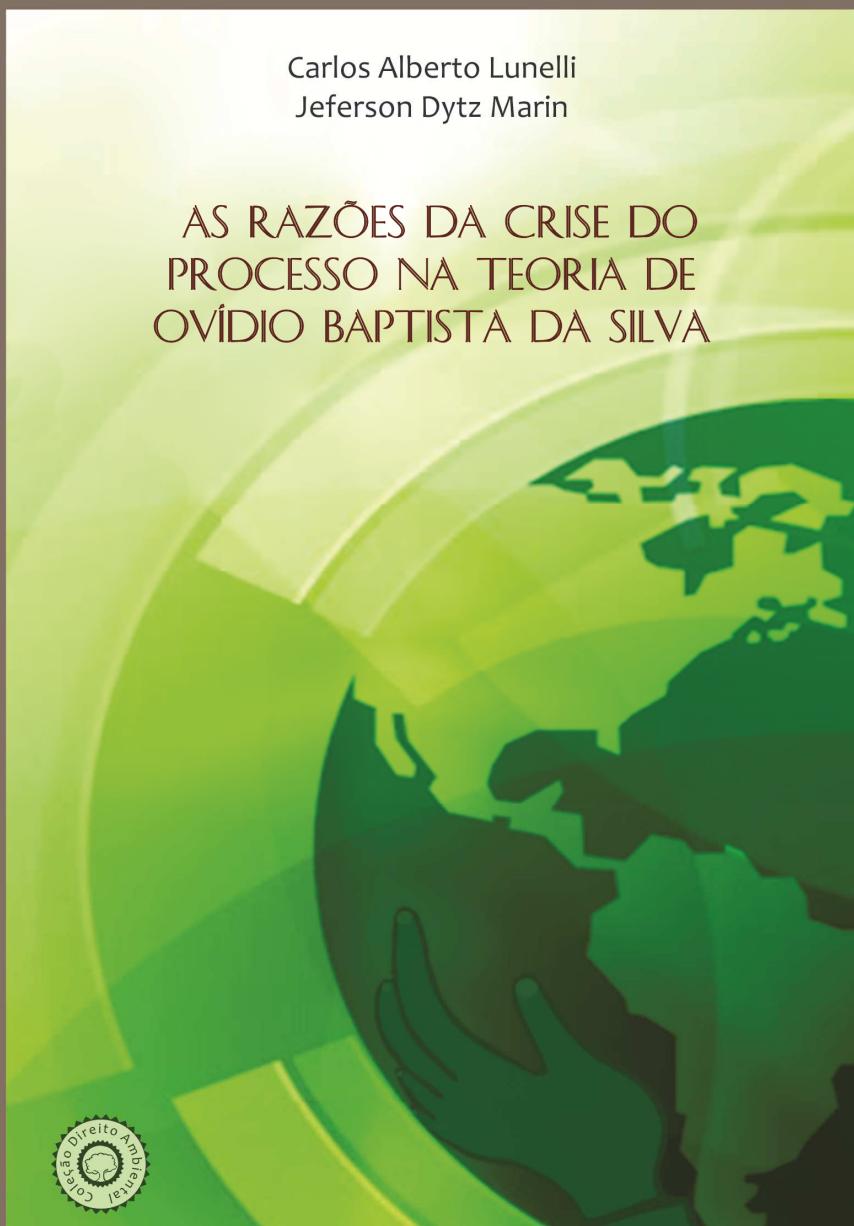


Carlos Alberto Lunelli
Jeferson Dytz Marin

AS RAZÕES DA CRISE DO PROCESSO NA TEORIA DE OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA



As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva

Carlos Alberto Lunelli
Jeferson Dytz Marin

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Presidente:
Ambrósio Luiz Bonalume

Vice-Presidente:
Nelson Fábio Sbabo

UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL

Reitor:
Evaldo Antonio Kuiava

*Vice-Reitor e Pró-Reitor de Inovação e
Desenvolvimento Tecnológico:*
Odacir Deonisio Graciolli

Pró-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação:
Nilda Stecanela

Pró-Reitor Acadêmico:
Marcelo Rossato

Diretor Administrativo:
Cesar Augusto Bernardi

Chefe de Gabinete:
Gelson Leonardo Rech

Coordenador da Educs:
Renato Henrichs

CONSELHO EDITORIAL DA EDUCS

Adir Ubaldo Rech (UCS)
Asdrubal Falavigna (UCS)
Cesar Augusto Bernardi (UCS)
Guilherme Holsbach Costa (UCS)
Jayme Paviani (UCS)
Luiz Carlos Bombassaro (UFRGS)
Nilda Stecanela (UCS)
Paulo César Nodari (UCS) – presidente
Tânia Maris de Azevedo (UCS)

As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva

Carlos Alberto Lunelli

Advogado. Doutor em Direito pela Unisinos. Professor no Programa de Doutorado e Mestrado em Direito – UCS. Professor em cursos de especialização de diversas Instituições de Ensino Superior, dentre as quais a Escola da Magistratura Federal (Esmafe), a Unoesc e Iesa. Autor dos livros *Além da condenação: a inclusão do comando mandamental na sentença civil condenatória* (FURG, 2016) e *Jurisdição italiana, ideologia e tutela ambiental* (Educs, 2017), dentre outros.

Jeferson Dytz Marin

Advogado. Doutor em Direito pela Unisinos. Professor no Programa de Doutorado e Mestrado em Direito – UCS. Professor em cursos de especialização de diversas Instituições de Ensino Superior, dentre as quais a Escola da Magistratura Federal (Esmafe), a Unisinos, a Unifra, a Fadisma e a Unoesc. Autor dos livros *Relativização da coisa julgada e inefetividade da jurisdição* (Juruá, 2015), *Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy* (Juruá, 2015) e *Jurisdição e Processo IV: coisa julgada* (Juruá, 2013), dentre outros.

Os autores publicaram, ainda, pela Educs, obra conjunta, em 2012: *Estado, Meio Ambiente e Jurisdição*.



© dos organizadores

Revisão de Ana Clara Brandelli
Bolsista do Grupo de Pesquisa Alfajus

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS – BICE – Processamento Técnico

L962r Lunelli, Carlos Alberto, 1967-

As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva [recurso eletrônico] / Carlos Alberto Lunelli, Jeferson Dytz Marin. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2017.

Dados eletrônicos (1 arquivo).

ISBN 978-85-7061-891-7

Apresenta bibliografia.

Modo de acesso: World Wide Web.

1. Processo civil. 2. Jurisdição. 3. Direito – Filosofia. 4. Silva, Ovídio Araújo Baptista da, 1929-2009. I. Marin, Jeferson Dytz, 1976-. II. Título.

CDU 2.ed.: 347.91/.95

Índice para o catálogo sistemático:

1. Processo civil	347.91/.95
2. Jurisdição	347.98
3. Direito – Filosofia	340.12
4. Silva, Ovídio Araújo Baptista da, 1929-2009	929SILVA

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Carolina Machado Quadros – CRB 10/2236.

Direitos reservados à:



EDUCS – Editora da Universidade de Caxias do Sul

Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130 – Bairro Petrópolis – CEP 95070-560 – Caxias do Sul

– RS – Brasil

Ou: Caixa Postal 1352 – CEP 95020-972 – Caxias do Sul – RS – Brasil

Telefone/Telefax: (54) 3218 2100 – Ramais: 2197 e 2281 – DDR (54) 3218 2197

Home Page: www.ucs.br – E-mail: educs@ucs.br

O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema.

Ovídio Baptista da Silva

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
I Crise da jurisdição e racionalismo	8
1 Liberdade e igualdade no liberalismo	13
2 O compromisso racionalista da jurisdição	20
3 O caráter temporal da jurisdição, a (re)construção da verdade e a necessidade de superação do racionalismo	26
4 O abandono do racionalismo.....	32
II Além da condenação	38
1 Ciência processual e ação condenatória: uma construção histórica ..	38
2 A dicotomia entre cognição e execução: um óbice à efetividade processual	46
3 Conclusões	54
III O direito como ciência do espírito.....	56
1 A influência do cartesianismo no Direito	58
2 A ciência jurídica e o paradigma racionalista	60
3 Dogmatização, processo e racionalismo	
IV Ação condenatória, pretensão material e efetividade do processo	76
1 A gênese do direito processual: racionalismo, ação condenatória e efetividade	78
2 A herança romanista e as ações condenatórias e declaratórias: inevitável aproximação?	86
3 Conclusões	101
Referências	104

Apresentação

A presente obra debruça-se sobre a teoria crítica de Ovídio Baptista da Silva, especialmente no que concerne aos aspectos que identificam as razões da crise que assola o processo.

Ovídio Baptista da Silva, de fato, foi um dos grandes processualistas brasileiros e marcou época. É responsável por uma geração de críticos ao processo e sempre registrou posições firmes e diretas, alicerçando uma das principais críticas da modernidade à “ordinarização” e à influência perniciosa do racionalismo e do romanismo cristão, no processo contemporâneo.

O Prof. Ovídio era desses sujeitos que se vê uma vez e não se esquece. Tinha convicção vernacular, corpulenta; convicção convicta. Demonstrou-a com clareza quando concebeu a tutela antecipada, hoje com uma segunda faceta, a tutela de evidência.

Ovídio Baptista sempre será o que foi, o que é dentro de cada um que o leu, que com ele conviveu e aprendeu. Para nós, mais do que um perito das letras jurídicas, é um mito, um vulto inspirador, um “farol”. Será eterno! Será reproduzido e lembrado por seus alunos e por alunos de seus alunos. Se é pecado institucionalizado falar de poesia, sem lembrar de Mário Quintana, também será um vilipêndio lembrar de tutelas de urgência, de cautelares, sem pronunciar o nome do são-borjense Ovídio Baptista da Silva.

As linhas que SE seguem registram a pretensão, também, de afastarem-se da cultura manualesca do direito e propor uma reflexão séria, empregando, sobretudo, a herança de Ovídio Baptista da Silva, um sobrevivente no “viveiro” de padrões da pós-modernidade.

Assim, com o propósito de contribuir para as reflexões tangentes à jurisdição, apresenta-se o presente ensaio sobre as razões da profunda crise epistêmica e de matriz paradigmática que assola o processo.

*Carlos Alberto Lunelli
Jeferson Dytz Marin*

Capítulo I

CRISE DA JURISDIÇÃO E RACIONALISMO

O Estado moderno enfrenta uma crise de identidade, uma vez que não foi gestada teoria política capaz de fundar a conceituação do perfil alcançado por este Estado que ora tutela liberdades públicas, ora percebe os direitos sociais, como baluartes da cidadania, ora põe-se como mínimo, refém das vicissitudes do mercado.

As crises do Estado – conceitual, estrutural, institucional, funcional e de representação – contextualizam a crise jurisdicional, que denota a ausência de perspectiva de eficácia social das teorias da decidibilidade, cuja validade ética tem sido questionada. A (re)formulação da concepção de democracia jurisdicional, no sentido de reconhecer-se a plausibilidade de uma jurisdição democrático-constitucional, alterando-se o fundamento jurisdicional ortodoxo, calcado na teoria do vencido-vencedor, com o fito de alcançar legitimidade social à teoria da decidibilidade, fazendo com que as pessoas “sintam-se escutadas pelo Estado-Juiz”,¹ revela uma das formas de (re)democratização do ato judicante, fortalecendo seu caráter inclusivo.

Nessa esteira, parece indispensável perceber a jurisdição em sua dimensão histórica e ideológica, explicitando seu conteúdo e contextualizando-a diante das crises do Estado moderno, reconhecendo a necessidade de democratização do ato jurisdicional e de temporalização do direito – religação com o passado – mediante a

¹ Como propõe Warat, ao reinventar a dogmática jurídica, através da percepção do outro: “Olhar é sempre um esforço para obter, desde o presente, sentidos para o passado; seria aquela releitura que trata de evitar que o nosso desejo repita o passado no presente, que é sempre uma forma de tentar eliminar o presente pela melancolia de não aceitá-lo como diferente. A repetição do passado nos impede de receber os sinais novos, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em síntese, nos aliena, nos exclui ou nos devora. Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições de transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivência e um futuro indecifrável”. (WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: *Epistemologia e ensino do direito: o sonho não acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 173-174. v. II).

(re)construção da verdade das teorias da decidibilidade, minimizando-se a interferência do paradigma liberal-mercadológico e valorizando-se a aplicação dos direitos sociais e individuais, com o escopo de firmar políticas inclusivas.

O paradigma liberal-individualista, nessa quadra da história, registra um conflito permanente com o Estado social, que privilegia a tutela dos direitos difuso-coletivos. Esse embate alcança, também, o Judiciário, que tem registrado uma proximidade conceitual cada vez maior com o Poder Executivo, em que pese a clara distinção das atribuições, cunhada desde Montesquieu.²

A concepção que provém especialmente do constitucionalismo é a de que a ideia de Estado de Direito democraticamente concebido não pode prescindir nem da visão liberal,³ alicerçada no respeito às diferenças imanentes a uma sociedade plural e heterogênea e tampouco da visão dos comunitaristas, fundada no direito à igualdade, na concepção de organizações sociais que compartilham interesses comuns. Entretanto, a pretensão normativa não tem encontrado receptividade na *práxis* política, econômica e mesmo jurídica. A verdade é que mesmo os países que registram governos de índole e pretensão socialista – mormente na Europa – sucumbem ao mercado, priorizando a liberdade e convivendo passivamente com o aumento amazônico da miséria.

Cá se diga que não se identifica uma tendência de retorno ao marxismo que, como teoria econômica, sucumbiu; sem embargo, impensável conceber que a ideia de um neoconstitucionalismo liberal-social possa açambarcar com identidade de valores e plenitude de relevância a liberdade e (também) a igualdade.

No tocante à crise jurisdicional, é indispensável lembrar que o Direito contemporâneo aviventa, ainda, a ideia privatista herdada do

² MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Trad. de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2001. (Textos selecionados).

³ A concepção de liberalismo aqui empregada firma-se nos direitos de primeira geração, as denominadas liberdades públicas, que tutela a liberdade de pensamento, a liberdade econômica e os direitos individuais em geral.

Direito romano, ao passo que não reprime a discricionariedade⁴ constitucional do provimento jurisdicional, a possibilidade de interpretação, o desapego à influência vertical da lei e a condição de possibilidade de construção de uma interpretação horizontal, arrimada na democratização.

Ademais, não se pode descurar da participação do tempo – em sua forma negativa – no comprometimento da (in)verdade buscada pelo Estado-juiz –, o que fomenta a crise jurisdicional –, bem como na ausência de razoabilidade no tocante ao transcurso do processo. Enfim, não há proceder democrático com morosidade e, percebendo-se que o Direito Moderno traz em si ínsita a ideia de paradoxo, de contradição, é necessário gerir o tempo sem macular a materialidade (precipuamente de ordem constitucional) das demandas postas em juízo.

Tem-se, nesse talante, que a superação da ideia privatista-formalista de jurisdição, alcançando-se ao ato de decidir uma concepção radicalmente democrática, superando-se a concepção liberal de tutela individualista – com comprometimento econômico –, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais e sociais, como balizas do Estado Democrático de Direito é o desafio que se põe. Como alterca Ovídio Baptista da Silva, “a identificação da democracia liberal como o sistema político do ‘fim da história’ sugere que esse seria o sistema próprio de uma sociedade de ‘escravos satisfeitos’.”⁵ Exatamente, é esta ideia que reclama superação, a proposta do conformismo com o liberalismo; que recolhe a força de trabalho e oferta as sobras, estimulando a satisfação artificial nessa realidade taciturna.⁶

⁴ Nesse viés, pertinente à crítica de Lenio Streck aos decisionismos e às arbitrariedades do Judiciário, que vive uma era dos princípios, que, contudo, mantém as matrizes positivistas, substituindo a subsunção pela ditadura do discurso prévio. Como assevera Lenio: “[...] se é inexorável que, a partir do segundo pós-guerra, diminui o espaço de liberdade de conformação do legislador em favor do controle contramajoritário feito a partir da jurisdição constitucional, é exatamente por isso que devem ser construídas as condições de possibilidade para evitar discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos, ou seja, o constitucionalismo destes tempos pós-positivistas assenta seus pilares no novo paradigma lingüístico-filosófico, superando quaisquer possibilidades de modelos interpretativos.” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 339).

⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 11.

⁶ Mas, como sustenta o próprio Ovídio Baptista da Silva, essa relação perniciosa com o capitalismo funda um sistema jurídico anticomunitário: “Um dos fatos históricos reveladores do

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

Percebe-se que, para o romanista, o magistrado, ao decretar o provimento consistente numa ordem, a que se resumia o interdito, não proferia um juízo ou emitia um juízo baseado em mera probabilidade de que a situação probatória que a sustentava fosse verdadeira. Neste caso, temos de admitir que, para Luzzatto, tendo em vista o direito romano, assim como para a doutrina moderna, a ordem não é o *conteúdo* o ato jurisdicional, mas quando muito seu *efeito*. [...]⁷ A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a consequente e necessária universalização do *procedimento ordinário*, resultante da instituição do *Processo de Conhecimento* – sem executividade simultânea, na mesma relação processual –, preservou também, por um princípio de coerência lógica, a distinção radical entre *decisão* e *ordem*, de modo a conceber o ato jurisdicional típico (sentença) como constituído exclusivamente de *juízo*, sem que a *ordem* integre o *conteúdo*.⁸

A valorização do fundamento constitucional no ato decisinal e a adequada compreensão histórica e científica da temporalização do direito, mediante o emprego de uma linguagem inclusiva e democrática, permitem uma nova leitura das teorias tradicionais da decidibilidade, o que arrima a ideia de direito contemporâneo, cuja tutela alcançada deve registrar caráter publicista, divorciando-se da concepção privatista-civilista emprestada pelo Direito romano. Nesse mesmo sentido, tem-se a notória influência do liberalismo. Como afirma Ovídio Baptista da

vínculo entre o Estado de Direito e o capitalismo está na circunstância de o nascimento de ambos ter-se dado simultaneamente. A destruição da *comunidade* medieval, uma das campanhas empreendidas com especial determinação pelos filósofos, a partir do século XVI, teve seu ponto de apoio no Direito e cada vez mais ampla e envolvente *juridicização* do nascente mundo moderno. Este é um ponto a ser considerado no percurso da modernidade.” (p. 304).

⁷ SILVA, op. cit., p. 27.

⁸ Ibidem, p. 29.

Silva: “O liberalismo seria a ‘última conquista’, insubstituível, do gênio político.”⁹

Almeja-se também a superação do paradigma racionalista, de ordem cartesiana-linear e da compreensão da comprovação de indubiedade científica arquitetada por Platão,¹⁰ com fundamento na lógica da certeza, mediante o reconhecimento da verossimilhança, da quase certeza e do efetivo rompimento com a ilusão da verdade, através da recuperação da compreensão aristotélica.¹¹ Como pondera Ovídio Baptista:

Enquanto pensarmos o Direito como uma questão lógica, capaz de ser resolvida como qualquer problema matemático; enquanto não perdermos a ilusão de que a lei – fruto, como o sistema pressupõe, de um legislador iluminado – tenha univocidade de sentido, a Universidade conservar-se-á imutável em sua metodologia jurídica, fornecendo ao sistema contingentes de servidores, aptos para a tarefa de descobrir a inefável “vontade da lei”, a que se referia Chiovenda e que, para nosso tempo, confunde-se com a “vontade do poder”.¹²

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

Doutro lado, o método utilizado hodiernamente, que mantém a ideia de necessidade de alcance da verdade absoluta, o que se reflete, incondicionalmente, no Direito, também, condiciona as teorias decisionais, por quanto retira o caráter verossímil imanente, típico da modernidade e das ciências do espírito, dentre as quais se inclui o Direito.

⁹ SILVA, op. cit., p. 7.

¹⁰ PLATÃO. *Crátilo. Diálogo sobre a justeza dos nomes*. Trad de Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa, 1994.

¹¹ ARISTÓTELES. *Rhetorique*. Trad. de Médéric Dufour. Paris: Société D’Édition Les Belles Lettres, 1932.

¹² SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 53.

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

1 Liberdade e igualdade no liberalismo

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

A filosofia propôs a investigação dos acontecimentos e a configuração social, além, logicamente, de debruçar-se sobre o próprio ser humano, sua origem e sua razão de ser. Os filósofos tinham algo em comum, na maioria das vezes: procuravam uma explicação e um fundamento que servisse de baliza para o comportamento dos cidadãos, que justificasse moralmente a diferença entre o certo e o errado; e não exerciam poder, mas antes o incluíam em seus raciocínios como algo natural, aceitável e respeitável. Entretanto, essa postura interferia de forma decisiva na formação do Estado.¹³ Ovídio Baptista da Silva, por sua vez, aponta também a influência do racionalismo na tentativa de distinção entre certo e errado, o que ofereceu esqueleto a um dogmatismo forjado na exatidão e na lógica, que se divorcia da gênese do Estado moderno e, também, do Direito:

¹³ Ver: HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções (1789-1848)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000; *A era dos extremos (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

O abandono da epistemologia das *ciências da descoberta*, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço.¹⁴

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

Por sua vez, o liberalismo, subproduto do processo revolucionário francês, também introduziu dois outros conceitos que se imbricam intimamente com a questão da crise constitucional: o mercado e a opinião pública. Diz Matteucci: “Con el Estado constitucional el liberalismo heredó también aquellos espacios de libertad, políticamente neutrales o no inmediatamente políticos, que habían nacido o estaban naciendo en su interior: el ‘mercado’ y la ‘opinión pública’.”¹⁵ Contudo, como adverte Jorge Novais, chegou-se a uma “passagem inelutável para a concentração e centralização do capital e o controle monopolístico dos mercados”.¹⁶

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

Tal mazela provém também da compreensão incorreta do Direito romano, que exerce influência sobre todo o sistema jurídico. A esse teor é interessante observar a posição de De Martino, para quem a

¹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideología: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79.

¹⁵ MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo contemporáneo*. Madrid: Trotta, 1998. p. 260.

¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 182.

dificuldade moderna de compreensão da jurisdição decorre da verificação dos limites de cada um desses conceitos, no Direito romano:

[...] iurisdictio non è attuare la legge, perchè attuazione è volontà, e neppure significa rendere giustizia nel caso concreto, perchè dire il diritto è ben diverso dall'attribuire a taluno un bene della vita. Dalla visibile sproporzione fra il termine e la realtà che esso vorrebbe definire, deriva l'incertezza del nostro pensiero moderno nel definire la funzione giurisdizionale, dalla rottura della perfetta armonia che vi era nella concezione originaria fra il ius dicere e le reale attività del magistrato, ormai nota, derivò il lento scolorirsi del concetto.¹⁷

Mas tudo isso mudou, quando, no final dos anos 70, a teoria neoliberal começou a obter expressão política e alcançou, em rápida sequência, três enormes vitórias que a transferiram definitivamente ao campo prático e posteriormente sustentaram a onda neoliberal ao redor do globo: as eleições de Margaret Thatcher, em 1979 (UK); de Ronald Reagan, em 1980 (USA); e de Helmuth Kohl, em 1982 (Alemanha Ocidental).¹⁸

O neoliberalismo veio impondo a visão de minimização do Estado e, consequentemente, da eliminação ou redução de suas estruturas de bem-estar social; as ferramentas dessa busca do perfil de Estado mínimo foram, de forma geral, a transferência, para a iniciativa privada, de setores da atividade estatal que pudessem ser desenvolvidos com fins lucrativos e a reforma das relações do Estado com seus servidores. O Estado mínimo-liberal firmava o propósito, assim, de tutelar apenas alguns elementos básicos da constituição de qualquer grupo social: a defesa da legalidade (pela Polícia), que se presta, entre outras finalidades, a garantir a propriedade privada; uma educação rudimentar e voltada aos interesses industriais e comerciais imediatos, e as funções básicas do Poder tripartido, embora muito mais intercruzadas em suas antigas bases de exclusividade.

¹⁷ DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Cedam, 1937. p. 64.

¹⁸ DE MARTINO. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

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

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

A intenção deflagrada da confraria neoliberal, que tinha como cartilha-base a obra *Caminho da servidão* (1944), era combater o solidarismo e o keynesianismo, firmando as bases de um capitalismo duro. A contrariedade ao Estado social era tamanha, que Hayek chegou a afirmar que “a social-democracia inglesa conduziria o Estado ao mesmo desastre que o nazismo alemão, uma espécie de servidão moderna”.¹⁹

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

“Pode-se dizer que, no Brasil, predomina/prevalece (ainda) o modo de produção de direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais...”²⁰ Ou seja, o modelo liberal-individualista-normativista, que alocou o ordenamento infraconstitucional em torno de um Direito Civil, que trata de coisas, relegando as pessoas ao segundo plano, não foi preparado para o enfrentamento com a

¹⁹ SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado Democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 9.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 82.

insurgência coletiva e transindividual que anima “violações ao direito de propriedade” como, por exemplo, uma invasão maciça de terras. Este é o principal foco da *crise jurisdicional*, calcado na vetusta estrutura privatista do direito processual, forjado para resolver conflitos individuais, distante dos direitos sociais trazidos pelo *Welfare State*.²¹

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

Ovídio Baptista novamente empresta guarida à crítica da normatização perniciosa, quando examina a estrutura do ato jurisdicional, considerando a interpretação do art. 131 do Digesto Instrumental, ao afastar a concepção tacanha que deflagra um processo de igualização perversa das demandas, abandonando a personalidade que cada feito carrega consigo. Nesse sentido, suas altercações:

A estrutura elementar de qualquer julgamento, seja jurídico ou moral, pressupõe juízos sobre condutas humanas, portanto nunca decisões sobre puras normas. Descobre-se o direito a partir do fato. Sem fato contextualizado, o direito, que é uma espécie de conhecimento prático, não poderá ser descoberto. Pois bem, se isto é verdade, então não será o direito, abstratamente contido nos códigos, o objeto da decisão judicial. A jurisdição cuida de um direito subjetivo. Trata-o como uma realidade espacial e temporalmente situada, a partir de um conjunto de fatos e circunstâncias que lhe darão concreção. Esta óbvia exigência, de resto, está expressa no art. 131 do Código de Processo Civil, que manda o juiz atender aos fatos e circunstâncias da causa. É claro

²¹ Cá se diga que um dos fatos, que traduz esse paradoxo com competência invejável, é a reforma agrária. Após a diminuição das invasões de terra verificadas na primeira metade do governo Lula, agora, o MST retorna com força, retomando as invasões, construindo um propósito social de enfrentamento do Poder Judiciário e comprovando que o direito, de fato, não encontra meios sequer de contribuir para a busca da solução do conflito entre os sem-terra e os ruralistas, num prenúncio malfadado de um novo eldorado dos carajás.

que esta exigência não poderá estar contida na norma que dispõe sobre direitos subjetivos, *normatizados* num dado preceito legal. Os fatos e circunstâncias da causa jamais estarão contidos na norma.²²

Nesse mesmo talante, no dizer de Streck,²³ o individualismo e o formalismo do Judiciário contribuem para o agravamento da problemática: o arraigado senso de que os direitos individuais estão acima da comunidade, combinando com o apego a um conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais – fruto de uma *era da técnica* –, forja um Judiciário atônito, que funda uma espécie de autofagia das estruturas socioeconômicas, distanciando-se dos conflitos de interesses. A questão dos recursos como meios protelatórios, que têm no Estado seu mais notável representante, põe-se exatamente nessa esteira de burocratização sintomática do Judiciário. Como afirma Baptista da Silva, “não se pode perder de vista que a presença do Poder Público entre os tribunais é uma clara expressão da natureza burocrática e regulamentar do Estado contemporâneo”.²⁴

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

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

²² SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 277.

²³ STRECK, op. cit., p. 84.

²⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 262.

incondicional da liberdade sufoca a igualdade. A esse teor, veja-se sua argumentação:

Dentre as inúmeras contradições existentes na formação do conceito de democracia que nos foi transmitido pelo liberalismo, duas encontram-se em seus próprios objetivos básicos, quais sejam, a busca da *igualdade* e, ao mesmo tempo, a defesa radical da *liberdade*. Estes objetivos naturalmente são entre si antagônicos. A ampla liberdade postulada pelos liberais tem por fim reduzir a figura do Estado. Sua intervenção deverá ocorrer apenas nos momentos em que seja indispensável assegurar o exercício pleno da liberdade. O objetivo, porém, quando levado às últimas consequências, como agora pretende atingi-lo através do “Estado mínimo”, pode muito bem aproximar-se de uma espécie de *darwinismo* social, praticado em favor das classes dominantes.²⁵

A afirmação de Ovídio Baptista é contundente e ataca o âmago do Estado constitucional, que se arrima nas revoluções francesa e americana, perseguindo exatamente a convivência harmoniosa entre o princípio da igualdade e da liberdade. Todavia, se considerados os aspectos que ofertam esteio aos princípios em testilha, o argumento parece bastante razoável, já que a igualdade, em sua acepção clássica, não encontra campo fértil de aplicação no sistema neoliberal, que, à medida que percebe o avanço da globalização, torna-se cada vez mais excludente.

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

²⁵ SILVA, op. cit., 2006, p. 311.

As ciências da “descoberta” – que são as únicas que o pensamento moderno considera verdadeiras ciências – ignoram o *individual*, aquilo que o fenômeno tem de singular, despe-o de tudo o que nele possa representar a *diferença*, para, com o esqueleto que restou, com as *identidades*, construir a regra.²⁶

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

2 O compromisso racionalista da jurisdição

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

Ovídio Baptista da Silva aponta para um antagonismo entre a liberdade – pretendida pelo liberalismo – e a igualdade,²⁷ cujos valores não poderiam ser alcançados num sistema progressivamente excludente, como tem se revelado o liberal. Ademais, sinala a herança racionalista como um dos precípuos empeços do aprimoramento da

²⁶ Ibidem, p. 266.

²⁷ Nessa linha, as alterações do autor: Os liberais não apenas dão prioridade à liberdade; eles se opõem à igualdade, pois se opõem vigorosamente a qualquer conceito medido em função de resultado, única maneira de dar sentido ao conceito de igualdade. Na medida em que liberalismo é a defesa do governo racional, baseado no julgamento informado dos mais competentes, a igualdade se lhe apresenta como um conceito nivelador, anti-intelectual e inevitavelmente extremista; para concluir: “O próprio termo ‘liberal’ incorpora não só o significado político mas a prática da largueza, do *noblese oblige*. Indivíduos poderosos podem ser liberais em sua distribuição dos valores materiais e sociais. E vemos aqui, muito abertamente, o vínculo existente com o conceito de aristocracia, ao qual o liberalismo pretende se opor.” (SILVA, 2006, p. 312).

eficácia das funções do Estado e da efetividade jurisdicional. Baptista da Silva efetua construção interessante, no sentido de coadunar o exame do racionalismo moderno com a democracia, que teria privilegiado a justiça comutativa aristotélica, abandonando seu caráter distributivo, o que funda, também, o escopo liberal. A esse teor, suas afirmações:

O direito racional moderno, por exemplo, privilegiou apenas uma das formas de justiça preconizada por Aristóteles, legitimando somente a “justiça comutativa”, conciliando-se, ao contrário, precariamente com os princípios da “justiça distributiva” que, como é natural, antes de ter por fim a conservação do *statu quo*, deve lutar para transformá-lo. A justiça distributiva representa o componente revolucionário do Direito. Conseqüentemente, não seria de esperar que o novo ordenamento jurídico concebido, acima de tudo, com sistema de segurança legal, pudesse priorizar esta forma revolucionária de justiça.²⁸

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

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

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

²⁸ Idem, p. 68.

então, a sedução pela lógica, que possibilitava a universalidade do direito e justificava o juracionalismo.

A par da exatidão, também constituem marcas do racionalismo a exaltação da segurança jurídica, mencionada anteriormente, e a aparente neutralidade do julgador, esta conferida pela sustentação do dogma da univocidade da norma jurídica.²⁹

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

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

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

Esses objetivos também são alcançados pela segurança jurídica, afastando-se a materialização da justiça e a efetividade jurisdicional.³⁰

²⁹ O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade, sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não – uma margem de discreção dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado (SILVA, 2006, p. 271).

³⁰ A criação do “mundo jurídico”, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *Racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar essas “verdades eternas” que prescindem dos fatos. O Direito Processual Moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao Racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de “exorcizar”, se quisermos

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e o surgimento de um direito mais eficaz, na consecução de objetos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. Ao reconhecer tal circunstância, José Reinaldo Lima Lopes percebe que “o novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”.³¹

Para romper com essa ideia de formalismo jurídico, é necessário reconhecer que o discurso jurídico está firmado em axiomas, estabelecidos a partir dos conceitos admitidos como válidos, aceitando-se que a verdade obtenível é sempre relativa. Certamente, o pensamento dogmático é fruto da formação acadêmica dos juristas, porquanto tem como paradigma fundante a repetição sintomática que firma uma dependência epidêmica da lei, formando eternos alimentadores dessa vetusta prática alienada. Como afirma Ovídio Baptista: “A aceitabilidade racional”, expressa pelo *verossímil* no pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.”³²

Além disso, o abandono da lógica tradicional, nas ciências do espírito, encontra justificativa também no fato de que o Direito se depara com a questão das noções linguísticas, que são as representações gerais conferidas pelo filósofo da linguagem. Nesse sentido, Cassirer afirma que “[...] a forma que conduz aos conceitos verbais primários e a determinadas denotações lingüísticas não é prescrita de modo simples e unívoco pelo próprio objeto, mas, ao contrário, abre um amplo campo de ação para a livre atividade da linguagem”.³³

libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, tornaram-se permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem fazendo ciência pura. (SILVA, op. cit., 2006, p. 79).

³¹ LOPES, José Reinaldo Lima. *O direito na História*. 2. ed. rev. São Paulo: Max limonad, 2002. p. 181.

³² SILVA, op. cit., 2006, p. 271.

³³ CASSIRER, Ernst. *Linguagem e mito*. Trad. de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992b. p. 43.

Costuma-se diferenciar ciência jurídica da ciência do direito. A primeira, *ciência jurídica*, designa “a ciência que trata do direito com os métodos especificamente chamados jurídicos”,³⁴ podendo ser definida também como a “ciência do sentido objectivo do direito ou de qualquer ‘ordem jurídica’ positiva”.³⁵

Compreende-se por *ciência do direito* aquela que se ocupa do confronto do ordenamento com as questões que se apresentam ou, no dizer de Larenz, “aquela ciência que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado”.³⁶

Ademais, a ciência jurídica não avança de modo igual às demais áreas do conhecimento científico, face às peculiaridades que lhe são imanentes. Nesse trilho, pode-se recuperar a afirmação de Biondi, quando destaca que: “Formule e rigore sono fatte per le leggi di natura, che per postulato sono inflessibili e rigide, ma non per la realtà sociale che è così mutevole e varia da escludere ogni rigidità: il fenomeno giuridico è ben diverso dal fenomeno naturale.”³⁷

E, prosseguindo, indaga Biondi: “Dobbiamo forse percorrere a ritroso la storia della nostra scienza?”³⁸

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

A compreensão do método da ciência jurídica, assim, parece constituir-se num dos “calcanhares de Aquiles” do direito. A busca da

³⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 227.

³⁵ Ibidem, p. 228.

³⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. da 6. ed. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 1.

³⁷ BIONDI, Biondo. *Universalità e perennità della giurisprudenza romana*. In: *L'Europa e il diritto romano*. Milano: Giuffrè, 1954. v. II. p. 399. “Fórmulas e rigor são feitos para as leis da natureza, que por essência são inflexíveis e rígidas, mas não para a realidade social que é assim mutável e varia excluindo a rigidez: o fenômeno jurídico é muito diferente do fenômeno natural.”

³⁸ “Deveremos talvez retroceder na história da nossa ciência?” (BIONDI, op. cit., p. 400. v. II).

exata compreensão de seu viés metodológico, assim, revela-se um dos passos necessários ao alcance da efetividade e da realização das pretensões materiais almejadas pelo direito.³⁹

Todavia, o conhecimento científico é constituído a partir das condições e da evolução de um grupo, sendo o portador de características culturais, históricas, econômicas e sociais. Então, não pode ser considerado isoladamente, sem a percepção dessas condições. É por isso que Thomas Kuhn assevera: “O conhecimento científico, como a linguagem, é intrinsecamente a propriedade comum de um grupo ou então não é nada. Para entendê-lo, precisamos conhecer as características essenciais dos grupos que o criam e o utilizam.”⁴⁰

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

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.⁴¹

A partir disso, procurou-se desenvolver um método capaz de assegurar validade universal ao direito, mediante a afirmação da atemporalidade e da supraespacialidade.⁴²

³⁹ O mundo da experimentação científica sempre parece capaz de tornar-se uma realidade criada pelo homem; e isto, embora possa aumentar o poder humano de criar e de agir, até mesmo de criar um mundo, a um grau muito além do que qualquer época anterior ousou imaginar em sonho ou fantasia, torna, infelizmente, a aprisionar o homem – e agora com muito mais eficácia – na prisão de sua própria mente, nas limitações das configurações que ele mesmo criou. (ARENKT, Hannah. *A condição humana*. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987. p. 301).

⁴⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. p. 257.

⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 306.

⁴² Os juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de

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

3 O caráter temporal da jurisdição, a (re)construção da verdade e a necessidade de superação do racionalismo

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

O tempo alcança a economia, na aceleração típica da modernidade, que acaba por interliga o mundo, mas também afeta o direito, na medida em que impede a concretização de direitos sociais. Mas, muito mais que isso, o tempo registra o elo com o passado – história –, que se revela imprescindível para a (re)construção das verdades jurisdicionais, além de representar elemento constituinte do direito, como agente transformador da História, a partir da (re)formulação de paradigmas.

“O tempo é uma instituição social e nesse sentido depende do Direito.”⁴³ Assim, há um elo importante entre o tempo e o processo,

princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, procedia-se empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao Direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas. (KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002. p. 93).

⁴³ ROCHA, Leonel Severo da. A construção do tempo pelo direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo: Unisinos, p. 312, 2003.

procedimento que viabiliza e (deve) potencializar as pretensões materiais. Ovídio Baptista da Silva, ao examinar o “verdadeiro custo do processo”, que tem por esteio exatamente a temporalidade, em trabalho que enfrenta a abordagem de Chiovenda acerca da regulação da sucumbência,⁴⁴ aponta o ônus do autor, que registra o encargo da “espera” pela sentença, ao passo que o demandado desfruta do privilégio do *status quo ante*, porquanto os efeitos da decisão o alcançam apenas quando o processo findar.

Contudo, a análise do tempo na modernidade foi absolutamente transformada em face da evolução do conceito de comunicação. A informação imediata interfere também na gestão jurisdicional. Evidente, é assim, a ilação de que uma das razões do insucesso das normas é a impossibilidade de haver acompanhamento no tempo, uma vez que a realidade social se transforma numa velocidade inalcançável, sugerindo que a jurisdição atente a esse aspecto, sob pena de proferir julgamentos que padeçam por ausência de eficácia.

Ovídio Baptista da Silva, ao referir Bauman, também elabora a ideia de colonização do público pelo privado, da individualização como processo de corrosão da cidadania, de processo de avanço de um “sindicato do egoísmo”, fruto da firmação do neoliberalismo.

Nesse sentido,

[...] o interesse público é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis.⁴⁵

⁴⁴ Como assevera Ovídio Baptista da Silva (Op. cit., 2006, p. 212), “[...] o autor é penalizado com o dever de indenizar, se assumir o risco de executar provisoriamente a sentença; ou, o que significa a mesma coisa, efetivar medidas cautelares ou executar algum provimento antecipatório. Nesses casos, porque ele ‘acelerou’ a prestação jurisdicional, deve indenizar, ao passo que o réu, quando sucumbente, usando de todas as faculdades que a lei lhe confere, tendo ‘retardado’ a solução da lide, nada indeniza. O que há de singular nesta estranha solução é que o réu – que jamais tivera direito – nada indeniza, ao passo que o autor que executa provisoriamente a sentença – liminar ou final – deve indenizar, ainda que tenha um direito que o julgador reputou verossímil”.

⁴⁵ Ibidem, p. p. 311.

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

Em contradição a esta realidade, está a grande parte do pensamento jurídico contemporâneo, que insiste na dogmatização do direito, numa forma latente de inércia, que registra uma pretensão declarada: a manutenção do *status quo*. Isto é, conforme a concepção monista de Giordano Bruno, muito se define, muito se repete, muito se impõe, mas pouco se cria, pouco se questiona e tudo se copia. E isto se deve a fatores intrínsecos e extrínsecos ao mundo jurídico, em especial, a ausência de percepção dos fatos ligados à realidade local e contemporânea e o consequente despreparo dos julgadores ao manejo da ontologia e da deontologia.⁴⁶

Não se pretende sustentar que a dogmática desempenhe apenas um papel nefasto. O saber dogmático também exerce uma função de regulação científica, que não pode ser desprezado, nem mesmo pelas ciências do espírito. A dogmática conserva, pelo menos, um componente de organização que não deve ser dispensado.

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

⁴⁶ Ver: STRECK, op. cit., 2002.

último, razão pela qual justifica que a dogmática não é de todo inadequada.

Talvez bem resuma a questão o pensamento de Zaccaria,⁴⁷ quando aponta o equívoco de considerar-se o direito um “produto acabado”, o que também decorre da utilização do método das ciências naturais. O direito não é algo acabado, ou que deva ser reproduzido. Precisa, antes, ser compreendido numa atividade interpretativa que é contínua e que não pode estar limitada a um método definido. Limitar o direito a um método significa limitá-lo enquanto ciência, impedindo que cumpra o seu efetivo papel.⁴⁸

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

Certamente, para que se aceite uma tutela processual autônoma e, ao mesmo tempo não satisfativa, será necessário superar o *paradigma* da ordinariade, uma vez que essa *terminalidade* processual representará uma forma de tutela fundada em juízo de verossimilhança que, para a doutrina, nunca poderá ser

⁴⁷ Zaccaria refere que “l'errore della metodologia giuridica del positivismo tradizionale, ancora seguita, nonostante le apparenze, da molta parte della cultura giuridica, è nel concepire e presentare il diritto nell'assetto idalizzato e conclusivo di 'prodotto finito' e nell'intendere l'applicazione come il riprodurre, in tutti i casi sussumibili sotto una determinata norma, un significato già compiutamente dato una volta per tutte. La soluzione offerta dal positivismo giuridico normativo assume un concetto di diritto tutto incluso nel *dato legislativo*, e costretto a tradurre i momenti valutativi, su cui largamente incidono fattori extralegali, nella finzione della soluzione prestabilita.” (ZACCARIA, Giuseppe. *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990. p. 88).

⁴⁸ “O abandono da epistemologia das *ciências da descoberta*, até agora aplicada ao Direito, de modo que se possa recuperar sua *historicidade*, significa libertá-lo do espírito dogmático, reintroduzindo-o no domínio das ciências da *compreensão*, de que o direito processual foi retirado em virtude da pretensão do Racionalismo de torná-lo uma ciência demonstrativa. Acabaremos vendo que o *dogmatismo* é um dos instrumentos mais eficazes no empenho do Poder em mantê-lo a seu serviço.” [...]⁴⁸ “O *conceptualismo* que sustenta o pensamento dogmático na ciência processual, alimenta-se dessas vertentes doutrinárias. Ele é a grande barreira oposta à criação jurisprudencial do Direito, consequentemente à Hermenéutica.” (Ibidem, p. 84).

processualmente autônomo, no sentido de julgamento que encerre a respectiva relação processual.⁴⁹

A verdade como percepção dos fatos cotidianos que se introjetam no fenômeno jurídico deve ser vista sob a ótica do senso comum,⁵⁰ que consiste em dizer o que é correto e verdadeiro com base no provável/plausível, pois este é o senso que institui a sociedade; a construção da verdade surge então como defesa do provável e fundamenta-se na existência moral e histórica do homem. Nos dizeres de Gadamer: “Bom senso é o remédio contra o sonambulismo da metafísica e contém o fundamento de uma filosofia moral, que é justificada em relação à vida da sociedade.”⁵¹

A utilização da linguagem proporciona ao julgador a compreensão da realidade da lide, já que é na linguagem que o homem frequentemente decai; a queda é a mais explícita maneira de inautenticidade, a forma estabilizada da vida cotidiana como envolvência estruturada sobre a preocupação e a solicitude.⁵² Na convivência, o ser se objetiva ou impessoaliza. O ser humano é falante – e a linguagem lhe proporciona meio de abertura –, como um prolongamento da interpretação. Durante as audiências, o julgador, num diálogo franco com as partes – numa integração com o conhecimento humano –, tem a possibilidade de perceber os fatos jurídicos e humanos que norteiam a demanda, contemplando o ato judicante socialmente válido.

Neste diapasão, o sistema processual de 1973 concebeu o processo de conhecimento como procedimento destinado, por definição, à busca da verdade acerca do direito controvertido, o que estaria a revelar seu compromisso com a ideia racionalista de unidade e

⁴⁹ SILVA, op. cit., 2006, p. 231.

⁵⁰ Consigna-se, a título de oportunizar uma renovada reflexão, a lição da lavra de Alves, ao tratar da temática *o senso comum e a ciência*, após advertir para os riscos concentrados no cientista (porque tipo como o dono do saber). Ao se perguntar sobre o que é o senso comum, responde: “prefiro não definir”. Talvez simplesmente dizer que senso comum é aquilo que não é ciência [...]. (ALVES, Rubens. *Filosofia da ciência: introdução ao jogo e a suas regras*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 9-37).

⁵¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Trad. de Flávio Paulo Meuner. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

⁵² NUNES, Benedito. *Heidegger & ser e tempo*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002. p. 2.

plenitude do sistema jurídico. Ao processo de conhecimento caberia alcançar esta verdade, sendo a sentença a manifestação em que o juiz revelaria o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final deste percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes. Destarte, a construção da verdade deixa de prevalecer, dando azo às presunções que caminham em sentidos opostos. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, ao atestar a ineficácia do processo de conhecimento:

Nosso “procedimento comum”, composto pelos dois ramos que o acompanham desde o século XIV, o *ordinário* e o *sumário* do art. 275 de nosso Código, conservou-se fiel aos pressupostos romanos, reproduzindo sua estrutura originária: – é um procedimento que pressupõe uma *obrigação* como fonte da ação a qual, por sua vez, dá origem a uma sentença condenatória, que irá produzir uma ação executória. A conhecida fórmula romana tinha esta estrutura: *obligatio+ actio + litis contestatio⁵³ + condemnatio*, gerando uma *actio iudicati*.⁵⁴

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

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

Mas essa forma de pensar e agir deve ser construída, a partir da valorização da alteridade. A igualdade produz-se na diferença, e a

⁵³ *Litis contestatio* era o ato solene de aceitação do juízo, perante testemunhas, uma espécie de contrato judicial.

⁵⁴ SILVA, op. cit., 2006, p. 131.

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

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

4 À guisa de considerações finais: o abandono do racionalismo

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

“O *paradigma*, reduzindo o direito à norma, torna o jurista incapaz de operar com a realidade.”⁵⁵ O distanciamento entre fato e direito, fundando uma normatização fechada, que traduz o distanciamento da sociedade, da vida que firma o próprio direito, produz um cenário nefasto, que reproduz o positivismo arcaico, refém da lei dotada de sentido unívoco.⁵⁶

⁵⁵ Ibidem, p. 109.

⁵⁶ “Não se pode, por isso, pretender a superação do *paradigma* racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’.” (Ibidem, p. 301).

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

[...] a “ideologia legitimante” do capitalismo não apenas teve vitalidade para conservar-se incólume, como globalizou-se, assumindo dimensões jamais imaginadas, capaz de submeter as nações, especialmente as que se acham fora dos centros de hegemonia capitalista, à soberania incontrastável do “mercado”, obrigando seus governos a assistirem impotentes o paulatino esvaziamento de seus antigos poderes, subjugando populações inteiras, em que a miséria e a exclusão social expandem-se cada vez mais.⁵⁷

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

É necessário, porquanto, reconhecer essa realidade, fruto da incapacidade e da ausência de desejo do liberalismo materializar a igualdade, através do abandono dos “porões”, do passamento do inconformismo e da retomada do sentimento de irar-se do indivíduo, que almeja o rompimento das amarras e das grades que tornam todos prisioneiros da liberdade ultrajante.⁵⁸

Enfim, a eficiência fiscal viabilizaria, inclusive, a desnecessidade de mudança na matriz tributária, prática que, junto com as

⁵⁷ Ibidem, p. 277.

⁵⁸ Como se pode imaginar a prática da igualdade, como princípio democrático, entre o volume extraordinário de acumulação de riqueza, em mãos de uma elite numericamente inexpressiva, em oposição a formas nunca vistas de pobreza e degradação humana, em que sobrevivem contingentes cada vez maiores de grupos populacionais excluídos? (SILVA, op. cit., 2006, p. 316).

privatizações, tem representado o principal foco de ação dos governos, reforçando o caráter liberal do Estado.

Nessa mesma esteira, os investimentos de ordem social, com priorização do setor produtivo, também são fundantes da revitalização do Estado social. Logicamente, os investimentos sociais não devem ser considerados em sua forma indireta, sob pena de se chancelar a ideia de que os incentivos fiscais seriam uma forma de inclusão social, a partir da geração de novos postos no mercado de trabalho, retomando o caráter liberal do Estado. Os investimentos sociais devem se nortear pelas políticas inclusivas planejadas, de efetiva inserção, rechando-se o assistencialismo e as políticas paliativas que vilipendiam o Erário em prol de interesses particulares, e não modificam o panorama classístico.⁵⁹

Ademais, todo compromisso liberal-individualista, presente na base estruturante do Estado, também influencia de forma decisiva a jurisdição, que não apresenta alternativas nem disposição de rompimento das amarras que a prendem à ordinariedade e ao privativismo. “O homem conquistou a plena liberdade, mas não tem como usá-la; melhor, somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema.”⁶⁰ Como complementa Ovídio Baptista da Silva, a exacerbação dos valores individuais, firmando o liberalismo, traduz uma desesperança ao Estado e, por via de consequência, ao direito:

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

⁵⁹ Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranquilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos. (SILVA, op. cit., 2006, p. 316-317).

⁶⁰ Ibidem, p. 297.

que se possa transformar o Direito sem que as instituições políticas sejam, nalguma medida, igualmente transformadas.⁶¹

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

A resistência oferecida pelo sistema, já o dissemos, é uma consequência da própria lógica matemática que estrutura o pensamento jurídico moderno, perante o qual ou o juiz será servo da lei ou, ao contrário, arbitrário. Esta lógica não admite a existência do que seria um termo médio, uma sentença que, não sendo escrava do texto, não fosse, mesmo assim, arbitrária, que pudesse conter discricionariedade sem arbitrariedade.⁶²

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

⁶¹ Ibidem, p. 306.

⁶² SILVA, op. cit., p. 292.

Assim, o estabelecimento de uma jurisdição democrática passa, também, pela superação do compromisso liberal-individualista do Estado e pelo alcance de um certo equilíbrio do Estado social. Ademais, a inumação do racionalismo e da tradição cartesiana, positivista, e das ciências da consciência é caminho obrigatório para que se estabeleça uma (re)construção da verdade jurisdicional e a (re)locação dos espaços perdidos do Estado, que, integrado com a sociedade, deve retomar seu poder fundante. Mas, como alerta Baptista da Silva, lembrando Cornelutti, “para que o juiz decida é necessário, antes, *decidir-se*”.⁶³

O compromisso com o racionalismo, que guarda linearidade com o liberalismo burguês, tem origem, na verdade, no próprio Direito romano, que malfadadamente ainda influencia o Direito moderno.⁶⁴

A ideia de crise do Estado, que se encontra embrechada na ineficácia jurisdicional, logicamente, é fruto do mercantilismo. Contudo, a (re)construção do Estado e a (re)definição dos papéis das instituições passa pelo rompimento do pacto de mediocridade governamental, que produz políticas assistencialista-populistas, sob o pretexto de atender a igualdade constitucional, quando se percebe, na realidade, a aplicação irrestrita da liberdade – especialmente a de mercado –, produzindo um distanciamento gradativo e crescente entre ricos e pobres.⁶⁵

Paralelamente, a concepção de individualismo egoísta, de execração das pretensões coletivas, voltadas para o bem comum, também se reflete na postura do Estado moderno. Noutra esteira, tem-se o rechaçamento do individualismo concebido como produtor de diferenças, chancelador das particularidades e do mosaico

⁶³ Ibidem, p. 114.

⁶⁴ “Mercantilismo e *privatização* da jurisdição convivem desde o período do direito romano decadente. É claro que o padrão foi exacerbado, a partir do século XVIII, como mostra John G. A. Pocock, em obra extraordinária, devido ao desenvolvimento do sistema de crédito público, responsável pela mercantilização geral das relações entre cidadãos e governo, fazendo com que as relações políticas se tornassem relações entre credores e devedores”. (SILVA, op. cit., 2006, p. 198).

⁶⁵ Como alterca Ovídio Baptista da Silva: “Esse exacerbado normativismo é o pilar que sustenta o dogmatismo de nossa formação universitária”. É ele que permite a constituição de um ensino do Direito abstrato, formal e acrítico, permitindo que os juristas alimentem a ilusão de produzir uma ciência do Direito neutra quanto a valores, mantendo-os distantes e alienados de seus compromissos sociais.” (Ibidem, p. 50).

personalíssimo que compõe a modernidade. O processo de igualização perversa, portanto, torna-se característica precípua do liberalismo, com a pretensão excludente de estereotipação e de definição de papéis pré-postos, que discriminam e intentam sepultar o pluralismo, elemento notório do período presente.⁶⁶

A crise da jurisdição e a busca da identidade do Estado, assim, pressupõem honestidade metodológica, no sentido de perceber a *práxis* contemporânea, sem negar as políticas excludentes patrocinadas pelo liberalismo, tampouco o caráter assistencialista do planejamento social, que opta por oferecer migalhas àqueles que há muito foram abandonados pelo Estado. A superação do papel desmantelador do indivíduo, via eleita pelo liberalismo, seria o reconhecimento dos cidadãos, como sujeitos políticos e a mudança da opção pela proteção inelutável do capital, através do desenvolvimento de políticas de redistribuição de renda efetivas, que enfrentem a estrutura estatal e modifiquem o paradigma liberal.

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

⁶⁶ Certamente, ricos e pobres, poderosos e humildes sempre existiram, em todos os regimes políticos. Nossa experiência das desigualdades sociais, porém, oferece uma nota peculiar. É que, como observou Arnold Toynbee, o célebre historiador inglês, as outras vinte civilizações já desaparecidas tinham as desigualdades sociais como um fenômeno “natural”, contra o qual nada se poderia fazer, enquanto a nossa finalmente descobriu que a probreza não é uma contingência natural, de modo que “a sempre antipática desigualdade na distribuição dos bens deste mundo, deixando de ser uma necessidade prática, transformou-se numa enormidade moral. (SILVA, op. cit., 2006, p. 316).

Capítulo II

ALÉM DA CONDENAÇÃO

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

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

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

1 Ciência processual e ação condenatória: uma construção histórica

O direito processual constitui-se um ramo da ciência do Direito, que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo, tão diferente daquele do século passado.

Esse paradoxo é determinado, em grande parte, por fatores históricos, destacando-se especialmente o jusracionalismo, que teve

influência decisiva para a ciência do Direito contemporânea. Incorporaram-se métodos de raciocínio e dedução lógicos, numa indevida absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o direito privado europeu o seu sistema, afirmando: “Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos”.⁶⁷

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico, que impregna o direito em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico; no dizer de Tarello, “no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”.⁶⁸

Ainda, a partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e o surgimento de um direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. Ao reconhecer tal circunstância, José Reinaldo Lima Lopes afirma que “o novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”.⁶⁹

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

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

⁶⁷ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 309.

⁶⁸ TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Trad. de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 40.

⁶⁹ LOPES, op. cit., 2002, p. 181.

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

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

Afeiçoado às demandas plenárias, o processo mantém institutos que contribuem para a sustentação dogmática da ideologia que o impregna. Entre esses institutos, está a estruturação das ações, que regulam a atividade jurisdicional e, no dizer de Jhering, “representam, pelo menos nominalmente, um grande papel”.⁷⁰

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

Pontes de Miranda classificou essas mesmas ações do processo de conhecimento, de acordo com sua carga de eficácia, ou de resultado, em cinco espécies, acrescentando às declaratórias constitutivas e condenatórias também as espécies mandamentais e executivas. Ao registrar a espécie condenatória, Pontes de Miranda a classifica como aquela que supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, “tenham obrado contra direito, ou tenham causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (com-damnare)”.⁷¹ Esse conceito, de fato, não é nem mesmo capaz de conceituar, porque em princípio todas as ações,

⁷⁰ JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Trad. de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. p. 20.

⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 135. v. 1.

também as constitutivas, declaratórias, executivas e mandamentais podem enquadrar-se nesse “obrar contra o direito”.

De qualquer maneira, o trabalho de Pontes de Miranda não justifica de forma satisfatória o estabelecimento da ação condenatória. Mesmo que se reconheça o contributo do jurista, manteve ele estreita ligação com o paradigma dogmático, afinado à herança do racionalismo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, a “teoria da constante quinze”, a reverência que Pontes de Miranda prestou ao racionalismo, a sedução pelas soluções matemáticas, permitiu-lhe apequenar a relevantíssima construção das sentenças executivas e mandamentais..., de modo que o sistema fosse afinal preservado”.⁷²

Embora Pontes de Miranda tenha reconhecido, ele mesmo, que as ações acumulam diferentes eficácia,⁷³ deixou de perceber que a ação condenatória registra uma peculiaridade dentre as cinco espécies: é a única que exige, para realização da pretensão nela afirmada, a utilização de um processo posterior.

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

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

⁷² SILVA, Ovídio Baptista da. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001a. p. 249.

⁷³ Na classificação quinária das ações, Pontes de Miranda reconhece que as ações registram diferentes cargas de eficácia, havendo de apurar-se a preponderante para realizar a classificação.

requerer nova providência jurisdicional, desta vez para obter o cumprimento da condenação.

De fato, a ação condenatória é aquela que traz a ideia de “invasão da esfera jurídica do demandado”⁷⁴ e representa, no direito processual civil, um processo anterior ao de execução.

Essa necessidade de utilização de dois processos judiciais distintos e para um único fim, certamente conspira contra a efetividade do processo,⁷⁵ mas tem suas raízes ainda no Direito romano, que determinou alguns institutos do direito processual contemporâneo, sustentados numa visão exegética e dogmática, que atende compromissos ideológicos.

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

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva, com ímpar perspicácia, afirma que os da pandetística germânica, os juristas franceses do século XIX e os primeiros processualistas daí surgidos promoveram verdadeira “falsificação histórica” ao generalizarem o instituto da ação condenatória, “transformando em obrigacional todas as pretensões trazidas ao processo”,⁷⁶ e, assim, desfigurando a *vindicatio* romana, o que, atualmente, implica enfraquecimento da ação reivindicatória.

Jhering trouxe uma das justificativas que demonstram o descompasso entre os legados do Direito romano e a efetividade do processo. É que os institutos herdados sustentam-se descontextualizados: no Direito romano, o demandante não tinha necessidade do auxílio do juiz para a realização do seu direito, já que

⁷⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 46.

⁷⁵ FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 556.

⁷⁶ SILVA, op. cit., p. 221.

procedia de acordo com a justiça privada. É por isso que o romanista afirma: “O juiz do direito antigo não impõe nada ao demandado, não lhe dá nenhuma ordem em nome do Estado; não faz mais do que dar às partes o auxílio de seus conhecimentos jurídicos”.⁷⁷

O mesmo autor afirma que, no Direito romano, o ofício do juiz apenas destinava-se a demonstrar às partes o direito, nos casos duvidosos. Mas, como prossegue o romanista, a sentença do juiz não produzia nenhum efeito que as partes não pudessesem obter por outro caminho.⁷⁸

A propósito dessa atuação da jurisdição, Liebman refere que “a nota saliente do processo romano clássico é o seu caráter privado”,⁷⁹ reconhecendo logo a seguir que, no sistema de composição das lides entre os cidadãos, o Estado funcionava no início como um árbitro.

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

É claro que a herança histórica opera em benefício da humanidade. O caminho já trilhado pelo homem não pode ser desconsiderado. Mas é preciso reconstruir a História, repensando os institutos e não simplesmente aceitando-os como verdades inatacáveis. É de Larenz a sustentação de que o direito constitui-se um fenômeno histórico – e apresenta-se sob outro aspecto quando assim considerado: “El Derecho se nos muestra de nuevo desde otro aspecto cuando lo consideramos como un fenómeno histórico”.⁸⁰

⁷⁷ JHERING, op. cit., 1943, p. 131.

⁷⁸ Ou, como refere o autor, “o motivo geral da ação do juiz não estava no caráter público de seu ofício, mas na vontade das partes”.

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 20.

⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994. p. 178.

Retornando à ação condenatória, é fácil perceber que, bem analisando, essa ação nem mesmo ensejaria classificação distinta da ação declaratória: ambas têm inicialmente o mesmo propósito, isto é, obter do juízo uma certeza. Porém, já o Direito romano distinguia a ação condenatória daquela declaratória. Nesse sentido e depois de discorrer sobre a *condemnatio*, como um dos elementos das *formulae*, Francisci⁸¹ afirma que “también hay *formulae* sin *condemnatio*, como las referentes a acciones de mera comprobación, encaminadas corrientemente a fijar los presupuestos de un juicio futuro, y designadas, por tanto, con el nombre de *praeiudicia...*”

A condenação representa o estabelecimento da certeza acerca de um fato jurídico, que implica uma sanção. Trata-se de atividade declaratória do juiz, que contém a imposição da responsabilidade. Mesmo assim, não perde seu caráter de declaração. Nesse sentido, Cornelutti afirma que “la condena a su vez se resuelve en la declaración de certeza de la responsabilidad”.⁸²

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

Mas o que representa, efetivamente, o comando condenatório?

Scialoja reconhece o caráter da ação condenatória, pré-condição para o processo de execução, quando afirma: “La condena, pues, es la última parte de la formula, y aquella con que se llega a un resultado

⁸¹ FRANCISCI, op. cit., 1954, p. 154.

⁸² CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. p. 57.

ejecutivo; el juez, si paret todo lo que está contenido en la *demonstratio* y en la *intentio*, condena; si no paret, absuelve...”⁸³

O Direito romano já referia duas importantes classes de ações: as ações pessoais, derivadas do direito obrigacional, e as ações reais, todas aquelas que não envolvessem obrigações. A esse propósito, Savigny afirma: “Il contrapposto delle due specie è così determinato: *in personam* dicesi l’azione introdotta a tutela di una *obligatio*; *in rem* quella a tutela di un qualunque altro diritto straneo alla sfera delle *obligationes*”.⁸⁴

Por sua vez, Biondi também faz essa distinção, afirmando que tal decorre de outra mais antiga, entre *vindicatio* e *actio*, também reconhecendo que representam a expressão de noções jurídicas distintas “piuttosto che distinzione nel senso di um concetto più ampio, si presenta come espressione di due nozioni giuridiche diverse, le quali corrispondono ai concetti fondamentali di *dominium* ed *obligatio*”.⁸⁵

No Direito romano, as pretensões fundadas nos direitos pessoais – a *obligatio* – eram resolvidas na esfera privada, através da *actio*. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, “[...] essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inherente à primitiva *obligatio* romana, que não permitia a execução jurisdicional *in natura*, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não executava, limitando-se a reprovar o ilícito e recomendar o cumprimento da obrigação pelo condenado”.⁸⁶

Nesse mesmo sentido, Liebman registra que, ao proferir a condenação romana, a *condemnatio* tinha a eficácia de fazer surgir uma nova obrigação. A partir dessa sentença, o direito romano concedia ao condenado o prazo de trinta dias, para poder prover-se de dinheiro e cumprir sua obrigação. Esse lapso de trinta dias fazia também o efeito de tornar incerta a obrigação, exigindo então a *actio* que, de acordo com

⁸³ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. p. 161.

⁸⁴ SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipográfico-Editrice, 1893. p. 14.

⁸⁵ BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1952. p. 80.

⁸⁶ SILVA, op. cit., 2001a, p. 15.

o autor, “era necessária porque, no momento em que se queria iniciar a execução, havia entre as partes uma obrigação incerta em sua existência”.⁸⁷

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

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

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

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

A separação entre a atividade cognitiva e a atividade executiva – como se fossem duas expressões de jurisdição diversas – é reconhecida por Ovídio Baptista da Silva, que a justifica entendendo-a “muito próxima do esquema jurídico romano, no qual era nítida a distinção entre a estrutura do direito obrigacional, que tinha expressão no procedimento da *actio*, em que a execução era impossível, e as formas peculiares ao direito real, nas quais o elemento coercitivo, imperativo, era transparente”.⁸⁸

O Direito romano mantinha essa separação da atividade cognitiva da executiva. Acerca da atividade cognitiva, Savigny afirma que “la

⁸⁷ LIEBMAN, op. cit., 1952, p. 24.

⁸⁸ SILVA, op. cit., 2001a, p. 12.

denominazione più generale di quest'incaricato di pronunziare la sentenza era *iudex*..."⁸⁹

Na mesma linha, Alfredo Buzaid reconhece inclusive a separação do processo de declaração em duas fases distintas: "A primeira se encerra com a *litiscontestatio*; a segunda com a sentença proferida pelo *iudex*, que era cidadão privado".⁹⁰

Tanto no seu período primitivo quanto em grande parte do período clássico, o Direito romano manteve essa separação do processo em duas fases, como reconhece Francisci,⁹¹ que atribui o fato ao espírito que dominava o antigo Processo Privado romano.

Galen Lacerda vai mais longe, assegurando que a divisão do processo romano, em duas fases, remonta a um passado mais longínquo, entendendo-o como um costume ou das tribos indo-europeias ou dos povos pré-indo-europeus. Conclui, pois, que "as instituições do pretor e do árbitro já provinham de um passado longínquo quando Roma nasceu. Nada autoriza dar-lhes foro de cidadania romana e muito menos origem política própria de peculiaridades locais".⁹²

De qualquer maneira, mesmo que de origem anterior ao próprio direito romano, a divisão do processo romano é justificada, nas palavras de Jhering, pela "necessidade de fixar a atenção do juiz num ponto único, que foi o que deu nascimento ao sistema romano das ações".⁹³

Essa separação também encontraria justificativa na própria concepção da jurisdição, como atividade secundária do Estado. Somente nos casos em que os litigantes não se compuseram de forma primária é que interessa ao Estado a atuação jurisdicional. Francisci, a tal propósito, reconhece que "el Estado sólo se preocupa de impedir o limitar el ejercicio de la venganza privada, y no toma para sí la misión

⁸⁹ SAVIGNY, op. cit., 1983, p. 74.

⁹⁰ BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1956. p. 18.

⁹¹ FRANCISCI, op. cit., 1954, p. 184.

⁹² LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 19.

⁹³ JHERING, op. cit., 1943, p. 17.

de hacer justicia, cosa que confía a un árbitro, después de haber eliminado el período de la lucha individual".⁹⁴

Ainda, justificar-se-ia essa separação pelo caráter analítico que dominou as ações dos romanos. Para cada pretensão, uma ação distinta e independente da outra, ainda que fundadas no mesmo fato. Jhering afirma, acerca disso, que "para o direito antigo, a *actio mixta* constitui uma deformidade, uma falta contra os princípios elementares de sua técnica".⁹⁵

Os processualistas têm sustentado a naturalidade dessa estrutura, exatamente por amparar-se na ideia de função declarativa da jurisdição, numa leitura dogmática que carrega consigo, certamente, componentes ideológicos que fazem do processo um sistema que serve à manutenção da estrutura. Veja-se que Carnelutti justifica a necessidade de existência dos dois processos, de cognição e de execução, na diversidade de lides, aduzindo que, em algumas delas apenas, se verifica a discussão (função declarativa da jurisdição); em outras, por ser verificada também a lesão, existe o interesse na função executiva, além da declarativa e, ainda, em outras em que há apenas o interesse na função executiva. Assim, afirma: "Hay litis en las que la pretensión se contradice tanto mediante la discusión (de la tutela) como mediante la lesión (del interés); hay otras en las que se da o la simple discusión o la simple lesión".⁹⁶

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

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

⁹⁴ FRANCISCI, op. cit., 1954, p. 184.

⁹⁵ JHERING, op. cit., p. 21.

⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria general del delito*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952. p. 69.

ordenamentos às diversas relações que se estabeleceram ao longo da História da humanidade representam formas diversas de ação que se apresentam ao indivíduo.

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

É de Francisci a clara explicação acerca dos procedimentos interditais do Direito romano, quando diz: “Los *interdicta* son órdenes que daba el magistrado en virtud de su *imperium* bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones”.⁹⁷ Jhering insere os interditos na justiça privada, em que se restringia à atividade do demandante a realização do direito, justificada em face do direito incontestável e evidente. Assim, afirma que “o Pretor não executava pessoalmente, ou por meio de seus lictores, senão que autorizava ao demandante a tomar por si mesmo as medidas necessárias”.⁹⁸

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

Aliás, Jhering reconhece que a atividade do pretor era, por vezes, obstaculizada pela *legis actiones*, quando diz que “o sistema da *legis actiones*, que permitia, por um lado, o livre desenvolvimento do direito, paralisava, no entanto, por outro e em certos pontos, de maneira absoluta, os esforços da jurisprudência e do Pretor, aos que opunha um abismo insuperável”.⁹⁹

Fiel aos seus compromissos ideológicos, todavia, a ação condenatória atravessou o tempo, sustentando-se como um dos institutos do processo civil, mesmo diante das sucessivas e quase inacreditáveis mudanças pelas quais passou a sociedade. E a relevância

⁹⁷ FRANCISCI, op. cit., 1954, p. 577.

⁹⁸ JHERING, op. cit., p. 125.

⁹⁹ Ibidem, p. 237.

da investigação, acerca do efetivo papel, a ação condenatória é claramente percebida por Ovídio Baptista da Silva, quando afirma que “a atualidade da análise do conceito de condenação revela-se quando se constata que foi através dela que se manteve o sistema exageradamente “privatizado”, através da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações”.¹⁰⁰

Essa privatização do processo, produto da redução do direito material ao direito das obrigações, operou uma deficiência na compreensão do conceito de pretensão, deixando de fora as ações executivas e mandamentais – que representariam os interditos romanos – e, como refere Ovídio Baptista da Silva, “para assegurar o vínculo do direito processual com a doutrina da divisão dos poderes”.¹⁰¹ De fato, a atividade jurisdicional fica limitada à função de dizer o direito, relegando-se a atividade executiva para momento posterior do ato jurisdicional.

O componente ideológico do processo não é percebido pelos seus operadores, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la, como afirma Paul Ricoeur: “A ideologia designa, então, inicialmente, alguns processos dissimulatórios, distorcidos, pelos quais um indivíduo ou um grupo expressa a sua situação, mas sem o saber ou sem o reconhecer”.¹⁰²

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

¹⁰⁰ SILVA, op. cit., 2001, p. 48.

¹⁰¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, São Paulo: Nota Dez, n. 321, p. 16, jul. 2004.

¹⁰² RICOEUR, Paul. *Ideologia e utopia*. Trad. de Teresa Louro Perez. Rio de Janeiro: Edições 70, 1986. p. 66.

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

Essa construção é produto de uma abstração processual, sustentada nas diversas teorias criadas, com o propósito de explicar e justificar os conceitos de ação. O interessante é que, para manter a fidelidade ao Racionalismo, o processo deixou de lado corretos e adequados entendimentos, entendendo-os “superados”. Assim é que Ovídio Baptista da Silva afirma que a Teoria Civilista da Ação, repudiada pelos processualistas modernos, expressa efetivamente o adequado conceito de ação de direito material, quando diz que “a chamada ‘teoria civilista’, ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da ‘ação’ processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!”¹⁰³

A subserviência às ideologias fez o processo resistir ao longo dos séculos, mantendo-o inclusive mais conservador, resistindo mais às mudanças sociais do que o direito material. De fato, o direito processual é mais resistente às mudanças, contribuindo para a conservação da estrutura vigente. Jhering reconhece que isso é próprio da estrutura processual, assim justificando essa constatação: “A mudança de idéias de um povo e as transformações que se operam na sua vida, influem menos no processo que nas instituições da substância do direito; as idéias morais não influem naquele, e tudo se reduz a uma questão de oportunidade”.¹⁰⁴

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

¹⁰³ SILVA, op. cit., 2004, p. 18.

¹⁰⁴ JHERING, op. cit., 1943, p. 14.

E o sistema processual deve servir aos seus propósitos, instrumentais na garantia e realização do ordenamento objetivo. Justificando essa ideia e analisando a evolução do sistema jurídico, Salvatore Satta afirma: “Es, como se ve, toda uma lenta labor de abstracciones, que tiene sus méritos, especialmente desde un punto de vista didáctico, pero que olvida una sola cosa: que el derecho vive en lo concreto, antes bien es lo concreto mismo”.¹⁰⁵

Quer dizer que de nada adianta ao processo a perfeita estruturação sistêmica, se dissociada da realidade e distante dos propósitos do Direito, que é a regulação das concretas relações que se estabelecem entre os indivíduos. É o que Vittorio Denti denomina de “necessidade de adaptação do processo às necessidades sociais”,¹⁰⁶ apontando, como uma das possíveis soluções, a atribuição de poderes aos juízes, para atuarem em face das partes mais débeis.

Num tempo em que se afirmaram novos direitos nas legislações de todo o mundo, o direito ao acesso efetivo à justiça transforma-se num “direito charneira”, no dizer de Boaventura de Sousa Santos.¹⁰⁷ Tanto assim se pode dizer do processo civil, que se constitui numa das principais formas de realização do direito de acesso à justiça. A ausência de efetiva realização do direito processual civil implica denegação de todos os demais direitos.

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

¹⁰⁵ SATTA, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Fernando de La Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. p. 122. v. I.

¹⁰⁶ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982. p. 13.

¹⁰⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 167.

Mauro Cappelletti diz: “A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de ‘crescer’, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos ‘difusos’, ‘coletivos’ e ‘fragmentados’, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais”.¹⁰⁸

No caso da condenação – e mesmo reconhecendo o papel que historicamente desempenhou –, é necessário perceber que o mundo contemporâneo reclama uma nova leitura do instituto, capaz de resolver as demandas sociais. A propósito, Ovídio Baptista da Silva afirma que “é necessário que nos capacitemos de que o pêndulo da História, nos albores do novo milênio, inclina-se, decididamente, para outros horizontes, apontando e valorizando não mais a exaltação individual, mas os valores da solidariedade social”.¹⁰⁹

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

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

¹⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993. p. 59.

¹⁰⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 201.

3 Conclusões

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo III

O DIREITO COMO CIÊNCIA DO ESPÍRITO

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

Assim, também a ciência jurídica aceitou a evolução através das revoluções científicas, abandonando, em determinadas épocas e situações, os conhecimentos construídos e então existentes, a partir do surgimento de novos referenciais.

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

[...] pela primeira vez, no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em grande parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma.¹¹⁰

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

Porém, o paradigma que bem pode ser definido como um instrumento de evolução das ciências naturais não serve, ao menos na

¹¹⁰ KUHN, op. cit., 1997, p. 39.

mesma dimensão, ao direito processual. É que esse campo do saber não tem as mesmas conformações das ciências da natureza. Por exemplo, o campo do saber jurídico processual deve também se informar pela perspectiva histórica dos eventos, o que torna esse modo de evolução científica insuficiente para as ciências do espírito.

Na ciência processual, o paradigma atua provocando a restrição da visão do cientista, como reconhece Kuhn: “A pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidas pelo paradigma”.¹¹¹ Quer dizer, então, que o paradigma funciona como um limitador da visão científica, porque a evolução da ciência acontece a partir desse ponto tido como de aceitação pelo grupo científico. Considerado em si, o paradigma não representa um *defeito*, mas cumpre um papel decisivo, na medida em que conduz à segmentação e clara definição do objeto de estudo. Opera, assim, conduzindo a uma investigação profunda acerca de algum aspecto da ciência, e o comprometimento com o paradigma produz o avanço científico.

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

Essas observações levam à conclusão de que o paradigma, em si, é benéfico para a evolução científica, porque se constitui quase uma *ferramenta*, que torna possível o avanço da investigação. Não se pode, todavia, pretender fazer dessa afirmação uma generalização também para o direito processual.

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

¹¹¹ Ibidem, p. 45.

1 A influência do cartesianismo no Direito

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

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

Sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e a ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida.¹¹²

Esse abandono da contemplação e o comprometimento da comunidade científica com a ação determinaram o surgimento de um novo paradigma, o paradigma do racionalismo, orientado no sentido de buscar o rigor lógico da ciência. E tal paradigma adaptou-se muito bem às ciências da natureza, sendo também incorporado pelo Direito.

A partir do fim da escolástica, com a afirmação do direito natural profano, surge uma nova concepção de *ratio*, agora fundada na certeza cartesiana,¹¹³ e não mais na compreensão de que o homem, animal racional, era também social e político. Assim, abre-se espaço para o surgimento de um racionalismo diferente, em que não importa mais o obrar social, mas o alcance da verdade. Como afirma Welzel,

[...]a *ratio* es, prescindiendo de toda metafísica aristotélica de forma y materia, simplemente la *clara et distinta perceptio*, el conocimiento claro y distinto, en el que Descartes veía el fundamento de toda certeza. Clara y distintamente, empero, se

¹¹² ARENDT, op. cit., 1987, p. 304.

¹¹³ DESCARTES, R. *Discurso do método*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1960. p. 135.

conoce solo lo que puede concebirse, no simplemente en su apariencia externa, sino en las condiciones que determinan su origen. Los fenómenos, por eso, tienen que desintegrarse en sus diversas partes y reconstruirse después, basándose en el conocimiento de la conexión de ellas; el método analítico y sintético de Galileo y Descartes se convierte en modelo para la nueva teoría del Derecho Natural.¹¹⁴

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

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral.¹¹⁵

A ideia da existência de um direito natural também contribuía para a desconsideração dos fatores que implicavam a compreensão do Direito. Informado pelo direito natural¹¹⁶ e pela expectativa de

¹¹⁴ WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979. p. 114.

¹¹⁵ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 306.

¹¹⁶ É interessante, nesse sentido, registrar a utilização do direito natural como recurso retórico, que é percebida por José Luis de Los Mozos: "La otra utilización del Derecho Natural, como mera referencia ideal o como simple recurso retórico, también tiene su origen en otras tendencias metodológicas, todavía más divulgadas y extendidas actualmente, aunque procedan de un tiempo más lejano. Efectivamente, arrancan del racionalismo. De un intento por construir el sistema jurídico *more geometrico*, como consecuencia de reducir la relación entre verdad y método, únicamente, a lo que es susceptible de ser demostrado por aquel medio, con lo que el derecho, la moral, la historia quedan, a partir de entonces, en una incómoda situación metodológicamente hablando. Pero ésta todavía se agrava más como consecuencia de la Ilustración, cuando aquella idea se transforma en ideología". (MOZOS, J. L. de Los. Derecho civil (método, sistemas y categorías jurídicas). Madrid: Civitas, 1988, p. 21).

atingimento de leis de validade universal, o racionalismo sustentava-se exatamente na descontextualização do direito. Um direito inserido numa realidade local e temporal não servia aos propósitos naturalistas e, assim, justificou-se a utilização de um método capaz de atender a esses objetivos. Esse método precisava ser capaz de conferir uma validade universal ao direito, que poderia ser obtida a partir da afirmação da sua atemporalidade e supraespacialidade. Assim, Kaufmann e Hassemer afirmam que os

[...] juristas rationalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “emprestimos” ao direito romano, cuja rationalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas.¹¹⁷

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

2 A ciência jurídica e o paradigma racionalista

A universalidade era uma das características do direito natural. Todos os homens carregavam, em si, os fundamentos desse direito, como algo imanente ao próprio ser. Embora o fundamento primeiro de sua existência fosse Deus, era na revelação humana que o direito natural efetivamente acontecia; como apontou Christian Thomasius, “el derecho natural, como está escrito en los corazones de cualquier

¹¹⁷ KAUFMANN; HASSEMER, op. cit., 2002, p. 93.

persona, no necesita ser revelado por otros ni de una autoridad exclusiva; por eso se llama divino, a saber, porque tiene su origen en el autor de toda naturaleza, también de la naturaleza humana, en Dios".¹¹⁸

E essa natureza estava fundada na razão humana; por isso, Hugo Grocio afirmava que "suelen comprenderse bajo el nombre de la Naturaleza las costumbres comunes conformes a la razón natural".¹¹⁹ Quando se sustentou a existência de uma razão natural, comum à essência da natureza humana, conduziu-se à ideia de universalidade, na medida em que qualquer homem, apenas por ser homem, é racional em qualquer espaço e em qualquer tempo.

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

[...] ideia de uma ciência jurídica universal estava muito mais próxima da concepção racionalista do que da concepção historicista do direito. A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da sã razão humana em matéria de direito.¹²⁰

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

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

¹¹⁸ THOMASIUS, C. *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Madrid, Tecnos, 1994. p. 220.

¹¹⁹ GROCIO, H. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid, Reus, 1925. p. 39. t. III.

¹²⁰ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 123.

O jusracionalismo recebeu da tradição, quase sem alterações, o método de argumentação. Ele recebeu sobretudo as construções auxiliares características que de há muito tinham que dominar, do ponto de vista lógico, o seu problema fundamental, ou seja, a relação do direito natural com os direitos positivos existentes. O conhecimento destas construções é indispensável para a compreensão da influência do jusracionalismo sobre o sistema e teoria do direito privado. Como teoria que quer fundamentar a validade de todo o direito, o jusracionalismo não se pode bastar com os protestos de uma consciência jurídica ferida ou com o acordo de uma outra já saturada; deve antes tornar inteligível, através de meios lógicos, a vigência do direito ou a sua crítica. Em especial, sempre que ele abandona a fase da crítica permanente ou de recusa revolucionária do existente e se comprehende como filosofia de uma ordem determinada, ele deve compatibilizar a validade da situação constitucional ou jurídica positiva com postulados suprapositivos. Foi esta tarefa que o pensamento ocidental tentou realizar através do modelo ou símbolo de um *contrato social*.¹²¹

O jusracionalismo marcou-se, assim, pelo rigor no método, que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo. Esse deslocamento do eixo de sustentação filosófica representa, aliás, a efetiva mudança afirmada pelo jusracionalismo. O homem, agora sujeito, somente o é diante de um mundo explicável racionalmente. Por isso a incessante necessidade de garantir-se a verdade e a certeza,¹²² afastando-se do provável e do plausível.

Aos olhos do racionalismo, a construção lógica representava a afirmação de que o homem, expoente desse momento, revestia condições de superar o deslocamento do eixo de compreensão,

¹²¹ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 300.

¹²² De acuerdo con Welzel, “[e]l Estado y su Derecho han cumplido ya su cometido esencial si son capaces de oponer al *bellum omnium contra omnes* un orden que garanticé la existencia de los ciudadanos. Cuál haya de ser el contenido de este orden es, en cambio, una cuestión secundaria. La teoría idealista del Derecho Natural descuidaba el problema de la existencia real de un orden jurídico y hacía de esta cuestión secundaria su único problema, creyendo poder deducir de la ‘naturaleza’ del hombre ciertos principios éticos materiales. Dada su idea del hombre, este camino se hallaba cerrado desde un principio para Hobbes. Si el hombre es un ser peligroso, destructor, malvado, no es posible deducir de su ‘naturaleza’ ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. De la *natura corrupta* se deduce, sin duda, la necesidad de un orden, pero no su contenido. Mientras que la certeza de una verdad matemática o geométrica, el contenido del orden estatal es de carácter contingente” (WELZEL, op. cit., 1979, p. 120).

desviando-se do teocentrismo. Quando percebe tal aspecto, Grondin afirma que “era pressuposição básica do racionalismo que o espírito humano, embora mortal, tinha, não obstante, condições de reconhecer, com ajuda de seu pensamento, a construção lógica e coerente do mundo”.¹²³

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

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através das leis naturais.¹²⁴

A partir do Racionalismo, a razão aparece como a possibilidade de superação de todos os obstáculos que se apresentavam ao mundo da época ou, nas palavras de Merryman, “[l]a Ragione fu considerata la forza dominante dell'uomo, capace di abolire con il corretto esercizio di essa – il prudente ragionare di ogni individuo intelligente – tutti gli ostacoli”.¹²⁵

Continuando a discorrer sobre o pensamento racionalista, Wieacker justifica a necessidade de demonstração matemática, própria

¹²³ GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1999. p. 118.

¹²⁴ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 288.

¹²⁵ MERRYMAN, J. H. *La tradizione di civil law nell' analisi di un giurista di common law*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 28.

do jusracionalismo, quando reconhece que “[a] pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas [...]”.¹²⁶

Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no século XVII, Cassirer¹²⁷ reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” e que “[n]enhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”.

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

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

[...] ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua ação, já que o iluminismo justificou jusracionisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais.¹²⁸

Nessa mesma ordem, o pensamento de Merryman traz, inclusive, a ideia de superação dos tradicionais esquemas mentais – foi a formação de um novo paradigma – produzindo uma revolução nos campos social,

¹²⁶ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 288.

¹²⁷ CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. de Álvaro Cabral. Campinas, SP: Uicamp, 1992. p. 24.

¹²⁸ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 354.

econômico e político, a partir da transformação intelectual produzida pelo Iluminismo:

La profonda trasformazione intellettuale compiutasi **con** l'Illuminismo produsse quegli eventi politici di straordinaria importanza per la storia del mondo moderno. Le nuove concezioni sull'uomo, la società, l'economia e lo Stato superarono i vecchi schemi mentali a lungo radicati nei rapporti **fra Stato** e individuo, e, perfino in quei Paesi occidentali rimasti indenni dalla violenza rivoluzionaria.¹²⁹

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

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

Somente a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) confere ao juízo sua dignidade. Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa, que é um juízo “sem fundamento”. Essa é uma conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente.¹³⁰

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

¹²⁹ MERRYMAN, op. cit., 1973, p. 25.

¹³⁰ GADAMER, op. cit., 1999, p. 408.

conhecimento, inclusive pelo modo operacional das ciências da natureza.

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

Este progresso das ciências do século XVIII fica freado, porém, pelas ideias filosóficas. Ao diferenciar-se o trabalho das ciências particulares, aparece a função nova da filosofia, que consistirá em atuar por meio do espírito filosófico de cada investigador, que nasce da visão conexa das ciências. Todo o século transborda com o ideal cultural do progresso do gênero humano e do conhecimento e domínio da natureza, com uma religiosidade racional fundada no pensamento, na consciência moral e na direção, graças a princípios racionais, tanto da vida econômica e política quanto da educação. A filosofia, instrumento destas grandes ideias da Ilustração, atua dentro do estado e da igreja com um sentido reformador.¹³¹

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

Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada estabelecida, teve a pretensão de se tornar em teoria do direito como neste outro facto de que ela levou a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teoria moral.¹³²

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do Racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman “come la regina nel gioco degli scacchi può muoversi in ogni direzione”.¹³³ A certeza tornase, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, produzindo uma ciência processual mecanicizada.

¹³¹ DILTHEY, W. *História da filosofia*. São Paulo, Exposição do Livro, 1972. p. 151.

¹³² WIEACKER, op. cit., 1967, p. 280.

¹³³ MERRYMAN, Milano: Giuffrè, 1973. p. 73.

3 Dogmatização, processo e racionalismo

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

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas, através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.¹³⁴

Esse aspecto pode ser percebido inclusive a partir da obra de Pontes de Miranda, num excerto do *Tratado das ações*, quando, ao classificar a ação mandamental, Pontes reconhece que alguns juristas europeus preocuparam-se de fato com tal classe de ação, “mas faltava a investigação lógico-matemática da classificação científica das ações e das sentenças, onde, no estrangeiro e no Brasil, principalmente por influência dos livros italianos, há balbúrdia, e até absurdos na enumeração das classes de ações”¹³⁵ Essa afirmação, de fato, é preciosa para comprovar a influência das ciências exatas na ciência processual.

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

Essa atividade transformadora da incerteza jurídica em *certeza*, utilizando-se de um meio essencialmente subjetivo, é a confirmação do dogma que impregna a ciência processual, incapaz de perceber a contradição em que se insere. Mandrioli reconhece tal aspecto, quando diz que “il vero è che, non appena sorge il processo, l'incertezza obiettiva si esprime nell'incertezza soggettiva di quell'organo che è

¹³⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. de J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 206.

¹³⁵ PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 9. t. VI.

destinato a eliminá-la: il giudice”,¹³⁶ concluindo, enfim, que o resultado obtido (certeza) decorre do convencimento.

A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age *valorativamente*, mas apenas *descobre* a vontade unívoca do legislador. Como diz Merryman, o juiz aparece quase como um perito técnico,¹³⁷ que deverá revestir tão somente a habilidade de, rotineiramente, aplicar a solução legal para o caso concreto. A premissa maior é a lei, a menor é o fato concreto, e a solução surge espontaneamente.

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

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

[...] como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, consequentemente, sentido *únívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente

¹³⁶ MANDRIOLI, C. *L’Azione esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 322.

¹³⁷ Diz o autor que “il processo di interpretazione ed applicazione giurisprudenziale del diritto nei Paesi continentali appare quindi ridotto ad una mera *routine*. Il giudice diviene quasi un perito tecnico, che deve affrontare fattispecie concrete per le quali la pronta soluzione legislativa sarà in genere automaticamente trovata, salvo in casi eccezionali”. (MERRYMAN, op. cit, 1973, p. 56).

“compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”.¹³⁸

Essa busca pela univocidade do sentido da lei, que eliminou a compreensão hermenêutica traduziu-se na redução da função jurisdicional à função declaratória, ou, como refere Ovídio Baptista da Silva, “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a ‘vontade da lei’”.¹³⁹

Enfim, não cabe nessa tarefa descobridora que se confere ao julgador qualquer espaço de autonomia crítica: é possível, assim, garantir a “neutralidade” do julgamento, atendendo-se também aos propósitos da validade universal do direito. A segurança jurídica constituiu-se num elemento que o racionalismo valorizou ao extremo, em prejuízo do próprio ideal de alcance da justiça. Para Hernández Gil,¹⁴⁰ o paradigma racionalista, que se incorporou ao direito, produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do direito. Representou, assim, um triunfo da certeza que, como reconhece o autor, terminou por estereotipar o direito.¹⁴¹

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

A importância conferida à segurança jurídica, consequência do desejo incontido de alcance de um direito perfeitamente determinável, justificou também o desenvolvimento dos sistemas legalistas e de sua expressão através da codificação. Como afirma Ovídio Baptista da Silva, “é interessante observar como o predomínio da *segurança* sobre os

¹³⁸ SILVA, op. cit., 2003, p. 266.

¹³⁹ Ibidem, p. 269.

¹⁴⁰ GIL, Antonio Hernández. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981. p. 23.

¹⁴¹ “El conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica” (GIL, op. cit., p. 23).

ideais de *justiça*, que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa".¹⁴²

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíam através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker¹⁴³ elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o direito privado europeu o seu sistema, afirmando que

[p]ara o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.¹⁴⁴

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico que impregna o direito processual em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico; no dizer de Tarello, "no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados".¹⁴⁵

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

¹⁴² SILVA, op. cit., 1997, p. 105.

¹⁴³ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 309.

¹⁴⁴ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 309.

¹⁴⁵ TARELLO, 1995, p. 40.

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

Os códigos juracionalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas de seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projectos de um futuro melhor. Elas recordam eventualmente, na sua confrontação violenta com a tradição, a vontade impetuosa de reforma com que, no nosso século, os estadistas progressistas dos países não europeus receberam os códigos europeus para fazer dos seus povos nações modernas. Foi por esses mesmos motivos que os códigos jusnaturalistas protestaram muito frequentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham.¹⁴⁶

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

Isso foi possível a partir daquilo que Alf Ross (1994, p. 242) denomina “admissão de uma duplicação do sistema jurídico”, em que se aceitou a existência do direito natural, como um conjunto de direitos subjetivos, por trás da própria categoria dos direitos subjetivos.¹⁴⁷ De

¹⁴⁶ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 367.

¹⁴⁷ O autor afirma que “[...] los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación del sistema jurídico: por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas (expresadas principalmente en la categoría ‘derecho subjetivo’) existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos

qualquer maneira, um dos efeitos perversos das codificações é que, a partir delas, o Direito passa a ser considerado um corpo autorizado de normas, imaginado como um sistema fechado, que contenha em si as fórmulas para a solução dos casos que se apresentam.

Essa compreensão dissocia o direito da realidade social em que está inserido, mantendo-o como um conjunto de fórmulas abstratas,¹⁴⁸ como define Brutau:

[...] o Direito, como algo vivo e diferente dos mandatos da autoridade e da doutrina das escolas, formou-se e se forma incessantemente graças à atividade criadora dos práticos, em íntimo contato com a vida social. Os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesse são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito.¹⁴⁹

Essa dimensão, enfim, é tolhida pelas codificações e pela abstração do direito processual.

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e o desenvolvimento de um direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se a ele um caráter mais instrumental. “O novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”,¹⁵⁰ diz José Reinaldo Lima Lopes, quando reconhece tal circunstância.

Segundo essa linha, a partir do historicismo, afirmou-se ainda mais o culto ao procedimento, amparado pela busca do rigor lógico. A certeza passa a ocupar um lugar de destaque, justificando-se até mesmo como um valor social, como referido por Chiovenda, quando diz que “la certezza del diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, la sua importanza sociale”.¹⁵¹ E o esquecimento da tradição,

naturales. De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral” (ROSS, 1994, p. 242).

¹⁴⁸ Brutau afirma que “não incorriam neste equívoco os romanos, para quem o Direito não era um ordenamento jurídico cerrado, teoricamente sem lacunas, do qual se pudesse deduzir com exatidão a regra aplicável ao caso controvertido [...]” (BRUTAU, José Puig, *A jurisprudência como fonte do direito*. Trad. de Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 132).

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ LOPES, op. cit., 2002, p. 181.

¹⁵¹ “A certeza do direito, impondo-se nas mentes de todos, aumenta, como vemos, a sua importância social” (tradução nossa). Em outra passagem, Chiovenda esclarece esse

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

Quando os “Fundamentos metafísicos da teoria do direito”, de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingênuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica positiva. Em vez da filosofia moral do iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele caráter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do jusracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se podia atingir o direito justo.¹⁵²

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

Porém, a questão da hermenêutica penetrou mais fortemente na consciência filosófica do problema não só quando teve que superar em âmbitos particulares uma distância de altura e uma distância de longitude – como era o caso dos documentos religiosos, dos textos legais ou dos clássicos em línguas

pensamento, aduzindo que “questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altro è veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, non come un organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge sollo in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazioni degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito bem degno del processo di un popolo civile”. (CHIOVENDA, G. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 67. v. 3).

¹⁵² WIEACKER, op. cit., 1967, p. 13.

estrangeiras – mas também quando o todo da tradição histórica se deslocou para uma grande distância.¹⁵³

A seguir, o autor reconhece que esse deslocamento operou-se a partir da ruptura da tradição provocada pela Revolução Francesa. Como afirma Gadamer, “o passado, enquanto tal, tornara-se estranho”.¹⁵⁴

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

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

A progressiva autoconsciência lógica das ciências indutivas significou um poderoso apoio para esta autocompreensão. Por esta razão se procurou seguir o grande modelo das ciências naturais e, como nelas, se considerou que o ideal consistia em eliminar todo pressuposto subjetivo. Assim como para a investigação da natureza, o experimento, que qualquer um pode comprovar, representa um fundamento de verificação, também na interpretação dos textos procurou-se aplicar procedimentos suscetíveis de controle de prova. O velho procedimento da exegese, especialmente a coleção de casos paralelos, findou do ponto de vista histórico-crítico.¹⁵⁵

Essa perda teve consequências para o direito processual da modernidade, que ficou refém da forma proceduralista, própria dos métodos do Racionalismo. Na verdade, isso representou a incorporação dos métodos das ciências da natureza, estabelecendo a afirmação de uma ciência incapaz de atender as demandas que se apresentam.

¹⁵³ GADAMER, op. cit., 1999, p. 65.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 66.

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

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

Não será demasia insistir: o “mundo dos conceitos” com que laboram os estudantes de Direito Processual Civil, separa-se do “mundo dos fatos”. A separação entre o direito dos sábios que habitam a universidade e a “falsa ciência dos râbulas”, de que já tivemos notícia, tem gloriosos ascendentes. O direito abstrato servindo ao ideário da eficiência capitalista.¹⁵⁶

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

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

¹⁵⁶ SILVA, op. cit., 2004, p. 81.

Capítulo IV

AÇÃO CONDENATÓRIA, PRETENSÃO MATERIAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

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

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

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

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

Em nível de direito processual, esse fenômeno é ainda fortalecido, a partir de construções autônomas e da criação de institutos “puros”, que não se envolvem com a realidade, numa pureza sustentada no dogma do “processual”. Entre esses institutos, está a construção da categoria das *ações processuais* e mesmo a apropriação da ação

condenatória, trazida do Direito romano, sem a atenção que a necessária contextualização do instituto oferecia para os romanos.

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

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

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

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

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

Os danos produzidos à ciência processual pela dogmática, distorcendo institutos e amoldando-os às conveniências ideológicas aparecem evidentes na estruturação das ações, pelo tratamento dado à condenação, que serviu e serve de sustentação à construção da

categoria das ações processuais, contaminando outras demandas e dando-lhes apenas a feição condenatória.

É necessário, ainda, compreender a dimensão da sentença declaratória e os sustentadores da categoria da ação processual. Nesse rumo, é necessário reconhecer a falência da estruturação processual vigente e da absoluta imprestabilidade da ação condenatória para atingirem-se os fins esperados pelo titular de pretensão fundada no direito obrigacional.

1 A gênese do direito processual: racionalismo, ação condenatória e efetividade

Dentre as tantas discussões que envolvem o Processo Civil Contemporâneo, uma delas assenta-se exatamente naquilo que dele se espera: a efetividade na realização das pretensões que se apresentam.

Ainda se está muito distante da desejada realização dos direitos do homem e o que se percebe é um anseio coletivo buscando o acontecer desses direitos, ao mesmo tempo em que o Processo Civil é incapaz de responder satisfatoriamente a expectativa.

Essa incapacidade não é produto do acaso, mas da sua adequação a uma concepção conservadora, que lhe confere o papel de mantenedor da estrutura vigente. E tal manutenção é requintada, realizando-se a partir do apego a históricos modos de produção, que se representam especialmente por métodos de interpretação definidos e pela subserviência aos dogmas, herdados e construídos ao longo da História da humanidade.

Produto anacrônico de uma distorcida concepção, o direito processual civil perde-se na tentativa de cumprir o inatingível papel que lhe confere a História. Legatário do jusracionalismo, ainda busca fórmulas de precisão, como se a ciência do Direito pudesse amoldar-se a tais paradigmas.

Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no século XVII, Cassirer reconhece que se tratou essencialmente da busca da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão

absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” e que “nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”.¹⁵⁷

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

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a idéia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos.¹⁵⁸

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

O fato é que o jusracionalismo teve influência decisiva para a ciência do Direito. Incorporaram-se métodos de raciocínio e dedução lógicos, numa indevida absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico. A propósito, Wieacker elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o direito privado europeu o seu sistema, afirmando que,

para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais.¹⁵⁹

¹⁵⁷ CASSIRER, op. cit., 1992, p. 24.

¹⁵⁸ ENGISCH, op. cit., 1996, p. 206.

¹⁵⁹ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 309.

E juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico, que impregna o direito em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico; no dizer de Tarello, “no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”.¹⁶⁰

Ainda, a partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e osurgimento de um direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se um caráter mais instrumental. Ao reconhecer tal circunstância, José Reinaldo Lima Lopes afirma que “o novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”.¹⁶¹

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

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

Não será demasia insistir: o “mundo dos conceitos” com que laboram os estudantes de Direito Processual Civil, separa-se do “mundo dos fatos”. A separação entre o direito dos sábios que habitam a universidade e a “falsa ciência dos rágulas”, de que já tivemos notícia, tem gloriosos ascendentes. O direito abstrato servindo ao ideário da eficiência capitalista.¹⁶²

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

¹⁶⁰ TARELLO, op. cit., 1995, p. 40.

¹⁶¹ LOPES, op. cit., 2002, p. 181.

¹⁶² SILVA, 2006, p. 81.

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

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

Afeiçoado às demandas plenárias, o processo mantém institutos que contribuem para a sustentação dogmática da ideologia que o impregna. Entre esses institutos, está a estruturação das ações que regulam a atividade jurisdicional e, no dizer de Jhering “representam, pelo menos nominalmente, um grande papel”.¹⁶³

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

Pontes de Miranda classificou essas mesmas ações do processo de conhecimento, de acordo com sua carga de eficácia, ou de resultado, em cinco espécies, acrescentando às declaratórias, constitutivas e condenatórias também as espécies mandamentais e executivas. Ao registrar a espécie condenatória, Pontes de Miranda a classifica como aquela que “supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham obrado contra direito, ou tenha causado dano e mereçam, por isso, ser condenados (com-damnare)”.¹⁶⁴ Esse conceito, de fato, não é nem mesmo capaz de conceituar, porque em princípio todas as ações,

¹⁶³ JHERING, op. cit., p. 20.

¹⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 135. v. 1.

também as constitutivas, declaratórias, executivas e mandamentais podem enquadrar-se nesse “obrar contra o direito”.

De qualquer maneira, o trabalho de Pontes de Miranda não justifica de forma satisfatória o estabelecimento da ação condenatória. Mesmo que se reconheça o contributo do jurista, manteve ele estreita ligação com o paradigma dogmático, afinado à herança do racionalismo. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, “a ‘teoria da constante quinze’, a reverência que Pontes de Miranda prestou ao racionalismo, a sedução pelas soluções matemáticas, permitiu-lhe apequenar a relevantíssima construção das sentenças executivas e mandamentais ... de modo que o sistema fosse afinal preservado”.¹⁶⁵

Embora Pontes de Miranda tenha reconhecido, ele mesmo, que as ações acumulam diferentes eficácia,¹⁶⁶ deixou de perceber que a ação condenatória registra uma peculiaridade dentre as cinco espécies: é a única que exige, para realização da pretensão nela afirmada, a utilização de um processo posterior.

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

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

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *A ação condenatória como categoria processual: da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001c. p. 249.

¹⁶⁶ Na classificação quinária das ações, Pontes de Miranda (1998, v. 1) reconhece que as ações registram diferentes cargas de eficácia, havendo de apurar-se a preponderante para realizar a classificação.

requerer nova providência jurisdicional, desta vez para obter o cumprimento da condenação.

De fato, a ação condenatória é aquela que traz a ideia de “invasão da esfera jurídica do demandado”¹⁶⁷ e representa, no direito processual civil, um processo anterior ao de execução.

Essa necessidade de utilização de dois processos judiciais, distintos e para um único fim, certamente conspira contra a efetividade do processo,¹⁶⁸ mas tem suas raízes ainda no Direito romano, que acaba determinando alguns institutos do direito processual contemporâneo, sustentados numa visão exegética e dogmática, que atende a compromissos ideológicos.

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

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva, com ímpar perspicácia, afirma que os da pandetística germânica, os juristas franceses do século XIX e os primeiros processualistas daí surgidos promoveram verdadeira “falsificação histórica” ao generalizarem o instituto da ação condenatória, “transformando em obrigacional todas as pretensões trazidas ao processo”¹⁶⁹ e, assim, desfigurando a *vindicatio* romana o que, atualmente, implica enfraquecimento da ação reivindicatória.

Jhering trouxe uma das justificativas que demonstram o descompasso entre os legados do Direito romano e a efetividade do processo. É que os institutos herdados sustentam-se descontextualizados: no Direito romano, o demandante não tinha necessidade do auxílio do juiz para a realização do seu direito, já que procedia de acordo com a justiça privada. É por isso que o romanista

¹⁶⁷ SILVA, op. cit, 2003, p. 46.

¹⁶⁸ FRANCISCI, 1954, p. 556.

¹⁶⁹ SILVA, op. cit., 2003, p. 221.

afirma: “O juiz do direito antigo não impõe nada ao demandado, não lhe dá nenhuma ordem em nome do Estado; não faz mais do que dar às partes o auxílio de seus conhecimentos jurídicos.¹⁷⁰

O mesmo autor afirma que, no Direito romano, o ofício do juiz apenas destinava-se a demonstrar às partes o direito, nos casos duvidosos. Mas, como prossegue o romanista, a sentença do juiz não produzia nenhum efeito que as partes não pudessem obter por outro caminho.¹⁷¹

A propósito dessa atuação da jurisdição, Liebman refere que “a nota saliente do processo romano clássico é o seu caráter privado”,¹⁷² reconhecendo logo a seguir que no sistema de composição das lides entre os cidadãos, o Estado funcionava no início como um árbitro.

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

É claro que a herança histórica opera em benefício da humanidade. O caminho já trilhado pelo homem não pode ser desconsiderado. Mas é preciso reconstruir a história, repensando os institutos e não simplesmente aceitando-os como verdades inatacáveis. É de Larenz a sustentação de que o Direito constitui-se num fenômeno histórico – e apresenta-se sob outro aspecto, quando assim considerado: “El Derecho se nos muestra de nuevo desde outro aspecto cuando lo consideramos como un fenómeno histórico”.¹⁷³

Por sua vez, Jhering reconhece que o direito moderno herdou instrumentos do direito antigo e, também, reconhece a necessidade de contextualização dessa herança, quando afirma:

¹⁷⁰ JHERING, op. cit., 1943, p. 131, v I.

¹⁷¹ Ou, como refere o autor, “o motivo geral da ação do juiz não estava no caráter público de seu ofício, mas na vontade das partes”.

¹⁷² LIEBMAN, op. cit., 1952, p. 20.

¹⁷³ LARENZ, op. cit., 1994, p. 178.

A história não nos transmitiu, é certo, uma imagem clara do Estado jurídico originário, que se perde nos tempos primitivos da existência dos povos; mas, em compensação, conservou na maior parte das nações, tão numerosos vestígios em seu direito posterior, que estamos aptos a reconstruir cientificamente aquele estado originário e as idéias que então dominavam.¹⁷⁴

Na mesma linha e depois de reconhecer que o império romano legou ao Ocidente a burocracia e a organização administrativa e financeira, Wieacker completa:

Dos dois ensinamentos de Roma, o mais profundo e mais especioso – a forma espiritual do direito – só na alta Idade Média veio a ser completamente assimilado; nos primeiros tempos, o que se destacou foi sobretudo o da eficácia do direito como técnica do exercício do poder. Era no direito imperial que estavam baseadas a constituição, a administração e a organização financeira e a economia da monarquia bizantina, mas também as do direito vulgar; esta massa jurídica estava impregnada pelos resíduos dispersos do direito jurisprudencial dos juristas clássicos, sobretudo na forma dos humildes sucedâneos do ensino jurídico elementar pós-clássico. A outra forma de manifestação do direito romano era representada, sobretudo, pelo direito jurisprudencial clássico, que apenas se conservava (juntamente com os rescritos imperiais mais antigos até a Diocleciano, cuidados do ponto de vista técnico-jurídico) na legislação classicista *Corpus Iuris* do império oriental. O facto de o ocidente ter estado, durante meio milênio, quase exclusivamente familiarizado com o direito imperial tardio do império do ocidente e com o direito romano vulgar, antes de ter deparado, no *Corpus Iuris* com o verdadeiro espírito da jurisprudência clássica constitui um dos dados mais importantes da história jurídica européia: só esta pausa possibilitou a entrada decisiva em cena dos juristas especializados no mundo moderno.¹⁷⁵

Retornando à ação condenatória, é fácil perceber que, bem analisando, essa ação nem mesmo ensejaria classificação distinta da ação declaratória: ambas têm inicialmente o mesmo propósito, isto é, obter do juízo uma certeza. Porém, já o Direito romano distinguia a ação condenatória daquela declaratória. Nesse sentido e depois de discorrer sobre a *condemnatio*, como um dos elementos das *formulae*, Francisci¹⁷⁶

¹⁷⁴ JHERING, op. cit., 1943, p. 95, v. I.

¹⁷⁵ WIEACKER, op. cit., 1967, p. 16.

¹⁷⁶ FRANCISCI, p. 154.

afirma que “también hay *formulae* sin *condemnatio*, como las referentes a acciones de mera comprobación, encaminadas corrientemente a fijar los presupuestos de un juicio futuro, y designadas, por tanto, con el nombre de *praeiudicia...*”

A condenação representa o estabelecimento da certeza acerca de um fato jurídico, que implica uma sanção. Trata-se de atividade declaratória do juiz, que contém a imposição da responsabilidade. Mesmo assim, não perde seu caráter de declaração. Nesse sentido, Carnelutti afirma que “la condena a su vez se resuelve en la declaración de certeza de la responsabilidad”.¹⁷⁷

2 A herança romanista e as ações condenatórias e declaratórias: inevitável aproximação?

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

Mas o que representa, efetivamente, o comando condenatório?

Scialoja reconhece o caráter da ação condenatória, pré-condição para o processo de execução, quando afirma que “la condena, pues, es la última parte de la formula, y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo; el juez, si paret todo lo que está contenido en la *demonstratio* y en la *intentio*, condena; si no paret, absuelve...”¹⁷⁸

O Direito romano já referia duas importantes classes de ações, as ações pessoais, derivadas do direito obrigacional e as ações reais, todas aquelas que não envolvessem obrigações. A esse propósito, Savigny afirma: “Il contrapposto delle due specie è così determinato: *in*

¹⁷⁷ CARNELUTTI, op. cit., 1971, p. 57.

¹⁷⁸ SCIALOJA, op. cit., 1954, p. 161.

personam dicesi l'azione introdotta a tutela di una *obligatio; in rem* quella a tutela di un qualunque altro diritto straneo alla sfera delle *obligationes*".¹⁷⁹

Por sua vez, Biondi também faz essa distinção, afirmando que tal decorre de outra mais antiga, entre *vindicatio* e *actio*, também reconhecendo que representam a expressão de noções jurídicas distintas "piuttosto che distinzione nel senso di um concetto più ampio, si presenta come espressione di due nozioni giuridiche diverse, le quali corrispondono ai concetti fondamentali di *dominium* ed *obligatio*".¹⁸⁰

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

[...] essa forma de proteção jurisdicional supunha a incoercibilidade inherente à primitiva *obligatio* romana, que não permitia a execução jurisdicional *in natura*, dando ensejo, no máximo, a uma sentença de condenação, em que o juiz não executava, limitando-se a reprovar o ilícito e recomendar o cumprimento da obrigação pelo condenado.¹⁸¹

Nesse mesmo sentido, Liebman registra que, ao proferir a condenação romana, a *condemnatio*, registrava-se a eficácia de fazer surgir uma nova obrigação. A partir dessa sentença, o Direito romano concedia ao condenado o prazo de trinta dias, para poder prover-se em dinheiro e cumprir sua obrigação. Esse lapso de trinta dias fazia também o efeito de tornar incerta a obrigação, exigindo então a *actio* que, de acordo com o autor, "era necessária porque, no momento em que se queria iniciar a execução, havia entre as partes uma obrigação incerta em sua existência".¹⁸²

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

¹⁷⁹ SAVIGNY, op. cit., 1893, p. 14.

¹⁸⁰ BIONDI, op. cit., 1952, p. 80.

¹⁸¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b. p. 15.

¹⁸² LIEBMAN, op. cit., p. 24.

Certamente, como já referido, não se trata de uma herança plena, porque já no Direito romano havia outros institutos, que se prestavam à tutela do direito obrigacional e que foram abandonados no decorrer da História da humanidade. Embora no Direito romano o direito obrigacional encontrasse solução através da *actio*, é do rigor de outros mecanismos, inclusive penais, que se alcançava a tutela plena. É por isso que Engels, ao analisar os modos de produção na fase da barbárie e abordando o surgimento do comércio, aponta que “nenhuma legislação posterior submete, de maneira tão dura e irremissível, o devedor ao credor usurário, como faziam as leis da antiga Atenas e da antiga Roma”.¹⁸³

De qualquer maneira, o direito processual civil herdou a ação condenatória, que representa a imposição de *obrigação* ao réu, comando mágico que permite a sua posterior execução, residindo nesse ponto um dos aspectos fundamentais que envolvem tal ação, que apenas presta-se a criar o título executivo judicial, a ser objeto de processo posterior, o de execução.

A separação entre a atividade cognitiva da atividade executiva – como se fossem duas expressões de jurisdição diversas – é reconhecida por Ovídio Baptista da Silva, que a justifica entendendo-a “muito próxima do esquema jurídico romano, no qual era nítida a distinção entre a estrutura do direito obrigacional, que tinha expressão no procedimento da *actio*, em que a execução era impossível, e as formas peculiares ao direito real, nas quais o elemento coercitivo, imperativo, era transparente”.¹⁸⁴

O Direito romano mantinha essa separação da atividade cognitiva da executiva. Acerca da atividade cognitiva, Savigny afirma:

Secondo l'antica costituzione giudiziaria tutta la procedura si fondava sull'ordo *iudiciorum*, la cui essenza stava in ciò, che il magistrato giusdicente, in Roma i pretori, curava solamente l'introduzione della causa, ma rimeteva l'ulteriore procedimento ad una o più persone private, e dava a queste um'istruzione (*formula*), in base alla quale, e secondo l'esito degli atti e delle

¹⁸³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974. p. 187.

¹⁸⁴ SILVA, op. cit., 2001b, p. 12.

prove, doveva essere pronunziata la sentenza; la denominazione più generale di quest'incaricato di pronunziare la sentença era *iudex* [...].¹⁸⁵

Na mesma linha, Alfredo Buzaid reconhece inclusive a separação do processo de declaração em duas fases distintas:

O objeto do processo civil romano é o julgamento da lide. No sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, que abrange assim as *legis actiones*, como o direito de formular, o processo de declaração se divide em duas fases distintas: a primeira *in iure*, que se desenvolve perante o magistrado, destinada a propor a lide. A segunda, *apud iudicem*, destinada a decidi-la. A primeira se encerra com a *litiscontestatio*; a segunda com a sentença proferida pelo *iudex*, que era cidadão privado.¹⁸⁶

Tanto no seu período primitivo quanto em grande parte do período clássico, o Direito romano manteve essa separação do processo em duas fases, como reconhece Francisci,¹⁸⁷ que atribui o fato ao espírito que dominava o antigo Processo Privado romano.

Galen Lacerda vai mais longe, assegurando que a divisão do processo romano, em duas fases, remonta a um passado mais longínquo, entendendo-o como um costume ou das tribos indo-europeias ou dos povos pré-indo-europeus. Conclui, pois, que “as instituições do pretor e do árbitro já provinham de um passado longínquo quando Roma nasceu. Nada autoriza dar-lhes foro de cidadania romana e muito menos origem política própria de peculiaridades locais”.¹⁸⁸

De qualquer maneira, mesmo que de origem anterior ao próprio Direito romano, a divisão do processo romano é justificada, nas palavras de Jhering, pela “necessidade de fixar a atenção do juiz num ponto único, que foi o que deu nascimento ao sistema romano das ações”.¹⁸⁹

¹⁸⁵ SAVIGNY, op. cit., 1893, p. 74.

¹⁸⁶ BUZAID, op. cit., 1956, p. 18.

¹⁸⁷ FRANCISCI, op. cit., p. 184.

¹⁸⁸ LACERDA, op. cit., 1985, p. 19.

¹⁸⁹ JHERING, op. cit., 1943, p. 17, v. IV.

Essa separação também encontraria justificativa na própria concepção da jurisdição, como atividade secundária do Estado. Somente nos casos em que os litigantes não se compuseram de forma primária é que interessa ao Estado a atuação jurisdicional. Francisci, a tal propósito, reconhece:

Y aunque no sea posible fijar con precisión su origen es fácil captar su esencia. El Estado sólo se preocupa de impedir o limitar el ejercicio de la venganza privada, y no toma para sí la misión de hacer justicia, cosa que confía a un árbitro, después de haber eliminado el período de la lucha individual.¹⁹⁰

Ainda, justificar-se-ia essa separação pelo caráter analítico que dominou as ações dos romanos. Para cada pretensão, uma ação distinta e independente da outra, ainda que fundadas no mesmo fato. Jhering afirma, acerca disso, que “para o direito antigo, a *actio mixta* constitui uma deformidade, uma falta contra os princípios elementares de sua técnica”.¹⁹¹

Os processualistas têm sustentado a naturalidade dessa estrutura, exatamente por amparar-se na ideia de função declarativa da jurisdição, numa leitura dogmática que carrega consigo, certamente, componentes ideológicos que fazem do processo um sistema que serve à manutenção da estrutura. Veja-se que Carnelutti justifica a necessidade de existência dos dois processos, de cognição e de execução, na diversidade de lides, aduzindo que, em algumas delas apenas, se verifica a discussão (função declarativa da jurisdição), em outras, por verificada também a lesão, existe o interesse na função executiva, além da declarativa e, ainda, em outras em que há apenas o interesse na função executiva. Assim, afirma Carnelutti: “Hay litis en las que la pretensión se contradice tanto mediante la discusión (de la tutela) como mediante la lesión (del interés); hay otras en las que se da o la simple discusión o la simple lesión”.¹⁹²

¹⁹⁰ FRANCISCI, op. cit., p. 184

¹⁹¹ JHERING, op. cit., 1943, p. 21, v. IV.

¹⁹² CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. p. 69. v. I.

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

As relações jurídicas são distintas e possuem características diversas. E as diferentes formas de proteção conferidas pelos ordenamentos às diversas relações que se estabeleceram ao longo da História da humanidade representam formas diversas de ação, que se apresentam ao indivíduo.

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

É de Carnelutti a clara explicação acerca dos procedimentos interditais do Direito romano:

Los *interdicta* son órdenes que daba el magistrado en virtud de su *imperium* bajo el supuesto de que existían determinadas condiciones, y por medio de las cuales tendía a conciliar administrativamente determinadas situaciones de hecho... La orden del pretor, que siempre se dirigía contra una o más personas, no necesitaba ninguna comprobación de la obligación de exhibir, restituir o abstenerse. Y la forma del interdicto es tan abstracta que el destinatario sólo podía sentirse culpado y afectado por él si su comportamiento había sido, o era, contrario a la conducta que el pretor quería que se observara.¹⁹³

Jhering insere os interditos na justiça privada, em que se restringia à atividade do demandante a realização do direito, justificada em face do direito incontestável e evidente. Assim, afirma:

O Pretor não executava pessoalmente, ou por meio de seus lictores, senão que autorizava ao demandante a tomar por si

¹⁹³ FRANCISCI, op. cit., p. 577.

mesmo as medidas necessárias, para se fazer dono (*duci jubere*) da pessoa do devedor, do filho, do escravo; a ficar na posse de seus bens (*bona possideri jubere, immissio in bona*), a tomar a causa prometida (por exemplo, no interdicto *utrubi*). Esta autorização, cuja eficácia estava garantida com a ameaça de uma pena, dá-se, em regra geral, sob a forma de proibição feita à parte contrária, de opor resistência ao ato de justiça privada, por meio de um interdicto proibitório (*vim fieri veto, quominus, etc.*).¹⁹⁴

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

Aliás, Jhering reconhece que a atividade do Pretor era, por vezes, obstaculizada pela *legis actiones*. Assim, afirma que

o sistema da *legis actiones*, que permitia, por um lado, o livre desenvolvimento do direito, paralisava, no entanto, por outro e em certos pontos, de maneira absoluta, os esforços da jurisprudência e do Pretor, aos que opunha um abismo insuperável. Ninguém podia impedir o curso duma ação legalmente estabelecida, nem o seu resultado, no caso especial de que se tratava, ainda que tivesse diretamente que se opor à intenção real da lei, ainda que violentamente se sujeitasse o sentido jurídico natural; mas, também, nem mesmo nos casos mais urgentes e legítimos, podia exercer-se uma ação que a lei não tivesse previsto.¹⁹⁵

Fiel aos seus compromissos ideológicos, todavia, a ação condenatória atravessou o tempo, sustentando-se como um dos institutos do processo civil, mesmo diante das sucessivas e quase inacreditáveis mudanças pelas quais passou a sociedade. E a relevância da investigação acerca do efetivo papel a ação condenatória é claramente percebida por Ovídio Baptista da Silva, quando afirma que

a atualidade da análise do conceito de condenação revela-se quando se constata que foi através dela que se manteve o sistema exageradamente “privatizado”, através da redução de todo o direito material ao Direito das Obrigações, de modo que a

¹⁹⁴ JHERING, op. cit., 1943, p. 125, v. I.

¹⁹⁵ Ibidem, 1943, p. 237, v. III.

execução ficasse limitada às execuções promovidas por *credores contra devedores*, como está dito no art. 566, com que nosso CPC abre o Livro da “execução em geral”.¹⁹⁶

Essa privatização do processo, produto da redução do direito material ao direito das obrigações, operou uma deficiência na compreensão do conceito de pretensão, deixando de fora as ações executivas e mandamentais – que representariam os interditos romanos – e, como refere Ovídio Baptista da Silva, “para assegurar o vínculo do direito processual com a doutrina da “divisão dos poderes”.¹⁹⁷ De fato, a atividade jurisdicional fica limitada à função de dizer o direito, relegando-se a atividade executiva para momento posterior do ato jurisdicional.

O componente ideológico do processo não é percebido pelos seus operadores, porque é da essência da ideologia a dissimulação: aquele que está envolvido no processo não é capaz de reconhecê-la, como afirma Paul Ricoeur: “A ideologia designa, então, inicialmente, alguns processos dissimulatórios, distorcidos, pelos quais um indivíduo ou um grupo expressa a sua situação, mas sem o saber ou sem o reconhecer”.¹⁹⁸

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

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

¹⁹⁶ SILVA, 2001c, p. 248.

¹⁹⁷ SIILVA, op. cit., 2004, p. 16.

¹⁹⁸ RICOEUR, op. cit., 1986, p. 66.

que, ao longo do tempo, o processo continua prestando ao Racionalismo.

Essa construção é produto de uma abstração processual, sustentada nas diversas teorias criadas, com o propósito de explicar e justificar os conceitos de ação. O interessante é que, para manter a fidelidade ao Racionalismo, o processo deixou de lado corretos e adequados entendimentos, entendendo-os “superados”. Assim é que Ovídio Baptista da Silva afirma que a Teoria Civilista da Ação, repudiada pelos processualistas modernos, expressa efetivamente o adequado conceito de ação de direito material:

O que se indica como teoria “civilista” da ação corresponde, portanto, à “ação de direito material”, ação de quem tem direito! A chamada “teoria civilista”, ao contrário do que se tem dito, não é uma errônea compreensão da “ação” processual. É uma corretíssima definição da ação de direito material!¹⁹⁹

Retornando à questão da ideologia, Žižek comprehende que a própria definição do conceito pressupõe um lugar privilegiado para o agente dessa construção. É por isso que, ao operador do processo, a formulação do sistema de ações, a posição da ação condenatória e a necessidade de posterior execução parecem naturais e necessárias. Não se pode esquecer, contudo, que ideologia é um conceito amplo que transpassa os institutos, muitas vezes sem permitir-se o reconhecimento, como afirma Žižek:

Ideologia pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as idéias falsas que legitimam um poder político dominante.²⁰⁰

A subserviência às ideologias fez o processo resistir ao longo dos séculos, mantendo-o inclusive mais conservador, resistindo mais às

¹⁹⁹ SILVA, op. cit., 2004, p. 18

²⁰⁰ ŽIŽEK, Slajov (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p. 9.

mudanças sociais do que o direito material. De fato, o direito processual é mais resistente às mudanças, contribuindo para a conservação da estrutura vigente. Jhering reconhece que isso é próprio da estrutura processual. E justifica esta constatação: “A mudança de idéias de um povo e as transformações que se operam na sua vida, influem menos no processo que nas instituições da substância do direito; as idéias morais não influem naquele, e tudo se reduz a uma questão de oportunidade”.²⁰¹

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

A crise do sistema processual, que se representa pela sua incapacidade de atender aos reclamos sociais, demonstra a necessidade de adoção de novos modos de produção do processo. Como afirma Rocha, “o Direito, enquanto teoria, só tem razão de ser voltado a uma prática, e vice-versa”.²⁰² E é preciso romper com a dogmática jurídica, utilizando novos mecanismos de produção, que se revelem capazes de trazer ao direito processual civil instrumentos que garantam sua efetividade. É preciso fazer a adequada leitura dessa crise renitente que assola o processo, reconhecendo-a como um sinal de que é necessário adotar nova postura. Na feliz expressão de Thomas S. Kuhn, “o significado das crises consiste exatamente no fato de que indicam que é chegada a ocasião para renovar os instrumentos”.²⁰³

A herança do jusracionalismo, que impregna o pensamento científico, trata o processo de forma exata, afastando-se de possibilidades essenciais para a superação da dogmática, da crise do sistema processual e, de modo específico, do instituto da ação condenatória.

É preciso que o operador do processo consiga escapar das amarras da dogmática, na construção de um instrumento adequado ao

²⁰¹ JHERING, op. cit., 1943, p. 14, v. IV.

²⁰² ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2003. p. 59.

²⁰³ KUHN, op. cit., 1996, p. 105.

bem que se procura tutelar. Sensível, em outros termos, aos anseios do mundo contemporâneo. Essa ideia é sufragada por Cândido Dinamarco, que afirma: “No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas e as ‘ondas’ renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.”²⁰⁴

Para o operador do processo, a interferência no sistema – até mesmo na busca da solução às suas mazelas – é tarefa difícil e cada vez mais penosa. Embora tal aspecto, o macrossistema social reclama atuação efetiva do sistema processual. E, por isso, justifica-se a condução voltada a otimizar o sistema, resolvendo questões que dificultam o pleno cumprimento de sua função.

A sociedade exige um processo sensível aos reclamos e às exigências que a atualidade faz. E, neste início de milênio, o Direito torna-se o modo de apaziguar o sofrimento do indivíduo do século XXI, que reclama por justiça numa democracia desencantada, que ao mesmo tempo afasta os indivíduos uns dos outros ao desqualificar a autoridade tradicional e apresenta-se como a autoridade paliativa desta ausência para a qual ela contribuiu.

A propósito dessa tendência moderna, em que a cidadania cede espaço para a individualidade, Bauman afirma: “Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo o mais do discurso público”.²⁰⁵

No mesmo sentido, Stein destaca a dissociação social, como um dos elementos da pós-modernidade, afirmando que “a idéia que mais ocorre quando se fala em pós-modernidade é a idéia de uma espécie de dissolução do elemento social, uma espécie de fim que representaria a

²⁰⁴ DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 33.

²⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001. p. 46.

despedida de vários elementos que até agora foram determinantes na vida cotidiana".²⁰⁶

Esse fenômeno também produz consequências no direito processual civil e, segundo a advertência de Ovídio Baptista da Silva, "como perdeu-se o conceito de *comunidade*, pelo predomínio absoluto do indivíduo ... torna-se fácil compreender a grave falsificação dos conceitos romanos..."²⁰⁷

A modernidade desmancha a tradição, faz surgirem novos papéis sociais e reclama novas respostas, inclusive do direito processual. E, mais do que reclamar novas respostas, provoca novos desafios. No dizer de Agnes Heller,²⁰⁸ "as forças motoras impulsionam um desafio que desenraiza e derruba qualquer ordem estabelecida".

Embora tais constatações, é preciso, primeiro, manter a crença na capacidade criadora do homem, como expressa Gadamer: "Podemos seguir proyectando toda la luz que podamos sobre las oscuridades de la primitiva historia del alma humana, pero su capacidad soñadora sigue siendo su poder más fuerte".²⁰⁹

É preciso, ainda, manter acesa a chama de sobrevivência dos espaços sociais, dando-se possibilidades de desenvolvimento dos ideais comunitários. Nessa linha, definindo o papel da justiça e dos juízes na recuperação e sustentação das instituições democráticas, Garapon afirma que "a justiça faz parar a lógica auto-destrutiva do individualismo para transformar o indivíduo num sujeito de direito".²¹⁰

Por *sujeito de direito*, comprehende esse autor "uma pessoa autônoma e habilitada a definir seus interesses, que é ser simultaneamente titular de direitos e obrigações". Esse sujeito de direito constitui condição e finalidade da democracia, devendo ser preservado.

²⁰⁶ STEIN, Ernildo. *Órfãos de utopia: a melancolia da esquerda*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 1993. p. 25.

²⁰⁷ SILVA, 1997, p. 83.

²⁰⁸ HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999. p. 17.

²⁰⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Mito y razón*. Trad. de José Francisco Zúñiga García. Barcelona: Paidós, 1997. p. 53.

²¹⁰ GARAPON, Antonie. *O guardador de promessas*. Trad. de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996. p. 199.

No mesmo sentido, também reconhecendo que, no atual contexto, o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, Luiz Werneck Vianna chega a afirmar que esse Poder pode promover a agregação do tecido social e inclusive para a “agregação da cidadania”.²¹¹

Essa agregação da cidadania expressa-se também pelo conceito de efetividade processual, representando a busca da solução das relações jurídicas, de forma eficaz, através da atividade jurisdicional.

E o sistema processual deve servir aos seus propósitos instrumentais, na garantia e realização do ordenamento objetivo. Justificando essa ideia e analisando a evolução do sistema jurídico, Salvatore Satta afirma:

Es, como se ve, toda una lenta labor de abstracciones, que tiene sus méritos, especialmente desde un punto de vista didáctico, pero que olvida una sola cosa: que el derecho vive en lo concreto, antes bien es lo concreto mismo, y por lo tanto la norma es ordenamiento sólo en cuanto efectivamente un orden sea establecido, o sea la realidad compuesta en un cierto orden, que constituye su norma interior.²¹²

Quer dizer que de nada adianta ao processo a perfeita estruturação sistêmica, se dissociada da realidade e distante dos propósitos do Direito, que é a regulação das concretas relações que se estabelecem entre os indivíduos.

É o que Vittorio Denti denomina da “necessidade de adaptação do processo às necessidades sociais”,²¹³ apontando, como uma das possíveis soluções, a atribuição de poderes aos juízes para atuar em face das partes mais débeis.

Num tempo em que se afirmaram novos direitos nas legislações de todo o mundo, o direito ao acesso efetivo à justiça transforma-se num “direito charneira”, no dizer de Boaventura de Sousa Santos.²¹⁴ Tanto assim se pode dizer do processo civil, que se constitui uma das

²¹¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 22.

²¹² SATTA, op. cit., 1967, p. 122, v. I.

²¹³ DENTI, op. cit., 1982, p. 13.

²¹⁴ SANTOS, op. cit., 2001, p. 167.

principais formas de realização do direito de acesso à justiça. A ausência de efetiva realização do direito processual civil implica denegação de todos os demais direitos.

A ação condenatória do processo civil moderno mantém-se fiel aos elementos políticos que justificaram sua origem, atravessando gerações de juristas e ocupando espaço como instituto processual.

Todavia, trazendo novamente a ideia de Vittorio Denti, é preciso que o processo se adapte às realidades sociais, peculiares em cada tempo. Acompanhando essa ideia e discorrendo acerca das atribuições dos juízes, frente à sociedade moderna e depois de referir as mazelas decorrentes da omissão do Judiciário, no trato dos direitos difusos, Mauro Cappelletti diz: “A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de ‘crescer’, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos ‘difusos’ , ‘coletivos’ e ‘fragmentados’, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais”.²¹⁵

Resta a discussão acerca da utilização do discurso jurídico como instrumento de transformação da sociedade. Fazer acontecer a justiça é a missão do direito processual civil e, assim, ante a existência de uma sociedade na qual não se acham concretizados os direitos fundamentais do homem, há muito tempo proclamados, cabe ao discurso jurídico o papel de contribuir na transformação dessa sociedade.

A construção da verdade, atrelando a prestação da tutela jurisdicional, realidade local e contemporânea depende da compreensão dessas circunstâncias. E como se poderá prestar jurisdição, a partir de um conhecimento jurídico-dogmático, que não compreenda os exatos limites da situação jurídica em análise? Acredita-se que é através da linguagem,²¹⁶ que se proporcionam meio de abertura e a maneira eficiente de vislumbrar racionalmente os fatos sociais inerentes à ação.

²¹⁵ CAPPELLETTI, op. cit., 1993, p. 59.

²¹⁶ Discurso dialógico proposto no passado por Sócrates e no presente resgatado em conteúdo heideggeriano por Jürgen Habermas.

Neste diapasão, o direito processual civil concebe o processo de conhecimento, com o objetivo precípuo de buscar a verdade acerca do direito controvertido, o que estaria a revelar seu compromisso com a ideia racionalista de unidade e plenitude do sistema jurídico. Ao processo de conhecimento caberia alcançar a verdade, e o juiz teria a tarefa de revelar o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final deste percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes, exteriorizando a opção do sistema processual atual, a separação das funções cognitivas e executivas, em dois processos distintos, pelos chamados juízos de certeza ou veracidade, a serem alcançados, de acordo com a lógica do sistema processual vigente, pelo processo de conhecimento.

Nessa sustentação tradicional, Liebman entende necessária a utilização do “processo de condenação” previamente à utilização da via executiva, a partir da necessidade de agregar-se sanção ao comando, o que seria necessário para sua atuação. Evidentemente, essa concepção tradicional revela o inegável compromisso com a lógica racionalista:

Nessas condições, por mais simples que seja a explicação política da necessidade de preceder-se à execução pelo processo de condenação, a explicação dogmática reside, toda, na exigência de aplicar-se a sanção, ou seja, de tornar-se concreta e específica, antes de se poder pensar em atuá-la. Depois disso, a questão de ver-se na execução a atuação da obrigação ou de um sub-rogado seu equivale, no fundo, a uma disputa verbal. O que importa é afirmar que ela é atuação da sanção, a qual tende, tanto quanto possível, a obter um resultado idêntico ao da prestação devida, ou pelo menos da prestação secundária que a substituiu. Considerando o direito objetivo em seu conjunto como abrange, quer da norma de direito substancial, quer da sanção, pode-se com segurança dizer que a execução é atuação prática da vontade da lei (*supra*, no. 63), mas a afirmação com que se iniciou este parágrafo completa-se com os resultados da investigação que ora se fez, observando-se que o processo de cognição não serve apenas para tornar conhecida uma vontade de lei preexistente, mas incerta, senão também para dar a esta, através da aplicação da sanção, aquela energia para a sua atuação prática, de que antes carecia.²¹⁷

²¹⁷ LIEBMAN, op. cit., 1952, p. 154.

No caso da condenação – e mesmo reconhecendo o papel que historicamente desempenhou –, é necessário perceber que o mundo contemporâneo reclama uma nova leitura do Instituto, capaz de resolver as demandas sociais. A propósito, Ovídio Baptista da Silva afirma:

Seria impossível certamente negar a importância que essa entidade mitológica conhecida como *sentença condenatória* teve para o mundo liberal e individualista, dos séculos passados, como seria igualmente incorreto supor que toda a dimensão imperativa da jurisdição pretoriana, sem dúvida a mais nobre função do *praetor* romano, pudesse conviver em harmonia com a exaltação do liberalismo individualista do século XIX. Contudo, é necessário que nos capacitemos de que o péndulo da História, nos albores do novo milênio, inclina-se, decididamente, para outros horizontes, apontando e valorizando não mais a exaltação individual, mas os valores da solidariedade social.²¹⁸

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

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

3 Conclusão

A classificação das ações do processo civil tem importante papel na realização das pretensões que se apresentam ao Judiciário, porque

²¹⁸ SILVA, op. cit., 1997, p. 201.

delimita o modo de atuação da tutela jurisdicional. E a ação condenatória, uma das espécies de ações identificadas e reconhecidas nessa classificação, é também responsável pela construção da categoria das ações processuais e, ainda, pelo tratamento dado às sentenças, especialmente de eficácia declaratória e condenatória.

A relevância da classificação das ações, de acordo com o provimento reclamado pelo autor, funda-se no fato de que a atuação da tutela jurisdicional tem a sua conformação a partir dessa classificação. Além disso, a tendência de abstração do processo e o seu distanciamento da realidade social e econômica em que está inserido o Direito, conduz à separação da atividade processual, o que torna mais difícil a realização das pretensões postas em juízo.

A sentença condenatória está alicerçada em fundamentos históricos comprometidos ideologicamente, que produziram a distorção dessa espécie de ação no processo contemporâneo.

Percebida ainda, no Direito romano, a ação condenatória atravessou o tempo pela tradição, convivendo no ordenamento processual atual. Todavia, essa herança não produz resultado satisfatório, na medida em que o instituto veio ao processo moderno carregado daqueles componentes ideológicos que o justificavam no seu nascedouro. Veio o instituto, mas veio também a ideologia que o sustentou e criou.

Além disso, essa herança sofre a influência do Racionalismo e da concepção de exatidão de ciência, além das ideologias dominantes naquele período da cultura europeia. Tudo isso produziu alteração na compreensão do instituto, tornando-o diferente daquele conhecido pelo Direito romano.

E, assim, no Direito de hoje não se encaixa a condenação romana. O resultado disso é que a estruturação das ações, nos tempos atuais não consegue alcançar ao processo mecanismos para a realização dos direitos que a sociedade reclama. Contribui, ao invés, para o estabelecimento de conceitos e categorias inúteis, que em nada auxiliam na efetiva prestação da tutela.

É o caso da própria condenação, que realiza papel meramente declarativo, exigindo a adoção de processo posterior, destinado à concretização da pretensão do autor. Por outro lado, fenômeno inverso apresenta-se na hipótese da sentença declaratória, para a qual o processo contemporâneo não admite execução.

Além disso, a ação condenatória é responsável pela sustentação da categoria das ações processuais. E a clara distinção entre ações processuais e ações materiais contribui para tornar mais difícil a realização dos propósitos do processo, exatamente porque o faz mais distante das pretensões que deve atender.

Nessa mesma linha – a busca efetiva da realização das pretensões que se apresentam –, justifica-se uma nova compreensão da estruturação das ações e um novo modo de admitir a provocação da tutela jurisdicional, diante das pretensões atualmente entendidas como condenatórias, trazendo ao processo mecanismos capazes de realizar tais pretensões.

O tema proposto representa o anúncio de uma nova compreensão da classificação das ações do processo civil, da categoria das ações processuais e, também, dos instrumentos alcançados ao titular de pretensões, dirigindo-se no rumo que permita o rompimento das amarras que mantêm o processo servil às doutrinas e ideologias que o construíram ao longo da História.

Referências

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- ABERS, R. *Inventing local democracy*: neighborhood organizing and participatory policy – making in Porto Alegre – Brazil. Tesis (Doctor of Philosophy) – University of California, Los Angeles, 1997.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AIÉS, Philipe; DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada*: da Revolução Francesa à Primeira Guerra. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-69, jul./set. 1999.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Derecho y razón práctica*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés y Rodolgo Vázquez. México: Fontamara, 1993.
- _____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 67-69, jul./set. 1999.
- _____. *El concepto y la validez del derecho*. 2 ed. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del rozoanamiento jurídico. *DOXA*, Alicante, v. 8, p. 23-38, 1990.
- _____. On the structure of legal principles. *Ratio Júris*, Bologna, v. 13, n. 3, set. 2000.
- _____. Problemas da teoria do discurso. *Anuário do Mestrado em Direito – Separatas*, Recife, Tradução de João Maurício Adeodato, n. 5. p. 87-105, 1992.
- _____. Sobre la ambigüedad semántica em la interpretación jurídica. *DOXA*, Alicante, v. 4, p. 109-117, 1987.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoria del discurso racional como teoria de la fundamentación jurídica. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALLORIO, Enrico. *l'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*. Milano: Giuffrè, 1957.

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

ANSUÁTEGUI, Javier. El concepto de derecho. In: PESES-BARBA, Gregorio et al. (Coord.). *Curso de teoría del derecho*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

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

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

ARISTÓTELES. *Rhétorique*. Trad. de Médéric Dufour. Paris: Société D'Édition "Les Belles Lettres", 1932.

_____. *Ética a Nicomanos*. 3. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1999.

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

_____. *O direito traído pela filosofia*. Trad. de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. *La teoria discursiva del derecho*. Madrid: Boletín Oficial el Estado, 2000.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

_____. *Contribución a uma teoria de la legislación*. Madrid: Caudernos Cívitas, 1997.

_____. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

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

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

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

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do método criativo. A tradição francesa e o poder criativo do juiz. *Revista da Ajuris*, n. 58, jul. 1993.

BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Trad. de Antônio José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1996.

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

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997.

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

_____. "Por um Processo Socialmente Efetivo". *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Nº 105. 2002. p. 181-190.

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

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

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

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BIONDI, Biondo. *Istituzioni di diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1972.

_____. Universalità e perennità della giurisprudenza romana. In: _____. *L'Europa e il Diritto Romano*. Milano: Giuffrè, 1954. v. II.

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

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

BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995.

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

_____. *Dalla Strutura allá Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, 1977.

_____. *Liberalismo e democracia*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. *Locke e o direito natural*. Trad. de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1997.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Trad. de Lenine Lequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

BUGNET, M. *Oeuvres de pothier annotees et mises en correlation avec l acode civil et la legislation cutualle*. 1. ed. Paris: Cosse Et Marchal, 1861.

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

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

BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. 2. ed. rev. aum. São Paulo: Saraiva, 1956.

CALAMANDREI, Piero. Traducción de Santiago Sentís Melendo. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945.

_____. *Proceso y democracia*. Trad. de Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960.

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

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradativa, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

_____. *Estudios de derecho procesal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. v. I.

_____. *Instituciones de Proceso Civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. 5. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973. v. I.

_____. *Metodología del derecho*. Trad. de Angel Ossorio. México: Union Tipografica Editorial Hispano-American, 1940.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*. Trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Utthea Argentina, 1944. v. I.

_____. *Teoría general del delito*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1952.

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

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. Álvaro Cabral. Campinas, SP: Uicamp, 1992a.

- _____. *El problema del conocimiento en la filosofía y en la Ciencia Modernas*. Trad. de Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- _____. *Linguagem e mito*. Trad. de J. Guinsburg e Miriam Schnaiderman. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992b.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *A idéia romana no processo civil moderno: processo oral*. Rio de Janeiro: Forense, 1940.
- CHIOVENDA, G. *Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 3.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e Giusto Processo: Modelli a Confronto. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 90, 1998.
- CORTELLA, Mário Sérgio. *A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2001.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas, SP: Red Livros, 1999.
- DE MARTINO, Francesco. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: Cedam, 1937.
- DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Bologna: Società Editrice Il Mulino, 1982.
- DESCARTES, R. *Discurso do método*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.
- DILTHEY, W. *História da filosofia*. São Paulo: Exposição do Livro, 1972.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DURANT, Will. *A história da filosofia*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1997.
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. São Paulo: Nacional, 1963.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- _____. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- _____. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1984.
- EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. *Microeconomia*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador: formação do estado e civilização*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1989. v. 1.

ENGELMANN, Wilson. *A crise constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado*. In:

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

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

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

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1997.

_____. *O direito como sistemas de garantias: o novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

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

_____. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1997.

FRANCISCI, Pietro de. *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954.

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

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

GADAMER, Hans-Georg. *A razão na época da ciência*. Trad. de Ângela Dias. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1983.

_____. *Mito y razón*. Trad. de José Francisco Zúñiga García. Barcelona: Paidós, 1997.

_____. *O problema da consciência histórica*. Trad. de Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. da FGV, 2003.

GARAPON, Antonie. *O guardador de promessas*. Trad. de Francisco Aragão. Lisboa: Piaget, 1996.

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

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

GENY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid: Hijos de Reus, 1902.

GIL, Antonio Hernández. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. 2. ed. Madrid: Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Publicações Europa-América, 1961. 2 v.

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

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

GRONDIN, J. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 1999.

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

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

_____. Teoría de la acción comunicativa. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. 4. ed. rev. Madrid: Taurus, 1987. v. I, II. t. I.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Trad. de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 7. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

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

_____. The use of knowledge in society. *American Economic Review*, v. 35, n. 4, sept. 1945.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. de Márcia de Sá Cavalcante. 7. ed. São Paulo: Vozes, 2000. Partes I, II.

HELLER, Agnes et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

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

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 1998.

HOBBS, Thomas. *Do pensamento e da linguagem*. São Paulo: Abril, 1974.

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

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

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

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

_____. *O espírito do direito romano*. Trad. de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. de J. Rodrigues de Merege. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito Contemporâneas*. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

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

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: M. Fontes, 1996.

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

_____. *Inflação e deflação*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. da 6. ed. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Embargos do executado*. Trad. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1952.

LIPSEY, Roger G. *Introdução à economia positiva*. São Paulo: M. Fontes, 1986.

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

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

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales*: lineamientos para uma teoría general. Trad. de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

_____. *Sociologia do direito*. Trad. de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. I, II.

_____. *Sociología del riesgo*. Trad. de Silvia Pappe. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1991.

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

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

MANDRIOLI, C. *L'Azione esecutiva*. Milano: Giuffrè, 1955.

MARRAMAO, Giacomo. *Céu e terra*. Trad. de Guilherme Alberto Gomez de Andrade. São Paulo: Edunesp, 1997.

MATEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo contemporáneo*. Madrid: Trotta, 1998.

MERRYMAN, J. H. *La tradizione di civil law nell' analisi di un giurista di common law*. Milano: Giuffrè, 1973.

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

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

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

_____. *As crises do estado contemporâneo*. In: VENTURA, Deisy de Freitas Lima (Org.). *América Latina: cidadania, desenvolvimento e Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz: Edunisc, 1998.

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

_____. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOZOS, J.L. de Los. *Derecho civil* (método, sistemas y categorías jurídicas). Madrid: Civitas, 1988.

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

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Benedito. *Heidegger & ser e tempo*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2002.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: M. Fontes, 1996.

_____. *Retóricas*. Trad. de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: M. Fontes, 1997.

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

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

PLATÃO. *Crátilo*: diálogo sobre a justeza dos nomes. Trad. de Pe. Dias Palmeira. 2. ed. Lisboa: Sá da Costa, 1994.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. t. VI.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

_____. *A sabedoria da inteligência*. Rio de Janeiro: Grande Livraria Leite Ribeiro, 1923.

_____. *A sabedoria dos instintos*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1921.

_____. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1995. t. I.
- _____. *Garra, mão e dedo*. Campinas: Bookseller, 2002.
- POPPER, Karl Raymund. *Conjecturas e refutações*. Trad. de Sérgio Bath. 4. ed. rev. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- _____. *Lógica das ciências sociais*. Trad. de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.
- PORTANOVA, Rui. *As motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contratos, convenções*. Lisboa: Antônio José da Rocha, 1849.
- _____. *Tratados de la posesion y prescripcion*. Madrid: Libreria de V. Suarez, 1900.
- PROUDHON, Pierre Joseph. *O que é a propriedade*. São Paulo: M. Fontes, 1988.
- RADBACH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. de L. Cabral de Moncada. 6. ed. rev. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- _____. *Introdução à ciência do direito*. Trad. de Vera Barkow. São Paulo: M. Fontes, 1999.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta, Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- _____. *Libertad, igualdad y derecho: las conferencias tanner sobre filosofía moral*. Barcelona: Ariel, 1988.
- REDENTI, Enrico. *Diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè. 1957. v. I.
- RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo: Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1999.
- RICOEUR, Paul. *Ideologia e utopia*. Trad. de Teresa Louro Perez. Rio de Janeiro: Edições 70, 1986.
- ROCHA, Leonel Severo da. A construção do tempo pelo direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- _____. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- ROSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*. Trad. de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1996.

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

SANDEL, Michael. *Democracy's discontent: América in search of a public philosophy*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

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

SATTA, Salvatore. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Fernando de La Rúa. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1967. v. I.

SAVIGNY, Federico Carlo de. *Sistema del diritto romano attuale*. Trad. di Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1893.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1954.

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

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Triunais, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

_____. Direito material e processo. *Revista Jurídica*, São Paulo: Nota Dez, n. 321, p. 16, jul. 2004b.

_____. *Ação de imissão de posse*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b.

_____. *Curso de processo civil*. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1 e 2.

- _____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. *A ação condenatória como categoria processual: da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SPENGLER, Fabiana Marion. Crise funcional: morte ou transformação do Estado? In: MORAIS, José Luis Bolzan (Org.). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STEIN, Ernildo. *Órfãos de utopia: a melancolia da esquerda*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque a compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo: Unisinos, 2003.
- _____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TARELLO, Giovanni. *Cultura jurídica y política del derecho*. Trad. de Isidro Rosas Alvarado. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Trad. de Mônica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- THOMASIUS, C. *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Madrid: Tecnos, 1994.
- TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- VATTIMO, Gianni. *La sociedad transparente*. Trad. de Teresa Oñate. Barcelona: Paidós Ibérica, 1990.

_____. *Más Allá de la interpretación*. Trad. de Pedro Aragón Rincón. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

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

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

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

_____. O outro lado da dogmática jurídica. In: _____. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho não acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. v. II.

_____. *Surfando na pororoca: ofício do medidor*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

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

WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho: derecho natural y justicia material*. Trad. de Felipe González Vicen. 2. ed. Madrid: Aguilar, 1979.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZACCARIA, Giuseppe. *L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Padova: Cedam, 1990.

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

ŽIŽEK, Slajov (Org.). *Um mapa da ideologia*. Trad. de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

