esta perdurasse até a emanção do procedimento definitivo, poderiam derivar a uma das partes irreparáveis danos”.⁸¹⁴

O que talvez Calamandrei não se tenha dado conta é que essa modalidade de procedimento cautelar abriu passagem para as formas de tutela satisfativa antecipada que visam acelerar a satisfação do direito contra a situação de *periculum in mora* gerada pelo procedimento ordinário. São muitos os exemplos de utilização dessas medidas “cautelares” urgentes satisfativas autônomas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira.

Ovídio Baptista, sobre o tema, aduz a hipótese em que uma medida cautelar foi postulada pelo locador para a realização de reparos urgentes impostos por medida de segurança; noutra situação exemplificativa, esta retirada da obra de Mario Dini, alude a concessão de provimento cautelar autorizando o arrendante de um imóvel rural a cultivá-lo pessoalmente quando o arrendatário omite-se de fazê-lo segundo sua obrigação contratual, impedindo que o imóvel cumpra com sua função econômica. Dois nítidos exemplos de utilização do procedimento cautelar com vias à obtenção de uma medida satisfativa e definitiva sob o ponto de vista fático, já que nem as obras de reparação urgente nem o cultivo

⁸¹⁴ Cf. CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Op. cit., p. 64.

do arrendante poderão ser desfeitos, sobrevindo uma sentença subsequente, ainda que emanada de um processo principal.⁸¹⁵

Quanto à jurisprudência, vem a mesma consolidando a utilização das referidas medidas satisfativas, processadas pelo rito cautelar como forma de sumarizar demandas, evitando a morosidade do procedimento ordinário. No julgamento do Recurso Especial n.º 875.993, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Ministro Teori Albino Zavascki, em demanda em que a parte autora postulava tão somente o restabelecimento do serviço de fornecimento de energia elétrica, arguindo pela desnecessidade na propositura de uma ação principal definitiva, referiu que “é dispensável a propositura da ‘ação principal’ quando a ação denominada ‘cautelar’ contém pedido de natureza satisfativa de direito material”.

De igual modo, o reconhecimento de demandas “cautelares” satisfativas ocorreu no julgamento, pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, do Recurso de Apelação n.º 70033349739, onde a magistrada Denise Oliveira Cezar, apoiando-se em semelhantes casos provenientes de outros Tribunais brasileiros, em especial do Superior Tribunal de Justiça, admite a utilização de medida cautelar satisfativa em que se pugnou pelo fornecimento de água/esgoto à unidade consumidora do autor.

São muitos os exemplos que atestam a possibilidade de utilização dessas medidas de forma justamente a romper com o império do procedimento ordinário e sua inafastável morosidade, sumarizando demandas que por sua natureza seriam realmente incompatíveis com o ritualismo fase-a-fase ordinário-plenário-declaratório.

2.1.2 Seria o *ontological turn* da sentença? A quebra do princípio da unicidade e o julgamento de mérito parcial: um (pseudo) avanço para seu tempo

Pelo que se viu até agora, classicamente a sentença vem definida pelo sistema processual civil como o ato por meio do qual o juiz, a partir de um processo de subsunção da norma legal ao fato concreto, encerra o processo em primeiro grau de jurisdição, proferindo decisão terminativa ou definitiva, ou seja, com ou sem resolução do mérito da causa. Em direito romano, como assevera Chiovenda, a sentença, ou *sententia*, indicava uma provisão do juiz em que o mesmo exprimia o seu conceito sobre o fundamento do pedido, recebendo-o ou rejeitando-o e definindo a lide com a atuação da vontade concreta da lei a respeito do bem controverso. Por isso, diz Chiovenda, *sententia* definitiva é sinônimo de *sententia*.⁸¹⁶

⁸¹⁵ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**, vol. II: processo cautelar (tutelas de urgência). Op. cit., pp. 69-72.

⁸¹⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 1. Op. cit., p. 156.

Em direito romano não havia *sententia interlocutoria*. As medidas tomadas no curso de um processo eram *interlocutiones*. Elas se relacionavam, por exemplo, a ordenação de uma citação, a declaração de inadmissibilidade do Recurso de Apelação, etc. Já a *sententia* definia a lide.

Também diversa era a sistemática recursal de uma e de outra. A *sententia*, já que recaía sobre o fundamento do pedido e produzia coisa julgada, era apelável, enquanto que a *interluctio* não. Essa diferença serviu para que classicamente as sentenças definitivas fossem tratadas de modo absolutamente assemelhante às decisões interlocutórias, razão pela qual passaram estas a tratar da solução de questões incidentais, enquanto à sentença ficou reservada à definição da questão principal da causa.⁸¹⁷

Principalmente diante daquilo que se aludiu no primeiro capítulo da segunda parte da tese, agora é possível perceber que essa concepção de sentença enquanto resultado do silogismo entre premissa maior (lei) e menor (fato) guarda relação a uma concepção simplista do que realmente significa o ato sentencial. Isso porque, evidentemente, a sentença não se resume a simples adequação da norma ao fato, mas depende de um processo construtivo a partir da posição ocupada pelo magistrado.

Compreender a sentença no interior de uma filosofia *no* processo é dar-se-conta de que o conhecimento sobre o fato (caso concreto), ou seja, o próprio acesso a ele, sempre se dá a partir de um ponto de vista, de uma pré-compreensão. Esta é condição inexorável à interpretação e (não cindida) aplicação do direito (que do fato não se cinde). Para interpretar é preciso compreender, o que tem como condição de possibilidade a pré-compreensão, que se constitui num constante (re)projetar de sentidos a partir da condição de ser-no-mundo em que vive e age o intérprete.

Heidegger, no âmbito da filosofia, dirá que a compreensão é um existencial, uma categoria pela qual o homem se forma. E a linguagem, nesse contexto, é condição de possibilidade, é constituidora do saber, do modo-de-ser-no-mundo. Sem ela não se chega a algo enquanto algo. Por ela, compreender é um modo de ser, o que justifica porque sentença não vem de sentir (!) e porque a suposta verdade por ela almejada não é método, mas uma questão relativa a manifestação do ser, que é tempo, história. Sentença, nesse sentido, é desocultação, desvelamento, *aletheia*.

Ao menos para a presente tese não é mais possível, em pleno século XXI, pensar a sentença de outra forma. E quando se pretende compreendê-la no interior de uma filosofia *no*

⁸¹⁷ Idem, *ibidem*, pp. 156-166.

processo, é preciso dar-se conta que um determinado fato ou uma determinada lei ou dispositivo legal só passa a ser hermenêuticamente compreendido a partir da historicidade do intérprete, o que pressupõe sua inserção no contexto da controvérsia e a pré-compreensão da Constituição. Só assim é que ao fato/lei será possível o processo de atribuição de sentido, a partir justamente de uma reconstrução de seu significado pela sentença. Trata-se, noutras palavras, de um processo de fusão entre o horizonte em que age e habita o intérprete e o horizonte do próprio fato/direito submetido à jurisdição-processual.

As inúmeras reformas ocorridas nos últimos anos no âmbito do direito processual civil não se aproximaram dessa perspectiva. Dentre as aludidas reformas, diferenciou-se a denominada pela doutrina de julgamento parcial de mérito ou resolução parcial de mérito⁸¹⁸, o que se tornou possível, no direito brasileiro, com o advento do §6.º do artigo 273 do código de procedimento, instituído pela Lei 10.444 de 2002. A questão de vanguarda da referida possibilidade é que praticamente pela primeira vez parte da doutrina processual civil⁸¹⁹ admitiu que antes da sentença que encerra o procedimento fosse proferido um ato judicial assemelhante não somente à figura da antecipação de tutela, mas as próprias decisões interlocutórias. Tal ato foi denominado de *sentença parcial*, suscetível de lograr autoridade de coisa julgada, quebrando assim o princípio (denominado *princípio da unicidade da sentença*) de que em processo civil só existe, enquanto sentença, a final, que deve ser única a julgar o fundamento fulcral do pedido realizado pelo autor da demanda.

Uma das decisões precursoras na utilização dessa sistemática, senão “a” decisão precursora, é de autoria do magistrado Pedro Luiz Pozza, no julgamento, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Recurso de Apelação n.º 70006762470, interposto contra sentença terminativa. Segundo a lavra do próprio relator, o referido caso apresentava dois objetos: uma pretensão cominatória, visando que a apelada deixasse de estacionar seus veículos em espaço de uso comum do condomínio, bem como a desconstituição de acordo realizado anteriormente pelas partes litigantes, em que se permitira tal circunstância. Na sentença, o juízo *ad quo* proclamou a extinção sem exame de mérito dos dois pedidos, sob o

⁸¹⁸ Expressão de Fredie Didier Júnior no artigo intitulado Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Direito Processual Civil**, Gênesis, n.º26, 2002.

⁸¹⁹ Dentre os processualistas que defendem a resolução parcial de mérito enquanto sentença, destaca-se, na doutrina nacional: MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2004, p. 174. Na doutrina italiana, consultar: LUISO, Francesco. P. **Diritto processuale civile**. Milano: Ed. Giuffrè, 1999, pp. 194-195. Em posição contrária, na doutrina nacional, consultar: MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Antecipatória e julgamento antecipado**. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 112; DIDIER JÚNIOR., Fredie. **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito**. Op. cit., p. 717.

fundamento de que havia coisa julgada diante da celebração do referido pactuado. Ocorre que no julgamento do Recurso de Apelação o Tribunal declarou a nulidade da transação celebrada por motivos de deficiência representativa do síndico do condomínio, o qual, de acordo com a supracitada decisão, não possuía autorização da assembleia dos condôminos para celebrar o pacto, determinando o prosseguimento do feito na instância de origem para instruir o pedido restante, já que dependente de dilação probatória.

Nesse julgamento deu-se a apreciação, pelo Tribunal, de apenas parte do mérito da causa, ocasião em que o processo retornou ao juízo de primeiro grau para instrução e julgamento do pedido restante, não apreciado na decisão. Seu fundamento jurídico foi justamente a inovação do artigo 273, §6.º, do código de procedimento vigente, que tornou possível, em havendo pedidos cumulados, que a jurisdição-processual aprecie, em caso de ser um deles incontroverso ou em havendo situação de revelia, apenas um deles, determinando o prosseguimento do outro com as fases de instrução e julgamento. Uma decisão que no supracitado julgado foi tratada como resolução parcial de mérito ou sentença parcial de mérito, através da qual se aplicou o direito definitivamente, julgando o mérito da causa a ponto de não mais permitir a discussão daquela parcela do caso concreto.

Por incrível que possa parecer, isso em razão do conceito de jurisdição por ele mesmo traçado, Chiovenda admite a possibilidade de sentenças parciais em caso de “processos reunidos ou demandas acumuladas”, estando um deles pronto a julgamento, já que referente ao mérito da demanda, ou seja, ao acolhimento ou rejeição de um determinado pedido. Para o processualista italiano, partindo-se do pressuposto de que a prestação principal do juiz pode satisfazer-se em vários momentos, como na hipótese de cumulação de ações, toda sentença que se pronuncia sobre uma das demandas, ou sobre parte de demanda, é definitiva, ainda que parcial. Uma decisão que a seu turno desafiaria o Recurso de Apelação subsequentemente à prolação da sentença parcial, não havendo motivos para seu adiamento.⁸²⁰

Atualmente, portanto, é possível afirmar que não é mais possível negar a existência de uma classe de decisões que não se confundem com o clássico conceito de sentença, enquanto ao final ou ato extintivo processual ou ato que encerra o procedimento, tampouco com as decisões interlocutórias. Ainda que o sistema processual civil tenha recebido a inovação no interior do instituto da antecipação de tutela, já que a condicionou no §6.º do artigo 273 do código de procedimento, é inegável, ao menos a partir dos parâmetros estabelecidos na tese presente, que se está a tratar de sentença parcial de mérito e não de outra classe de decisões

⁸²⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, vol. 3. Campinas: Ed. Bookseller, 1998, pp. 275-281.

interlocutórias ou de medidas antecipatórias da tutela. E isso se justifica pelo que fato de que tais decisões recaem sobre o mérito da demanda, inexistindo motivos plausíveis para condicionar seus efeitos à sentença definitiva, que teria a missão de confirmar a sentença parcial.

Daniel Mitidiero, sobre o tema, impulsionado pelo já aludido texto de Fredie Didier Júnior⁸²¹, bem como pelo fato de que no mesmo o processualista baiano afirmara que a supracitada medida pode ser enquadrada no sistema processual civil como uma decisão interlocutória, afirma que se está frente a uma sentença parcial de mérito, incompatível com a técnica antecipatória dos efeitos da tutela jurisdicional. Para Mitidiero, a inovação trazida pelo §6.º do artigo 273 do código de procedimento possibilita ao juiz decidir de forma escalonada a causa, o que depende de parcela incontroversa da lide colocada sob a apreciação jurisdicional, que então o define por um pronunciamento suscetível de ser revestido da qualidade de coisa julgada. Tal como já ocorria, por exemplo, no procedimento de prestação de contas, o dispositivo instituído pela lei 10.444 de 2002 dá azo a sentenças sucessivas que satisfazem em momentos distintos o pedido material do autor da demanda.⁸²²

Com isso é possível então afirmar que o sistema processual civil convive com sentenças finais e parciais, o que parece uma premissa atualmente inafastável da sistemática processual civil brasileira. Para a presente tese, contudo, a ideia é reforçar o posicionamento de que o sistema processual também pode conviver com sentenças liminares, principalmente na satisfação dos direitos sociais-fundamentais.

A terceira e última modalidade processual escolhida para demonstrar eventuais rompantes ao procedimento ordinário guarda relação à tentativa de universalizar a sentença liminar, o que ocorreu por força da Lei 11.277 de 2006, que instituiu o artigo 285-A do código de procedimento, instituído pelo qual poderá o magistrado dispensar a citação e proferir sentença liminar final, reproduzindo o teor de outras prolatadas quando se tratar de “matéria unicamente de direito” e naquele juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros “casos idênticos”.

2.1.3 Juízos de reprodução e matéria unicamente de direito: a instrumentalidade e a abstração do art. 285-A na tentativa de universalizar a *sentença liminar*

A sociedade, no século XXI, vive um mundo hermenêutico. Um mundo em que a necessidade de interpretação é uma constante. Onde ela, a sociedade, parafraseando Bauman,

⁸²¹ Intitulado **Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito**. Op. cit.

⁸²² In: Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa. Op. cit., pp. 165-180.

distanciou-se daquele modelo sólido-moderno racionalmente preparado ao enfrentamento das adversidades, dando lugar a um ambiente líquido-moderno. Um ambiente em que não há regras preordenadas nem objetivos universalmente aprovados que se possam seguir inflexivelmente o que quer que aconteça. Em que as condições sociais mudam num tempo mais curto do que o necessário para a consolidação das formas de agir. Não há garantia alguma, segundo Bauman, daquilo que hoje se apresenta fidedigno não possa amanhã ser desmascarado e condenado como enganoso ou corrupto. A sociedade deve aprender a andar sobre a areia movediça.⁸²³ Diz ainda Bauman: “prever tendências futuras a partir de eventos passados torna-se cada dia mais arriscado e, frequentemente, enganoso”.⁸²⁴

É justamente a partir dessas considerações do sociólogo polonês que a presente tese pretende agora enfrentar um dos mais aplaudidos instrumentos processuais da atualidade. Trata-se da ferramenta disposta no artigo 285-A no código de procedimento civil vigente, a qual, pelo que se viu ao final do item anterior, sobrelevou a utilização das sentenças liminares de improcedência na sistemática processual civil brasileira.

Seja por tal ferramenta ou por outras, principalmente as decorrentes das constantes reformas que afetaram o direito processual civil nos últimos anos, alguns processualistas não medem esforços para afirmar que o processo civil de hoje é absolutamente assemelhante ao processo praticado no século XIX, no auge do movimento racional-iluminista na França, que também dominou praticamente toda a teoria e prática processual da Europa naquele mesmo século. Uma concepção que deixou ao juiz, em processo, a missão de se tornar o oráculo da lei; o responsável por declarar a vontade (verdade) da lei, como dissera Chiovenda.

A presente tese não compartilha dessa visão. Isso porque o processo de que se dispõe atualmente está muito próximo daquele dos séculos XVIII e XIX. Ainda se está à disposição de um instrumento processual que não conseguiu libertar-se da amarra liberal-individualista, estimulando uma realidade excludente. É inegável que a jurisdição-processual de que se dispõe atualmente, ainda que intimamente relacionada à forma como a *actio romana* foi recebida pelo processualismo no auge das discussões acerca do direito de ação na modernidade, mantém-se intrinsecamente comprometida com a superposição da magistratura no trato (agilidade) processual, relegando praticamente todas as formas de democratização no processo. Esse é também um indício da relação entre o processo ortodoxo de hoje e a filosofia do racionalismo, que depositou na própria lei as esperanças na construção de uma sociedade

⁸²³ Cf. BAUMAN, Zygmund. **Vida Líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2007, p. 155.

⁸²⁴ Idem, *ibidem*, p. 08.

justa.

A partir da influência racionalista no direito processual civil de que se dispõe atualmente é possível questionar o artigo 285-A do código de procedimento. Isso porque a separação entre direito e fato deve-se inquestionavelmente ao paradigma racionalista e sua tentativa de geometrizar o direito, impondo ao processo civil que deixasse em segundo plano um maior envolvimento com as questões de fato, já que seriam extremamente maleáveis, dificultando o encontro da segurança jurídica. Uma cisão que parte do pressuposto, várias vezes já invocado pela presente tese, de que a lei contém sentido único e ao juiz cabe apenas declará-lo na sentença final.

Assim é que o processo civil vem sendo tratado como ciência, diferentemente do que ocorreria com o direito material, esse fruto das transformações sociais. Somente um sistema processual metodologicamente formalizado seria capaz de atender ao direito material, o que justifica porque em processo até hoje a interpretação do fato ou da lei é tratada como uma segunda coisa. A “condição ideal” está no agir processual fase-a-fase e ao final orientado tanto quanto possível pela edição de súmulas e enunciados, que devem então ser utilizadas pelo magistrado a ponto de seguir fielmente o entendimento e posição dos Tribunais Superiores, sucumbindo o processo compreensivo de que tanto insiste a tese proposta. É dessa forma que o sistema processual civil vem caminhando pela areia movediça. Contudo, corre o risco de afundar nela.

Dispensar a interpretação é, pois, retornar ao paradigma racionalista a ponto de diferenciar o direito do fato, o que criou a ilusão de que existe no ambiente processual civil uma séria praticamente infinita de casos concretos iguais, que nessa condição merecem a mesma solução através de súmulas vinculantes, julgamentos de massa, etc., reduzindo os conflitos a uma mera discussão sobre a questão de direito ali existente, o que certamente também é fruto da desconsideração da jurisprudência, ainda no século XX, como fonte do direito, o que em muitas oportunidades alertou Ovídio Baptista.⁸²⁵

A pretensão de se construir um direito e um processo absolutamente seguros não passam de uma mera ilusão gerada pelo racionalismo-iluminista. Uma ilusão que parte de dois pressupostos básicos: a separação entre direito e fato e a concepção de que a lei possui univocidade de sentido, dispensando sua compreensão hermenêutica. Assim também olvidasse que o fato é uma categoria hermenêutica a exigir interpretação, a exigir atribuição de

⁸²⁵ Por todas elas, vide: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **“Questão de fato” em recurso extraordinário.** Disponível em: www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=18&hash=. Acesso em 19.10.2010.

sentido pelo intérprete.

É nesse local que se situa o disposto no artigo 285-A do código de procedimento civil vigente brasileiro, ainda influenciado diretamente pela filosofia racional-iluminista, em que o direito e o processo, além de se manterem reféns do solipsismo jurisdicional, sofreram pela pressão positivista jurídica na ficcionalização do texto legal como algo dissociado do sentido a ser atribuído pelo intérprete. Essa é uma visão que demonstra inegavelmente que o processo civil de que se dispõe atualmente mantém-se adstrito ao espírito dogmático, longe das ciências da compreensão, renunciando a historicidade e a própria hermenêutica (enquanto atividade compreensiva). E que também representa os ideais de uma sociedade liberal excludente e conservadora do poder focada na satisfação do binômio certeza-segurança.

Calha registrar que a Lei 11.277 de 2006, ao instituir o artigo 285-A no código de procedimento, parte do ficcional pressuposto de que as questões de direito são cindíveis das questões de fato. Cindir o direito do fato é o mesmo que cindir ser e ente, ocultando o ser como fez a filosofia metafísica. Nessa cisão, a singularidade do caso concreto é mais uma vez atacada pela tentativa de tratar todos os casos (“idênticos”) em situação de identidade! A questão é que, ao menos na perspectiva hermenêutica, não há identidade de casos, isso porque o caso concreto, o fato, a lei, o direito, são categorias (individualizadas) que dependem de interpretação, o que o positivismo jurídico, ainda que tenha se esforçado, não conseguiu exterminar, fato que muito se deve a iniciativa de alguns pensadores como Ovídio Baptista, Castanheira Neves, Lenio Streck, Ronald Dworkin, etc., em pensar o direito a partir de fundamentos não-jurídicos, como a filosofia, a sociologia, dentre outros.

O objetivo então é alertar que as sentenças liminares, principalmente em razão da sistemática proposta pelo artigo 285-A do código, ainda que se constituam em *locus* diferenciados de prestação jurisdicional, o que vem sendo incessantemente reforçado pela presente tese, não podem servir como instrumentos de afronta à sociedade, à Constituição. Sem adentrar profundamente na flagrante violação de inúmeros dispositivos constitucionais, tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o acesso à justiça, bases do exercício da jurisdição-processual no Estado Democrático de Direito, a ferramenta criada pelo artigo 285-A fomenta o exercício da reprodução, marca (ultrapassada) essencial da jurisdicionalidade do Estado Liberal de Direito.

Um exercício cuja presidência dá-se pela atuação do juiz de modalidade jupiteriana, que a partir do método da subsunção, seduzido pelo modelo piramidal-dedutivo kelseniano, acaba corrompendo a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo quando da aplicação do direito. Reproduzir em processo é uma nefasta prática que sucumbe o caso

concreto, o que faz lembrar novamente Bauman, para quem prever tendências futuras a partir de eventos passados torna-se cada dia mais arriscado e, frequentemente, enganoso.

Ainda que a sentença liminar do artigo 285-A evidentemente rompa com o procedimento ordinário, dessa vez não se pode dizer que esse rompante é benéfico ao direito processual civil, colocando em risco a teoria processual até hoje estudada e discutida pelas academias de processo. Logicamente, o problema do referido dispositivo não é o recurso às decisões anteriormente prolatadas, algo sempre desejável no âmbito do processo, capaz de conferir congruência a cada decisão judicial. O mesmo pode se dizer em relação a utilização de precedentes dos Tribunais, do respeito ao que já foi dito em relação a dada matéria.

O problema então está em utilizar essas decisões para substituir “a” decisão que em um determinado caso concreto desafia a jurisdição-processual, sem que se reconstrua o caso que se apresenta, suas peculiaridades. Tais casos “idênticos” servem justamente para obnubilar o processo interpretativo do novo caso, escondendo a “própria coisa” que, numa linguagem hermenêutica, não é a “mesma coisa”.

Por isso, pensar numa filosofia *no* processo é pensar o processo enquanto fenômeno. Não o *quê* das coisas, mas o *como* delas, já que pela lente da matriz fenomenológica o processo deve ser capaz de ir ao encontro das coisas mesmas, opondo-se à admissão pura de conceitos aparentemente verificados, às construções soltas no ar. Consiste em deixar e fazer ver por si mesmo aquilo que se mostra, tal como se mostra a partir de si mesmo. Uma concepção de processo em que não se evoca o objeto, mas o modo *como* ele se mostra, pertencente ao que se mostra numa primeira aproximação a ponto de constituir o seu sentido e fundamento.

Contudo, não é essa a razão do artigo 285-A, que a seu modo positivista de ser renuncia a integridade do direito, caindo na armadilha de tentar prever todas as soluções em processo, que devem então ser pré-dadas. Vem assim sufocando-se num emaranhado de conceitos universalizantes, incapazes de lidar com os direitos sociais. Ignora que direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade. Age contrariamente ao discurso em favor da fidelidade de uma comunidade política aos princípios de moralidade política que inspira através do tempo o desenvolvimento das suas normas jurídicas, deixando de valorizar a continuidade transtemporal e a coerência das justificações jurídicas (François Ost).

Não há, na proposta de universalização da sentença liminar pelo artigo 285-A do código de procedimento, qualquer indício de exigência por uma hermenêutica crítica no instante da interpretação-aplicação do direito e do processo, razão pela qual na sua gênese

encontra-se a desconstrução da atividade processual a partir da ausência de uma leitura constitucional de seus institutos e da utilização dos princípios constitucionais. Como diria Warat, tal ferramenta está inserida no sentido comum teórico que se sacralizou no imaginário dos juristas, deixando de lado o diálogo com a história, ignorando a tradição (autêntica).

Luis Guilherme Marinoni demonstrou-se adepto a esse procedimento, referindo que a questão das ações repetitivas está intimamente ligada à força vinculante das decisões dos Tribunais superiores, sugerindo que as decisões liminares de improcedência também fizessem menção a súmulas desses tribunais. Sobre a aludida força vinculante dos Tribunais, aduz o processualista que uma de suas objeções estaria na alegação de que assim estar-se-ia a ferir o princípio da livre convicção judicial e a prerrogativa do juiz de dizer o direito conforme sua consciência. Somente nesse ponto já é possível constatar que a presente tese não coaduna da posição adotada pelo jurista. Segue o mesmo ainda a dizer que as decisões que afrontam súmulas dos tribunais superiores soam como um lamentável exercício de rebeldia, que só se transforma em realidade no caso em que a decisão estadual ou regional se torna coisa julgada diante da falta de preparo dos advogados em empregar os devidos recursos para corrigir a interpretação extravagante.⁸²⁶

Sobre o tema específico, qual seja, as sentenças liminares de improcedência, leciona Marinoni que tal procedimento é justificável na busca da eliminação da possibilidade da propositura de ações que objetivem pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juízo de primeiro grau ou dos tribunais, tomadas em casos idênticos. Aduz ainda que “é racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre a qual o juiz já firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para a obtenção de decisão a respeito de ‘caso idêntico’ ao já solucionado”.⁸²⁷

O posicionamento de Marinoni, sob três aspectos, mostra-se absolutamente contrário à tese proposta, ou vice-e-versa. O primeiro dispensa maiores comentários, já que relacionado ao recurso da consciência do juiz, o que a tese presente tem incessantemente combatido. Em relação ao segundo, ainda que o respeito aos precedentes seja uma providência necessária para a jurisdição-processual exigida pelo Estado Democrático de Direito, não há como coadunar da tese de que as decisões que afrontam súmulas são “exercícios de rebeldia” dos juízes. Uma afirmativa dessa natureza tem justamente o poder de ressuscitar aquele juiz de

⁸²⁶ In: **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em: www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf. Acesso em: 19.10.2010.

⁸²⁷ Idem, ibidem.

perfil jupiteriano a que tanto já se fez menção.

Seria, contudo, um novo juiz jupiteriano, descendente daquele (poderia ser denominado de Juiz Júpiter *Júnior*), que ao invés de reproduzir a lei agora reproduziria o posicionamento dos Tribunais, aconteça o que acontecer. Sendo assim, é de se questionar: qual função restaria aos juízos de primeiro grau? A resposta é lógica. E é dada pelo próprio processualista: restariam os processos em que se discutisse alguma questão de fato, já que nestes “as particularidades do caso concreto poderão importar soluções diferentes, de modo que a conclusão lançada em um processo pode não servir para o outro”.⁸²⁸ Mais uma vez, portanto, cindem-se o direito e o fato.

O terceiro e último aspecto da visão marinoniana a que se vai de encontro na presente tese é a afirmativa de que um processo repetitivo merece ser desde logo encerrado, já que se refere a caso idêntico. O que seria realmente um caso idêntico? Segundo a doutrina processual, um caso só é idêntico a outro quando presentes as mesmas partes, pedido e causa de pedir, e nesse caso a decisão, ao invés de definitiva, deveria ser terminativa, haja vista que a litispendência ou a coisa julgada são pressupostos processuais!

Isso tudo demonstra que tem razão Castanheira Neves, especialmente quando adverte que o direito tende a ser vítima de uma nítida tentativa de fungibilização do fático, como também o tem Ovídio Baptista, alertando ao perigo de se considerarem as lides em posição de identidade, merecendo assim o mesmo tratamento. É assim que o caso concreto perde completamente sua singularidade, tornando-se uma espécie de exemplar de um gênero que o absorve, dando azo à construção de sentenças objetivas, eliminando qualquer possibilidade de compromisso ético daquele que as prolata.⁸²⁹

Não é possível pensar no problema da efetividade do processo civil tendo-se por critério geral a obsessão pelo tempo, impondo que a jurisdição-processual haja da forma mais rápida possível. O problema do processo é o problema da renúncia a história, da renúncia a tradição autêntica, o que praticamente expurgou e vem expurgando uma compreensão hermenêutica do fenômeno processual. É justamente isso que esta tese procura resgatar.

Agora, enfim, encontra-se madura a propor um re-pensar da atividade cognitivo-processual judiciária sob o viés do perfil hermenêutico-filosófico, afinando o processo civil às exigências do século XXI e de uma sociedade em constante modificação. A condição de possibilidade está em aproximar o processo a *locus* de sumarização processual e procedimental-material, democraticamente eficientes ao enfrentamento de uma complexidade

⁸²⁸ Idem, *ibidem*.

⁸²⁹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Op. cit., p. 09.

e contingência social que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos direitos sociais-fundamentais.

2.2 A *sentença liminar de mérito* e a necessidade em reconstruir hermeneuticamente o significado das decisões liminares diante de situações de aparência envolvendo direitos sociais-fundamentais: a compreensão de uma nova oralidade processual como elemento integrante da democratização do processo

Está-se diante da necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil a partir do desvelar do caso concreto em processo, o qual vem sucumbindo século após século no ambiente processual. Um fato que teve início já no direito processual romano com a supressão das *interdictas*, e que até chegar ao século XXI perpassou pela tentativa de geometrização do direito com o ideário racionalista, bem como pela ficcionalização iluminista de que a lei teria sentido único. E que com o desenrolar da modernidade vem sendo, principalmente nos séculos XX e XXI, refém de uma série de mini-reformas processuais absolutamente inaptas a modificar o atual estado da arte do processo civil.

Mesmo diante dos principais rompantes ao procedimento ordinário-plenário-declaratório, que a seu modo pretendem dar mais efetividade ao processo, ainda não se chegou ao momento do caso concreto tomar a frente do ambiente processual. Essa talvez seja a principal missão da tese da *sentença liminar de mérito* e de uma jurisdição-processual a ser desenhada por uma filosofia *no* processo, dadas as contribuições, no âmbito da filosofia, de Heidegger e Gadamer. Ambos construíram uma filosofia que enfrentou de maneira até então diferente a questão da verdade, o que a presente tese se apropriou a ponto de afirmar que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica, não absoluta ou eterna advinda do método, o que contribui decisivamente para a proposta de sumarização processual e material defendida.

Daí ser possível continuar a insistir na tese de que o procedimento ordinário, da forma como estruturado há séculos, não é capaz atualmente de atender à satisfação dos direitos sociais-fundamentais, principalmente em razão do fato de que o ritualismo que lhe é peculiar afasta (metafisicamente) o intérprete do objeto processual (do fato/direito).

Em razão dessas percepções ainda restam alguns questionamentos ao processo civil de que se dispõe atualmente: como pode o mesmo abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia? Como lidar com um processo que há décadas continua a tutelar o meio ambiente, a bioética, o biodireito, a bioengenharia, o

consumidor, dentre outros direitos tão importantes atualmente através de um procedimento moroso e de longa duração como o é o rito ordinário-plenário-declaratório? Como transformar um processo que além de renunciar o novo, a mudança, continua a insistir na certeza, na renúncia ao processo interpretativo, no inter-relacionamento entre ordinariedade e racionalismo? Como valorizar o processo interpretativo no plano processual visando a satisfação dos direitos sociais-fundamentais? Essas são as principais inquietações que até agora, na presente tese, alimentam o desejo de pensar algo diferente para o processo civil no século XXI.

Por essas e outras é que esse trabalho parte do pressuposto de que um novo olhar sobre o direito processual civil se faz necessário. Um olhar que conduza o processo à satisfação dos direitos sociais. A ideia central para sua afirmação passa pela compreensão da importância e efetividade de *locus* de sumarização procedimental e material, rompendo também com a função eminentemente declaratória presente na atividade jurisdicional.

Está-se, portanto, frente à necessidade em reconstruir o significado das decisões liminares, que na presente tese assumem a feição de decisões construídas em ambientes sumarizados. Um desejo constitucional, afinal de contas é a Constituição quem estabelece o conjunto das garantias e direitos sociais-fundamentais, bem como também invoca a necessidade de duração razoável do processo.

Sobre essa necessidade, é bom ter presente que a obsessão pelo tempo em processo não pode, em sentido inverso, suprimir justamente o rol de garantias arduamente conquistadas pelas Constituições, o que impõe uma simbiose entre tempo razoável a proteção às garantias constitucionais sociais. Uma simbiose que não se aproxima de algumas “soluções” processuais já mencionadas na presente tese, principalmente as que guardam relação ao perfil liberal de ser do processo civil, fato ainda verificável em pleno século XXI, impedindo uma percepção socializadora do fenômeno processual, concentrando esforços na produtividade em massa do exercício jurisdicional.

Reconstruir o significado da expressão “liminar” para a satisfação dos direitos sociais-fundamentais é dar-se conta de que qualquer forma de sumarização processual não oferece aquela segurança desejável pela sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX em que ao indivíduo, notadamente o demandado, em processo, assegurava-se a mais absoluta ampla e exauriente defesa. Na perspectiva aqui trabalhada essa também é uma prerrogativa conferida ao demandante (que no mais das vezes, na proposta ora lançada, advogará pelos interesses da própria sociedade), o que impõe verificar, primeiramente, por que a ampla defesa não pode ser reconhecida como um privilégio especial unicamente do demandado e por que o princípio

do contraditório pode ser compreendido no contexto dos locais de sumarização defendidos na presente tese.

Esse clássico receio às medidas liminares muito se deve ao papel assumido pelo procedimento ordinário e sua vocação à plenariedade, fenômeno ainda alimentado pela atitude discricionária do magistrado em sua apreciação. Atualmente só é possível falar em efetividade processual com um re-dimensionamento do que se espera por segurança no âmbito do processo, que evidentemente não é mais aquela do século XIX. Uma forma de garantia processual que inicialmente serviu de subsídio à afirmação da própria lei. Posteriormente, à edição de súmulas, enunciados, interpretações dominantes, etc.

Hoje se pode afirmar que a associação entre processo e segurança está intimamente relacionada com o respeito ao caso concreto submetido à jurisdição-processual e, evidentemente, com a Constituição. Logo, a segurança processual no século XXI é algo vinculado à concepção de uma verdade possível, o que guarda relação à posição ocupada pelo intérprete no contexto processual e de sua pré-compreensão da Constituição. No contexto desse ambiente de sumarização processual a que estão sendo submetidos pela presente tese os direitos sociais-fundamentais.

A posição ocupada pelo intérprete no seio da controvérsia (sumária) processual parece a toda vista tratar-se de uma condição de possibilidade na proposta pela re-configuração do sentido das medidas sumarizadas. Além de pensar essa proposta sob a influência da relação entre sumarização e verdade e da autenticidade da prova como condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto, este trabalho também parte do pressuposto de que falar em decisão liminar na satisfação dos direitos sociais-fundamentais é democratizar essa decisão, ou, indo direto ao ponto, é democratizar a *sentença liminar*, trazendo à tona, na tentativa de afastar a possibilidade da sedução da metafísica consciência do juiz, a funcionalidade da audiência liminar, local em que a atividade instrutória judicial pode ser concebida como uma metáfora, fazendo então exsurgir a opção por uma nova oralidade.

O objetivo é alertar que com a *sentença liminar de mérito* não se pretende retornar ao juiz Júpiter ou ao criativo-ativista, mas pensar num agir processual que pode ser denominado de “ser-no-processo”, o que está intimamente relacionado a uma prática processual oral compartilhada, oriunda de um poder distribuído. Autêntico, responsável, ético e democrático: esses são os principais valores do modelo jurisdicional “ser-no-processo”, os quais são diretamente dependentes do grau de aproximação entre procedimento e fato/lei, procedimento e sociedade, juiz e partes, juiz e caso concreto, juiz e sociedade, juiz e Constituição.

Como se teve a oportunidade de verificar nos itens anteriores, as iniciativas processuais que levaram a cabo funções antecipatórias da sentença de mérito estiveram relacionadas diretamente a uma forma de tutela de urgência, o que já se mostrou um efetivo local de satisfação de direitos principalmente na França e Itália, mas também no Brasil. Na França são denominadas *jurisdiction des référés*⁸³⁰, enquanto que na Itália são denominadas de *provvedimenti d'urgenza*. No Brasil destacam-se as medidas antecipatórias dos efeitos da tutela, o procedimento cautelar e as “falsas cautelares” satisfativas autônomas. Veja-se, contudo, que as modalidades processuais verificáveis na França e Itália são praticamente outorgadas segundo critérios puramente discricionais do magistrado, indicando um declínio das demais formas de tutela, tanto de conhecimento quanto cautelar. O modelo brasileiro também não se afasta desse quadro.

Sem ainda adentrar na questão da discricionariedade judicial como um fator determinante à sua concessão, o fato é que tais medidas legitimam-se por intermédio de procedimentos sumários e urgentes, interferindo diretamente no mérito da questão principal, realizando o direito litigioso em muitos casos de forma irreversível, tornando inútil futura sentença final de mérito. Tratam-se, como leciona Ovídio Baptista, ao fazer referência aos modelos francês e italiano, de típicos exemplos de prestação da tutela jurisdicional satisfativa antecipada e definitiva.⁸³¹

As decisões liminares contidas nesses procedimentos, obviamente, não surgem do nada. Elas desafiam, ao contrário, o aprofundamento da exigência de uma fundamentação adequada à satisfação de direitos que não podem ser submetidos ao procedimento comum, ou que independem de confirmação pela sentença final. Tais decisões, e isso também se aplica ao direito brasileiro, partem da necessidade de uma distribuição adequada da questão do tempo no processo civil, já que o procedimento ordinário, em relação ao tempo, privilegiou o demandado.

O problema relacionado à questão das decisões liminares é que classicamente tais provimentos são, em regra, ou inseridos no curso do processo de conhecimento, revelando

⁸³⁰ O *référé* francês, ao que tudo indica, consiste num dos principais rompantes ao procedimento comum daquele País, o qual faz parte dos países legatários do sistema processual oriundo da tradição romano-canônica. Trata-se de um sistema caracterizado pela presença de ações sumárias, cuja marca fulcral é a verossimilhança, visando sobretudo o ambiente onde está inserido o direito material litigioso. As decisões tomadas em sede de *référé* são caracterizadas, basicamente, pela sumariedade material e cognitiva, o que leva esse procedimento a uma autonomia procedimental e processual, trabalhando com a tutela da simples aparência do direito. Sua vantagem é a limitação da matéria de mérito, evitando a radicalização do debate e gerando respeito aos juízos de verossimilhança. Para um maior aprofundamento do tema, consultar: SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **O desvelar (aletheia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil**. Op. cit., pp. 443-466.

⁸³¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, pp. 05-06.

uma relação de dependência praticamente irrenunciável no processo moderno, ou ainda dependentes de um procedimento principal, como o são, no Brasil, respectivamente, as formas de antecipação de tutela dos artigos 273, 461 e 461-A e o processo cautelar. Anteriormente a instituição das medidas antecipatórias, o sistema processual civil dispunha de poucas espécies de procedimentos relacionados à possibilidade de concessão de liminares, sendo os principais o próprio processo cautelar, o procedimento das ações possessórias, do mandado de segurança, da ação de alimentos, da ação de nunciação de obra nova, etc.

Tal fato justifica porque, na tentativa de fugir do procedimento ordinário, as medidas cautelares satisfativas autônomas acabaram por muito anos se tornando a panaceia das tutelas de urgência. Essa foi a única medida urgente criada pela doutrina de processo civil em que realmente não havia relação de dependência com uma ação principal. Entretanto, foi sempre considerada uma falsa espécie cautelar, já que utiliza o rito cautelar a fins satisfativos, fato que contemporaneamente lhe retirou uma maior aplicabilidade e legitimidade (principalmente em razão do contraditório e da ampla defesa, alçados a princípios constitucionais também no âmbito do direito processual civil). Essas medidas processuais acabaram sendo ofuscadas com a universalização das medidas antecipatórias, representando a instituição de um processo interdital, mas que diante da filiação à doutrina clássica foram concebidas no interior do processo de conhecimento, elemento que sabidamente também limitou a sua utilização.

Tais constatações justificam, repita-se, à satisfação dos direitos sociais-fundamentais, pensar no re-dimensionamento do significado dos provimentos liminares, tornando a *sentença liminar de mérito* um ambiente autônomo de sumarização processual e procedimental-material democraticamente constituído. O que se pode considerar no mínimo intrigante nessa proposta está em conciliar sumarização com democracia processual, partindo-se do pressuposto de que qualquer espécie de sumarização está obrigatoriamente relacionada a uma questão de urgência, o que pressupõe sua concessão à surpresa do demandado.

Todavia, não é exatamente essa a concepção central da proposta lançada. A satisfação dos direitos sociais-fundamentais não está relacionada necessariamente a alguma situação de urgência, ainda que esse também seja um objetivo sustentável na instituição desses novos *locus* de sumarização processual. A tese da *sentença liminar de mérito* tem conjuntamente à preocupação da rapidez na satisfação desses direitos a legitimidade na construção da decisão que sobre eles recairá a partir de um juízo de aparência, de verossimilhança, de probabilidade, o que leva a democratização desse ambiente de sumarização processual a uma situação de necessidade.

Entre sumarização e democratização interessa dar primazia aos juízos de aparência,

não se restringindo a proteger um direito emergencial, mas a própria causa que não pode esperar. Ao dar primazia à aparência a tese da *sentença liminar de mérito* afasta-se de outra visão: a de que o processo serve a buscar a certeza através do procedimento comum. Uma necessidade instituída pelo próprio Estado Democrático de Direito e seu direcionamento para além dos direitos individuais, mas também coletivos e difusos, tendo a justiça social como condição de possibilidade na correção de desigualdades.

Isso leva a rever a teoria tripartite processual em que ao Judiciário foi delegada uma posição hierarquicamente superior a das partes, deixando de lado a participação dos sujeitos processuais. Interessa, portanto, rumar à construção de uma jurisdição-processual de poder difundido, principalmente a partir da participação da sociedade, em que, como assinala Dierle Nunes, todos os interessados influenciem na formação das decisões.⁸³² Em levar a construção do ato jurisdicional ao debate dos interessados, a discussão entre todos os sujeitos processuais, tendo-se em vista o respeito aos princípios constitucionais, de forma que, como sustenta Trocker, os atingidos pela decisão possam contribuir para sua formação.⁸³³

É possível, contudo, ir além. Ao se redefinir o sentido da expressão *liminar*, democratizando-se a jurisdição no interior de locais de sumarização processual, a tese da *sentença liminar de mérito* guarda relação a ambientes autônomos de prestação jurisdicional, que não guardam relação de dependência com outros procedimentos. Essa proposta rompe por completo com qualquer pretensão de inter-relacionamento desses *locus* sumários ao procedimento ordinário, uma vez que parte da premissa de que julgar não é somente proferir sentença final declaratória, mas igualmente sentenças liminares, ultrapassando a visão liberal de processo civil (que reconhece apenas as sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas) para também reconhecer independência às cargas de eficácia mandamental e executiva *lato sensu*, não mais adstritas a eficácia condenatória.

Ademais, há de se alertar que quando se está a tratar de sumarização é fundamental dizer que também se está a tratar da sumarização da cognição, não somente da concentração de atos processuais, ainda que este seja um elemento importante para a tese lançada. Se o objetivo é propor locais de encurtamento processual no tempo, é imperioso advertir que esse encurtamento não é somente processual, mas também material, o que leva ao encurtamento da

⁸³² Cf. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Op. cit., p. 203.

⁸³³ Cf. TROCKER, Nicolo. I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Ed. Cedam, 1988, pp. 50-95.

própria cognição em contraposição à plenariedade do rito ordinário.⁸³⁴

2.2.1 Por que a ampla defesa não pode ser reconhecida como um privilégio especial do demandado e por que o princípio do contraditório pode ser compreendido no contexto da sumarização de demandas

A percepção de processo enquanto procedimento em contraditório, não enquanto relação jurídico-processual tripartite, está entre as maiores contribuições do italiano Elio Fazzalari ao atual direito processual civil. Para o processualista, o processo seria um procedimento do qual participam em contraditório aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos. Uma procedimentalidade estruturada na participação, em fase preparatória, dos destinatários dos efeitos do ato final na simétrica paridade de suas posições, na mútua aplicação de suas atividades. Enfim, um ambiente processual em que o contraditor exercite um conjunto de escolhas, reações e controles.⁸³⁵ Contendo, dessa forma, o processo, para Fazzalari, uma estrutura dialética de procedimento, de modo que

[...] existe, em resumo, o processo, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.⁸³⁶

Dessa passagem é possível concluir que para o processualista italiano só haverá processo enquanto se der tal desenvolvimento dialético. Onde inexistir, não haverá processo, ainda que haja procedimento. A existência do processo é condicionada pelo jurista à ocorrência de uma questão controversa, de modo que o debate que sobre ela recair seja tratado regularmente no *iter* processual até o provimento final, numa espécie de unidade que será assegurada pelo resultado para o qual conspira.⁸³⁷ Eis o comprometimento de Fazzalari com o contraditório e com a ampla defesa, de modo que seu exercício é capaz de contribuir decisivamente à construção do próprio ato decisional, seja na faculdade de alegar fatos ou na possibilidade de produção probatória, todos eles interligados à consecução do provimento final, numa unidade guiada pela simetria de paridade.

No Brasil, o pensamento de Fazzalari foi difundido por Aroldo Plínio Gonçalves, que também trabalhou na perspectiva de processo como procedimento realizado em contraditório

⁸³⁴ Compartilham dessa posição os seguintes processualistas, nas seguintes obras: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1977, p. 41; ASSIS, Araken de. **Procedimento sumário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, p. 11.

⁸³⁵ In: **Instituições de direito processual**. Campinas: Ed. Bookseller, 2006, p. 119.

⁸³⁶ Idem, *ibidem*, p. 120.

⁸³⁷ Idem, *ibidem*, pp. 125-127.

entre as partes. O processualista brasileiro, seguindo a orientação de seu mestre italiano, sustenta que o estudo da jurisdição deve se realizar sobre o processo, já que este é quem oferece a estrutura para que sejam reunidos e ordenados os vários aspectos que envolvem a manifestação do poder jurisdicional. Um poder que principalmente após a Constituição de 1988 deve ser exercido em consonância com a efetiva participação das partes em processo, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor.⁸³⁸

Essa efetiva participação das partes, característica fulcral do contraditório segundo Gonçalves e Fazzalari, exigindo mais do que a simples audiência da parte, do direito das partes de se fazerem ouvir, condiz a uma participação atenta do juiz no processo, que a seu turno deve adotar as providências necessárias para garanti-lo. Tudo em processo deve ser posto no debate do contraditório na presença do magistrado, o que tem muito a contribuir, sustenta Gonçalves, para a realização de uma decisão justa. Uma decisão tomada por um juiz presente, atuante nos atos processuais, assegurando a simétrica paridade das partes.⁸³⁹

A renovação do direito processual pelo procedimento, o que realmente aproximou a tese de Gonçalves da tese habermasiana, levou o processo civil a uma compreensão a partir do contraditório e da discussão da matéria processual até a sentença final, sendo capaz de gerar a construção do que Gonçalves denominou de “sentença participada”. Uma decisão não produzida isoladamente pelo Estado, mas resultante de toda uma atividade realizada com a participação dos interessados, daqueles que irão suportar seus efeitos.⁸⁴⁰ A sentença final não seria ato de exclusividade absoluta do ente estatal, pressupondo a efetiva participação das partes em sua construção.

Diante do paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito as teses de Fazzalari e Gonçalves realmente merecem toda a atenção. Todavia, é possível, e esse é um dos desideratos da presente tese, fazer uma espécie de releitura das mesmas, principalmente em razão da necessidade na satisfação dos direitos sociais-fundamentais a partir da compreensão de processo no interior da matriz hermenêutica fundada na ontologia fundamental.

Ao invés de hipostasiar o procedimento, essa concepção de processo civil mergulhado na perspectiva hermenêutica de cariz filosófico tem uma preocupação muito mais direcionada ao fato concreto, ao mundo prático que se desvela em cada caso no ambiente processual, do

⁸³⁸ In: **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Op. cit., pp. 115-119.

⁸³⁹ Idem, ibidem, pp. 120-126.

⁸⁴⁰ Idem, ibidem, pp. 193-194.

que ao próprio procedimento. O que deve ficar claro é que essa opção parte do pressuposto de que quando se sobreleva o procedimento dá-se azo, já que o mesmo é fundamentadamente um método, ao cometimento de decisionismos judiciais.

O procedimentalismo excessivo, elemento que a presente tese vem combatendo desde seu início, não leva em conta a conteudística, ocorrendo justamente daí a supervalorização, pelo magistrado, de elementos procedurais, dando inclusive ensejo a possibilidade da ocorrência de várias respostas, dependentes, quanto à sua aplicabilidade, da discricionariedade do juiz. Não se pode esquecer, nesse contexto, que no seio da obra do próprio Habermas, um dos ícones do procedimentalismo, há a proposta de uma teoria comunicativa capaz de superar a linguagem da tradição, deslocando o problema da atribuição de sentido a uma situação ideal de fala, cuja função é a de servir de justificação prévia ao procedimento de adequação (um dos elementos centrais da tese habermasiana) entre faticidade e validade. Em razão disso, lembra Lenio Streck, interpretar, para a tese habermasiana, é algo necessário somente frente à falta de consenso, o que se daria nos casos difíceis, em que seria inaplicável o método da subsunção.⁸⁴¹

A questão está em alertar que a tese do procedimento em contraditório não pode, no paradigma instituído pelo Estado democrático de Direito, fomentar uma interpretação vinculada unicamente ao método procedimental, num processo de extração de sentido do fato (do caso concreto). Para a matriz hermenêutica aqui trabalhada os sentidos aos fatos levados ao conhecimento da jurisdição-processual são atribuídos a partir da faticidade em que está inserido o intérprete, não a partir de conceitualizações ou rotulações, o que muito se verifica quando se hipostasia o rito.

Ainda que a perspectiva de processo enquanto procedimento em contraditório seja algo realmente a se considerar, principalmente no que tange à construção de uma sentença participada, uma possível releitura dessa tese também pode ser realizada, em pleno século XXI, a partir do intuito, este sedimentado pela modernidade, em ordinarizar todo o processo de conhecimento no âmbito do direito processual civil. A própria concepção de processo enquanto procedimento em contraditório de Fazzalari e Gonçalves não conseguiu escapar da sedução ocasionada pela ordinariedade, ao passo que ambos defendem a concepção de processo em contraditório numa unidade dos atos processuais enquanto atos preparatórios do procedimento final, a sentença final, único ato considerado verdadeiramente jurisdicional.

⁸⁴¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., pp. 39-46.

Sobre o tema, mesmo que indiretamente, Gonçalves chega a afirmar que as propostas de novas categorias e de novas vias de abreviação do processo e da decisão final, ainda que voltados à construção de uma decisão justa, não podem se mostrar incompatíveis com as garantias das partes e com a garantia constitucional do contraditório na consecução da sentença final.⁸⁴² Logicamente, essa é uma preocupação salutar na obra do processualista brasileiro. Não deixa, contudo, de ser uma preocupação seduzida pela ideologia da *ordinariedade*, haja vista que todas as garantias por ele traçadas servem a preparar o ato final, nunca um julgamento antecipado (ainda que em contraditório), como se essa modalidade de atuação jurisdicional fosse incompatível com os postulados do contraditório e da ampla defesa. Para a presente tese não o são. É isso que impõe a partir de agora aprofundar.

Para tanto, pode-se partir do pressuposto de que a ideologia da *ordinariedade*, como incessantemente vem sendo trabalhado, concebe unicamente como verdadeiro ato jurisdicional a sentença final de mérito. Um fenômeno que se apresentou ao direito processual civil desde o momento em que os interditos romanos foram banidos do sistema romano de processo, o que já se teve a oportunidade de investigar. Com o advento da modernidade, a intenção do legislador foi a de *ordinarizar* praticamente todos os procedimentos, o que sobrelevou a natureza condenatória das sentenças, fato que, é verdade, tem início com a recepção pelo processualismo do conceito da *actio* romana.

Um dos reflexos desse fenômeno foi o banimento de praticamente todas as formas de contraditório que fossem assemelhantes a modalidade de exercício prévia (da qual se segue a cognição exauriente), o que trouxe a consequência de que o juiz só poderá julgar depois de ouvir ambas as partes (*audiatur et altera pars*). Antes disso não julgaria, apenas proferiria decisões de ordem processual. O contraditório prévio, desse modo, é talvez a marca essencial da *ordinariedade*, trazendo a reboque a necessidade da ampla defesa, transformada, como bem lembra Ovídio Baptista, em cânone constitucional⁸⁴³ principalmente com a Constituição de 1988.⁸⁴⁴

Essas implicações de ordem processual relacionam-se entre si: enquanto o contraditório, no rito ordinário, deve ser prévio, sendo essa atualmente uma exigência constitucional, a sentença somente pode ser o ato que encerra (extingue) o procedimento após ampla discussão probatória. Essa é a gênese do procedimento ordinário, que assim

⁸⁴² Idem, *ibidem*, pp. 124-125.

⁸⁴³ A Constituição de 1988, em seu art. 5.º, LV, reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸⁴⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 151.

praticamente eliminou as demandas sumárias.

Entretanto, principalmente diante do processo de complexização da sociedade moderna, o nascimento de alguns procedimentos especiais acabou por admitir outras modalidades de exercício do princípio do contraditório, rompendo com a lógica da ordinaryidade e do contraditório apenas na feição prévia. Isso teve início primeiramente com o processo cautelar e com a maioria dos procedimentos especiais do Livro IV do código de procedimento civil de 1973, alcançando estes últimos direitos que praticamente se relacionam com a defesa ou reivindicação da propriedade, da posse e do crédito.

A grande inovação foi proporcionada pelo instituto processual da antecipação (dos efeitos) da tutela em 1994, o qual lida com outra modalidade de contraditório, esta de identidade diferida, já que o juiz está autorizado a julgar desde logo o pedido antecipatório na forma de uma decisão provisória, que por sua natureza carece de confirmação pela sentença final. Eis aí uma das razões pelas quais a antecipação (dos efeitos) da tutela foi jogada no interior do processo de conhecimento, mantendo-se fiel ao paradigma da ordinaryidade.

Diante dessas constatações, urge indagar: por que somente os procedimentos especiais do Livro IV do código de procedimento receberam tratamento diferenciado? Por que tanto as medidas cautelares quanto as medidas antecipatórias da tutela continuam a depender de um processo principal que lhes confirme, que lhes dê legitimidade? A primeira certamente guarda relação aos interesses da sociedade liberal burguesa, já que no auge das discussões sobre os pressupostos teóricos da ação processual não poderia se manter refém do procedimento ordinário. À burguesia deveriam ser alcançados outros meios de proteção a propriedade, a posse, ao crédito, o que inclusive fomentou a criação, na Itália, do procedimento cautelar, como já visto. A segunda revela o inafastável compromisso do direito processual com a ideologia da ordinaryidade, o que tanto aqui se tem insistido.

Com isso surge a indagação: esse comprometimento se revela admissível em pleno século XXI, em que o direito deve ser compreendido enquanto meio transformador da sociedade, não mais simplesmente mantenedor da ordem ou cessionário do poder político às mãos dos detentores do poder econômico? Como pensar o processo civil, umbilicalmente relacionado à ideologia da ordinaryidade, diante do surgimento do direito a um meio ambiente saudável, a imagem, a bioética, ao biodireito, a bioengenharia, aos advindos da virtualização do mundo, dentre outros tão importantes? Essas outras indagações, a seu modo, justificam a proposta ora lançada.

Uma proposta que parte do pressuposto de que é sim possível falar em sumarização democrática processual sem violar a Constituição. Ao contrário, para realmente fazer valer a

Constituição, aqui por intermédio do processo civil. O que se quer realçar é que não há incompatibilidade entre sumarizar ações e defesas e os postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, principalmente frente ao direito material-constitucional litigioso. A concretização de ambientes processuais sumários, como o da *sentença liminar de mérito*, têm todas as condições de acelerar a prestação jurisdicional sem cair no conto da (in)segurança jurídica do modelo de jurisdição liberal, para pensar, a partir da posição ocupada pelo intérprete do caso, a ampla defesa e o contraditório no contexto da própria Constituição, o que significa advertir que tanto o contraditório quanto a ampla defesa também são privilégios também do demandante, não somente do demandado na relação processual.

Essa é uma discussão que ganhou força principalmente a partir do momento em que as Constituições estenderam o contraditório e a ampla defesa a qualquer processo judicial, como o fez, no Brasil, a de 1988, no artigo 5.º, inciso LV. Sobre o tema, note-se o radicalismo de Pontes de Miranda, que ao comentar o alcance da ampla defesa no direito processual civil, referindo-se, contudo, à Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, diz que a defesa em processo, ao menos a aludida pela Emenda, no §15, é a defesa em que há acusado, ou seja, em processo penal ou fiscal. Tal princípio, continua Pontes de Miranda, nada tem com o início do processo civil, onde há réus sem direito à defesa, antes da condenação.⁸⁴⁵

A posição de Pontes de Miranda é visivelmente conflitante, atualmente, com o Estado Democrático de Direito. Não é mais possível falar em extirpação do contraditório, em “réus sem direito a defesa”. Ao mesmo tempo, o contraditório e a ampla defesa não podem ser considerados incompatíveis com outros *locus* de sumarização processual, do mesmo modo que é possível então afirmar que a tese da *sentença liminar de mérito* pode ser compreendida no interior do Estado Democrático de Direito sem prejuízo do devido processo legal, sistemicamente articulado com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Não é de todo crível atualmente compreender os postulados constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa em posição antagônica com as modalidades processuais que atuam como rompantes à ordinariedade, ainda que tais elementos sejam características fulcrais do rito ordinário. Por isso é que uma aproximação entre sumarizar ações e defesas com os referidos postulados constitucionais é medida que atualmente se impõe. Essa é uma das bases desse *locus* processual que a presente tese denominou de *sentença liminar de mérito*.

A aproximação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do

⁸⁴⁵ In: **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**. Tomo 5. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 236.

contraditório e da ampla defesa com ambientes processuais de sumarização não é novidade no direito processual civil brasileiro. A base dessa aproximação, em todos os casos em que ela ocorre, sustenta-se no fato de que os referidos postulados constitucionais não podem ser considerados privilégios unicamente do demandado em processo, mas também do demandante. Um dos exemplos que melhor ilustra a questão, o qual recebeu a minuciosa análise de Ovídio Baptista, é o mandado de segurança.⁸⁴⁶

Um procedimento capaz de produzir um julgamento liminar de mérito diante da possibilidade de tutela imediata da aparência do direito invocado pelo impetrante, que a partir da sustentação de violação ou ameaça de violação a direito líquido e certo, sendo capaz de formar um juízo provisório do julgador, desafia uma sentença que rompe com ideologia da ordinariedade ao estabelecer-se enquanto ordem, não enquanto simples declaração (ou condenação), o que levou ao seguinte questionamento pelo processualista gaúcho: por que a ação de mandado de segurança nunca foi considerada inconstitucional pela doutrina de processo civil?⁸⁴⁷ O mesmo se poderia indagar em relação às “cautelares” satisfativas autônomas, já trabalhadas na presente tese, nas quais a liminar tem o efeito de realizar, definitiva e irreversivelmente, os efeitos buscados pelo demandante.

Essas medidas utilizam meios de sumarização antecipatória que, a primeira vista, poderiam ser considerados inconstitucionais por aqueles que tradicionalmente foram seduzidos pela ideologia da ordinariedade. Todavia, a compatibilidade entre a sumarização e os referidos postulados constitucionais⁸⁴⁸ sustenta-se no fato de que principalmente o denominado *due process of law* também se estende ao autor da demanda, já que este tem direito a um processo capaz de garantir-lhe a satisfação de seu direito⁸⁴⁹, principalmente quando esse direito guarda relação a ordem constitucional dos direitos sociais-fundamentais, ponto crucial a que se detém a tese proposta.

No interior da presente tese de sumarização de ações e defesas em processo civil é possível trabalhar com o contraditório e a ampla defesa de forma a não criar óbices à

⁸⁴⁶ In: A “plenitude de defesa” no processo civil. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Op. cit., pp. 110.

⁸⁴⁷ Idem, ibidem, p. 111.

⁸⁴⁸ Sobre a relação entre sumarização e o devido processo legal, justifica Hommerding: “existe um número significativo de outros princípios que também devem ser observados, em maior ou menor escala, frente ao direito material litigioso. A garantia do contraditório e da ampla defesa, portanto, não é absoluta e deve ceder quando representar perigo a outros valores prestigiados no ordenamento jurídico”. Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Op. cit., p. 195.

⁸⁴⁹ Daí a indagação de Ovídio Baptista: “Um processo capenga, interminável em sua exasperante morosidade, deve ser reconhecido como um ‘devido processo legal’, ao autor que somente depois de vários anos logre uma sentença favorável, enquanto se assegura ao réu, sem direito nem mesmo verossímil, que demanda em procedimento ordinário, o ‘devido processo legal’, com ‘plenitude de defesa’? In: A “plenitude de defesa” no processo civil. Op. cit., p. 113.

efetividade do processo e a própria implementação dos direitos sociais-fundamentais. Isso significa que os cortes de sumarização processual e material não violam o devido processo legal. O importante é dar-se conta de que é possível, com a *sentença liminar de mérito*, inverter o ônus do tempo do processo sem violar o contraditório e a ampla defesa, não vilipendiando o devido processo legal.

A fidelidade ao paradigma da ordinariedade, da plenariedade e da declaração, além, como se viu, de concentrar-se fortemente nas apostas ao solipsismo (e protagonismo) judicial, ao ritualismo fase-a-fase ordinário, a preparação do rito à sentença final compreendida enquanto único ato realmente jurisdicional, enquanto ato em que o juiz extingue a relação processual, praticamente eliminou do sistema processual civil outras formas de contraditório a exceção da versão prévia (e seu corolário da cognição exauriente), quase extirpando a ocorrência, por exemplo, das modalidades diferida e eventual.

Nesse sentido, sustenta Hommerding que o contraditório pode ser postergado (adiamento temporal) nos casos de demandas sumárias, o que não significa a impossibilidade das partes poderem argumentar amplamente. Num procedimento em contraditório (Fazzalari), é evidente que os argumentos não podem restar tolhidos. O debate, contudo, deve ocorrer acerca “daquela” matéria, e não de “outra” matéria. Daí a sumarização material. O contraditório e a ampla defesa, enfim, o *due process of law*, nesses casos, não é violado, o que impede que o magistrado se torne um sujeito solipsista, ponto fulcral da teoria tripartite de processo.⁸⁵⁰

O contraditório diferido inverte a estrutura da relação processual, antecipando algum efeito da sentença de mérito, tal como ocorre nas modalidades de antecipação de tutela, onde o juiz julga provisoriamente antes da manifestação do demandado, que somente após isso tem a possibilidade de exercer o contraditório, que assim não é violado. Contudo, como já mencionado, ainda que a antecipação (dos efeitos) da tutela tenha natureza interdita, de índole executiva, trabalhando com o contraditório na modalidade diferida, mantém-se sob a sombra da ordinariedade, principalmente pelo fato de estar inserida no interior do processo de conhecimento, que é ordinário, bem como pelo fato de não estar autorizada a antecipar a tutela, mas seus efeitos.

Já o contraditório eventual transfere o contraditório para uma ação incidental posterior, como ocorre até hoje com a ação de embargos do devedor. Uma ação inversa para impedir o sucesso de sua antagonista, proposta de forma subsequente, invertendo-se os pólos originais

⁸⁵⁰ Cf. HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Op. cit., p. 195.

das partes. Ali ocorre uma espécie de inversão do contraditório em razão da autonomia da fase inicial da demanda inaugural, ou sumária.⁸⁵¹

Isso tudo demonstra que a organização de um processo mais ágil, mais efetivo e mais condizente com a questão da satisfação dos direitos sociais-fundamentais passa pelo fato de que o demandante (assim como a própria Constituição) faz também jus ao devido processo legal, o que impõe, na satisfação desses direitos, romper com a ideologia da ordinariade para apostar na sumarização processual e material de demandas. Esse processo diferenciado, ultrapassando tanto a visão de mero instrumento de declaração individualista quanto a de instrumento de condução pelo sujeito solipsista, é plenamente compatível com os anseios constitucionais e suas garantias.

2.2.2. Sumarização, verdade hermenêutica e (novamente) democracia processual: a autenticidade da prova como condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto. Ainda: audiência liminar, oralidade processual e a metáfora do juiz-instrutor. Nem Júpiter nem criativo-ativista, apenas “ser-no-processo”

A proposta na redefinição das decisões liminares no âmbito da tese da *sentença liminar de mérito* tem como elemento fulcral a simbiose entre sumarização e democratização processual. Trata-se da construção liminar (já que realizado em sede de cognição sumária) de um provimento jurisdicional democrático, compartilhado, autônomo, anti-arbitrário e anti-positivista. Um novo *locus* processual que tem como principal objetivo a valorização da Constituição.

Guarda congruência a uma proposta democratizante do ambiente processual, que cuida da questão da verossimilhança não em posição de antagonismo à verdade processual, mas coadunada a uma verdade possível sujeita às condições de temporalidade e compreensão do intérprete, capaz de produzir uma espécie de segurança jurídica que ao invés de receber a rotulação de súmulas, enunciados, posicionamentos jurisprudenciais dominantes, etc., derive do respeito ao caso concreto submetido à jurisdição-processual. E a partir dele (mas somente a partir dele!) pense na utilização de vetores jurídicos entificados, sempre que necessário e possível, até como forma de dar coerência a decisão liminar.

Essa simbiose entre sumarização e democratização deve ser compreendida diante da dicotomia existente entre sumarização e verdade hermenêutica. Já que a posição ocupada pelo intérprete jurisdicional faz parte da proposta pela construção da *sentença liminar de mérito*, pensar a ligação entre sumarização e o alcance da verdade possível nesse novo *locus*

⁸⁵¹ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 157.

processual depende da construção (constitucional) de um modelo de juiz ser-no-mundo, o que remonta à necessidade em profanar a sacralização do rito ordinário e re-elaborar o conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico, valorizando o processo interpretativo para compreender que a decisão construída por intermédio de um juízo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba justamente por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase ordinária, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

Decorre daí a necessidade em pensar essa dicotomia a partir da questão da prova, um dos núcleos centrais da tese da *sentença liminar de mérito*. Uma necessidade que impõe levar em consideração, ao modelo dos inúmeros procedimentos especiais previstos no sistema jurídico brasileiro, o papel desempenhado pela audiência liminar, elemento essencial na tese ora lançada. É possível agora adiantar que se está a trabalhar com a releitura constitucional da audiência de justificação prévia, presente, como se disse, no interior de muitos procedimentos especiais existentes no sistema processual vigente, tal como ocorre, por exemplo, no procedimento cautelar e nas ações possessórias.

Antes de penetrar a fundo nesse elemento tão importante que é a audiência liminar, insta referir que a tese da *sentença liminar de mérito*, já que trabalha com verdades conteudísticas, assim entendidas pelo viés da fenomenologia hermenêutica, lida com a verossimilhança do fato/direito levado à jurisdição-processual a partir do conjunto probatório apresentado e produzido no ambiente de sumarização procedimental e material, afinal de contas a *sentença liminar*, nos termos aqui compreendidos, depende do estabelecimento da base fática que se apresenta no ambiente processual.⁸⁵² Segue nisso o direito inglês, onde se dá considerável importância às provas produzidas *prima facie*, diferentemente dos países cujos sistemas processuais são descendentes do direito romano-canônico, que a partir da hipostasiação do procedimento ordinário compreendem a prova como um achado científico, sustentando a necessidade na descrição empírica do fato sobre o qual ela deve recair.

A partir justamente da posição atribuída aos juízos de verossimilhança, já que verossimilhança e verdade são conceitos conciliáveis hermeneuticamente, esta tese aproxima-se do processo de atribuição de sentido, de significado aos fatos sob o qual incide a prova nesse ambiente de aparência do fato/direito. O referido processo é condição de possibilidade para a *sentença liminar de mérito*. Por isso é que já se afirmou que a verossimilhança guarda

⁸⁵² Nesse sentido compartilha da tese de Erich Dohring, para quem a questão de fato é tão importante como a questão de direito em processo. In: **La prueba. Su práctica y apreciación: la investigación del estado de los hechos en el proceso.** Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJE, 1986, p. 01.

uma relação de harmonia com as novas realidades sociais, que não podem permanecer reféns, na defesa de seus interesses, do mortificante procedimento ordinário, indiferente a problematidade do direito, afastando-se do caso concreto.

Jeremy Bentham, ainda no século XVIII, já alertara pela tendência em considerar a prova judicial como demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade, restaurando de certa forma a retórica aristotélica como meio construtor dos juízos de probabilidade.⁸⁵³ Note-se, em sentido contrário, que o procedimento ordinário ainda pensa a prova enquanto um equivalente apto à demonstração da veracidade da existência de um determinado fato.⁸⁵⁴ E mais: tradicionalmente vem delegando ao juiz a possibilidade de requer as provas “que entender necessárias”.

O que deve ficar claro é que tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade hermenêutica (verdade possível) ou à probabilidade de um fato em processo civil, o que tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto, também guarda relação ao modo como se dá sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade sobre a base dos elementos de prova disponíveis (aparentes), o que impõe sobrelevar o papel da linguagem. Não se está com isso a gravar o autor com o ônus da prova⁸⁵⁵, mas trabalhar com a prova judicial de forma não-fracionada, tampouco evitar que o demandado, nessa proposta, exonere-se da necessidade em demonstrar através de produção probatória que o autor não tem razão.

Sobrelevar a linguagem nesse novo ambiente processual proposto é dar condições a produção do contraditório sobre a prova. A linguagem, na tese da *sentença liminar de mérito*, deve ser pensada de modo a viabilizar o fato não enquanto algo puro, em algo pré-dado, em algo relacionado a uma verdade metafísica, mas enquanto categoria hermenêutica, em algo a ser compreendido, o que depende do processo de atribuição de sentido pelo magistrado juntamente ao debate exercido pelas partes sobre a prova.

Todavia, esse processo de atribuição de sentido não deve ser confundido à possibilidade do magistrado requerer a produção desta ou daquela prova (originando a figura

⁸⁵³ Sobre o tema, consultar: BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ed. EJA, 1971. Ainda: GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Ed. Giuffrè, 1961; VERDE, Giovanni. **L'ônere della prova nel processo civile**. Camerino: Ed. Jovene, 1974.

⁸⁵⁴ É o que diz o artigo 332 do código de procedimento: “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a *verdade dos fatos*, em que se funda a ação ou a defesa” (grifou-se).

⁸⁵⁵ Segundo Ovídio Baptista, o rígido princípio romano sobre ônus da prova, segundo o qual a prova incumbe invariavelmente a quem alega e nunca a quem nega (*actore non probante reus absolvitur*), sem levar em consideração a maior ou menor verossimilhança dos fatos alegados, mantém um profundo compromisso com a estrutura e os princípios formadores do procedimento ordinário, derivado do procedimento da *actio* do direito privado romano. In: **Curso de processo civil**, vol. I: processo de conhecimento. Op. cit., p. 327.

do juiz-inquisitor), possibilidade radicalmente afastada pela presente tese.⁸⁵⁶ Quando se está a postular pela necessidade de re-leitura do direito processual civil a partir do que vem se denominando de *sentença liminar de mérito*, está-se também a alertar que essa possibilidade não está adstrita a vontade do julgador nem à sua habilidade em dar agilidade a esse local de sumarização processual. No que tange a produção probatória, isso leva a concluir que esse é um ônus a ser compartilhado pelas próprias partes.

Com isso não se está sustentando que o modelo jurisdicional constitucionalmente adequado à presente proposta seja o de perfil neutro, a quem a interpretação estaria proibida. A neutralidade não deve ser confundida com a inevitável interpretação, nem com ativismos, tampouco decisionismos. Mesmo o juiz neutro pode ser arbitrário, e isso ocorre, no campo probatório, quando deixa de aplicar a Constituição, ferindo, por exemplo, a imparcialidade ou a necessária fundamentação das decisões.⁸⁵⁷ A produção da prova na perspectiva da tese da *sentença liminar de mérito* justifica-se pela necessidade, em pleno século XXI, em revalorizar o caso concreto levado à jurisdição-processual, evitando-se que este seja refém do método ou da consciência do magistrado, o que significa dar ênfase ao contraditório que sobre ele recairá.

Produzir a prova em contraditório é valorizar o caso concreto, o que hoje se apresenta como uma exigência constitucional. Não é possível olvidar que o processo civil no século XXI deve trabalhar como uma percepção integrativa do direito, o que implica em levar o produto da prova à discussão, de forma que seu aproveitamento dê-se de forma coerente com o plano fático material-constitucional e com as decisões judiciais pré-existentes. Tais circunstâncias, pelo que logo se verá, pressupõem a figura do juiz “ser-no-processo”, que respeita o valor da tradição (autêntica), fazendo referência metaforicamente, numa linguagem dworkiniana, a uma espécie de “romance em cadeia”. Uma unidade que agora pode ser pensada à luz da produção da prova na *sentença liminar de mérito*, o que pressupõe não

⁸⁵⁶ Nesse sentido, para a presente tese são inconstitucionais todos os artigos que delegam ao magistrado a possibilidade de, *ex officio*, requerer a produção desta ou daquela prova, como o são, a título exemplificativo, os dispositivos 342 (requerimento de ofício do depoimento pessoal), 382 (ordenação de ofício da exibição de livros comerciais e demais documentos), 418 (ordenação de ofício da inquirição de testemunhas referidas pelas partes ou pelas testemunhas arroladas em juízo). Isso porque a presente tese parte do pressuposto da construção democrática desse ambiente processual sumarizado, fato que, no campo probatório, leva às partes a obrigação de produção da prova a fim de comprovar suas teses e argumentos.

⁸⁵⁷ Afinal de contas, é de se questionar: os juízes, em geral, fundamentam adequadamente suas decisões, notadamente quando ordenam de *officio* a produção de determinada prova no ambiente processual? Como meio de resposta, veja-se a seguinte passagem de Santiago Sentis Melendo: “[...] no es que las partes no hayan de proponer o pedir que se practiquen determinados medios de prueba; pero se hace difícil que el juez salga en busca de fuentes; como he dito, no es su función. Tradução livre do autor: “não é que as partes não tenham de propor ou pedir que se pratiquem determinados meios de prova; mas torna-se difícil que o juiz saia em busca de fontes; não é essa sua função”. In: **La prueba**: los grandes temas de derecho probatorio. Buenos Aires: Ed. EJE, 1979, p. 17.

simplesmente reproduzir seu resultado, mas atribuir sentido a ele, profanando a tradicional concepção de prova como achado de um produto científico, o que incessantemente alertou Ovídio Baptista.

Próxima a essa é a concepção de prova defendida por Darci Guimarães Ribeiro, para quem sua produção tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa. Uma reconstrução de fora para dentro do processo⁸⁵⁸, que dá-se de maneira sumarizada, fulcrada em juízo de aparência, rompendo com a obsessão racionalista de certeza do fato/direito. A visão do renomado processualista gaúcho sobre a prova o levou a perceber que há uma tendência em se considerá-la como manifestação de uma probabilidade, de uma verossimilhança, o que leva ao restabelecimento da retórica enquanto categoria processual hermenêutica. Ribeiro compartilha da posição de Alessandro Giuliani, que vê a prova judicial enquanto técnica de argumento, não se podendo exigir do responsável por sua produção que prove de forma absoluta a sua alegação, exigência das ciências naturais, não de uma ciência da compreensão como o direito.⁸⁵⁹

A compreensão da posição da verossimilhança perante a *sentença liminar de mérito* aproxima-se tanto da tese de Dworkin quanto da tese de Ribeiro. Em relação à contribuição dworkiniana, já se referiu que só é possível falar numa filosofia *no* processo se a verdade em processo for trabalhada como produto da decisão, o que para esta tese só é possível ocorrer no interior da relação hermenêutica, não no procedimento pelo procedimento. Não é possível superar a teoria da prática, o procedimento do fato. Para compreendê-lo o intérprete tem que primeiramente estar inserido naquele contexto, quando aquilo que está velado se desvelará. Há uma clivagem entre o homem e o mundo que faz com que se compreenda algo somente pelo discurso, pela linguagem, o que leva a questão da produção da prova a uma nova perspectiva no interior da tese da *sentença liminar de mérito*.

O que não pode ficar de lado é que a autenticidade da prova é condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto nesse *locus* de sumarização processual, afinal de contas, ainda que sumarizadas, as decisões construídas no interior do que vem se denominado de *sentença liminar de mérito* não surgem do nada, mas ao contrário desafiam – evitando assim o cometimento de arbitrariedades, decisionismos ou discricionariedades (em seu sentido forte) – o enfrentamento direto da questão fático-processual a que está ligado o direito social-fundamental correspondente.

Assim é que também distanciam o magistrado daquela função burocrática herdada

⁸⁵⁸ In: **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998, p. 60.

⁸⁵⁹ Idem, *ibidem*, pp. 62-63.

principalmente por força da Revolução Francesa, o que, como alerta Vittorio Denti, exerce até hoje influência sobre o sistema probatório nos países da tradição *civil law*, que tradicionalmente vem sendo invadidos pela tendência do juiz-funcionário em verificar os fatos como uma operação técnica⁸⁶⁰, interferindo na atividade interpretativa que sobre a prova deve recair.

A presente tese, portanto, considera fundamental o processo de inserção do intérprete no contexto da controvérsia quando o tema é produção probatória. Assim é que sumarização e democratização podem aproximar-se num objetivo único: a satisfação dos direitos sociais-fundamentais que visitam a jurisdição-processual. Como pode ocorrer o aludido processo de inserção, quando o rito ordinário, pelo que se pôde verificar, parte classicamente da premissa de afastamento entre juiz, partes e caso concreto? Por isso a presente tese foi à filosofia para trazer a percepção hermenêutica filosófica e sustentar, no âmbito do processo, notadamente no *locus* processual aqui proposto, que é a historicidade do ser-aí a responsável pela intermediação, através da linguagem, entre sujeito e coisa (entre juiz e o caso), o que ocorrerá a partir da condição de ser-no-mundo em que se localiza e age o intérprete.

O intérprete, desde que inserido naquele contexto como ser dotado de historicidade, poderá assim dar coerência e integridade à matéria discutida em juízo. O que não se deve olvidar é que na hermenêutica filosófica o horizonte histórico é uma fase da compreensão, já que quando o ser-aí procura compreender algo ele se encontra sob os efeitos da história efetual (Heidegger), que pré-determina o que se mostra questionável e o que é objeto de investigação. É na situação hermenêutica que essa relação deve ser pensada, local onde se dará a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição-processual.

Se a compreensão hermenêutica aqui defendida pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação a atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção: um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, tornando possível uma interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado.

Evidentemente, a prova processual nos termos trabalhados tem muito a dizer nesse ambiente. Ela é quem afasta a possibilidade do intérprete (juiz) atribuir qualquer sentido a um fato ou a um preceito jurídico, que ao contrário do sustentado pelo processualismo moderno não está à sua disposição. Isso porque os sentidos são atribuídos pelo intérprete de acordo

⁸⁶⁰ In: **Estudios de derecho probatorio**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed, EJE, 1974, pp. 81-85.

com a pré-compreensão da Constituição e com o que o plano fático se lhe mostra no contexto da sumarização, sobrelevando o papel da prova.

Seu processo de produção e aproveitamento no *locus* de sumarização aqui proposto é uma das condições de possibilidade para a inserção do intérprete na situação hermenêutica, através da linguagem. Esse é um passo fundamental para a interpretação do próprio caso concreto (o que é ignorado pelas posturas positivistas, que relegam o caso concreto a uma segunda coisa a ser observada pelo intérprete) e para a busca “da” resposta (constitucionalmente) correta em processo civil. Não se pode olvidar que é justamente a partir do contexto da faticidade em que está inserido o intérprete que exsurge o acontecer hermenêutico de que se faz referência.

Ao se buscar a simbiose entre sumarização e democratização, o novo *locus* processual aqui trabalhado tem na questão relativa à produção da prova algo realmente importante na construção da *sentença liminar*, desse ambiente processual compartilhado, em que se sobreleva acima de tudo o caso concreto e a Constituição. Isso justifica também a realização do contraditório sobre a prova, que lhe é condição de validade, bem como ao processo de atribuição de sentido aqui trabalhado. Com isso é possível dizer que a relação existente entre a) *fundamentos da causa*, b) *prova*, c) *audiência liminar* e d) *oralidade* sustentam o processo de inserção do intérprete no contexto da controvérsia processual aqui levada ao âmbito da *sentença liminar de mérito*.

A oralidade processual tem um papel fundamental diante da concretização dessa tese, sendo capaz de torná-la uma realidade no exercício jurisdicional no século XXI, tendo-se em vista a tentativa em se desenhar a jurisdição-processual por uma filosofia *no* processo. A oralidade processual, nesse sistema de processo sumarizado, é que justifica a existência do que se pode denominar de juiz “ser-no-processo”, diferente dos modelos de juiz Júpiter ou criativo-ativista. Sua principal característica não é a prática da reprodução, o exercício à consciência ou o uso irrestrito de um poder discricionário justificado tanto na condução do rito processual quanto diante da necessidade na implementação das políticas público-promocionais.

O juiz “ser-no-processo” é o juiz inserido na situação hermenêutica, e que por essas e outras, sem a (inviável) missão de encontrar verdades eternas ou certezas ficcionais no âmbito do processo, a partir da pré-compreensão da Constituição viabiliza a aproximação do procedimento ao fato levado à jurisdição-processual. E é quanto a este último que a oralidade se destaca, trazendo a lume a metáfora do juiz-instrutor.

Ainda que a oralidade processual tenha sido propagada principalmente a combater o

império da escritura e da neutralidade jurisdicional, características do processo liberal dos séculos XVIII e XIX, não se está aqui a renovar aquela oralidade proposta principalmente por Franz Klein e Anton Menger, que acabou sobrelevando a atuação do juiz, fazendo dele uma espécie de oráculo, de “olho-que-tudo-vê”, principalmente na agilidade de condução do *iter* processual. Muitos processualistas, diretamente influenciados por Klein e Menger, passaram a sustentar a construção de um processo civil oral capaz de sobrelevar a “concentração” e “autoridade” judicial como corolário da “exclusiva direção do processo pelo juiz”, dada a “suprema finalidade da justiça no descobrimento da verdade”.⁸⁶¹

A oralidade no presente trabalho é trabalhada em sentido inverso, justamente a blindar a prática de decisionismos, já que adstrita a prática de poder compartilhado, de poder descentralizado. É imperioso esclarecer que aqui a oralidade processual dá-se principalmente no interior do que vem sendo denominado de audiência liminar, que como já se fez referência consiste na releitura constitucional da audiência de justificação prévia existente em alguns procedimentos especiais. Essa audiência é um dos momentos mais importantes da tese da *sentença liminar de mérito*, que a seu modo de ser justifica a afirmação desse novo processo civil pós-burocrático sumário e autônomo, processual, procedimental-material e democraticamente apto à compreensão do fato/direito submetido à apreciação jurisdicional.

O tema oralidade processual, ou processo oral, não é um tema novo no direito processual civil.⁸⁶² Isso porque o processo romano foi por longos séculos um processo eminentemente oral. Já se teve a oportunidade de investigar a estrutura, por exemplo, do sistema processual mais antigo (e formalista) que se tem conhecimento: o procedimento das

⁸⁶¹ Trechos do texto intitulado A oralidade no processo civil austríaco, de autoria de Siegmund Hellmann. In: **Processo Oral**. Op. cit., p. 152. Nesse mesmo sentido, sustenta Luis Machado Guimarães que com a oralidade o incremento dos poderes do juiz transforma-o de simples espectador inerte em verdadeiro *dominus litis*. Para um maior aprofundamento, consultar: O processo oral e o processo escrito. Op. cit., p. 23.

⁸⁶² Ainda na Grécia antiga a oralidade pode ser considerada como um importante instrumento no trato das causas sociais, ao passo que possibilitava o confronto das mais diversas opiniões sobre os mais variados temas. Leciona Fustel de Coulanges, referindo-se à prática oral nos tribunais da Grécia antiga, que todo o homem podia falar sem distinção de fortuna, nem de profissão, mas precisava provar estar no gozo dos seus direitos políticos, não ser devedor ao Estado, ser de costumes puros, estar legitimamente casado, possuir bens de raiz na Ática, haver cumprido todos os seus deveres para com seus pais, ter feito todas as expedições militares para as quais fora escolhido, e provar não ter deixado no campo, em nenhum combate, o seu escudo (In: **A Cidade Antiga**. Lisboa: Ed. Clássica, 1988, p. 34). Já segundo Jean-Pierre Vernant, no próprio surgimento da *polis* a palavra teria real importância como meio de persuasão, cuja força, inclusive, teria sido criadora de algumas divindades, denominadas pelos gregos de *peithós*, uma divindade que não tinha unicamente a simbologia da palavra falada, mas também a da escrita, cuja força remonta somente ao período Homérico. Antes disso, a formação social grega baseava-se na informação oral e numa memória mitigada. As tradições e os costumes eram mantidos pela transmissão de cantos poéticos, com acompanhamento musical, por composições e narrativas que funcionavam como enciclopédia coletiva, compartilhada pela comunidade. Esse conjunto de lendas fornecerá temas aos poemas épicos de Homero, às obras de Hesíodo, às Tragédias de Ésquilo e Sófocles, além de todas as outras formas de expressão artística desenvolvidas pelos gregos – da estatuária à arquitetura (In: **As origens do pensamento grego**. Tradução de Ísis Borges da Fonseca. Rio de Janeiro: Ed. Difel, 2002, pp. 53-56).

legis actiones, cujo nascimento data do ano de 754 a.C., consistente num sistema de ações caracterizado pela acomodação de gestos ou formas orais. Naquele procedimento, recebidos pelo magistrado, os cidadãos expunham oralmente suas pretensões, que eram ou não acolhidas. Em as acolhendo, aquele autorizava a perseguir a ação.

Desde então a oralidade sempre foi condição de possibilidade a um processo sumarizado, resumido, concentrado.⁸⁶³ Sobre o tema, Chiovenda, o maior representante da oralidade processual na doutrina de processo civil, chega a referir que “quanto ao processo sumário, este é historicamente considerado oral e concentrado; dizer processo sumário é dizer processual oral; dizer processo oral é designar audiência como o campo de ação das partes e do juiz”.⁸⁶⁴ Na própria evolução do processo romano essa foi uma característica presente, ao passo que Chiovenda, lembrando Cícero, afirma que a lide resumida na lápide capitolina apresenta um modelo de processo concentrado, onde o juiz, ouvidas as partes, ordena um acesso, no dia seguinte o executa, inspeciona os lugares e pronuncia a sentença.⁸⁶⁵

Após as invasões bárbaras e o estabelecimento do processo germânico na Itália, o processo oral foi paulatinamente perdendo terreno, somente renascendo na doutrina de processo no século XVIII com Mario Pagano na Itália, Jeremy Bentham na Inglaterra e Mittermaier na Alemanha.⁸⁶⁶ Com isso inúmeros sistemas processuais orais desenvolveram-se principalmente nos países da tradição *civil law*. Assim ocorreu com o processo civil italiano, francês, austríaco e alemão, os quais sobrelevaram as seguintes características: a) o domínio da palavra falada como meio de expressão, atenuada pelo uso da escrita nos atos de preparação e documentação da causa; b) a imediatidade da relação entre juiz e as pessoas cujas declarações tem que valorar; c) a identidade física do magistrado no curso da causa; d) a concentração dos atos processuais em audiência; e) a irrecorribilidade das decisões interlocutórias.⁸⁶⁷

O processo oral, em sua gênese, busca dar similitude entre oralidade e escritura. A esta reserva os atos de preparação da causa, com a finalidade de guardar a memória da história do

⁸⁶³ Segundo Ovídio Baptista há uma íntima relação, no direito processual civil, entre oralidade e decisão interlocutória, ao passo que quanto mais oral o “procedimento” menos espaço há às decisões interlocutórias. Dessa forma, a frequência com que tais decisões aparecem num determinado sistema processual aumenta na mesma proporção em que o sistema se afasta da oralidade e da concentração, tendendo-se por isso a tornar-se ordinário, com domínio da escritura sobre a comunicação oral. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Op. cit., p. 03.

⁸⁶⁴ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. Op. cit., p. 47.

⁸⁶⁵ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. A ideia romana no direito processual civil moderno. In: **Processo Oral**. Op. cit., p. 92.

⁸⁶⁶ Idem, ibidem, p. 93.

⁸⁶⁷ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Análisis del principio de la oralidad. In: **Oralidad y Descongestión**: en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros. Op. cit., pp. 231-246.

caso, principalmente através de atos de preparação e documentação do processo. Trata de precisar a demanda, de pontuá-la. Principalmente no que tange ao processo de atribuição de sentido às provas, prevê como indispensável a presença física do magistrado. E mais: vincula o magistrado que colhe a prova ao julgamento do caso, uma de suas mais marcantes peculiaridades.

Como condição de possibilidade à realização dos supracitados atos processuais, tem o sistema oral uma vinculação direta com uma produção concentrada (e sumarizada) em audiência. Isso justifica porque Chiovenda refere que “dizer oralidade é como dizer concentração (em audiência)”.⁸⁶⁸ Finalmente, a oralidade pressupõe a ausência de recurso em face das decisões tomadas no curso da causa, transferindo essa possibilidade juntamente às questões de fundo da causa.

Afora essas características presentes no processo oral, há que se destacar sua relação com a questão da prova no âmbito do direito processual. Essa relação contribui sensivelmente para o processo de inserção do intérprete no contexto da controvérsia processual, um dos pontos fundamentais da tese proposta. Mauro Cappelletti, em importante ensaio sobre a relação entre a oralidade e seus impactos no campo da produção da prova, alude ao fato de que o referido princípio implica uma fundamental prática e teórica revalorização da prova oral, que deve ser também compreendida no processo de valorização das provas documentais pré-constituídas.

Assim torna possível o processo de atribuição de sentido à prova, principalmente a partir do contato direto do magistrado com as partes ou terceiros e suas declarações. Em caso contrário, continua Cappelletti, julga-se com base em protocolos, e isso se dá quando o juiz não observa diretamente os fatos probatórios, reservando-se ao recurso do que restou reduzido a termo no processo, o que aumenta geometricamente a possibilidade de alteração do fato objeto da prova.⁸⁶⁹

Nesse processo de atribuição de sentido à prova é importante também lembrar da condição histórica a que faz parte o juiz “ser-no-processo”, que observando-se a si mesmo e aos fatos fundantes da causa pode libertar-se de prejuízos inautênticos para não permitir manobras procrastinatórias no instante de construção, avaliação ou debate da prova. Isso pressupõe sua participação diante de uma prática processual em que a oralidade, por intermédio da imediatidade, do contato físico para com as partes e provas produzidas, atue

⁸⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 235.

⁸⁶⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil. Tradução para o espanhol de Rodrigo Barahona. In: **Oralidad y Descongestión**: en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros. Op. cit., pp. 247-267.

sensivelmente nesse processo de resgate do mundo prático em que habita o fato sobre o qual a prova recairá, o que acaba por desvelar uma atividade jurisdicional num contexto não de simples averiguação da prova, mas de compreensão do fato tratado no ambiente de sumarização aqui trabalhado.

O fato é que, pelo que se pode perceber, a presente tese propõe, dentre outras coisas, a re-valorização da oralidade no processo civil do século XXI, notadamente nesse processo sumarizado que tem como objeto a satisfação dos direitos sociais-fundamentais, assumindo como roupagem a estrutura da *sentença liminar de mérito*. Dada a necessária realização da audiência liminar, trabalha com a possibilidade da construção de uma decisão dialogada, o que pressupõe o debate, tanto das versões apresentadas pelas partes quanto do objeto probatório sobre o qual recai a prova oral a ser produzida ou a pré-constituída documentalmente. Assim impede a produção fracionada do objeto de prova.

A tese da *sentença liminar de mérito*, nesse contexto, leva a possibilidade em compreender o processo civil enquanto fenômeno, desvelando a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade), instaurando *seu* sentido diante de *sua* singularidade, local onde a construção histórica dos fatos, a partir da posição ocupada pelo juiz “ser-no-processo”, dá azo ao acontecer hermenêutico aqui invocado. Diante disso, é possível questionar novamente: na busca por respostas corretas em processo, portanto, o caso concreto se apresenta isoladamente? Ou seja, o ente caso concreto é destituído do ser (sentido)?

Ao se aproximar a hermenêutica filosófica desse *novo* processo civil pensado à satisfação dos direitos sociais-fundamentais, é nítida a importância da re-valorização da oralidade processual (onde a figura do juiz-instrutor é associada a uma metáfora) notadamente na colheita da prova (entendida como condição de possibilidade para o encontro da significação do fato) e na aproximação (democrática) entre procedimento e caso concreto.

A oralidade processual (através da figura do juiz-instrutor e sua vinculação ao julgamento do litígio), além de se constituir num veículo de busca por uma maior efetividade⁸⁷⁰ ao processo figura como uma verdadeira blindagem à prática de decisionismos ou discricionariedades (em sentido forte), porquanto, numa linguagem hermenêutica, viabiliza

⁸⁷⁰ Em relação ao tema efetividade processual, ensina Darci Guimarães Ribeiro: “Este dever constitucional dos juízes de velar pela efetividade da tutela judicial não se limita somente ao aspecto processual – como a obrigatoriedade da realização da audiência preliminar –, mas também ao aspecto material, uma vez que exige dos juízes a obediência aos parâmetros de uma interpretação razoável do ordenamento jurídico”. Trecho do texto intitulado A garantia constitucional do postulado da efetividade. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (2005)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

o debate, a aproximação entre sumarização e democratização, a participação, a abertura à sociedade, a socialização no processo civil, favorecendo que a historicidade do ser-aí seja responsável pela intermediação entre juiz e caso concreto, donde se extrai a segurança jurídica aqui trabalhada.

Não é possível olvidar que classicamente o sistema processual civil brasileiro pouco (ou nada) tem de oral, o que se justifica pelo arraigamento do processo ao tecnicismo do século XIX. Enquanto a oralidade (através da imediatidade e da identidade física do juiz) aqui trabalhada tem como uma de suas bases a vinculação do magistrado que colhe a prova ao julgamento (compartilhado), o processo praticado no Brasil, dito por muitos como um processo oral, possibilita que o magistrado que iniciou a audiência e a suspendeu para continuar em outra oportunidade reste desobrigado em prolatar a sentença, criando a possibilidade de que outro o faça baseando-se unicamente no que restou reduzido a termo nos autos, dando azo a uma maior possibilidade na prerrogativa de escolha, roupagem a decisionismos e discricionariedades.

Essa ausência de comprometimento com a eticidade da decisão, o que parece ocorrer nesses casos, é um nítido resquício da jurisdicionalidade (neutra e irresponsável) do modelo estatal liberal, que classicamente deixou tanto a atuação das partes quanto o próprio fato/direito discutidos em juízo num segundo plano. São várias as causas desse fenômeno, que ao fim e ao cabo contribuíram para o derradeiro afastamento entre o direito processual e direito material, criando a possibilidade de julgamentos a-históricos, que facilmente podem se tornar decisionistas ou arbitrários.

Observe-se, a título exemplificativo, a plataforma sistemática prevista no artigo 132⁸⁷¹ do código de procedimento vigente. Tem ela justamente o poder de esconder o aparecimento do princípio da oralidade, subjaz às muitas regras processuais vigentes, principalmente as relacionadas à colheita probatória. A partir dela também se opera o desaparecimento de outros princípios de ordem constitucional, como, por exemplo, o devido processo legal e a efetividade processual (somente para citar estes!), traduzindo-se num distanciamento ao litígio, à razão prática da discussão jurídica, enfim, à realidade (histórica) que é trazida para dentro de cada processo, sendo uma das responsáveis pelo deslocamento por completo da dicotomia entre sumarização e verdade hermenêutica aqui trabalhada.

A compreensão da *sentença liminar de mérito* no interior de uma filosofia *no* processo

⁸⁷¹ O qual dispõe: “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

parte do pressuposto de que qualquer intérprete somente interpreta quando inserido numa dada situação hermenêutica, a qual antes do próprio ato interpretativo terá lhe proporcionada a pré-compreensão daquele contexto, que no caso do processo civil lhe será enfim a condição de possibilidade para interpretar-aplicar o direito. Uma vez inserido naquele contexto (a par do caso concreto e de suas especificidades) e a partir de sua historicidade terá o intérprete (aqui, o juiz) a pré-compreensão necessária para interpretar e a condição de atribuir sentido (limitado à Constituição) ao mesmo caso, já que “toda compreensão tem uma inexorável e indissociável condição histórica, que faz a mediação entre o sujeito e a coisa a ser compreendida”.⁸⁷²

A pré-compreensão, o que hermeneuticamente é um pressuposto à interpretação, será viabilizada pela linguagem (neste estudo, principalmente pela oralidade, que é uma das formas da linguagem) à qual o intérprete (juiz) pertence, exurgindo a atividade hermenêutica de que se faz referência. Desse modo o juiz penetrará num contexto que lhe é estranho⁸⁷³, estando apto a compreendê-lo (e interpretá-lo), porquanto é justamente a partir da compreensão que o intérprete (aqui o juiz) está inserido numa situação hermenêutica.⁸⁷⁴ O próprio fundamento da decisão será produto dessa inserção, o que lhe levará a compreender (e, portanto, decidir) daquele modo.⁸⁷⁵

É ilógica, portanto, a sistemática privilegiada pelo sistema processual civil quando o tema é oralidade processual, porquanto é imprescindível que o juiz que iniciou a colheita da prova deve a esta estar vinculado até o final, até o julgamento do caso, uma vez que adquiriu durante a instrução a pré-compreensão necessária a interpretar o caso e assim encontrar o fundamento de sua decisão. Por isso é que definitivamente o direito processual deve sofrer uma profunda revolução, uma revolução transformadora do sistema, permitindo-se, segundo Ovídio Baptista, que “hermeneuticamente o (processo) interpretemos e os magistrados verdadeiramente ‘decidam’”.⁸⁷⁶

O interessante é que há um verdadeiro paradoxo no sistema legal da prova, já que,

⁸⁷² Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. Op. cit., p. 205.

⁸⁷³ Segundo Platão, a escrita é morta e só fala por uma parte, isto é, por meio daquelas ideias que com os sinais despertam o espírito. Não satisfaz plenamente à nossa curiosidade, não responde às nossas dúvidas, não apresenta os inúmeros aspectos possíveis da própria coisa. Na palavra viva, falam também o rosto, os olhos, a cor, o movimento, o tom da voz, o modo de dizer, e tantas outras pequenas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, e subministram tantos indícios a favor ou contra a própria afirmação delas [...]. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Procedimento Oral*. Op. cit., p. 57.

⁸⁷⁴ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (Jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. Op. cit., p. 237.

⁸⁷⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁷⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Op. cit.

segundo o artigo 131 do código de procedimento, o juiz “apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Como explicar, diante do disposto pelo código de procedimento, a possibilidade (prevista no sistema) de se julgar sem ter praticamente colhido a prova? É por isso que facilmente afloram sentenças arbitrárias. O problema está então na subjetividade do intérprete (juiz) ao compreender o caso fundadamente no que foi reduzido a termo nos autos, acabando por conhecer, interpretar e aplicar o direito em fases, como numa espécie de método. Eis o esforço da hermenêutica filosófica (nesse particular, principalmente com Gadamer) em demonstrar que não se interpreta por partes, mas que conhecer, interpretar e aplicar ocorrem no *locus* do mundo prático, colocando na faticidade o *locus* da compreensão.

As considerações precedentes justificam que a figura do juiz-instrutor no seio da *sentença liminar de mérito* pode ser tratada como uma metáfora. Ela se mostra condizente com a tentativa de buscar resgatar o mundo prático no direito processual civil, demonstrando ser uma postura anti-discricionária, anti-positivista, absolutamente contrária ao modelo subsuntivo de interpretação, superando a abstração da regra tal como é no positivismo. Demonstra-se então relevante reforçar a tese de que o ato de julgar a partir da ausência de contexto do intérprete reforça a tese positivista, pois é o positivismo jurídico quem trabalha com múltiplas respostas⁸⁷⁷, deixando ao julgador que não colheu a prova a missão de descobrir (desvelar) os valores ocultos no *case* que, pela ausência de imediatidade, não participou.

O julgamento por quem não colhe a prova, por quem não faz/fez parte daquele caso, por quem não exerceu a imediatidade em relação à prova produzida no processo – o que ensejará o total desconhecimento daquele contexto – encontra morada numa explicação causal, porquanto o intérprete do caso (o juiz) não terá pré-compreensão do mundo (caso concreto) que o cerca, resumindo-se num sujeito *a-histórico* naquele processo. A não-entrada na realidade do caso concreto (naquilo que realmente as partes e o caso são e representam), o que se daria no modo-de-ser-do-juiz-naquele-processo, levaria, à luz da hermenêutica de cariz filosófico aplicada ao processo civil, a um sério problema interpretativo, porquanto a decisão, nestes moldes, não seria conteudística (e, portanto, válida).

A adoção do princípio da oralidade (imediatidade e vinculação) como consectário do princípio do devido processo legal teria o condão de superar o decisionismo do intérprete

⁸⁷⁷ Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Op. cit., p. 251.

(juiz) naquele caso concreto. Superaria possíveis intenções de se optar pelo caminho da dedução ou subsunção (que a manteria no esquema sujeito-objeto), haja vista que a inserção do juiz no contexto da causa lhe proporcionaria a pré-compreensão necessária à compreensão e, por conseguinte, à própria interpretação (lembrar que só interpretamos porque compreendemos antes). Não há como negar que o sistema, negando a faticidade – porquanto entende desnecessário vincular quem instrui a prova ao julgamento – acaba por retornar (ou se manter, dado o arraigamento dos juristas ao positivismo jurídico) ao paradigma positivista, que sempre deixou aos juízes a escolha dos critérios de suas decisões.

A atividade do juiz-instrutor, do juiz “ser-no-processo”, desse modo, acaba revelando-se uma metáfora no interior da presente tese, já que consiste na tentativa de sustentar a interligação entre a atividade interpretativa processual e seu resultado (*sentença liminar*), entre sumarização e democratização, entre sumarização e verdade hermenêutica possível, já que o Judiciário, no século XXI, é o guardião dos princípios fundamentais que orientam a vida em sociedade, através dos quais a fundamentação das decisões assume um lugar de extrema relevância.

Quando se está a relacionar a presente tese com locais de sumarização e democratização processual, está-se a sustentar a possibilidade de se pensar em formas de descentralização do poder jurisdicional, rumando à construção de um processo (sumarizado) democrático. Não de um processo enquanto estrutura de poder, mas de um processo construído no interior de uma filosofia *no* processo, o que leva a tese da *sentença liminar de mérito* à necessidade de estar frente a uma atuação jurisdicional compartilhada entre juiz, partes e sociedade, rompendo com o protagonismo judicial presente nos modelos já estudados.

Com isso essa jurisdição-processual tem condições de ser pensada como um agente pulverizador do poder, um órgão produtor de micro-poderes, para além da tradicional estrutura tripartite em processo. Um local onde o fato não é tratado simplesmente a partir do esquema da dedução ou subsunção, mas diante da manifestação de um ato judicativamente decisório mediado pela atividade normativo-democrática, de modo a cumprir em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, em especial o constitucional⁸⁷⁸, aproximando o processo civil da própria teoria da busca de respostas corretas em direito, como já referido anteriormente.

Democratizar o processo a partir dos *locus* de sumarização aqui trabalhados é sustentar

⁸⁷⁸ Cf. CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **O atual problema metodológico da interpretação jurídica**. Op. cit., pp. 11-12.

a construção da *sentença liminar de mérito* a partir a) do exercício do contraditório entre as partes e b) da participação da sociedade. Quanto ao primeiro, não se está a hipostasiar o contraditório prévio e sua corolária produção probatória exauriente, uma das principais heranças do procedimento ordinário. Se a presente tese trabalha com a verossimilhança do fato/direito levados à jurisdição-processual, isso pressupõe uma modalidade de cognição sumarizada, dando valia à produção de provas *prima facie*, ainda que obrigatoriamente submetidas ao contraditório, não se podendo olvidar que tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade hermenêutica (verdade possível) ou à probabilidade de um fato em processo tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto.

Trata-se então de trabalhar com a construção da prova em processo civil de forma não-fracionada e submetida a um contraditório diferenciado, ainda assim sobrelevando o papel da linguagem e valorizando o caso concreto. Esse contraditório diferenciado, pelo que se poderá constatar no último item da tese presente, pressupõe que não é possível supervalorizar o procedimento em detrimento do fato em processo, e que para compreendê-lo o intérprete tem que primeiramente estar inserido em seu contexto, quando então aquilo que está velado se desvelará. Um ambiente em que a autenticidade da prova será condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto (e do direito correspondente), entendida como uma real possibilidade ao enfrentamento da necessidade da satisfação dos direitos sociais-fundamentais levados à jurisdição-processual.

Quanto ao segundo, a tese que se apresenta parte do pressuposto de que democratizar a jurisdição através da *sentença liminar de mérito* nos casos em que o direito material (constitucional) assim o exigir é uma forma concreta em legitimar as decisões construídas nesses locais de sumarização processual e material, o que pressupõe a efetiva participação da sociedade, haja vista o desiderato da satisfação dos direitos sociais-fundamentais.

Isso passa a ser possível com a utilização de institutos processuais de matriz democrática, que a seu modo funcionam como meios a abertura processual à sociedade. Um dos exemplos disso é o próprio *amicus curiae*, previsto no procedimento especial das ações diretas de inconstitucionalidade pela lei 9.868 de 1999.⁸⁷⁹ A ideia é tornar essa modalidade de intervenção de terceiros um meio universal de participação da sociedade em processo civil, principalmente quando o tema é a satisfação de algum direito social previsto na Constituição, o que certamente tem muito a contribuir na formação do modelo jurisdicional “ser-no-

⁸⁷⁹ Posteriormente alterada pela lei 12.063, de 2009.

processo” aqui sustentado. Desse modelo caracterizado pela participação, pela inserção, pelo envolvimento hermenêutico com o caso concreto.

É uma das formas de legitimar as decisões tomadas no seio da *sentença liminar de mérito*, que ainda que sumarizada passa a ser democratizada com a participação das partes em contraditório e com essa abertura à sociedade. O interesse público é que justifica a intervenção do *amicus*, o que parece ser uma exigência constitucional dada mesmo a classificação do Estado brasileiro como Democrático de Direito. Essa intervenção da sociedade, ultrapassando a visão liberal que vê o processo como instrumento entre juiz, autor e réu, revela-se na tese proposta como de instituição obrigatória pelo magistrado, o que se deve ao direito social-fundamental discutido em juízo. Não somente uma intervenção formal, mas efetiva.⁸⁸⁰

Quando o tema é efetividade, está-se frente a uma das principais preocupações da tese da *sentença liminar de mérito*. A proposta em justificar a ligação entre sumarização, democratização e verdade hermenêutica possível diante da realidade constitucional que se apresenta parece ser uma necessidade. Essa proposta democrática, humanizada, que é capaz de ouvir a sociedade, que sobreleva a posição ocupada pelo Judiciário em seu desenvolvimento, que fomenta sua inserção no contexto de cada caso concreto, mas que rompe com seu protagonismo, tem o desiderato de resgatar o caso concreto, assassinado pelo processualismo liberal. Seu mote, assim, é a efetividade dos direitos sociais-fundamentais a partir da construção de um *locus* processual autônomo e democrático diante de uma atuação jurisdicional não-solipsita. É isso que, agora, ao final, cumpre desvelar.

2.3 A fusão de horizontes na *sentença liminar de mérito*: um modelo eficiente de prestação jurisdicional frente ao estado da arte representado pelo senso comum teórico da processualística brasileira

A presente pesquisa encontra sua reta final. Já se pôde verificar, até agora, que o procedimento ordinário-declaratório-plenário ainda veste a roupagem procedimental

⁸⁸⁰ Nesse sentido, referiu o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 2.777: “a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do ‘colaborador do Tribunal’ – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por essa Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de *determinados* poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal.” Para maiores informações, consultar: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2075948>. Acesso em 16.10.2010.

caracterizada pela pretensão de dar igual tratamento as diversas situações jurídicas levadas à jurisdição-processual. Um procedimento que ainda é considerado o caminho mais adequado à satisfação dos direitos, independente de sua natureza, e que pelas inúmeras razões já apontadas hipostasiou o protagonismo judicial. Esse é um nítido resquício da evolução da jurisdição e da filosofia da consciência.

A uniformização do procedimento (na via comum), dos “instrumentos” processuais, também é fruto dessa ideologia, que ao fim e ao cabo desembocou no sacrilégio do direito material, do caso concreto, do fato da vida levado a processo, a-significando a própria prestação jurisdicional, o que revela o senso comum teórico em que se encontra a processualística tradicional, que por intermédio de alguns juristas (principalmente os da escola italiana de processo, como Chiovenda e Carnelutti) sobrelevou a autonomia do procedimento em detrimento do caso concreto, também hipostasiando, em contrapartida, uma função jurisdicional a quem incumbe ditar o certo ou o errado.

Nas rédeas do procedimento ordinário, caracterizado pela declaração e plenariedade, o magistrado tornou-se um ser a-histórico, ausente de mundo, ficcionalmente forjado a retirar sentido dos fatos que se lhe apresentam. Foi seduzido pela tradição do pensamento dogmático e pela posição de auto-suficiência do direito.

É justamente essa concepção de processo e de atuação jurisdicional que a tese presente pretende rever, principalmente no que tange a satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Não importa simplesmente buscar locais diferenciados de prestação jurisdicional que se resumam a dar simples respostas aos jurisdicionados, mas que permitam a efetiva satisfação daqueles direitos. Isso através de uma prática processual democratizada, que além de exaltar o exercício do contraditório entre as partes também exalte a participação popular de forma direta na construção das decisões tomadas nesse ambiente de sumarização processual.

É importante que se diga que o modelo processual aqui defendido independe de uma atitude legislativa que lhe dê suporte aplicativo, já que seu desiderato principal está na satisfação da própria Constituição. Nesse sentido, é o caso concreto quem exigirá a instituição da *sentença liminar de mérito*, locus onde a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição) deve ceder à instituição de uma filosofia *no* processo.

Não é demais repetir: é o caso concreto quem assume um lugar de destaque na construção da *sentença liminar de mérito*, ao lado de outro protagonista: a Constituição. Quando se está a trabalhar com uma filosofia *no* processo, a intenção é fazer com que o direito processual civil se aproprie da hermenêutica filosófica, já que com ela é possível falar, a partir do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, na possibilidade de “ontologizar” a

jurisdição-processual, a Constituição e o Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o processo civil não pode ser compreendido de forma isolada do sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

A filosofia *no* processo desvela um novo agir cognitivo-processual profanando a semente da ordinarização e sua plenariedade plantada há muitos séculos nos campos do processo civil, insuficiente à satisfação dos direitos sociais-fundamentais. E mais: também desvela uma nova compreensão do fenômeno processual em que a linguagem (tratada como forma de acesso a algo) serve como ponto de partida, já que é através dela que o sujeito solipsista cede lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva, que o fará respeitar a tradição (autêntica) e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. Não custa repetir: um sujeito autêntico e angustiado (Heidegger), e que por isso mesmo pode fazer parte da história ao abrir cuidadosamente as portas do mundo para si.

A justificativa para essa proposta está no fato de que o caso concreto levado ao processo exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição. Não é essa resposta, como sustenta o rito ordinário e o distanciamento para com o caso concreto, fruto de uma concepção (metafísica) subjetivista do magistrado. É sim produto da compreensão do ser-no-mundo. Processualmente falando, é fruto da compreensão da Constituição e do caso concreto pelo juiz. Se compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma (Heidegger), aquele que não compreende a Constituição e o caso concreto passa a ser um ser a-histórico para o processo.

A tese da *sentença liminar de mérito*, dadas essas constatações, compreende o processo enquanto fenômeno, enquanto *locus* de investigação de unidades *da* e *na* consciência do tempo, as quais pressupõem a constituição dessa consciência temporal do intérprete. Assim é possível trabalhar com a construção de decisões sem tocar nas questões de verdade ou certeza, já que aqui a verdade é sempre uma verdade hermenêutica sujeita às condições de temporalidade e compreensão, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo. Daí falar-se em atuação processual em contraditório e abertura à sociedade, vetores constitucionais-processuais que tem na oralidade (processual) um aliado fundamental.

Com ela, o metafísico processo de adequação do olhar ao objeto pelo intérprete buscando desvendar a essência das coisas, local onde a verdade é caracterizada pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada e a linguagem é apenas um instrumento que transporta a essência das coisas ou conceitos em-si-mesmos verdadeiros, dá lugar a uma desconstrução processual para fazer crer que os sentidos não são passíveis de reprodução e

que as respostas em processo civil não são obtidas a partir do que a consciência do intérprete final quer que seja.

O magistrado, por ela, é mergulhado num movimento de inserção no contexto do caso concreto, o que umbilicalmente está relacionado com a compreensão do fato submetido à apreciação judicial, tendo muito a auxiliar na busca por respostas corretas em direito. Na presente tese essa possibilidade está ligada à construção de *locus* de sumarização processual e material em que ao se sobrelevar o papel da linguagem sobrelevar-se a verossimilhança, que tem uma relação direta ao modo como o fato concreto se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto, uma vez que também se sustentam numa posição-visão-concepção prévias.

Trata-se essencialmente de uma tentativa em libertar o processo civil das amarras do pensamento liberal-individualista-normativista e da filosofia da consciência, já que neles tanto o fato concreto quanto a própria Constituição não receberam a atenção demandada pelo constitucionalismo instituído pelo Estado Democrático de Direito. Isso justifica a preocupação em re-desenhar a jurisdição-processual por uma filosofia *no* processo, onde a interpretação do caso concreto dá-se juntamente a interpretação da Constituição, num único movimento, distanciando-se da ideia da reflexão, da introspecção, da reduplicação do mundo na consciência, o que faz lembrar Heidegger, que em lugar da consciência do sujeito pensante sustenta uma hermenêutica do ser-aí, o que na presente tese foi capaz de criar a figura do juiz “ser-no-processo”.

Ao se trabalhar com vetores de uma filosofia *no* processo (compreensão, linguagem, situação hermenêutica, atribuição de sentido, etc.) e com vetores processuais (sumarização, democratização processual, verossimilhança, oralidade, etc.) é possível sustentar uma mudança de paradigma da jurisdição-processual, que de eminentemente declaratória pode passar a satisfativa dos direitos sociais. Uma mudança que pressupõe o abandono da separação entre cognição e execução, retomando a sumariedade que já fez parte do cotidiano processual.

Os direitos sociais-fundamentais, a partir dessa proposta, não mais permanecerão reféns do procedimento ordinário-plenário e de seus consectários. São estes direitos que estão a exigir uma jurisdição desformalizada e efetiva, cujo funcionamento se dará numa versão pós-moderna dos interditos romanos, então permeada pelo exercício do contraditório e da abertura (democratização) processual. Assim trabalha com uma relação diferenciada entre “processo” e “segurança jurídica” intimamente vinculada com o respeito ao caso concreto, o que demanda a posição ocupada pelo intérprete no contexto da controvérsia.

Tome-se por exemplo o direito a um meio ambiente saudável, que no âmbito do processo civil ainda tem na ação civil pública, de rito ordinário (!), o meio “mais eficaz” de proteção. Se a questão ambiental, como assinala Bolzan de Moraes, é uma das questões presentes no século XXI que implica na necessidade de reestruturação de toda uma cultura jurídico-política moderna caracterizada pela redução epistemológica a categorias disciplinares e disciplinadas⁸⁸¹, é evidente que o processo civil também tem a contribuir para o enfrentamento desse novo dilema social derivado do esgotamento de recursos naturais e da possibilidade de extinção massiva da espécie humana.⁸⁸²

Partindo-se do pressuposto de que a questão ambiental pôs em pauta a necessidade de se pensar estratégias novas de pensamento de tratamento jurídico-político, trazendo para o universo do direito a preocupação com o asseguramento das condições de vida (qualidade) da atual e das próximas gerações, faz-se necessário interrogar não só os limites possível do Estado como também todos os locais até então postos à disposição da regulação jurídica do meio ambiente⁸⁸³, o que incluiu, obviamente, o processo civil.

Nessa mesma perspectiva e necessidade encontram-se todos os demais direitos sociais-fundamentais, coletivos ou difusos, até mesmo porque eles sustentam uma das principais conquistas da civilização. Note-se que os próprios direitos relacionados ao consumidor, a educação, a saúde, a moradia, previdência social, a bioética, ao biodireito, a bioengenharia, os advindos da virtualização do mundo, dentre muitos outros, ainda tem que se submeter processualmente ao rito ordinário, fato que somente não agravou o déficit constitucional em razão da instituição da antecipação de tutela no século passado.

A tese da *sentença liminar de mérito*, diante de todas as outras denúncias que precederam esse momento, pode ser classificada como uma proposta de sumarização e democratização do direito processual civil. A construção liminar de provimentos jurisdicionais democráticos, compartilhados, autônomos, anti-arbitrários e anti-positivistas, que cuidam da questão da verossimilhança não em posição de antagonismo à verdade processual, mas coadunada a uma verdade possível, capaz de produzir uma espécie de segurança jurídica não-rotulada, mas oriunda do caso concreto. Nela o fato é tratado como categoria hermenêutica. Em algo a ser trabalhado a partir da posição ocupada pelo intérprete, permeada pelo viés democratizante aqui proposto.

⁸⁸¹ Consultar: Do estado social das “carências” ao estado social dos riscos. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Op. cit., p. 68.

⁸⁸² Idem, ibidem, p. 71.

⁸⁸³ Idem, ibidem, pp. 72-73.

Quem convive com a experiência judiciária brasileira tem conhecimento da exposição, principalmente em relação à figura do demandante, do risco do direito material levado à jurisdição-processual de procedimento comum, ainda quando concedida medida antecipatória (dos efeitos) da tutela, principalmente porque a tais medidas nega-se o caráter interdital. Por isso cabe reavivar, naquilo em que se mostra compatível com o Estado Democrático de Direito, o procedimento interdital romano, que ainda que atualmente careça de uma releitura democrático-constitucional, auxilia na construção, por analogia, da tese da *sentença liminar de mérito* enquanto *locus* processual desenvolvido no interior de uma filosofia *no* processo.

São cinco as principais características presentes no antigo procedimento das *interdictas* romanas, assim classificadas: a) sumarização processual e material; b) oralidade; c) respeito às situações de aparência jurídica; d) a possibilidade do antigo pretor ordenar algo a uma das partes no seio daquele procedimento, o que hoje demanda, mesmo após a sedimentação da herança racional-iluminista no direito processual civil, o reconhecimento das eficácias mandamentais e executivas *lato sensu* em algo altamente interligado à questão da efetividade do processo civil e e) integram um sistema de fracionamento de demandas.

A tese da *sentença liminar de mérito*, como o próprio nome faz referência, na tentativa de reler, no século XXI, o procedimento das *interdictas*, suprimidas pela generalização da *actio*, pressupõe que a decisão de aparência tomada nesse *locus* sumário seja uma decisão sobre o mérito da causa, o que tem a muito a ver com a re-valorização da jurisdição de primeiro grau. Isso porque esta é quem exerceu a imediatidade com os elementos da causa, condição de possibilidade para o trato dos direitos sociais-fundamentais na presente tese.

Interessa, portanto, submeter esses direitos a um sistema de fracionamento de demandas a fim de que o direito material levado à jurisdição-processual seja eficazmente satisfeito. A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra de forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, tem o prejudicado, querendo, a possibilidade de buscar seus interesses pela via da ordinary e da plenariedade, desde que superada, como logo se verá, a coisa julgada.

No seio da *sentença liminar de mérito* o contraditório é trabalhado de forma diferenciada, já que tanto a defesa quanto o debate em relação aos pontos centrais da causa, bem como o julgamento da demanda, devem dar-se na audiência liminar, que é única nesse local de proteção constitucional. Nela, portanto, se concentram: a) o exercício do contraditório entre as partes; b) o debate sobre as teses da ação e da defesa; c) o debate sobre a prova *prima facie*, tanto a apresentada documentalmente quanto a produzida oralmente na audiência; d) a intervenção do *amicus*, ultrapassando a visão liberal que vê o processo como instrumento

entre juiz, autor e réu; e) a construção de uma decisão sob os pilares da aparência; f) a construção de uma decisão participada (democratizada), com a efetiva contribuição de todos os envolvidos.⁸⁸⁴

O fato é que a demanda envolvendo algum direito social-fundamental que tenderia a ordinaryidade, justamente a partir do demandado pelo próprio direito, pode ser fracionada de modo a permitir esse encontro entre oralidade, sumarização e democratização processual. Um tratamento processual que retoma o próprio procedimento dos interditos, o qual fazia parte de um sistema de fracionamento sumarizado de demandas, como já se teve a oportunidade de verificar no primeiro capítulo da tese. Agora, a sumarização da demanda ocorre no seio da *sentença liminar de mérito*, *locus* processual em que o direito material acaba sumarizadamente limitando tanto as questões de ação quanto as de defesa, cortando-se verticalmente uma parcela da demanda plenária⁸⁸⁵, já que fundamentalmente recai sobre uma questão de fato a merecer proteção constitucional.

Amparado por uma produção probatória *prima facie* –, renunciando verdades eternas e certezas ficcionais –, apta a demonstrar, por verossimilhança, o direito material levado à jurisdição-processual pela via da aparência, a *sentença liminar de mérito*, a partir da prática oral, do contraditório e da abertura à sociedade, todos realizáveis no interior da audiência liminar, tem todas as condições em romper com a ordinaryidade no processo civil e levar o processo civil a ser desenhado por uma filosofia em que a atividade interpretativa seja a-dogmática. Seja forjada diretamente no sangramento do cotidiano processual em busca da satisfação dos direitos sociais-fundamentais postos em juízo, resgatando o fato concreto vilipendiado pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência. Funda-se na tentativa de substancialização do direito processual civil, valorizando a Constituição enquanto instrumento vinculante e programático, enquanto base de toda a juridicidade.

Nesse patamar, o modelo democraticamente sumarizado presente na *sentença liminar de mérito* pode eficazmente ultrapassar a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição), isso a partir de uma atitude interpretativa hermenêutico-ontológica capaz de romper com a objetificação do *iter* processual ordinário a fim de satisfazer (efetivar) a Constituição. Esse novo ambiente processual guarda condições em atingir autonomia processual e procedimental, já que além de cortar matérias

⁸⁸⁴ Isso faz lembrar Marcelo Cattoni, para quem é através do processo judicial realizado em contraditório juntamente com o magistrado que a função jurisdicional é exercida. Consultar: *Processo e Jurisdição Constitucional*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Op. cit., p. 454.

⁸⁸⁵ Ver essa possibilidade, em outro contexto, na obra de Ovídio Baptista intitulada **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Op. cit., p. 157.

procrastinatórias, uma das principais contribuições da oralidade, parte do pressuposto de que a causa não pode esperar, razão pela qual após instaurada transforma-se em demanda terminal, justamente em acolhimento ao ideário da satisfação/proteção da Constituição. Além disso, não guarda relação de dependência com outro procedimento.

Evidentemente, a construção desse ambiente processual está condicionada a compreensão do caso concreto e da Constituição. Eis a importância de situar a tese da *sentença liminar de mérito* no interior de uma filosofia *no* processo, o que lembra Gadamer ao associar ao conceito de situação o de horizonte. Para o pensamento gadameriano a tarefa da compreensão histórica está no interior da exigência de em cada caso alcançar o horizonte histórico a fim de que se mostre o que se quer compreender, o que faz da compreensão um processo de fusão de horizontes que ocorre na vigência da tradição. Nesse contexto, se os horizontes são âmbitos de visão obtidos desde um ponto de vista determinado da história, se eles não se esgotam nem se estabilizam, a compreensão de algo dá-se sempre num projetar o horizonte histórico, abrindo um novo horizonte ao presente.

Em Gadamer o processo compreensivo está intimamente interligado a ultrapassagem de um dado horizonte histórico e o aparecimento de outro, um novo horizonte superador, que não se cria a margem do passado e é fruto de seu enfrentamento com o presente. Nesse ambiente de fusão de horizontes parte-se da convicção de que a consciência histórica tem lugar tanto no fato passado quanto no presente atual do intérprete, submetido às condições de temporalidade e historicidade. No campo da *sentença liminar de mérito*, isso significa dizer que um determinado fato só passa a ser hermeneuticamente compreendido a partir da historicidade do intérprete, o que pressupõe sua inserção no contexto da controvérsia e a pré-compreensão da Constituição.

Eis a importância da construção de um esquema de fracionamento de demandas em que seja enfim desvelado o caso concreto em processo, permitindo que a ele, enquanto categoria hermenêutica, ao invés de extraídos (como afirmara Eduardo Couture), sejam os sentidos atribuídos pelo intérprete na construção de uma decisão compartilhada. Um processo que depende do diálogo entre as partes, bem como da participação da sociedade, elementos que tornam possíveis falar na democratização dessa jurisdição-processual sumarizada.

A decisão construída nesse *locus* processual tem tudo para alcançar o título de *resposta* (constitucionalmente) *correta*, já que diretamente permeada pela atenção ao plano fático-concreto, pela Constituição, pelo debate e pela participação popular. Insta ressaltar que o encontro de respostas corretas está para a presente tese como um fim a ser alcançado, o que pressupõe que o mesmo dê-se por intermédio de um juiz que tenha ciência da

responsabilidade social e política de suas decisões, buscando dar coerência e integridade ao direito, ciente principalmente de sua responsabilidade ante uma Constituição diretiva fundamental.

Uma decisão construída democraticamente em que se aproximem procedimento e substância, e em que as possibilidades de decisionismos (positivista) deverão ceder à percepção integrativa do direito, a construção de um discurso caracterizado pela produção de justificações transtemporais⁸⁸⁶, exigindo a aplicação do direito (no processo) de forma coerente com o plano fático e material-constitucional. Não com argumentos de política (que, para Dworkin, descrevem objetivos), mas com argumentos de princípios (constitucionais, evidentemente) que prescrevem direitos⁸⁸⁷ e decisões judiciais pré-existentes (daí o romance em cadeia de Dworkin, enquanto algo escrito por uma série de romancistas, onde cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo), blindando a possibilidade da emissão de um provimento em conformidade à consciência do julgador.

Afinal de contas, como ensina Dworkin⁸⁸⁸, se há sempre uma dimensão moral que delinea cada julgamento pelo Judiciário, essa dimensão não pode ser invadida solitariamente pelo magistrado, mas a partir da participação de todos os envolvidos. E aqui, participação não somente é participação em audiência (cumprindo o princípio da bilateralidade das partes em audiência), mas construção do provimento em participação, guiado por princípios de direito que orientem (fechando e não abrindo) a interpretação em processo; que deem um sentido coerente ao direito e ao caso concreto.

Essa é uma das condições de possibilidade para se falar na construção de uma decisão em que ao direito se garanta integridade (*integrity*), já que foi ele criado pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade. Assim respeita a história (e o fato em si), preocupando-se em oferecer um futuro honrado, rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do direito, guardando relação a um discurso em favor da fidelidade da comunidade política, aos princípios de moralidade política que inspira através do tempo o desenvolvimento das suas normas jurídicas, valorizando a continuidade transtemporal e a coerência das justificações jurídicas.⁸⁸⁹

Isso implica a construção de um provimento de mérito (liminar) em que todas as teses

⁸⁸⁶ Como, por exemplo, a proteção às gerações futuras nas ações ambientais.

⁸⁸⁷ Cf. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Op. cit., pp. 03-39. Os argumentos de princípio, segundo Dworkin, justificariam uma decisão política, a partir da necessidade desta decisão respeitar um direito de alguém, ou de uma coletividade. Logo, o princípio estaria relacionado a um determinado modelo em favor de um direito, justificando porque, para o jusfilósofo americano, as decisões judiciais devem ser construídas por princípios constantes na Constituição. In: **Levando os direitos a sério**. Op. cit., pp. 141-142.

⁸⁸⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Op. cit., p. 04.

⁸⁸⁹ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Op. cit., p. 96.

de ação e de defesa sejam enfrentadas pelo magistrado, ainda que deva ocorrer nesse ambiente sumarizado. Sua legitimidade está justamente no dever constitucional de fundamentação e no dever de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica principiologicamente coerente, justa, no sentido de expressar uma visão abrangente de justiça, onde o Estado trate a uma só voz todos os seus cidadãos. Além de viabilizar a participação em processo, o que pressupõe o asseguramento da atuação dos contraditores na construção da decisão, principalmente no que tange a problematização do caso concreto através de questões de princípio.

A construção do ambiente processual proposto na presente tese tem todas as condições em se caracterizar como um provimento sobre o mérito da causa, especialmente por se mostrar compatível com a caracterização executiva ou mandamental, que aqui não é tratada como uma consequência do ato jurisdicional, mas um elemento integrante do próprio ato. É parte de seu conteúdo, já que a decisão proferida no procedimento fracionado, cuja primeira fase é a da *sentença liminar de mérito*, tende a gerar efeitos práticos (o juiz não apenas *diz*, mas *faz*) no mundo dos fatos⁸⁹⁰, o que guarda relação com a necessidade constitucional a um processo civil efetivo, rompendo com parte da doutrina processual que inspirada no movimento liberal somente reconhece sentenças declaratórias, condenatórias e constitutivas.⁸⁹¹

Esse ambiente trabalha com a produção de sentenças (liminarmente sumarizadas, mas que não vem de sentir!), não com meras decisões interlocutórias sobre o processo. Correspondem a uma parcela da lide, desafiando uma sistematização recursal afinada com uma hermenêutica constitucional capaz de evitar julgamentos monocráticos, julgamentos fulcrados na “jurisprudência dominante”, julgamentos “generalizados”, julgamentos construídos sob a diferenciação entre “questão de direito e de fato”⁸⁹², julgamentos “quantitativos”, etc.

A decisão construída no interior da proposta aqui lançada carece da necessidade de um sistema recursal também diferenciado, de forma principalmente a dar dignidade a essa jurisdição (oral) de primeiro grau, que foi aquela que através da oralidade tornou possível que o intérprete, como ser dotado de historicidade, desse – a partir de sua inserção no contexto da controvérsia/pré-compreensão do fato e do direito material-constitucional – coerência e

⁸⁹⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 143.

⁸⁹¹ Dentre os quais, podem ser citados: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 219 e seguintes; BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 56. Podem ainda ser citados na doutrina nacional: Celso Neves, Celso Agrícola Barbi, Carlos Roberto Gonçalves, Moacyr Amaral dos Santos, dentre outros. E na doutrina estrangeira: Chiovenda, Carnelutti, Giannozzi, dentre outros.

⁸⁹² Em relação a esse tema, vale a pena consultar a brilhante exposição de Adalberto Hommerding na obra **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Op. cit., pp. 256-269.

integridade a matéria discutida. Uma jurisdição oral em que o sujeito da compreensão já está jogado no mundo, local onde suas condições de possibilidade estão definidas *na e pela* linguagem, já que recebeu o legado compulsório da tradição.

Ainda: uma jurisdição desenhada por uma filosofia *no* processo, capaz de demonstrar que não há método para interpretar o fato/direito no plano processual e que, como advertiu o próprio Gadamer, a interpretação não se dá em fases, mas ocorre num único momento que já é *applicatio*. E finalmente: uma jurisdição em que não se trabalha com simples descrições empíricas dos fatos, mas com o processo de atribuição de sentido, de significado aos fatos, o que pressupõe a inserção do intérprete no contexto da controvérsia.

Esse sistema recursal diferenciado desafia recursos de motivação (fundamentação) vinculada, como já ocorre no recurso extraordinário, cabendo ao recorrente a demonstração preliminar de que algum direito constitucional foi atingido pela decisão. Isso certamente pode livrar a jurisdição-processual aqui invocada da hostilidade do manejo recursal das atuais decisões interlocutórias, submetidas ao regime do agravo de instrumento e a inconstitucionalidade do artigo 527 do código de procedimento.⁸⁹³ Muito disso se justifica pelo fato de que, como insistentemente procurou alertar Ovídio Baptista, está-se ainda frente a um sistema recursal excessivamente liberal, que avilta a jurisdição de primeiro grau ao glorificar os tribunais⁸⁹⁴, permitindo o reexame das decisões de primeiro grau por um juiz (geralmente o relator) que não exerceu contato algum com a causa, colocando em jogo a possibilidade de decidir melhor.

Finalmente, tendo-se em vista que se está a sustentar, a partir do redesenhar da jurisdição por uma filosofia *no* processo, a instituição de provimentos sumarizadamente liminares (já que realizado em sede de cognição sumária) democráticos, compartilhados, autônomos, anti-arbitrários e anti-positivistas, os quais têm como principal objetivo a concretização da Constituição (dos direitos sociais-fundamentais), insta verificar a extensão desses julgamentos diante da própria caracterização da coisa julgada num sistema fracionado

⁸⁹³ O artigo 527 do código de processo vigente torna possível ao relator, em decisão monocrática, a tomada de uma série de possibilidades que vão desde a negativa de seguimento do recurso de agravo de instrumento ao seu provimento, ou sua conversão em agravo de retido, além de outras possibilidades. O fato é que o inciso I do referido artigo remete ao dispositivo 557 do mesmo diploma, que dentre outras possibilidade também autoriza o relator a negar seguimento ao recurso de agravo de instrumento quando se mostrar inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou “jurisprudência dominante” do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de outro tribunal superior. A combinação dos dois dispositivos é que revela a inconstitucionalidade do artigo 527, já que, ao que tudo parece, além de contrariar a natureza dos julgamentos colegiados, tais dispositivos olvidam que “jurisprudência dominante” não é lei, levando a crer que tanto o previsto pelo artigo 527 quanto pelo artigo 557 estão em desacordo com a Constituição nesse sentido.

⁸⁹⁴ In: Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise. Op. cit., p. 262.

de demandas, afinal de contas a segurança jurídica, ao direito (constitucional) brasileiro, é considerada um princípio constitucional.

Esse seria o espaço para enfrentar alguns temas clássicos relacionados à questão da coisa julgada, como o são, por exemplo, a obsessão liberal por segurança jurídica e a possibilidade em relativizá-la, interligando tais temas às decisões construídas nos *locus* processuais desenvolvidos na tese presente. Todavia, este não é um objetivo premente para o presente trabalho, limitando-se a considerar a coisa julgada um princípio constitucional, um algo necessário no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito.

Todavia, numa perspectiva hermenêutica, partindo-se do pressuposto de que a coisa julgada é um ente em seu ser, não pode a mesma ser transformada numa metafísica ferramenta para obnubilar o aparecer do caso concreto em sua singularidade. O que significa que à coisa julgada, na tese da *sentença liminar de mérito*, deve ser atribuído sentido pelo intérprete, o que a pressupõe como algo absoluto ou relativizável somente diante de um caso concreto particular.

É nele que o dogma da coisa julgada pode ser então flexibilizado na segunda parte demanda, esta de índole ordinarizada – deixando a coisa julgada, portanto, de ser um dogma. Isso leva à conclusão de que a coisa julgada, em sua relação com a tese da *sentença liminar de mérito*, somente por ser fragilizada pela demanda ordinária quando confrontada com outros princípios constitucionais.⁸⁹⁵

Está-se a sustentar a possibilidade de se dar definitividade ao resultado de um juízo não-exauriente (o juízo da *sentença liminar de mérito*). Evidentemente, tais hipóteses não podem ser previstas. Também não se está aqui a trabalhar com decisões injustas, abusivas, etc.⁸⁹⁶ Se o Estado Democrático de Direito, e isso parece ser algo inarredável em pleno século XXI, dá preferência aos direitos sociais, eles é que darão o rumo para a possibilidade de relativização da coisa julgada na demanda ordinarizada.

A partir deles, dos direitos sociais-fundamentais, é que se torna possível viabilizar que um ambiente processual sumarizado, construído sob os pilares da aparência, contando com a inserção do intérprete em seu contexto, torne-se autônomo e, dadas as circunstâncias do caso concreto, definitivo. Repita-se: é a própria satisfação dos direitos sociais-fundamentais, que

⁸⁹⁵ Nesse sentido, consultar: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, pp. 493-494; DINARMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: Revista da Ajuris – Associação dos juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Ajuris, n.º 83, set. 2001, p. 63.

⁸⁹⁶ Essa é uma das preocupações de Ovídio Baptista em relação ao tema da relativização da coisa julgada. Para o jurista gaúcho seria inconcebível falar-se em flexibilização da coisa em razão da prolatação de uma decisão injusta, já que tal conceito é indeterminado. Para um maior aprofundamento, consultar: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Coisa julgada relativa?** In: Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Porto Alegre, ano 52, 2004, pp. 11-12.

não toleram a demora, quem está por demandar esse re-pensar da jurisdição-processual, o que faz desvelar o encontro hermenêutico entre processo e atuação judicial. Um encontro realmente capaz de colocar a Constituição em seu devido lugar.

CONCLUSÕES

... E a possibilidade, em processo civil, da construção de ambientes processuais sumarizados à satisfação dos direitos sociais-fundamentais: a aletheia da sentença liminar de mérito...

Os direitos sociais-fundamentais, pelo que incessantemente fez-se alusão na presente tese, exigem uma postura processual apta a sua satisfação no século XXI. Não podem mais permanecer na posição de reféns do procedimentalismo fase-a-fase ordinário-declaratório-plenário, tampouco das tradicionais medidas antecipatórias, apêndices do processo de conhecimento. O processo civil necessita ser jogado no interior de uma filosofia em que através da linguagem o julgador possa fundamentar adequadamente sua decisão, o que significa, noutras palavras, re-pensar os fundamentos de existência do processo civil.

Ovídio Baptista foi incansável nessa missão, que poderia ser resumida na seguinte frase, dita muitas vezes por ele: “é preciso compreender hermeneuticamente o processo civil”. Hoje é possível entender a lição do mestre. O que sempre desejou é que o processo fosse tratado enquanto uma ciência da compreensão, e que aquele que se propõe a investigá-lo jamais esqueça em dar-se conta do compromisso medular do processo com o direito romano-canônico, com os ideais da filosofia racionalista e do liberalismo político. O professor Lenio Streck acrescentaria mais um elemento: a filosofia da consciência, que até hoje sustenta o agir processual dos inúmeros foros de direito situados no território brasileiro.

Pensar em alternativas, como diria o saudoso processualista, para superar a “cegueira ideológica”⁸⁹⁷ em que o processo está embebido, torna hoje possível sustentar a existência de locais processuais diferenciados para satisfazer com efetividade os direitos sociais-fundamentais. A presente tese, nesse desiderato, optou pelo caminho de uma filosofia *no* processo, de uma filosofia da linguagem *no* processo, aqui tratada como forma de acesso a algo.

O pano de fundo para tanto foi a *sentença liminar de mérito*. Nela filosofia e processo encontram-se diante da possibilidade de se pensar em novos *locus* processuais de abertura à sociedade, rompendo com a estrutura tripartite e com o clássico distanciamento cognitivo entre juiz e a prova (e demais elementos da causa) que deve compreender, entre juiz e as próprias partes, entre juiz e Constituição. E mais: para superar a tal cegueira ideológica, sustenta a aproximação entre procedimento, direito e sociedade, o que pode ser alcançado por meio desse novo agir processual sumário que atenda liminarmente as pretensões de direito material-constitucional, em especial as de caráter social.

A condição de possibilidade, ao que agora se desvela, está em trabalhar com o processo civil enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento do caso concreto e da Constituição, impedindo que o ritualismo

⁸⁹⁷ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Op. cit., p. 101.

metodológico afaste o juiz do ser dos entes (fatos, textos, leis, Constituição, súmulas, etc.) na aplicação (compreensão) do direito. A questão é que o conhecimento sobre o fato (caso concreto), ou seja, o próprio acesso a ele, sempre se dá a partir de um ponto de vista, de uma pré-compreensão, o que torna possível entender porque a verdade em processo não é fruto do método, mas uma questão relativa a manifestação do ser, que é tempo, história, desocultação, desvelamento, *aletheia*.

A par dessas considerações é possível traçar uma espécie de panorama da jurisdição-processual herdada e da jurisdição-processual que se pretende desenhar com uma filosofia *no* processo, visando a satisfação dos direitos sociais-fundamentais, os quais assumem a posição central na tese da *sentença liminar de mérito*.

A necessidade de um novo olhar ao processo civil...

I. Ainda que a jurisdição, notadamente a partir do segundo pós-guerra, tenha assumido uma função essencial na busca dos direitos abnegados pelo positivismo, o processo civil manteve-se distante dos movimentos filosóficos, políticos e jurídicos verificados a partir do século XX. A (contínua) fixação pelo *ser* do procedimento fez com que o processo não acompanhasse o *ontological turn* (a invasão da filosofia pela linguagem). Uma deficiência que lhe tornou inapto à satisfação dos direitos sociais-fundamentais.

II. Em razão disso um novo olhar sobre o direito processual civil se faz necessário. Para a presente tese, esse novo olhar guarda relação a instituição de uma filosofia *no* direito processual civil voltada para o mundo prático, para o mundo da vida, que justifique a existência do próprio processo, onde a linguagem seja compreendida como condição de possibilidade. Trata-se também de pensar o processo civil para além do reducionismo procedural-dogmático. De um dar-se conta de que todo caso concreto exige “a” resposta constitucionalmente correta a situação contenciosística (fática).

O retorno ao processo romano...

III. Desde o processo verificado na fase tardia do direito romano o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e decisão. É nesse ambiente que se sedimenta o fenômeno da *sacralização da ordinariade processual*, insistentemente denunciado pela presente tese. Trata-se da utilização para a grande maioria dos casos, pelo processo civil, do método ordinário-declaratório no processo de conhecimento, herança que o processualismo carrega arduamente desde o referido período, posteriormente sedimentado pelas filosofias racionalistas do século XVII, que pretenderam fazer do direito uma ciência

matematizante. Um processo que recebeu a complacência de uma atividade jurisdicional fulcrada essencialmente no procedimento (e sua lógica), dando azo a uma insistência positivista capaz de alimentar as mais variadas formas de decisionismos interpretativos.

IV. Ao se retornar ao processo romano, inicialmente através do procedimento das *legis actiones*, é possível verificar que o pensamento metafísico-objetificante do rito parece contribuir para um início do fenômeno denominado velamento do caso concreto, o qual receberia uma trégua somente na fase clássica do direito romano, local de instituição do procedimento *per formulas*. Uma fase na evolução do processo romano em que a jurisprudência aparece como uma fonte extraordinária de produção do direito, sobrelevando o caso prático e aquilo que já tinha sido decidido a respeito de dada matéria em casos análogos anteriores.

V. Estava-se frente a um procedimento fracionado. Numa primeira fase, denominada *in iure*, objetivava-se a concessão da fórmula pelo pretor, que concedia uma ação ao demandante baseado em juízos de simples verossimilhança, suplantando a blindagem procedimental preconizada no período das *legis actiones*. A segunda, denominada *apud iudicem*, dava-se perante um juízo privado, a quem incumbia instruir e julgar. É importante ressaltar que a primeira etapa do processo formulário, diferentemente da segunda, tinha uma ligação bastante interessante com o plano fático, com o plano dos interesses substantivos, o que se dava processualmente na forma de uma cognição aparente e sumária.

VI. Uma das provas disso está no fato de que a atividade dos pretores não se limitava em dar a fórmula nomeando o *iudex* ao interessado que pretendia se valer da atividade jurisdicional. O pretor dispunha de outros recursos imperativos que se fundavam em seu poder de império, cujos principais eram os interditos, caracterizados pela rapidez e sumariedade, através dos quais o pretor determinava que se executasse algo ou que a parte demandada abstinhasse-se de praticar algum ato. Nesse procedimento fracionado, o destaque dos interditos e sua concessão a partir de um juízo de aparência, de verossimilhança, calcado em cognição sumária, auxiliando a que o demandante satisfizesse seu interesse com maior efetividade, é algo realmente a se considerar na tese presente.

VII. O procedimento dos interditos foi paulatinamente sendo proscrito do sistema processual romano por não se constituir em verdadeira atividade jurisdicional, o que se deu ante o fato de que eram considerados atos de vontade do pretor construídos sob juízos de simples verossimilhança. Doravante toda decisão no curso do processo passou a ser tratada enquanto decisão interlocutória, não enquanto decisão sobre o mérito da demanda, fenômeno retroalimentado posteriormente na relação entre ordinariedade e racionalismo, que no âmbito

do direito processual civil expurgou as cargas de eficácia executiva e mandamental, reduzindo-as a meros *plus* da sentença, o que já era visível no procedimento da *actio*, que serviu como base à construção do *ordo iudiciorum privatorum*, o qual somente admitia julgamento (declaratório) ao final da causa, após amplo debate probatório.

VIII. Isso explica porque a romanística considerou apenas a segunda fase do *ordo iudiciorum* como caracterizadora da atividade jurisdicional. A fase fracionada *in iure*, cujo trâmite dava-se perante o pretor através da expedição de fórmulas e da emissão de ordens visando o cumprimento de determinadas medidas, não mereceu igual tratamento, o que acabou legado aos países de tradição civilista. Essa é uma das razões que explicam o porquê da jurisdição contemporânea de tradição civil atuar na forma de juízos declaratórios unicamente.

IX. Mas não é só. O recurso ao processo romano também dá indícios indiretos (em razão do fato de que o sujeito da modernidade ainda estava adormecido) de uma atividade jurisdicional focada na questão da consciência do juiz, na sua prerrogativa de escolha, que por motivos óbvios passa a ser enfrentada somente na modernidade, nascedouro do sujeito solipsista também no âmbito do processo civil. Quando se fala em solipsismo jurisdicional está-se a alertar a uma questão que é paradigmática no direito e no próprio processo civil: a forma de decidir conforme a subjetividade do julgador, proscurendo a tradição (autêntica), a coerência e a integridade do direito.

X. O retorno ao direito romano, além de investigar a ocorrência da existência de antigos locais de sumarização e fracionamento de demandas, é fundamental para constatar como se deu o processo de universalização da *actio* e da proscrição dos juízos fundados em situações de aparência (verossimilhança). Principalmente após a inserção da Igreja nos domínios do direito, tais juízos constrangeriam o homem (devedor), que mereceria proteção integral da Igreja em nome da fé e da moral cristãs. Esse fato auxilia a corroborar o fenômeno do afastamento da estrutura dos interditos, o que posteriormente viria a sustentar o atual processo de conhecimento e sua blindagem à concessão de medidas *in limine* de mérito.

XI. Essa construção desembocou no surgimento dos sistemas da *common law* (Inglaterra) e da *civil law* (Europa continental), dada sua contribuição ao conceito de jurisdição moderno. Lá se pôde constatar que a tradição da *civil law*, da qual faz parte a processualística brasileira por influência europeia (principalmente portuguesa e italiana), acabou herdando um modelo jurisdicional que ao se fundar na figura do *iudex* romano e do direito justinianeu vulgarizado não recebeu a prática da concessão de interditos presentes na jurisdição pretoriana romana (que, por sua vez, sustenta a tradição dos países filiados à

common law), auxiliando na formação de um modelo de juiz que através da ordinarização do rito processual limita-se a declarar direitos. Em sentido contrário, a tradição inglesa e posteriormente a americana foram diretamente influenciadas pelo direito romano clássico, não tendo recebido tão intensamente as influências do direito justinianeu.

A filosofia do século XVII e seus reflexos ao processo civil...

XII. Em meio a esses reflexos foi necessário investigar o impacto que tanto o direito quanto o processo civil sofreram através do surgimento das novas doutrinas filosóficas, de raízes medievais, notadamente a partir do século XVII e do próprio surgimento do conceito moderno de Estado, tempo da sedimentação definitiva do procedimento ordinário, entendido doravante como único possível ao alcance da verdade em processo. Um contexto em que o predomínio do vetor segurança sobre o vetor justiça condicionou a formação do espírito científico moderno, submetendo o pensamento jurídico a métodos e a princípios das ciências lógico-experimentais, ensejando, num movimento constante e gradativo, o início da era das codificações.

XIII. A sede do iluminismo-racionalista pelo método (próprio das ciências lógicas) acabou por pretender descobrir um direito em fases (cindindo-se os processos de interpretação-compreensão-aplicação), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuindo ao predomínio do valor segurança (certeza), que por sua vez é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de direito.

XIV. O sonho racionalista, por ser o sonho da exatidão, da demonstração (matemática), da descoberta, seduziu tanto ao direito quanto ao processo, que dele não tiveram como escapar. E se tanto o direito quanto o processo haveriam de ser exatos, as respostas da jurisdição não poderiam compartilhar o erro, não poderiam admitir a emissão de juízos definitivos proferidos sob os pilares da verossimilhança. Eis aí a coroação de sua proscricção.

A sedimentação do Estado moderno (e o início do constitucionalismo) e as relações entre o processo e a atuação jurisdicional...

XV. Isso tudo ocorreu diante da sedimentação do Estado moderno e dos modelos de juiz a ele correspondentes. À superação do individualismo presente no estado de natureza, o homem foi levado a construir um novo cenário político representado pelo contrato social, fulcrado num poder não coincidente com o governo de uma única pessoa, mas de todo um

corpo político, estruturado sobre os pilares da igualdade enquanto vida, liberdade e propriedade.

XVI. O pensamento contratualista de Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau foi o responsável por explicar o surgimento do termo “sociedade”, justificando a autoridade política do governo civil. A partir de então é que se pode constatar uma preclara lealdade à figura estatal, o que remonta às origens do Estado moderno. No século XVIII o movimento constitucionalista exerceria um importante papel nesse cenário. O enfrentamento dos problemas existentes a partir da monopolização do poder fez com que o direito moderno desse um verdadeiro salto em direção ao nascimento das constituições, local da racionalização dos aspectos políticos e sociais da comunidade.

XVII. Por consequência, a presente tese foi levada a questionar quais relações poderiam ser traçadas entre a jurisdição-processual e os Estados constitucionais de feição Liberal, Social e Democrático de Direito. Uma investigação que auxiliou na compreensão de certos institutos processuais de que se dispõe atualmente.

XVIII. Com isso pôde-se verificar que o Estado Liberal teve por característica uma racionalidade expressada através de leis abstratas sistematizadas em códigos, bem como na divisão dos poderes como recurso a garantia da liberdade. Uma organização (constitucionalmente) burocrática da Administração Pública que possuía como valores fulcrais a liberdade, a segurança e a propriedade, encontrando na teoria da separação dos poderes a matriz de sua constituição. A teoria tripartida dos poderes construiria a casa onde se protegeriam os direitos de liberdade individual, dando suporte a um Estado Constitucional que se organizaria a partir da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

XIX. Esse modelo exerceu (e exerce) uma influência determinante no direito processual civil, já que o Judiciário acabou sendo reduzido a um poder subordinado, cuja missão não deveria ser outra senão a de reproduzir com fidelidade a lei. A própria teoria da separação dos poderes corroborou o acima referido. Chiovenda, um dos corifeus da doutrina italiana de processo civil, influenciado pela teoria tripartida, chegou a referir que a atividade do juiz em processo deveria limitar-se a reproduzir a vontade da lei, dispensada a interpretação. Essa é uma das causas que fizeram o processo civil se aproximar das ciências da demonstração, afastando-se das ciências da compreensão, já que ao juiz, em processo, não seria permitido interpretar os fatos.

XX. Um fenômeno que a seu modo explica a dificuldade da doutrina processual em trabalhar com juízos unicamente preventivos, os quais, pelo que se sabe, constituem-se sobre os pilares da verossimilhança, da probabilidade. A atividade jurisdicional no Estado de

modalidade liberal serviu a impedir o arbítrio judicial, demonstrando-se eminentemente reprodutiva dos textos legislativos, o que evitaria a transmutação do juiz em criador do direito, até mesmo para não contradizer a teoria da separação dos poderes. As questões sociais, por conseguinte, seriam afastadas de sua apreciação, permanecendo nas mãos da governança. Tais fenômenos acabaram por subtrair da atividade judicial qualquer possibilidade que rompesse à proteção do cerne constitutivo do Estado-Gerente: os direitos do indivíduo, sobrelevando, em processo, o protagonismo das partes.

XXI. Ali pode ser encontrado o modelo jurisdicional de roupagem jupiteriana, filiado ao método da subsunção, vindo por corrompida a atividade interpretativa mediante um processo reprodutivo quando da aplicação do direito, o que serviu de base à própria evolução do conceito moderno de ação processual, demonstrando as raízes do componente antidemocrático presente no processo civil de que se dispõe atualmente.

XXII. Se no auge do movimento liberal os direitos de liberdade receberam do Estado como ferramenta de proteção o ritualismo do procedimento ordinário (e toda a gama de ferramentas que oferece, tais como a cumulações de ações, a ação declaratória incidental, as demandas reconventionais, etc.), atualmente é possível concluir que o mesmo não se mostra mais adequado à proteção dos direitos denominados pós-modernos, que pugnam por uma ação positiva do Estado, fator intensificado com o surgimento do perfil estatal social, que exigiu uma maior interferência do Estado (e do próprio processo) em relação ao andar da sociedade.

XXIII. O Estado, nessa modalidade, deve intervir; deve ser o regulador do sistema social, controlando diretamente e permanentemente os aspectos econômicos, sociais e culturais da sociedade, deixando um estado de esclerose funcional (verificável no Estado de espectro Liberal) para se tornar ator ativista. No âmbito específico do processo civil, isso revela a ocorrência da transição, principalmente na Alemanha e Áustria, de um processo liberal, eminentemente escrito e protagonizado pelas partes, a um processo socializado, um processo caracterizado enquanto “instituição estatal de bem-estar social” (Klein), que segue as perspectivas da oralidade, local onde o protagonista agora é juiz, dado o aumento de seus poderes.

XXIV. A atividade jurisdicional, nesse quadro, pode ser qualificada como interventivo-ativista (já que o juiz passa a ser o *Fuhrer* do processo), o que leva a um (re)pensar no próprio agir da Jurisdição, desafiando, nesse contexto, a tentativa de superação das funções tradicionais de proteção e repressão, peculiares ao exercício jurisdicional de ordem liberal. Entretanto, tal atividade jurisdicional foi além do simples controle na promoção e efetivação das políticas públicas sociais, razão pela qual, com Cappelletti, está-se frente ao

modelo jurisdicional criativo-ativista, justificado pelo aumento do poder discricionário dos juízes na tentativa de implementação das políticas público-promocionais delineadas por este Estado.

XXV. O maior crítico da discricionariedade judicial foi o jusfilósofo americano Ronald Dworkin. A doutrina do poder discricionário (tese central das doutrinas positivistas contemporâneas) está no sentido forte da expressão, ou seja, na sustentação da tese de que quando o magistrado não encontra resposta no corpo legislativo-positivado à solução de determinado caso concreto, deve decidi-lo a partir do exercício de tal poder discricionário, independente de qualquer padrão derivado da autoridade da lei (leia-se, do direito).

XXVI. Já no Estado Democrático de Direito, ao prognóstico da legalidade é agregada nas Constituições a busca pela igualdade da comunidade, o fazendo através de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade através de um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, o qual vê na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades. O problema é que mesmo diante de todas essas transformações e do ideário presente no Estado de feição Democrática de Direito a resistência positivista ainda se mantém atuante no mundo jurídico, fato verificável desde uma atuação judicial incompatível com o sentido da Constituição, que deve ser entendida enquanto *topos* normativo e interpretativo. Essa incompatibilidade também se reflete no espaço processual civil (ainda vinculado ao racionalismo e ao ideário liberal-burguês), bem como na prática do ensino (para tanto, basta perceber a contínua utilização, pelos professores da área jurídica, de manuais de processo, códigos comentados, Constituição esquematizada, etc.) e na práxis dos Tribunais, os quais ainda continuam a crer numa prática subsuntivo-dedutivista diante do fenômeno da aplicação do direito ou no recurso à consciência do julgador.

XXVII. Diante do fato de que as posturas positivistas acabam por cindir casos fáceis de casos difíceis, propondo como método de solução dos primeiros a figura da subsunção, onde o juiz num processo lógico-dedutivo “lavaria as mãos” na aplicação do direito ao caso concreto, subsumindo diretamente as regras existentes no ordenamento jurídico ao referido caso, no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito não é mais possível apostar no poder subjetivo dos juízes. É direta a relação dessa temática com o modelo de processo civil de que se dispõe atualmente. Um modelo que a partir da hipostasiação do processo de conhecimento sob o rito ordinário deixou o problema da satisfação dos direitos levados em juízo a um segundo plano, porquanto o que realmente interessa é o respeito ao preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais; da produção probatória exauriente,

capaz, ao final, de viabilizar ao juiz o alcance de uma verdade absoluta, sonho racional-iluminista.

XXVIII. No paradigma estatal Democrático de Direito, já que o Judiciário passou a assumir uma função promovedora que até então lhe era desconhecida, o processo civil precisa ser efetivo, o que requer a renúncia ao modo liberal de agir processual. Um modo que sobrelevou a segurança jurídica através do método, da busca incessante pelas verdades absolutas/eternas, na proteção exclusiva dos direitos individuais, desprezando os interesses supra-individuais, os direitos sociais-fundamentais. E que hipostasiou, diante disso, o juiz solipsista, que por sua vez desconhece a íntima relação fenomenológica do processo.

XXIX. Este é o momento de se construir uma jurisdição-processual apta a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático, que possibilite o protagonismo da Constituição como uma forma eficaz a constituir o resgate dos direitos sociais-fundamentais e da democracia, através de um processo que aproxime procedimento e substância. É nesse *locus* fenomenológico que as possibilidades de decisionismos (positivista) darão lugar à percepção integrativa do direito.

A importância da construção de uma filosofia no processo...

XXX. É justamente nesse ponto que a hermenêutica filosófica assume um papel de extrema importância no discurso jurídico. Suas influências no direito e, para este estudo, no processo civil, revelam-se pela tentativa de libertação do pensamento jurídico (e da processualística contemporânea) apegado ao paradigma da filosofia da consciência de cariz cartesiano. Ela torna possível, no âmbito do processo civil, apropriar-se de uma filosofia voltada para o mundo prático, para o mundo da vida, para o direito subjetivo material discutido em juízo.

XXXI. O projeto de uma filosofia *no* processo guarda relação ao estabelecimento de uma atitude não-dogmática, forjada diretamente no sangramento do cotidiano processual em busca da satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Funda-se na tentativa de substancialização do direito processual civil, valorizando a Constituição enquanto instrumento vinculante e programático, enquanto base de toda a juridicidade. A hermenêutica filosófica assumirá um importante lugar nessa construção, já que com ela é possível falar, a partir do modo-de-ser-no-mundo do intérprete, na possibilidade de “ontologizar” a jurisdição-processual, a Constituição e o Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que o processo civil não pode ser compreendido de forma isolada do sentido da Constituição e do Estado Democrático de Direito.

XXXII. Uma filosofia *no* processo prescinde de que a linguagem sirva como ponto de partida e de reflexão, porquanto é nela que o direito material-constitucional se desvelará. É nela que se dará o sentido. É através dela que o sujeito solipsista dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva, que o fará respeitar a tradição (autêntica) e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. A condição de possibilidade está em pensar o processo civil para além do reducionismo procedural-dogmático. De um dar-se conta de que todo caso concreto levado ao processo civil exige “a” resposta constitucionalmente correta àquela situação contenciosa (fática), que não é e nem pode ser fruto da repetição.

XXXIII. Disso decorre a aproximação com a filosofia de Heidegger e Gadamer. Uma opção teórica justificada pelo fato de que ao relacioná-la ao direito processual civil surge a possibilidade de pensá-lo em sua singularidade fática, que em nada se assemelha a reproduções ou rotulações, o que guarda relação ao próprio processo compreensivo do intérprete. Uma singularidade que no processo compreensivo trabalha com o desvelamento do ser da Constituição.

XXXIV. O perfil de uma hermenêutica crítica, aqui de cariz filosófico, quando recepcionada pelo direito, especificamente pelo processo civil, certamente auxiliará na superação do objetivismo (uma das marcas fulcrais do positivismo jurídico), da metodologia da ordinariedade, da plenariedade, bem como da plenipotenciabilidade das regras e do modo de aplicação legal-reprodutivo no processo, local (ainda) habitado pelo juiz solipsista e sua consciência. Com Heidegger é possível constatar que a atividade compreensiva está em constante movimentação, num constante re-projetar, pensamento que, quando transposto ao direito processual civil, leva a instituição da necessidade em se buscar uma jurisdição-processual que seja eficiente em contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito.

A linguagem como ponto de partida e reflexão...

XXXV. A processualística civil ainda é refém do pensamento liberal-individualista-normativista e da filosofia da consciência (ou filosofia da subjetividade). A tradição inautêntica em que o processo de que se dispõe atualmente está inserido revela que tanto o fato concreto quanto a própria Constituição ainda não receberam a atenção demandada pelo constitucionalismo instituído pelo Estado Democrático de Direito. Uma possível superação desse paradigma deve levar em conta a questão da linguagem em processo. Isso porque é nela que o fato concreto se desvelará.

XXXVI. As raízes da metafísica relegaram a linguagem a um segundo plano, o que inegavelmente traria reflexos tanto ao direito quanto ao processo civil. A representação metafísica analisa e assim representa apenas o ente sob o ponto de vista do ente, que aparece na luz do ser. O ser não é pensado em sua essência desveladora, em sua verdade. Esse processo de adequação do olhar ao objeto (concepção central da metafísica), buscando desvendar a essência das coisas, local onde a verdade é caracterizada pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, e também onde a linguagem é apenas um instrumento que transporta a essência das coisas ou conceitos em-si-mesmos verdadeiros, somente seria transformado nos séculos XIX e XX com a viragem linguística da filosofia.

XXXVII. Aí se desvela o esforço de Heidegger em propor pensar a desconstrução da metafísica a partir da hermenêutica da faticidade, produzindo uma mudança fundamental na filosofia, deslocando o lugar da fundamentação no sujeito e na consciência para a ideia de mundo, de ser-no-mundo, reduzindo a metafísica ao campo da finitude humana. A postura heideggeriana se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o ser-aí, o que é dado entender sobre o existente humano, como sua finitude, sua projeção ao futuro, sua precariedade. Assim é que em Heidegger somente haverá ser enquanto se der a compreensão do ser. Somente há ser quando enquanto há ser-aí, já que este pré-domina o processo de compreensão. Logo, somente há verdade enquanto há ser-aí, o que representa um golpe para a metafísica da subjetividade.

XXXVIII. Todavia, o processo civil permaneceu alheio a Heidegger. A processualística ainda sustenta que interpretar é extrair sentido (Couture), o que demonstra o intenso comprometimento do processo civil com a filosofia da consciência e, por consequência, com o protagonismo judicial. A fixação pelo rito ordinário acabou tornando o juiz um ser a-histórico, ausente de mundo; alguém que retira sentido dos fatos que se lhe apresentam. Foi ele seduzido pela tradição do pensamento jurídico-dogmático e pela posição de auto-suficiência do direito, que está a espera de sua captação mediante um processo racional-substantivo no momento de aplicação da lei.

XXXIX. Se para a hermenêutica (de cariz heideggeriano) a racionalidade se define a partir da linguagem, ao ponto que o ser humano somente chega aos objetos através da linguagem, é evidente que o processo civil não pode ficar alheio a isso. Toda essa lógica científica a que o direito processual civil está embebido, umbilicalmente relacionada a uma técnica processual enquanto técnica interpretativa, acabaria, por razões metodológicas, a ignorar que a compreensão do substrato fático em processo civil depende da inserção do intérprete (juiz) na situação hermenêutica, sem o que o ente não existirá. Ele necessita estar

junto ao ser, o que pressupõe a linguagem como abertura e como condição de possibilidade. Isso, como se viu, vem da filosofia heideggeriana, para quem as condições do processo interpretativo têm a linguagem como meio de acesso ao mundo, tese que fará com que o filósofo desenvolva sua fenomenologia hermenêutica.

XL. Daí porque não há, para Gadamer, compreensão sem linguagem. Ao elevá-la, o filósofo sustentará que é a linguagem que determina o próprio objeto compreendido, razão pela qual toda a interpretação é especulação, onde não existem significados infinitos (dogmas), justificando o fato de que a interpretação sempre trabalha com conceitos prévios (pré-compreensão), que podem ser substituídos por outros mais adequados. Uma reflexão que está dirigida contra a redução do mundo dos signos a instrumentos manipuláveis pelo homem. Nesse sentido é que a pré-compreensão atua sempre num movimento de re-projeção, pelo que o intérprete desvencilha-se de seus pré-juízos inautênticos, formando a estrutura da pré-compreensão.

XLI. Significa dizer, deslocando-se essa questão para o âmbito do direito processual civil, que um determinado fato só passa a ser hermeneuticamente compreendido a partir da historicidade do intérprete, o que pressupõe sua inserção no contexto da controvérsia e a pré-compreensão da Constituição. Só assim é que ao fato será possível o processo de atribuição de sentido a partir de uma reconstrução de seu significado. Trata-se, noutras palavras, de um processo de fusão entre o horizonte em que age e habita o intérprete e o horizonte do próprio fato submetido à jurisdição-processual.

A inserção do intérprete na situação hermenêutica...

XLII. O conceito de pré-compreensão (adstrito ao de círculo hermenêutico), quando transportado ao processo civil, implica o pré-reconhecimento do contexto social (ou do contexto da controvérsia – situação hermenêutica) de cada questão de fato/direito levada ao conhecimento do juiz na condição de intérprete final do caso concreto que se busca solução no sistema jurídico, além, é claro e principalmente, da Constituição. E é por isso que a presente tese parte da premissa de que a inserção do intérprete na situação hermenêutica, através da linguagem, torna-se um passo fundamental para a interpretação do próprio caso concreto (o que é ignorado pelas posturas positivistas, que relegam o caso concreto a uma segunda coisa a ser observada pelo intérprete) e para a busca *da* resposta (constitucionalmente) correta em processo civil.

XLIII. Isso significa dizer que o ser desse ente, já que se constitui de historicidade, não se manifesta diante da contraposição entre sujeito e objeto, mas sim na fusão entre ambos

a partir da consciência da história efetual, da sua historicidade, desvelada pela linguagem. O desvelamento do ser do ente (cuja diferença é ontológica) passa então pela possibilidade de seu existir, que só aparece na historicidade linguisticamente apreendida.

XLIV. Com isso é possível dizer que em processo civil, notadamente diante do ato sentencial (que não vem de sentir!) é que o intérprete, como ser dotado de historicidade, dará – a partir de sua inserção no contexto da controvérsia/pré-compreensão do fato e do direito material-constitucional – coerência e integridade a matéria discutida em juízo. É na situação hermenêutica que isso deve ser pensado, local onde se dará a fusão dos horizontes da pré-compreensão do intérprete e do fato/direito que se apresenta à jurisdição-processual. Se a compreensão hermenêutica, em termos gadamerianos, pressupõe a inserção do intérprete numa situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação a atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção (que aqui se denominou de inserção do contexto da controvérsia). Um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo hermenêutico, aproximando juiz e partes no interior de uma intersubjetividade, o que tornará possível uma interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado.

XLV. Aplicando-se a hermenêutica de Heidegger e Gadamer ao direito processual civil, fica visivelmente comprometida a interpretação de um caso (que é sempre novo) que se apresenta à jurisdição-processual sem que o intérprete final do caso (o juiz) esteja inserido na situação hermenêutica presente àquela situação concreta, porquanto assim é que atribuirá sentido ao mesmo caso, o que depende da antecipação desse sentido pela linguagem, sua condição de possibilidade. Isso porque não há método para interpretar o fato/direito no plano do processo civil. Como advertiu o próprio Gadamer, a interpretação não se dá em fases, mas ocorre num único momento, que já é *applicatio*.

Atribuição de sentido é reprodução?

XLVI. Se na hermenêutica de Heidegger e Gadamer compreender já é interpretar, que é a forma explícita da compreensão, é possível então concluir que o intérprete não reproduz o sentido de um fato ou de um preceito jurídico, que ao contrário do sustentado pelo processualismo moderno não está à sua disposição, o que implica atualmente no naufrágio do processualismo à prática da repetição, alimentando o conformismo e um senso comum teórico alienado da historicidade. Intérprete e texto estão no mesmo modo de ser da linguagem (Hommerding), sendo o sentido, portanto, algo a ser produzido pelo intérprete a partir de sua situação hermenêutica e de um sentido que já vem antecipado pela pré-compreensão,

evitando-se que esse mesmo sentido seja produto de um método que lhe aponte a uma determinada direção.

XLVII. Mesmo assim o processo civil continua a sobrelevar a metodologia fase-a-fase ordinário-plenária, cindindo as etapas da interpretação, afastando gradualmente o intérprete (juiz) do próprio fato submetido à jurisdição-processual de conhecimento. Sua subdivisão nas fases postulatória, saneamento, instrutória e decisória é uma prova disso, já que inegavelmente também acabam por cindir o processo interpretativo do magistrado, o qual acabou tornando-se refém de uma metodologia que sobrelevou a sua subjetividade, tornando-o o “senhor do caso”, onde a linguagem é mero instrumento, um fantoche à sua disposição.

O normativismo e a morte (fungibilização) do fato pelo processo civil ...

XLVIII. O direito processual civil, além de permanecer refém da metafísica filosofia da subjetividade, onde a linguagem continua a ser tratada como instrumento (já que a resposta está no respeito ao rito, nas súmulas, etc.), não dando espaço ao perfil compreensivo traçado principalmente por Heidegger e Gadamer, acaba ainda sendo arduamente seduzido pelo pensamento jurídico normativista, que o concebe enquanto sistema de normas auto-racional e abstratamente prévio à sua realização concreta. O processo civil, nesse contexto, vem sendo pensado nas últimas décadas para dar suporte ao sistema positivo prescrito, antecipado e logicamente construído, o que o afastou de uma concepção que o levasse a um mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos (Castanheira Neves).

XLIX. No interior dessa aproximação do processo com o normativismo jurídico é que o sistema processual recebeu a missão de dar conta de um platonismo de regras independente de sua realização concreta e do suporte fático a que faz referência. Isso porque o método que revela esse conjunto de normas parte de uma espécie de esquema geral que deve recair sobre o particularismo de cada situação de fato que se apresenta, revelando assim o esquema da subsunção. Nele, parte-se do geral ao abstrato, do normatizado ao fático, obnubilando seu processo compreensivo, já que não se está mais a tratar do fato em sua singularidade, mas de um conjunto de fatos fungibilizados.

Seria a ressurreição do fato?

A verdade absoluta versus a verdade (verossimilhança) hermenêutica...

L. A tese da *sentença liminar de mérito*, diante do exposto, pressupõe que a atividade interpretativa (aplicativa) do direito dê-se a partir do caso concreto, o que leva a concluir (a partir da recepção da hermenêutica de feição filosófica) que o intérprete não extrai nem

decodifica o sentido do texto (lei, caso, etc.), mas atribui sentido ao mesmo. Se texto e norma não estão cindidos, os sentidos não estão nos textos legais, mas se dão na intersubjetividade, ocorrendo *na* e *pela* linguagem, para além do esquema sujeito-objeto. Na busca pela significação do fato tem o juiz uma missão de atribuição (e não de extração como pretende o positivismo) de sentido, não de reprodução (o que muito ainda se verifica na prática forense), o fazendo para garantir a efetividade (satisfatividade) preterida pelas posturas liberais-positivistas.

LI. No interior de uma filosofia *no* processo a proposta ora realizada leva em consideração que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita as condições de temporalidade e compreensão do intérprete, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz “ser-no-mundo”, autêntico e democrático, o que remonta à necessidade de profanar a sacralização do rito ordinário e re-elaborar o conceito de verossimilhança desde aportes hermenêuticos de cariz filosófico. Diante disso, de forma principalmente a romper com esse modelo e aproximar a jurisdição-processual da satisfação dos direitos sociais-fundamentais, é que a decisão construída através de um júzo de verossimilhança, dada sua peculiaridade fática, acaba justamente por aproximar sujeito e objeto, distanciando-se da metafísica ritualidade fase-a-fase ordinária, podendo assim abrir-se à sociedade para responder as exigências republicanas no exercício da própria democracia.

LII. Está-se a falar em verdades conteudísticas, assim entendidas pelo viés da fenomenologia hermenêutica, que tem no direito, como base, o texto constitucional. Em processo civil, o acesso ao fato/direito a partir do modo-de-ser do intérprete, da consciência da história efetual, da inserção em uma situação hermenêutica e, evidentemente, da pré-compreensão da Constituição.

A construção de locus de sumarização de demandas à satisfação dos direitos sociais-fundamentais...

LIII. Sendo o caso concreto a base da tese da *sentença liminar de mérito*, é imperioso situá-la diante de um re-pensar da atividade cognitivo-processual judiciária sob o viés do perfil hermenêutico-filosófico. A condição de possibilidade está em afinar o processo civil com *locus* de sumarização processual e procedimental-material, democraticamente construídos ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos *novos direitos* sociais-fundamentais. Está-se a trabalhar com a sumarização de demandas, incompatíveis com a obtenção de verdades

absolutas como desejou (e deseja) o liberalismo processual, fulcrado na ideia de perfeição do procedimento ordinário-plenário-declaratório e no encontro de certezas, o que somente a ideologia presente no princípio da separação dos poderes poderia alimentar, já que à jurisdição-processual caberia declarar o sentido (verdade) pré-contido(a) na lei.

LIV. Quando se pretende trabalhar com alguma forma de sumarização de demandas parte-se do pressuposto de que o juiz possa decidir com base num juízo de verossimilhança, numa verdade possível naquele momento processual (Ovídio Baptista), o que vai de encontro a uma tradição processual civil que vê na magistratura a responsável pela declaração da vontade da lei (Chiovenda). Tais juízos não atuam com simples descrições empíricas dos fatos, mas com o processo de atribuição de sentido, de significado aos fatos, o que pressupõe que o processo deixe de lado as introspecções para colocar-se diante da hermenêutica do ser-aí, da compreensão do ser-no-mundo.

LV. É nesse ambiente processual que a verossimilhança guarda uma relação de harmonia com as novas realidades sociais, que não podem permanecer reféns, na defesa de seus interesses, do mortificante procedimento ordinário, indiferente a problemicidade do direito, afastando-se do caso concreto. A decadência do procedimento ordinário, principalmente por gerar distanciamento, incompreensão, formalismo, burocratismo e lentidão, está condicionada a necessidade da sociedade pós-moderna em ter a sua disposição *locus* processuais democráticos e construídos sob os pilares da verossimilhança, incompatíveis, de um lado, com a figura do juiz de caráter jupiteriano (o juiz do modelo liberal, cuja característica principal é a neutralidade) e, de outro, com o juiz decisionista ou arbitrário.

LVI. Trabalhar com a verossimilhança em processo é sobrelevar o papel da linguagem. No seio da presente proposta de sumarização de demandas (núcleo central da tese da *sentença liminar de mérito*) a linguagem não é tratada como o fez a metafísica, sendo um produto de adequação do olhar ao objeto buscando desvendar a essência dos fatos no processo de correspondência entre o intelecto e a coisa visada, o que definitivamente parece ser a carapuça que envolve a ritualização fase-a-fase ordinária, principalmente na defesa e proteção dos direitos sociais. A relação entre verossimilhança e linguagem é uma relação que ao aproximar o julgador do direito material levado à jurisdição-processual tem todas as condições de auxiliar no processo de compreensão do caso, na medida em que a linguagem aproxima juiz e partes, procedimento e fato concreto. Isso tudo porque quando se está a trabalhar com os temas *linguagem* e *processo* está a se trabalhar simultaneamente com o processo de atribuição de sentido pelo magistrado, não de extração, tratado este como um dos

pressupostos de base do rito ordinário, dado o afastamento proporcionado entre o intérprete e o caso concreto, que acaba sendo rotulado.

LVII. Nesse local a linguagem, numa “linguagem” hermenêutica de cariz filosófico, é forma de acesso do homem ao mundo, as coisas, aos objetos, categorias cujos fatos pertencem. Ao invés de se tratar da ficcional obtenção de verdades eternas o objetivo é jogar o processo civil no interior de uma filosofia em que a verossimilhança compreenda uma verdade processual entendida enquanto desvelamento, enquanto *aletheia*, que pelo que se viu principalmente com Heidegger é ontológica, pertencente ao desvelamento do ser do ente que interpreta, do ser-aí, do *Dasein*. Em processo civil isso pressupõe aproximação, pressupõe inserção do intérprete no seio da controvérsia, o que somente as sumarizações podem proporcionar, já que não trabalham com demonstrações (métodos), cujo exemplo privilegiado é o procedimento ordinário, que haverá de chegar atrasado diante da proteção/satisfação dos direitos sociais.

O desvelar do caso concreto com a sentença democrática liminar de mérito...

LVIII. O procedimento ordinário-plenário está desajustado no atendimento à sociedade contemporânea. Sua principal característica é a finalização pela sentença, oriunda, quase sempre, de cognição exauriente. Um contexto em que inexitem sentenças liminares, o que demonstra a forma como a verossimilhança vem sendo trabalhada no âmbito do processo, e em que julgar ou decidir é sinônimo de julgamento definitivo, idôneo à produção da coisa julgada. Não é mais possível tutelar os interesses sociais da forma extremamente complexa como se apresentam através de um procedimento que além de renunciar o novo, a mudança, continua a insistir na certeza, na renúncia ao processo interpretativo.

LIX. O próprio vínculo entre racionalismo e ordinariedade pressupõe que as decisões que não sejam acobertadas pelo manto da sentença final, aquela oriunda do silogismo entre premissa maior e menor, sejam decisões puramente processuais. Não podem alcançar o direito material. Trata-se um raciocínio compreensível na medida em que a jurisdição-processual moderna foi construída pela ficcionalização de que ao juiz incumbiria o encontro, em processo civil, da verdade (ou vontade) da lei, o que logicamente pressupunha ocorrer no instante da declaração do direito após ampla produção probatória da causa.

LX. Mesmo diante dos principais rompantes ao procedimento ordinário-plenário-declaratório, que a seu modo pretendem dar mais efetividade ao processo civil, ainda não chegou a vez do caso concreto tomar a frente do ambiente processual. Essa talvez seja a principal missão da tese da *sentença liminar de mérito* e de uma jurisdição-processual a ser

desenhada por uma filosofia *no* processo, dadas as contribuições, no âmbito da filosofia, de Heidegger e Gadamer. Ambos construíram uma filosofia que enfrentou de maneira até então diferente a questão da verdade, o que a presente tese se apropriou a ponto de afirmar que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica, não absoluta ou eterna advinda do método, postulando uma atuação jurisdicional para além do solipsismo, contribuindo decisivamente para a proposta de sumarização processual aqui defendida. Nesse sentido, reconstruir o significado da expressão *liminar* para a satisfação dos direitos sociais-fundamentais é dar-se conta de que qualquer forma de sumarização processual evidentemente não oferece aquela segurança desejável pela sociedade liberal dos séculos XVIII e XIX em que ao indivíduo, notadamente o demandado, em processo, assegurava-se a mais absoluta ampla e exauriente defesa.

LXI. O objetivo também é o de alertar que com a *sentença liminar de mérito* não se pretende retornar ao juiz Júpiter ou ao criativo-ativista, mas pensar num agir processual que pode ser denominado de “ser-no-processo”, o que está intimamente relacionado a uma prática processual oral compartilhada, oriunda de um poder distribuído. Tais constatações justificam, à satisfação dos direitos sociais-fundamentais, pensar no re-dimensionamento do significado dos provimentos liminares, tornando a *sentença liminar de mérito* um ambiente autônomo de sumarização processual e procedimental-material democraticamente constituído. Entre sumarização e democratização importa dar primazia aos juízos de aparência, não se restringindo a proteger um direito emergencial, mas a própria causa que não pode esperar.

LXII. No interior da presente tese de sumarização de ações e defesas em processo civil é possível trabalhar com o contraditório e a ampla defesa de forma a não criar óbices à efetividade do processo e a própria implementação dos direitos sociais. Isso significa que os cortes de sumarização procedimental e material não violam o devido processo legal. O importante é dar-se conta de que é possível, com a *sentença liminar de mérito*, inverter o ônus do tempo do processo sem violar o contraditório e a ampla defesa, não vilipendiando o devido processo legal. No interior da tese opera-se uma simbiose entre sumarização e democratização, que deve ser compreendida diante da dicotomia existente entre sumarização e verdade hermenêutica, passando a ser extremamente relevante pensar essa dicotomia a partir da questão da prova processual, que não é produto de um achado científico. A autenticidade da prova é condição de possibilidade à hermenêutica da verossimilhança do caso concreto nesse *locus* de sumarização processual, afinal de contas, ainda que sumarizadas, as decisões construídas no interior do que vem se denominado de *sentença liminar de mérito* não surgem do nada, mas ao contrário desafiam, evitando assim o cometimento de arbitrariedades,

decisionismos ou discricionariedades (em seu sentido forte), o enfrentamento direto da questão fático-processual a que está ligado o direito social-fundamental correspondente.

LXIII. É nesse ponto que a oralidade tem um papel fundamental diante da concretização da tese da *sentença liminar de mérito*, sendo capaz de torná-la uma realidade no exercício jurisdicional no século XXI, tendo-se em vista a tentativa em se desenhar a jurisdição-processual por uma filosofia *no* processo. Ela justifica a existência do que se pode denominar de juiz “ser-no-processo”, diferente dos modelos de juiz Júpiter ou criativo-ativista, pelo que se pode constatar que esta tese desvela outra concepção de oralidade, diferentemente daquela relacionada ao processo de viés socializador presente no Estado Social. Ela é destinada a blindar a prática de decisionismos jurisdicionais, já que adstrita a prática de poder compartilhado, de poder descentralizado. Isso justifica porque a figura do juiz-instrutor no seio da *sentença liminar de mérito* deve ser pensada como uma metáfora que se mostra condizente com a tentativa de buscar resgatar o mundo prático no direito processual civil, demonstrando ser uma postura anti-discricionária, anti-positivista, absolutamente contrária ao modelo subsuntivo de interpretação, superando a abstração da regra tal como é no positivismo.

LXIV. Assim é que essa jurisdição-processual desenhada por uma filosofia *no* processo tem condições de ser pensada como um agente pulverizador do poder, um órgão produtor de micro-poderes, para além da tradicional estrutura tripartite em processo. Um local onde o fato não é tratado simplesmente a partir do esquema da dedução ou subsunção, mas diante da manifestação de um ato judicativamente decisório mediado pela atividade normativo-democrática, de modo a cumprir em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, em especial o constitucional. Logo, democratizar o processo a partir dos *locus* de sumarização aqui trabalhados é sustentar a construção da *sentença liminar de mérito* a partir do exercício do contraditório entre as partes e da participação da sociedade.

LXV. Uma filosofia *no* processo, diante disso, desvela um novo agir cognitivo-processual profanando a semente da ordinarização e sua plenariedade plantada há muitos séculos nos campos do processo civil, insuficiente à satisfação dos direitos sociais-fundamentais. E mais: também desvela uma nova reflexão processual em que a linguagem (tratada como forma de acesso a algo) serve como ponto de partida, já que é através dela que o sujeito solipsista dá lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva, que o fará respeitar a tradição (autêntica) e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta. A tese da *sentença liminar de mérito* compreende o processo enquanto fenômeno, enquanto *locus* de investigação de unidades *da* e *na* consciência do tempo, as quais pressupõem a constituição

dessa consciência temporal do intérprete. O magistrado, por ela, é mergulhado num movimento de inserção no contexto do caso concreto, o que umbilicalmente está relacionado com a compreensão do fato submetido à apreciação judicial, tendo muito a auxiliar na busca por respostas corretas em direito. Na presente tese essa possibilidade está ligada à construção de *locus* de sumarização processual e material em que ao se sobrelevar o papel da linguagem sobreleva-se a verossimilhança, que tem uma relação direta ao modo como o fato concreto se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto, uma vez que também se sustentam numa posição-visão-concepção prévia.

LXVI. A tese da *sentença liminar de mérito*, como o próprio nome faz referência, na tentativa de reler, no século XXI, o procedimento romano das *interdictas*, pressupõe que a decisão de aparência tomada nesse *locus* sumário seja uma decisão sobre o mérito da causa, o que tem a muito a ver com a re-valorização da jurisdição de primeiro grau. Isso porque esta é quem exerceu a imediatidade com os elementos da causa, condição de possibilidade para o trato dos direitos sociais. Interessa, portanto, submeter esses direitos a um sistema de fracionamento de demandas a fim de que o direito material levado à jurisdição-processual seja eficazmente satisfeito. A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra de forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, tem o prejudicado, querendo, a possibilidade de buscar seus interesses pela via da ordinary e da plenariedade, desde que superada a coisa julgada.

LXVII. No seio da *sentença liminar de mérito* o contraditório é trabalhado de forma diferenciada, já que tanto a defesa quanto o debate em relação aos pontos centrais da causa, bem como o julgamento da demanda, devem dar-se na audiência liminar, que é única nesse local de proteção constitucional. Nela, portanto, se concentram o exercício do contraditório entre as partes, o debate sobre as teses da ação e da defesa, o debate sobre a prova *prima facie*, a participação de integrantes da sociedade interessada, ultrapassando a visão liberal que vê o processo como instrumento entre juiz, autor e réu. Isso é capaz de gerar a construção de uma decisão sob os pilares da aparência, uma decisão participada (democratizada), com a efetiva contribuição de todos os envolvidos, desafiando uma sistemática recursal vinculada.

LXVIII. A etapa democraticamente sumarizada presente na *sentença liminar de mérito* pode eficazmente ultrapassar a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição), isso a partir de uma atitude interpretativa hermenêutico-ontológica capaz de romper com a objetificação do *iter* processual ordinário a fim de satisfazer (efetivar) a Constituição. Esse novo ambiente processual guarda condições em atingir autonomia processual e procedimental, já que além de cortar matérias

procrastinatórias, uma das principais contribuições da oralidade, parte do pressuposto de que a causa não pode esperar, razão pela qual após instaurada transforma-se em demanda terminal, justamente em acolhimento ao ideário da satisfação/proteção da Constituição. Eis a importância da construção de um esquema de fracionamento de demandas em que seja enfim desvelado o caso concreto em processo, permitindo que a ele sejam os sentidos atribuídos pelo intérprete na construção de uma decisão compartilhada, que assim tem tudo para alcançar o título de *resposta* (constitucionalmente) *correta*, já que diretamente permeada pela atenção ao plano fático-concreto, pela Constituição, pelo debate e pela participação popular.

LXIX. A construção do ambiente processual proposto na presente tese guarda características de um provimento sobre o mérito da causa, especialmente por se mostrar compatível com a caracterização executiva ou mandamental, que não é tratada como uma consequência do ato jurisdicional, mas um elemento integrante do próprio ato. É parte de seu conteúdo, já que a decisão proferida no procedimento fracionado, cuja primeira fase é a da *sentença liminar de mérito*, tende a gerar efeitos práticos (o juiz não apenas *diz*, mas *faz*) no mundo dos fatos, o guarda relação com a necessidade constitucional a um processo civil efetivo na satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Uma decisão construída democraticamente em que se aproximem procedimento e substância, e em que as possibilidades de decisionismos (positivista) deverão ceder à percepção integrativa do direito (Dworkin), exigindo uma *applicatio* desvinculada a argumentos de política, mas a argumentos de princípios (constitucionais, evidentemente) e decisões judiciais pré-existent, blindando a possibilidade da emissão de um provimento em conformidade à consciência do julgador.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.

_____. **Homo Sacer, o poder soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo. 2ª edição. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

_____. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. **Estudios de teoria general e historia del proceso**. Tomo I. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

_____. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Ed. Unam, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

_____. **La institucionalización de la justicia**. Tradução para o espanhol de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó e Pablo Rodríguez. Granada: Ed. Comares, 2003.

ALONSO, Pedro Aragonés. **Proceso y derecho procesal: introducción**. Madri: Ed. Aguilar, 1960.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. EJEJA, 1963.

AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em torno da “Ação de Direito Material”. In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. **Historia del derecho romano**. 3ª edição. Madrid: Ed. Reus, 1974.

ARENDT, Hannah. **A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar**. Tradução de Antônio Abranches, Cezar Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro, Ed. Relume Dumará, 1993.

_____. **As Origens do Totalitarismo: o paroxismo do poder**. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito, marxismo e liberalismo**. Florianópolis: Ed. Cesus, 2001.

ASSIS, Araken de. **Procedimento sumário**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1996.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jurgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**: quarta série. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

_____. **Notas sobre o “problema” da efetividade no processo**. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

BARROS, Alberto Ribeiro G. de. O Pensamento Político no Final da Idade Média e no Renascimento. In: **Curso de filosofia política**: do nascimento da filosofia a Kant. Coordenação de Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

BARZOTO, Luis Fernando; BEDIN, Gilmar Antonio; DINIZ, Antonio Carlos [*et al.*]. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2007.

_____. **Vida Líquida**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ed. EJEJA, 1971.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**: a atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

BIDART, Adolfo Gelsi. **La humanización del proceso**. Artigo publicado junto à Revista de Processo, nº 9, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. Milão: Ed. Giuffrè, 1972.

_____. **Diritto romano cristiano**. Volume III. Milão: Ed. Giuffrè, 1952.

BISCARDI, Arnaldo. **La protezione interdittale nel processo romano**. Padova: Ed. Cedam, 1938.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2ª edição. São Paulo: Ed. Mandarim, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; ESPÍNDOLA, Ângela. **O estado e seus limites**: reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da modernidade. Material fornecido e de autoria do professor Bolzan de Moraes em ocasião da realização de disciplina “Transformações do Estado Contemporâneo” perante o curso de doutoramento do autor do presente texto junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos no ano de 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do estado**. 6ª edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis [et al.]. A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Do estado social das “carências” ao estado social dos riscos. Ou: de como a questão ambiental especula por uma “nova cultura” jurídico-política. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BONFANTE, Pietro. **Storia del diritto romano**. Roma: Instituto di diritto romano, 1934.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Vol. 1. São Paulo, Saraiva, 2007.

BUZUID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.

BRETONE, Mario. **História do direito romano**. Tradução de Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Ed. Servanda, 2000.

_____. Verità e verosimiglianza nel proceso civile. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Ed. CEDAM, 1955.

CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in cassazione**. Pádua: Ed. Cedam, 1964.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo Judiciário. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. Organização de José Eduardo Faria. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução e notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Ed. Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. La oralidad y las pruebas en el processo civil. Tradução para o espanhol de Rodrigo Barahona. In: **Oralidad y Descongestión**: en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros. Medellín: Ed. Libreria Jurídica Sanchez R. Ltda., 2008.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Ed. Sergio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder Cultura Jurídica, 2001.

_____. **A arte do direito**: seis meditações sobre o direito. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Sistema de direito processual civil**, volumes I a IV. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Ed. Classicbook, 2000.

_____. **La prueba civil**. Tradução para o espanhol de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. 2ª edição. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1982.

_____. **Estudios de derecho procesal**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ed. EJE, 1952.

_____. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. São Paulo: Ed. Saraiva, 1942.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O atual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

_____. **A crise actual da filosofia do direito no contexto global da crise da filosofia**. Tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

_____. **O Direito hoje e com Que Sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 2002.

_____. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do directo – ou as condições da emergencia do directo como directo. In: **Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Callaço**. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Digesta. Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

_____. **O instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1983.

_____. **Curso de introdução ao estudo do direito.** Coimbra, 1976.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo.** Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Ed. da UNICAMP, 1992.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio e teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Org. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

_____. Processo e Jurisdição Constitucional. In: **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional.** Org. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2004.

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. **As concepções políticas do século XX:** História do Pensamento Político. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Leandro Konder. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 1983.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia:** o discurso competente e outras falas. São Paulo: Ed. Cortez, 1997.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. Análisis del principio de la oralidad. In: **Oralidad y Descongestión:** en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros. Medellín: Ed. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Vols. 1, 2 e 3. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. Procedimento Oral. Tradução de Osvaldo Magon. In: **Processo Oral.** Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1940.

_____. A ideia romana no direito processual civil moderno. In: **Processo Oral.** Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1940.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

BRASIL. Código de Processo Civil: **anteprojeto.** Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/default.asp>. Acesso em 15.07.2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Lisboa: Ed. Clássica, 1988.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 2.^a edição. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3.^a edição. Rio de Janeiro: Ed. José Konfino, 1949.

CROSSMAN, R. H. S., **Biografía del Estado Moderno**. Tradução de J. A. Fernández de Castro. Cidade do México: Ed. Fundo de Cultura Econômica, 1992.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo a fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Ed. RT, 1997.

_____. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1987.

CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: Ed. EJEJA, 1957.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Ed. Landy, 2002.

DAVID, René. **Los grandes sistemas jurídicos contemporaneos**. Tradução para o espanhol de Pedro Bravo Gala. Madrid: Ed. Aguilar, 1967.

DE BONI, Luis Alberto. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

DENTI, Vittorio. **Un progetto per la giustizia civile**. Bolonha: Ed. Mulino, 1982.

_____. **Estudios de derecho probatorio**. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJEJA, 1974.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. **Revista de Direito Processual Civil**, Gênese, n.º26, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

_____. Relativizar a coisa julgada material. In: **Revista da Ajuris**, n.º 83. Porto Alegre: Ed. Ajuris, set. 2001.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. Tomo II. 2.^a edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 19.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOHRING, Erich. **La prueba. Su practica y apreciacion:** la investigacion del estado de los hechos en el proceso. Tradução do alemão para o espanhol de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJEA, 1986.

DUSO, Giuseppe. Do poder natural do poder civil: a época do contrato social. In: **O Poder:** história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeira. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio.** Tradução de Luís Carlos Borges. 2ª edição. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

D'ORS, Álvaro. **Elementos de derecho privado romano.** 2ª edição. Pamplona: Universidad de Navarra, 1975.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico.** 7ª edição. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação? In: **O Estado e suas crises.** Org. José Luiz Bolzan de Moraes – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Doutrina e prática do procedimento sumaríssimo.** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1977.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Campinas: Ed. Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise.** Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2008.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica:** en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer. Valladolid: Ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón:** Teoría del Garantismo Penal. Madrid: Ed. Trotta, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. Tradução de Carlos Alberto de Salles, Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Preparación, selección y nombramiento de los jueces. In: **Revista de Processo**, nº 10, ano 3. Editora Revista dos Tribunais, 1978.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: **Interpretação Constitucional**. Org. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela de Evidência**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. **Elogio da Teoria**. Lisboa: Ed. Biblioteca de Filosofia Contemporânea, Edições 70, 2001.

_____. **El problema de la conciencia histórica**. Tradução para o espanhol de Agustín Domingo Moratalla. 2ª edição. Madri: Ed. Tecnos, 2000.

_____. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1997.

GANDOLFI, Giuseppe. **Contributo allo studio del processo interdittale romano**. Milão: Ed. Giuffrè, 1955.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do estado contemporâneo**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

GARCIA-ROZA, Luis Alfredo. **Palavra e verdade na filosofia antiga e na psicanálise**. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 1990.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GIOFFREDI, Carlo. **Contributi allo studio del processo civile**. Milano: Ed. Giuffrè, 1947.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla logica giuridica. Milano: Ed. Giuffrè, 1961.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

GUASP, Jaime. **Concepto y metodo de derecho procesal**. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Fundamentos do procedimento ordinário**. Campinas: Ed. LZN, 2004.

_____. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da constituição. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Luis Machado. O processo oral e o processo escrito. In: **Processo Oral**. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1940.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1990.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 3.ª edição. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

_____. **Que é isto, a filosofia?**: identidade e diferença. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 2006.

_____. Que é Metafísica? Tradução de Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

_____. Sobre a essência da verdade. Tradução de Ernildo Stein. In: **Conferências e escritos filosóficos**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

_____. **Introdução à metafísica**. Tradução de Mario Matos e Bernhard Sylla. Coleção Pensamento e Filosofia. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1987.

_____. **O que é uma coisa?** Tradução de Carlos Morujão. Lisboa: Edições 70, 1987.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968.

HELLMANN, Siegmund. A oralidade no processo civil austríaco. In: **Processo Oral**. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1940.

HENKE, Horst-Eberhard. **La cuestión de hecho**. Tradução para o espanhol de Tomas Banzhaf. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1979.

HESPANHA, Benedito. **Tratado de teoria do processo**. Volumes I e II. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986.

HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Jaó Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2.^a edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do Processo civil**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2007.

JUSTINIANO I. **Institutas do imperador Justiniano**. Manual didático para uso dos estudantes de direito de Constantinopla, elaborado por ordem do Imperador Justiniano, no ano de 533 d.C. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2000.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Valério Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

KARAN, Munir. A função judicial. **Revista de Processo**, nº 42, ano 11. Editora Forense, 1986.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del diritto ed ermeneutica**. Milão: Ed. Giuffrè, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2006.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3^a edição. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1985.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval**. Tradução de José Rivair de Macedo. Bauru: Edusc, 2005.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos de Derecho natural**. Tradução para o espanhol de Tomás Guillén Vera. Madrid: Ed. Tecnos, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **O despacho saneador e julgamento de mérito**. Estudos sobre processo civil brasileiro. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. **Processo de execução**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1968.

_____. L'azione nella teoria del processo civile. In: **Problemi dei processo civile**. Milão: Ed. Morano, 1962.

LOCKE, Jonh. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2.^a edição. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1978.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: **O Estado e suas crises**. Org. José Luis Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1980.

LUISO, Francesco. P. **Diritto processuale civile**. Milano: Ed. Giuffrè, 1999.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio. **Il problema d'origine del processo extra ordinem**. Bolonha: Ed. Casa Prof. Ricardo Patron, 1965.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da Ação de Direito Material. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo**. De Hobbes a Locke. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1979.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Ed. Bookseller, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Maria Lucia Cumo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Subsídios para pensar a possibilidade de articular direito e psicanálise. In: **Direito e Neoliberalismo**. Elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: Ed. Edibej, 1996.

MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Procedimentos especiais**. Curso de Processo civil, vol. 5. São Paulo: Ed. RT, 2009.

MARINONI, Luis Guilherme. **Ações repetitivas e julgamento liminar**. Disponível em: www.professormarinoni.com.br/manage/pub/anexos/20080129021407ACOES_REPETITIVAS_E_JULGAMENTO_LIMINAR.pdf. Acesso em 19.10.2010.

_____. **Tutela Antecipatória e julgamento antecipado**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. **Novas linhas de processo civil**: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. 3. Rio de Janeiro: Ed. Revista Forense, 1942.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista (1848)**. Tradução de Sueli Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Tradução para o espanhol de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Ed. Trotta, 1998.

MELENDO, Santiago Sentis. **La prueba**: los grandes temas de derecho probatorio. Buenos Aires: Ed. EJEA, 1979.

MERLO, Maurizio. Poder natural, propriedade e poder político em John Locke. In: **O Poder**: história da filosofia política moderna. Giuseppe Duso (org.). Tradução de Andrea Caiacchi, Lússia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. 7ª edição. Tradução para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

_____. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**. Tomo 5. São Paulo: Ed. RT, 1968.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a Teoria Dualista da Ação (Ação de Direito Material – “Ação” Processual: uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

_____. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil**: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Ed. Fabris, 2004.

MONTESQUIEU. **El espíritu de las Leyes**. Tradução para o espanhol de Nicolás Estevánez e Matilde Huici. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1951.

MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito subjetivo, pretensão e ação. **Revista de Processo**, n.º 47. Ed. Revista dos Tribunais, 1987.

MOREIRA FILHO, José Carlos. **Hermenêutica filosófica e direito**: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

MORENO, Arley. Wittgenstein. In: **Os labirintos da linguagem**: ensaio introdutório. São Paulo: Ed. Modena, 2000.

MULLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2ª edição. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

NEDEL, Antonio. **Uma tópic jurídica**: clareira para a emergência do Direito. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006.

NOGUEIRA, Alberto. Direitos do Homem, Direitos fundamentais e liberdades públicas: diferenciações e divergências. In: **Revista do Conselho de Justiça Federal**, Centro de Estudos Jurídicos, Brasília, n. 1.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. O Formalismo-Valorativo no confronto com o Formalismo Excessivo. In: **Revista da Ajuris**, n.º 104. Porto Alegre, 2006.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [*et al.*]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

OST, François. **Contar a lei**. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2005.

_____. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1999.

_____. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. In: **Doxa**: cuadernos de Filosofia del Derecho, nº 14, Alicante, 1993.

PALACIO, Lino Enrique. **Derecho procesal civil: nociones generales**. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1967.

PALERMO, Antonio. **Il processo de formazione della sentenza civile**. Nr. 13. Milão: Ed. Giuffrè, 1956.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. O Jusnaturalismo e o Juspositivismo Modernos. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2007)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Sreck, Leonel Severo Rocha... [*et al.*]. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PERES PISSARRA, Maria Constança. **Rousseau, a política como exercício pedagógico**. São Paulo: Ed. Moderna, 2002.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução e organização de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008.

PISANI, Andrea Proto. **Appunti sulla tutela di condanna**. Texto publicado na obra Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, vol. 3. Milão: Ed. Giuffrè, 1979.

POGREBINSCHI, Thamy. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969**. Tomo 5. São Paulo: Ed. RT, 1968.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.

PUGLIESE, Giovanni. **Introduzione a la polemica intorno all'actio**. Florença: Ed. Sansoni, 1954.

QUINTANA, Fernando. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenação de Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **O espírito do direito inglês**. Milão: Ed. Giuffrè, 1962.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. **Derecho y proceso**. Barcelona: Ed. Bosch, 1978.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Esboço de uma teoria geral do direito. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. A garantia constitucional do postulado da efetividade. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (2005)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Eduardo Ely Mendes. **Individualismo e verdade em Descartes: o processo de estruturação do sujeito da modernidade**. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 1995.

RIBEIRO, Paulo de Tarso Ramos Ribeiro. **Direito e Processo: razão burocrática e acesso à justiça**. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2002.

RICOEUR, Paul. **Del texto a la acción**. Ensayos de hermenéutica II. Tradução para espanhol de Pablo Corona. México: Ed. FCE, 2002.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milão: Ed. Giuffrè, 1962.

ROCCO, Arturo. **La riparazione alle vittime degli errori giudiziari**. Nápoles: Ed. Jovene, Ed. Jovene, 1906.

ROCCO, Ugo. **Derecho procesal civil**. Tradução para o espanhol de Felipe Tena. México: Ed. Porrúa, 1944.

RODRÍGUEZ, Cezar. **La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2009.

ROSENFELD, Denis. **A questão da democracia**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1984.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade do STF. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2009)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado/orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Vicente de Paulo Barreto ... [et al.]. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

_____. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes [et al.] Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O desvelar (aletheia) da sumariedade como condição de possibilidade para uma prestação jurisdicional efetiva: uma tentativa de substancialização do direito processual civil**. Tese de Doutorado em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2004.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A jurisdição constitucional e o caso da ADIn 3.510: do modelo individualista – e liberal – ao modelo coletivo – e democrático – de processo. In: **Revista de Processo**, nº 154, ano 32. Ed. Forense, 2007.

SÁNCHEZ, Juan Marcos Rivero. Proceso, democracia y humanización. In: **Oralidad y Descongestión: en los procesos laborales, administrativos, civil, agrario, entre otros**. Medellín: Ed. Librería Jurídica Sanchez R. Ltda., 2008.

SANCHÍS, Luiz Prieto. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madri: Ed. Trotta, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. São Paulo: Ed. Cortez, 2000.

SANTOS, Francisco de Araújo. **O Liberalismo**. Porto Alegre: Ed. da Universidade (UFRGS), 1991.

SARAMAGO, José. **Fim de uma civilização**: entrevista com José Saramago. **Revés do avesso**, ano 9, n. 11, nov-dez. 2000.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7ª edição. Tradução de Luiz Autuori. Pádua: Ed. Borsoi, 1973.

SAVIGNY. **Sistema del derecho romano actual**. Tradução do alemão para o espanhol por M. C. Guenox. Madrid: Ed. F. Góngora y Cia., 1878.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm [*et al.*]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica de interpretação. Tradução de Celso Reni Braidá. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.

SCHMITT, Carl. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: **A Crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Ed. Scritta, 1996.

_____. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Ed. Vozes, 1992.

_____. **La dictadura**. Madri: Ed. Revista de Occidente, 1968.

SCHUBACK, Márcia Sá Cavalcante. **A perplexidade da presença**. Apresentação de Ser e Tempo, de Martin Heidegger. 3.ª edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano**. Ejercicio y defensa de los derechos. Tradução para o espanhol de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América Chile 2970, 1954.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. **El juicio jurisdiccional**. Estudios de derecho procesal. Barcelona: Ed. Ejea, 1958.

SILVA, Jaqueline Mielke; XAVIER, José Tadeu Neves. **Reforma do processo civil**: leis 11.187, de 19.10.2005; 11.232, de 22.12.2005; 11.276 e 11.277, de 07.02.2006 e 11.280, de 16.02.2006. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**. Disponível em: www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=7&hash=. Acesso em 07.09.2010.

_____. **“Questão de fato” em recurso extraordinário**. Disponível em: www.baptistadasilva.com/nova/www/download.php?what=artigo&fileId=18&hash=. Acesso em 19.10.2010.

_____. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2009.

_____. **A jurisdictio romana e a jurisdição moderna.** Disponível em: www.baptistadasilva.com.br/artigos013.htm. Acesso em 02.06.2009.

_____. **Epistemologia das ciências culturais.** Porto Alegre: Ed. Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Jurisdição, direito material e processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Verdade e significado.** Disponível em www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm. Acesso em 04.06.2007.

_____. **Curso de Processo Civil**, volume II: processo cautelar (tutelas de urgência). 4.^a edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007.

_____. Direito Material e Processo. In: **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006

_____. Direito subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. In: **Polêmica sobre a ação:** a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Organização de Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Curso de processo civil**, volume I: processo de conhecimento, 7^a edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Sentença Mandamental. In: **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

_____. Antecipação de tutela: duas perspectivas de análise. In: **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

_____. Processo de Conhecimento e procedimentos especiais. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

_____. **Do processo cautelar.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2^a edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2002.

SIMON, Josef. **Filosofia da Linguagem**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Ed. Edições 70, 1990.

SKINNER, Quentin. **Razão e retórica na filosofia de Hobbes**. Tradução de Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp, 1999.

SOLMI, Arrigo. **Contributi alla storia del diritto comune**. Roma: Ed. Foro Italiano, 1937.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Habermas e o direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3ª edição. Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2005.

_____. **Compreensão e finitude**: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

_____. **Diferença e metafísica**: ensaios sobre a desconstrução. Porto Alegre: Ed. EDIPUCRS, 2000.

_____. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre, EDIPUCRS, 1996.

_____. **História e Ideologia**. 2ª edição. Porto Alegre: Ed. Movimento, 1981.

STRAYER, Joseph R. **As origens medievais do estado moderno**. Tradução de Carlos da Veiga Ferreira. Lisboa: Ed Gradativa, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, vol. 1, num. 1, 2009.

_____. **Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto**. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2008)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. Lenio Luiz Streck, José Luis Bolzan de Moraes; Ovídio A. Baptista da Silva [*et al.*]. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2008.

_____. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas corretas**. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, nº 6. Porto Alegre: IHJ, 2008.

_____. **Verdade e Consenso**. **Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Iuris, 2007.

_____. *Hermenêutica e aplicação do direito: Os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade – o caso da lei dos crimes hediondos*. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica (2007)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos, mestrado e doutorado. Orgs. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha; São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica (2004)**. Revista do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SURGIK, Aloísio. **Lineamentos do processo civil romano**. Curitiba: Ed. Livro é Cultura, 1990.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução para o espanhol de Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Ed. Trotta, 2005.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: **Sui confini: scritti della giustizia civile**. Bologna: Ed. Mulino, 2002.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Pádua: Ed. Cedam, 1975.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

TOURAINÉ, Alan. **Crítica da Modernidade**. 7.^a edição. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002.

TROCKER, Nicolo. *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale*. In: **Rivista di diritto processuale**. Padova: Ed. Cedam, 1988.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Ed. RT, 1996.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Tradução de João Gama. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 1996.

VERDE, Giovanni. **L'onere della prova nel processo civile**. Camerino: Ed. Jovene, 1974.

VERGER, Jacques. **Cultura, ensino e sociedade no Ocidente nos séculos XII e XIII**. Tradução de Viviane Ribeiro. Bauru, São Paulo: Ed. EDUSC, 2001.

_____. **As universidades na Idade Média**. Tradução de Fúlvia M. L. Moretto. São Paulo: Ed. da Universidade Estadual Paulista, 1990.

VERNANT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Tradução de Ísis Borges da Fonseca. Rio de Janeiro: Ed. Difel, 2002.

VÉSCOVI, Enrique. **Teoría general del proceso**. Bogotá: Ed. Temis, 1984.

VIANNA, Luiz Werneck... [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan: 1999.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Tradução de Fernando Couto. Porto: Ed. Resjuridica, 1991.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua linguagem**. 2ª edição. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª edição. Campinas: Ed. Bookseller, 2000.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual. In: WINDSCHEID y MUTHER. **Polemica sobre la “actio”**. Tradução de Tomás Banzhaf. Buenos Aires: Ed. EJE, 1974.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção “Os Pensadores”. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1991.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão de direitos fundamentais. In: **Revista da Ajuris**, n.º 64. Porto Alegre: Ed. Ajuris, 1995.