



## 5

# O RACIONALISMO MODERNO E A INEFETIVIDADE DO PROCESSO CIVIL

Belmiro Pedro Welter\*

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais; 2. Racionalismo jurídico moderno; 2.1. A submissão do Judiciário à vontade do Legislador; 2.2. A dogmática jurídica no Estado Democrático de Direito; 3. Propostas para promover uma maior efetividade no processo civil; 3.1. A compreensão do Direito pela hermenêutica filosófica; 3.2. O reconhecimento do fato como Direito; 3.3. A renúncia à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução; 3.4. A instituição das demandas sumárias; 3.5. A redução do sistema recursal; 3.6. O ônus sucumbencial e a obrigação do demandante de indenizar o demandado; 3.7. Julgamento antecipado da lide, antes da citação do demandado, ante a ineficácia do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa; 4. Considerações finais.

### 1 Considerações iniciais

O País não suporta mais a atual legislação e compreensão do Direito, que engessa a sonhada efetividade do processo, que, muitas vezes, se arrasta por longos anos, às vezes, por decênios, em vista do racionalismo jurídico que, há vários séculos, está impedindo a (r)evolução no Direito, havendo, assim, a necessidade do comprometimento do Legislador e da comunidade jurídica, na promoção de uma maior efetividade do processo civil.

Parte da classe política, ao invés de acolher o reclamo da sociedade em produzir leis que contribuam à efetividade processual, condena o Poder Judiciário como único responsável por todos os problemas da morosidade judicial. Não são poucas as vozes que se levantam contra esse libelo acusatório, denunciando que “mãos invisíveis querem amordaçar os juízes, amedrontá-los, ameaçá-los, jogar

\* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Professor de Direito de Família, Mestre e Doutorando em Direito, autor de dezenas de obras e de artigos jurídicos.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 68	jan. 2011 – abr. 2011	p. 73-134
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	-----------





uns contra os outros. Por quê? Porque as liminares incomodam, o pensamento livre ofende e a Justiça coloca cada um em seu lugar. Porque, no Judiciário de hoje, o coronel é apenas parte, o doutor é autor ou réu, o *sabe com quem está falando* é requerente ou requerido, e o império das leis não se deixa subjugar pela vontade do príncipe. Querem um Judiciário calado, que não grite diante das injustiças. Pior, que não possa corrigi-las. Esquecem que um Poder Judiciário independente é o sustentáculo do Estado Democrático de Direito”.<sup>1</sup>

O volume de processos em curso aumenta avassaladoramente, praticamente inviabilizando todos os órgãos jurisdicionais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, que, por exemplo, julga dez vezes mais processos do que a Magistratura alemã.<sup>2</sup> Faz coro a essas vozes o incansável e combatível professor Baptista da Silva, postando-se contra a fúria difamatória que condena o Poder Judiciário, ao professorar que “os maiores males deveriam ser debitados aos demais Poderes do Estado que ou não lhe dão sustentação material capaz de torná-lo mais dinâmico e eficiente, ou lhe criam um sistema processual anacrônico, burocrático e conservador. Basta ver a situação da jurisdição de 1º grau, reduzida em razão de um exasperante sistema recursal, à condição de um serviço subalterno, com função meramente preparatória para o subsequente exercício da jurisdição dos tribunais”.<sup>3</sup>

A pesquisa tem a finalidade de demonstrar os pontos de estrangulamento do sistema processual civil, que impedem a efetividade do processo, devido a influência do racionalismo jurídico dos séculos XVII e XVIII, como: a certeza matemática do Direito, a verdade única, sagrada e eterna da lei, a separação de Poderes, a segurança jurídica, a previsibilidade do resultado da demanda judicial, o princípio da neutralidade do juiz, que é um reflexo da neutralidade do Estado, a proibição do exame do caso concreto, a renúncia ao individual, o repúdio ao precedente, a temeridade em conceder liminares de antecipação do mérito, a ordinariedade do processo civil, o excesso de recursos, a sucumbência das partes, a separação entre fato e Direito, a compreensão da norma jurídica somente em sentido unívoco, o desligamento do Direito do reino da existência, aprisionando-se no puro positivismo, fazendo com que a Magistratura seja mero órgão do Estado, submissa ao Legislador e assimilada à carreira de servidor público, controlada pelas demais Cortes da Justiça e do Governo.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> SANTOS, Antônio Carlos Viana. In: *Discurso quando de sua posse na AMB*. Brasília, 14/12/99. Disponível em: [www.amb.com.br/institucional/discurso.htm](http://www.amb.com.br/institucional/discurso.htm).

<sup>2</sup> MARTINS, Francisco Peçanha. *Uma visão da crise do Poder Judiciário*. In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, a. 01, (Rev. STJ-02): 37-51, 02/99, e CD-STJ 27, de 03/2001.

<sup>3</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação de tutela. Duas perspectivas de análise. In: *Revista da Ajuris* nº 70. p. 96.

<sup>4</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado,





Ademais, abordaremos o racionalismo moderno no Direito Material e Processual, visto que “tanto el positivismo estatal como el dogma de la separacion de Poderes requieren que el juez recurra sólo a ‘la ley’ al decidir las controversias”,<sup>5</sup> pelo que examinaremos as seguintes questões: a) a influência do racionalismo jurídico; b) a dogmática jurídica vista como antidemocrática; c) a dogmática jurídica individualista, que não aceita a diferença; d) a necessidade do fato ser reconhecido como Direito; e) o afastamento da dogmática jurídica; f) o acolhimento da hermenêutica filosófica para a compreensão do Direito; g) a renúncia à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução; h) a instituição das demandas sumárias; i) a redução do sistema recursal; j) o ônus sucumbencial e a obrigação do autor em indenizar o vencedor; k) o julgamento antecipado da lide, antes da citação do demandado, ante a irrelevância da produção do contraditório e da ampla defesa.

As propostas de mudanças do paradigma do racionalismo jurídico processual civil são promovidas, há dezenas de anos, por Baptista da Silva, sempre visando a uma maior efetividade no processo, que não quer ser compreendida devido ao fato do pensamento ideológico, de que o Direito Processual “é um instrumento puramente *formal*, abstrato, e sem qualquer compromisso com a História (...), dotado da mesma eternidade de que se vangloriam as matemáticas”.<sup>6</sup>

## 2 O racionalismo jurídico moderno

Neste item, investigaremos os motivos que levam o Poder Judiciário, em uma Era laica, democrática, social e universal, a cometer o mesmo equívoco do Estado, permanecendo neutro com relação à produção do Direito Processual Civil, que também deve ter vinculação social, já que se constitui num Poder da República em igualdade de condições com os demais Poderes, não havendo mais a necessidade, como ocorria há séculos, de prestar absoluta obediência ao Legislador.

2005. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Volume II. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>5</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: FCE, 1989. pp. 55-56.

<sup>6</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. RJ: Forense, 2003. p. 263.





### 3 2.1 A submissão do Judiciário à vontade do Legislador

O processualista Baptista da Silva<sup>7</sup> denuncia que, há vários séculos, o racionalismo jurídico vem promovendo incontáveis efeitos nefastos no campo do Direito Processual Civil, como a impossibilidade do julgador de apegar-se aos ideais de Justiça, porque o Judiciário se encontra aprisionado ao texto legal, sendo instrumento de expressão de vontade do Legislador, servo e oráculo da lei, ou, como refere Montesquieu, o boca da lei. Isso ocorre desde os séculos XVII e XVIII, quando Hobbes proferiu a sentença de que somente as leis são as regras do justo e do injusto, querendo dizer que a justiça está cristalizada unicamente no texto da lei escrita, não havendo, assim, leis injustas, porque derivadas da força da vontade da República.<sup>8</sup>

Mais adiante, o autor anota que, na doutrina do Estado Absolutista, engendrada por Hobbes, entre outros, as leis não eram produtos da razão, mas da vontade do soberano, a razão do ente artificial (o Estado), ao qual os magistrados estavam subordinados, cujas leis por ele produzidas deviam ser tão-só aplicadas, mas não interpretadas ou questionadas, sob pena de o julgador transformar-se em Legislador, “com grave risco para a liberdade dos cidadãos, se lhe fosse dado expressar, nos julgamentos, suas opiniões particulares”.

O escoliasta informa, ainda, que o racionalismo tinha como seguidor, por exemplo, Leibniz, para quem, “assim como na matemática, também as verdades da metafísica, da moral e da ‘ciência natural do direito’ podem ter a mesma clareza e poderão ser objeto de demonstração, com o mesmo rigor com o que se demonstra um postulado matemático”. É por isso que, conclui Baptista da Silva, “não considera Leibniz apenas demonstráveis as proposições jurídicas, tais como são demonstráveis as verdades geométricas, mas, além disso, lança os fundamentos para a subsequente construção do ‘mundo jurídico’, depois consagrado pela filosofia de Kant, tornando o direito uma ciência generalizante, ciências das normas e das

<sup>7</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 43. Ao citar a passagem da subordinação do Poder Judiciário aos demais Poderes, o autor lembra Edmundo Campos Coelho. *As profissões Imperiais – Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro, 1822-1930*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1999. p. 178. Na p. 73, o autor diz o seguinte sobre o racionalismo: “Como dissera Max Weber, o ‘racionalismo’ é um conceito histórico abrangente, que vai muito além de simples pressuposto para uma determinada doutrina filosófica. Todas as filosofias desse período, independentemente de suas recíprocas diversidades, às vezes profundas, foram racionalistas. É precisamente este caráter que nos autoriza a tratá-lo como um autêntico ‘paradigma’, no sentido de Thomas Kuhn”.

<sup>8</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003. p. 200.





verdades eternas; em última análise, alimentando aquela tendência, a que já aludimos, de fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que tão drasticamente acomete o pensamento jurídico moderno”.

Portanto, para Leibniz,<sup>9</sup> o Direito é uma daquelas ciências que não dependem de experiência, e sim de definições de conceitos, não sendo demonstração de sentidos, mas, sim, da razão, da certeza matemática e que “no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas”.

Refere, Bobbio,<sup>10</sup> que Hobbes sustentou que não é a sapiência, mas, sim, a autoridade que cria a lei, cuja proposição “toma nitidamente partido entre as duas típicas concepções do direito, aquela que considera o direito como fruto da razão e aquela que o considera obra da vontade”. Concernente à ideia de Montesquieu, Bobbio lembra que ele doutrinava ser a decisão do Magistrado uma cópia fiel da reprodução da lei, querendo dizer que “ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos Poderes seria negado pela presença de dois legisladores”.

O racionalismo jurídico é confessado por Hobbes, em seu célebre *Leviatã*,<sup>11</sup> ao pronunciar as seguintes resoluções, que até hoje ecoam e são fielmente observados no mundo Ocidental, nos termos: “Nossos juristas concordam que a lei nunca pode ser contrária à razão, como também não ser a letra – quer dizer, cada uma de suas frases – a própria lei, e sim aquilo que é conforme a intenção do legislador (...). É possível que muito estudo fortaleça e confirme sentenças errôneas (...). O que faz a lei, portanto, não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado (...). Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano – que é a pessoa do Estado. O juiz subordinado deve levar em conta o motivo que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença não destoe desta lei. Nesse caso, a sentença é do soberano, caso contrário é do juiz, e é injusta”.

<sup>9</sup> LEIBNIZ, G. W. *Los Elementos Del Derecho Natural*. Traduzido por Tomás Guillén Vera. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991. pp. 70 e 71.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Traduzido por Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ed. Ícone, 1995. p. 40.

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003. p. 200.





Em vista de sua doutrina, Hobbes é lembrado como o pai do positivismo e inimigo do constitucionalismo, afirma Quentin Skinner,<sup>12</sup> já que do pensamento hobbesiano podem ser extraídas as seguintes conclusões: a) a ciência simplesmente é um método, ‘um modo de buscar a verdade’; b) as doutrinas sobre o Direito são possíveis de serem reduzidas à infalibilidade da razão, que nos ensina; c) a razão produz conclusões que se prolongam além da controvérsia ou da dúvida, concedendo a certeza do Direito; d) é possível edificar uma ciência da qual resultem conclusões verdadeiras e evidentes sobre o que é certo e o que é errado; sobre o que é bom e o que é prejudicial para a existência e bem-estar da humanidade; e) a verdadeira eloquência advém da Arte da lógica, e não da Arte da retórica; f) o povo não comete pecado se cumpre leis injustas, mas quem resiste a essas ordens subverte a ordem social, comete ato de desobediência civil.

Cotejadas essas “certezas jurídicas” dos séculos XVII e XVIII com a doutrina e a jurisprudência do século XXI, veremos que não houve muito progresso na teoria jurídica do Direito Material e Processual Civil, demonstrando que grande parte do Judiciário continua a seguir as ordens do Legislador, aceitando a separação de Poderes promovida por Montesquieu, em que o Judiciário foi relegado a mero órgão do Poder Executivo. A impressão que se tem é a de que a represália de Hobbes – se for reconhecido algum direito não constante em lei, o julgador estará cometendo um ato de subversão da ordem jurídica –, continua, em pleno terceiro milênio, a retumbar nos gabinetes do Judiciário. Não há dúvida, portanto, de que a comunidade jurídica continua influenciada pela visão hobbesiana, que se revela, segundo a doutrina,<sup>13</sup> “mais que absolutista, teórico da soberania e, antes disso, radical individualista”.

Desse pensamento não se afastou Montesquieu,<sup>14</sup> cuja doutrina até hoje continua sendo observada, ao ressaltar, no Século XVIII, que, “quanto mais o governo se aproxima da República, mais a forma de julgar se torna fixa (...)”.

<sup>12</sup> SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Traduzido por Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp e Cambridge University Press, 1999. pp. 25, 28, 397, 403, 404, 405, 406, 409, 419.

<sup>13</sup> RIBEIRO, Renato Janine. *Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999. p. 177. O autor chegou a conclusão de que Hobbes era ser radical e individualista, pelas seguintes razões: “O soberano é um indivíduo cujo direito pleno às coisas e aos corpos se ampara, de *facto*, na força que lhe é emprestada pelos súditos. É ‘deus mortal’, por ser ‘homem artificial’; sobre a sua natureza de homem, igual aos demais, incidem as muitas renúncias, realizando-o como indivíduo quase-perfeito. O corpo político resulta da quase-imortalização de um corpo natural, efetuada pelas vontades renunciantes; a soberania é o individualismo consumado”.

<sup>14</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. Renato Janine Ribeiro (apresentador). Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005. p. 87.





No governo republicano, é da natureza da constituição que os juízes sigam a letra da lei”.

Para Descartes,<sup>15</sup> o conhecimento devia pautar-se no sentido de descobrir a verdade, mediante a utilização da razão que predica a certeza, pelo que “onde quer que o espírito disponha-se à busca da verdade, pode-se recorrer a um conjunto bem preciso de regras, derivadas da matemática”. Com isso, a doutrina cartesiana entendia que “se é aceitável que a matemática ensina-nos a ligação entre a descoberta da verdade e a aplicação de um método, é fácil de se perceber que ela permite a abstração deste método para sua aplicação sobre outras matérias”. Isso quer dizer que, para Descartes, seguindo o método matemático, seria possível “fundar, a respeito de tudo, uma ciência racional”.<sup>16</sup>

Acerca do positivismo jurídico, Baptista da Silva<sup>17</sup> sublinha que “é interessante observar como o predomínio da segurança sobre os ideais de justiça que, na Europa continental, deu ensejo à Era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa, embora a Inglaterra, fiel ao mesmo princípio, tivesse procurado idêntica segurança para o direito no sistema dos precedentes, evitando a codificação (...). Enquanto o direito inglês procura preservar a segurança do direito, os sistemas legalistas da Europa continental, identificando o direito com a lei, satisfazem-se com a segurança da lei do Estado, sem qualquer preocupação por sua eventual injustiça material”.

No Brasil-Colônia, a subordinação do Poder Judiciário aos demais Poderes reinou de forma absoluta, como bem lembra Edmundo Campos Coelho,<sup>18</sup> pois se chegou ao absurdo de editar a *Lei da Boa Razão*, em 18 de agosto de 1769, a qual autorizava a Casa de Suplicação de Lisboa a criar jurisprudência, quando o juiz estava em dúvida sobre a *inteligência das leis*. Essa lei foi tão totalitarista a ponto de prever que, se o Advogado interpretasse a lei de forma frívola, poderia sofrer a pena de *degredo para Angola*. Isso ocorria, noticia Merryman, porque a Revolução iluminista tinha a utopia “de volver innecesarios a los abogados. Se deseaba un sistema legal que fuese simples, no técnico y claro; un sistema donde pudiera evitarse el profesionalismo y la tendencia hacia el tecnicismo y la complicación de la que

<sup>15</sup> PIMENTA, Olímpio. *Razão e conhecimento em Descartes e Nietzsche*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000. pp. 21 e 24.

<sup>16</sup> GRANGER, Giles-Gaston. *A razão*. Traduzido por João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1955. p. 19.

<sup>17</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. p. 105.

<sup>18</sup> COELHO, Edmundo Campos. *As profissões liberais. Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro – 1822 a 1930*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1999. pp. 153, 155, 162, 163, 164 e 176.





suele acusarse a los abogados.”<sup>19</sup> Prova disso, continua o autor, foi a criação da codificação, em que o primeiro Código, da Prússia, de 1794, continha nada menos do que dezessete mil artigos, “que establecían reglas precisas para gobernar las ‘situaciones de hecho’ específicas”. Concluindo, o articulista afirma que é por essa razão que no mundo Ocidental não existem grandes nomes de juízes do Direito Civil, mas, sim, conhecidos nomes de legisladores, como Justiniano e Napoleão.

Pela Constituição de 1824, acrescenta Coelho, o Judiciário dependia (e depende, ainda) dos recursos financeiros do Executivo, sendo subordinado ao Legislativo, transformando a autonomia em mera ficção. Na época, foi dito pelo Ministro Nabuco de Araújo que o Executivo e o Judiciário *eram Poderes rivais* e que o Executivo “tem exercido o direito de interpretar as leis por via de autoridade”, não cabendo aos tribunais sequer questionar a sua constitucionalidade, nem interpretá-las, “mas, tão-só, aplicá-las aos casos concretos e ainda assim apenas no âmbito dos litígios entre os particulares”, tornando-se inconcebível que julgasse alguma causa entre o particular e o Estado. Essa proibição do julgamento do caso concreto, que ainda hoje permeia a comunidade jurídica, é prova de que a tão (en)cantada igualdade material e processual não passa de uma abstração, que, na visão de Baptista da Silva,<sup>20</sup> obriga o ser humano a despir-se da riqueza de sua individualidade, em vista do pressuposto metodológico, que supõe que “cada caso concreto seja a expressão individual de uma série de casos idênticos”. Em 1888, conclui Coelho, o Executivo continuava a instruir e a manietar o Judiciário, inclusive censurando “o Supremo Tribunal de Justiça e as demais Cortes de Justiça pela falta de fundamentação nas revistas concedidas e nas sentenças”.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: FCE, 1989. pp. 63-64, 65 e 66.

<sup>20</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 303.

<sup>21</sup> COELHO, Edmundo Campos. *As profissões liberais. Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro – 1822 a 1930*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1999. pp. 153, 155, 162, 163, 164 e 176. O autor cita que Perdigão Malheiro, em sessão de 07 de outubro de 1869, teria dito o seguinte, com referência à competência para interpretar as leis: “Eu entendo que, desde que o Poder Legislativo não pode por si exercer a atribuição que lhe está conferida, é preciso lançar mão de outro meio: deverá o Poder Executivo continuar a interpretar, por via de autoridade, as leis, em forma de avisos ou de outros atos emanados, como até aqui se tem feito? No entanto, ainda hoje o Governo se vê na dura necessidade, muitas vezes, de dar pronta solução a questões de direito, que lhe são submetidas, mesmo de direito privado. É a lei da necessidade, porque nem o Poder Legislativo tem podido fazê-lo, nem o pode na ocasião, nem cedo o poderá. Tampouco o tem feito o Poder judicial, pela ausência de tradição, de uniformidade, de jurisprudência”.







Contudo, Claus-Wilhelm Canaris enfatiza que a concepção matemática “pode-se, hoje, sem reserva, considerar como ultrapassada. De facto, a tentativa de conceber o sistema de determinada ordem jurídica como lógico-formal ou axiomático-dedutivo está, de antemão, voltada ao insucesso”.<sup>22</sup> Concordamos, pois, com MacIntyre,<sup>23</sup> ao declarar que o legado do iluminismo é a previsão de um ideal de justificação racional que se mostrou impossível de atingir. É por isso que Baptista da Silva<sup>24</sup> entende que o grande mal da teoria jurídica não se aloja no paradigma cartesiano, e sim “na transferência do Direito para o campo das ciências puramente lógicas (...), o que determinou a redução da função jurisdicional à pura e mecânica aplicação da lei, numa posição de total servilismo do juiz frente ao legislador, segundo o ideal do Século das Luzes”. Esse servilismo judicial diante do império da lei, alerta o autor, é causa de anulação do Poder Judiciário que, “em nossas circunstâncias históricas, tornou-se o mais democrático dos ramos do Poder estatal, já que, frente ao momento de crise estrutural e endêmica vivida pelas democracias representativas, o livre acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente garantido, é o espaço mais autêntico para o exercício da verdadeira cidadania”.

Adverte, Baptista da Silva, que a comunidade jurídica continua a habitar o mundo do dogmatismo exegético, esquecendo-se da advertência de Nicolai Hartman, de que nenhuma época pode ter por fundamento pontos de vista que não sejam os seus próprios, os quais, logicamente, não são absolutos, mas, sim, “historicamente condicionados e outras épocas terão razão se os abandonarem e substituírem pelos seus. Mas também eles estarão, por sua vez condicionados”. Isso significa que, como não mais vivemos na época moderna, e sim numa Idade Pós-Contemporânea,<sup>25</sup> em plena universalização do ser humano, da sociedade e do Estado, o confinamento do Poder Judiciário

<sup>22</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 30.

<sup>23</sup> MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. Traduzido por Marcelo Pimenta Marques. Coleção filosofia 17. São Paulo: Ed. Loyola, 2001. p. 17.

<sup>24</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 210, 217 a 219, citando Nicolai Hartmann. *A filosofia do idealismo alemão*. Lisboa, 1976. p. 303.

<sup>25</sup> Entendo que no século XX se inicia um novo Período da história, a da secularização/universalização/democratização da humanidade, a Era da *Pós-contemporânea*. Para estudar a história, costuma-se dividi-la em uma *Linha do Tempo*, por exemplo: Até o século XX foram concluídas as seguintes Idades (Eras, Períodos, Linhas de Tempo): a) *Idade Pré-Histórica* (surgimento do homem, há três milhões de anos, até a invenção da escrita, há 3.500 anos a.C.); b) *Idade Antiga* (do surgimento da escrita até a invasão do Império Romano pelos bárbaros, em 476 d.C); c) *Idade Média* (do fim do Império Romano até a invasão dos turcos a Constantinopla, no século XIV); d) *Idade Moderna* (da invasão a Constantinopla, deu-se o início das grandes navegações, quando iniciou-se o processo de secularização (século XIV), até a Revolução Francesa e surgimento do Estado Moderno); e) *Idade Contemporânea* (do século XIX até o presente).





às ordens do Legislador causa ofensa ao que se compreende como linguagem republicana num Estado, de Direito, Democrático, Laico e Social. Por isso, na atualidade, ocorre justamente o contrário do que foi propagado por Montesquieu – de que “quanto mais o governo se aproxima da República, mas a forma de julgar se torna fixa” –, tendo em vista que a verdadeira linguagem republicana não é a rigidez, a certeza absoluta, mas, sim, a incerteza, a flexibilidade, a liberdade de expressão, o vir-à-fala, o diálogo, a palavra, a retórica, porquanto, na modernidade líquida, a humanidade convive e compartilha em um mundo hermeneuticamente democrático.

## 2.2 A dogmática jurídica no Estado Democrático de Direito

A conhecida teoria da separação de Poderes foi *produzida* e continua sendo *reproduzida* na organização das seguintes funções: ao Poder Executivo, a função de sancionar ou não as leis; ao Poder Legislativo, a atividade de elaborar as leis; ao Poder Judiciário coube a aplicação das leis. Desse pensamento, segue-se a premissa do racionalismo de que a atividade criadora do Direito pelo Judiciário passa a ser considerada “um perigo para o Estado de Direito e uma violação do princípio de separação de Poderes”.<sup>26</sup>

Antes, porém, de descrever a história do Estado Democrático de Direito, é preciso volver ao tempo da criação do Estado Moderno, para que se possa compreender a evolução da humanidade e a necessidade de mudança da teoria jurídica, já que os Poderes da República do século XXI deveriam estar mais vinculados com a produção do que com a reprodução do Direito, assumindo o compromisso de uma (r)evolução da realidade social, porquanto, pelo pensamento de Eros Roberto Grau, no Estado Democrático e Social, “o Direito é sempre um instrumento de mudança social”.<sup>27</sup>

Foi Maquiavel quem entendeu o Estado Absolutista como um *Poder central soberano*, legiferante e apto a decidir, isoladamente, as questões internas e externas, embora, ao mesmo tempo, fosse um Poder laicizado, separado dos ditames religiosos. Para Maquiavel, o “objetivo de todos os governantes é conquistar e manter o poder, sem se preocupar com questões éticas, desvinculando, assim, a política da moral”.<sup>28</sup> Nessa espécie de Estado, as pessoas, embora livres, estavam sob a autoridade do Monarca, que era

*Contemporânea* (do surgimento do Estado Moderno até o início da globalização, no final do século XX); e *Idade Pós-Contemporânea* (século XXI, Era do desbravamento do universo).

<sup>26</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 270.

<sup>27</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

<sup>28</sup> KOSHIBA, Luiz. *História*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 285.





absoluto, pois comandava sem receber ordens, não dependendo de ninguém, nem de Deus, da natureza ou do povo, não exigindo nenhum fundamento para justificar suas ações, porquanto auto-suficiente, indivisível, perpétuo e transcendente, isto é, o Estado Absolutista era tal como, na linguagem teológica, Deus é.<sup>29</sup>

O Estado absolutista dividiu-se em duas fases: na primeira, prevaleceu o regime da Monarquia absoluta e do Direito Eclesiástico, sendo o Estado governado, lado a lado, pelo Monarca e pelas leis da Igreja Católica. Segundo Hobbes, o homem era lobo do homem, intratável, insociável, que deveria ser moído, porquanto mera matéria-prima do Estado, que o molda como faz um escultor com o barro ou o mármore.<sup>30</sup> O Estado Absolutista tinha sua base na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o ‘representante’ de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade.<sup>31</sup> Na segunda fase, o Absolutismo afastou a doutrina teológica, freio ao pleno exercício do Poder estatal, iniciando-se, então, a Era da secularização do Estado.

O contratualista Thomas Hobbes acreditava que, no estado de natureza, o homem era lobo do homem, ou, em termos atuais, o ser humano é lobo do ser humano, tendo sido necessária a feitura de um pacto social, “de modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: *cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens* (...). Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado”.<sup>32</sup> Para Hobbes, o Estado era um Leviatã, designação que significa “*deus mortal*, porque a ele – por debaixo do Deus imortal – devemos a paz e a defesa de nossa vida. Esta dupla denominação resulta fortemente significativa: *o Estado absolutista que Hobbes edificou é, em realidade, metade monstro e metade deus mortal*”.<sup>33</sup>

Foi Hobbes quem, em sua obra *Leviatã*, publicada em 1651, em Londres,<sup>34</sup> sustentou as características do Estado Absolutista: poderes ilimitados do

<sup>29</sup> CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *Histórias das idéias políticas*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2000. p. 38.

<sup>30</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Traduzido por Lydia Cristina. 8. ed. 4. impressão. Rio de Janeiro: Ed. Agir, 2002. pp. 88, 431 a 434.

<sup>31</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 45.

<sup>32</sup> RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: *Os Clássicos da Política*. 12. ed. Francisco C. Weffort (org.). São Paulo: Editora Ática, 1999. p. 62. Vol. I.

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 33-34.

<sup>34</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001. p. 66. O autor informa que a convivência de Thomas Hobbes com Francis Bacon, Galilei Galileu e René Descartes o auxiliou na publicação das obras *O Leviatã e Cidadão*.





Monarca. O Estado absolutista defendido por Hobbes era governado pelo medo, pelo sangue, pela desconfiança e ferócia contumaz, pelo positivismo jurídico absolutista, em que os súditos perdiam a liberdade, mas ganhava em troca a segurança.

O Estado Absolutista teve fim em 1789, nascendo o Estado Liberal de Direito, decorrente do Movimento Iluminista que, fundado na razão humana e em direitos naturais do homem, deflagra a Revolução Francesa, comandada pela classe burguesa. O Estado Liberal é identificado como o primeiro Estado de Direito, em que a figura do soberano não mais se confunde com o Estado, prevalecendo os interesses da sociedade. Além de assegurar os direitos humanos à vida, à liberdade e à segurança, o Estado Liberal concedeu ênfase à propriedade, que, para Locke, era uma extensão do indivíduo.

Historiam, Streck e Bolzan,<sup>35</sup> que, em Locke, ocorre substancial alteração do conteúdo do contrato social: o de associação, quando se funda a sociedade civil, e o de submissão, instituidor do poder político, que não pode, no entanto, violar direitos naturais. Além disso, afirmam que esse contratualista promoveu o controle do Executivo pelo Legislativo e do governo pela sociedade, bases do pensamento liberal. Essa segunda grande revolução política da idade moderna, não foi promovida pela monarquia absoluta, nem pelos feudais ou pela nobreza, e sim pela burguesia, que havia se servido do direito natural para colocar abaixo o absolutismo.<sup>36</sup>

A tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana, como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade etc., produz, assim, os direitos de primeira dimensão, isso porque o capitalismo exigia homens livres e iguais perante a lei para poderem firmar contrato entre si. Desse modo, além de reconhecer e proteger direitos naturais do ser humano, o ideal liberal reforçou o individualismo, como o direito de propriedade, absoluto e intocável, demonstrativo de que esse Estado não era sinônimo de Democracia.<sup>37</sup>

Para o contratualista Jean-Jacques Rousseau, o verdadeiro fundador do Estado Civil foi o ser humano que primeiro delimitou sua propriedade, afirmando *isto é meu*, e os demais, em sua ingenuidade, acreditaram nele, nascendo, com isso, a desigualdade e a hostilidade. Mas, Rousseau, ao contrário de Hobbes, não considerava o humano lobo do humano, admitindo

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 35-36. Apud. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Traduzido por Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 468.

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 288.

<sup>37</sup> ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 171.





que o ser humano nascia livre e que o Estado tinha o dever de torná-lo ainda mais feliz.<sup>38</sup>

O mais democrático dos contratualistas, Jean-Jacques Rousseau, defendia que o *Contrato Social* servia para justificar o liberalismo e a República, assegurando a igualdade, a liberdade e o governo submetido a leis escritas pela vontade geral.<sup>39</sup> O atual estágio do Estado Democrático de Direito, que é um Estado Constitucional formado pelos Estados Social e Laico, em que foram outorgados direitos e garantias fundamentais da segunda a quarta gerações, como a vida, liberdade, saúde, alimentação, habitação, igualdade, segurança, acesso aos Poderes públicos, progressos da ciência médica (engenharia genética, patrimônio genético) e a solidariedade entre os povos (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e ao patrimônio comum da humanidade), não se assenta em um Poder transcendental, absoluto ou liberal, mas na vontade do povo para o bem comum.

O Estado de Bem-Estar Social de Direito, também denominado Estado Social ou Providencial, surge após a primeira guerra mundial, com a promulgação das Constituições do México, em 1917, e da Alemanha, em 1919 (Constituição de Weimar), nas quais se enfatizou a necessidade de o Estado assegurar os direitos e as garantias, objetivando uma existência digna. Significa que, além dos direitos individuais e políticos do Estado Liberal, foram reconhecidos os direitos e as garantias sociais, zelando mais pelo cidadão social do que o individual.

O Estado de Providência, que surgiu na Europa, por volta do ano de 1945, foi um conjunto de políticas públicas destinadas à manutenção de um mínimo de convivência solidária e social,<sup>40</sup> ampliando-se mais o conteúdo dos direitos fundamentais, firmando-se, nessa espécie de Estado, além dos direitos individuais e dos políticos, constantes do Estado Liberal, também os direitos sociais,<sup>41</sup> não como caridade, mas como direito constitucional fundamental.

Todavia, implantado o modelo político-econômico neoliberal, passou-se a ser sustentado que o Estado devia possuir, como Jano, duas faces simultâneas: para alguns, a continuidade do Estado de Bem-estar Social; para outros, o Estado, por ação ou omissão, em vista da miséria de vários bilhões de pessoas,

<sup>38</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 38-39.

<sup>39</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 390.

<sup>40</sup> VIEIRA, José Ribas. *Teoria do Estado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 84.

<sup>41</sup> ROBERT, Cinthia; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Teoria do Estado, Democracia e Poder Local*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. p. 173.





assumindo caráter punitivo-repressivo.<sup>42</sup> É por isso que parte da doutrina<sup>43</sup> tem dito que a maioria dos liberais clássicos é contra o *Welfare State*, mas a favor do Estado Mínimo.

O Estado Democrático de Direito, de acordo com Streck,<sup>44</sup> suplanta as noções dos Estados Absolutista, Liberal e Social, na medida em que o modelo de produção capitalista e financeiro é de viés social, *para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades*. Essa espécie de Estado, segundo Streck e Bolzan, *adota a posição de que a Constituição é dirigente e vinculativa, de onde exsurge que todas as normas possuem eficácia, não tendo mais sentido falar em 'normas programáticas'*, demonstrativo de que no Estado Democrático, Social e Laico de Direito ocorre um deslocamento da esfera de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário,<sup>45</sup> o que significa “um aprofundamento/transformação da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare State*”.<sup>46</sup>

O direito fundamental à democracia é um apanágio da humanidade, porque sem ela não há liberdade, nem cidadania e nem dignidade humana, não se constituindo em uma forma de governo, mas, sim, em um princípio jurídico que serve de base para os Estados de Direito de primeira (Estado Liberal), de segunda (Estado Social) e de terceira dimensões (Estado Democrático de Direito).<sup>47</sup>

Na visão de Nelson Saldanha, o ser humano para se situar e se compreender deve se apegar ao exame da história, já que ela não tem importância tão-só como sucessão de fatos, e sim como condição de possibilidade “de compreender a relação do homem com os contextos que cria, e que o recriam”, nascendo, desse modo, a hermenêutica, que propicia a crítica e provoca a dúvida, o

<sup>42</sup> GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes, 2000. pp. 101-102, citando: PINHEIRO, p. S. Violência e Crime nas Novas Democracias: Desafios para a Próxima Década. Trabalho apresentado ao Seminário “América do Sul: 2006”, organizado pelo instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI), 1997; FARIAS, J.E. Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. *USP. Estudos Avançados* 11 (30), 1997.

<sup>43</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10.

<sup>44</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004. p. 38.

<sup>45</sup> STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. pp. 68, 93 e 98.

<sup>46</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. As crises do Estado. In: *O Estado e suas crises*. José Luis Bolzan de Morais (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18.

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. pp. 445-452.





reexame e a conseqüente teorização, conduzindo ao reino do relativismo, e não à verdade absoluta, única e sagrada.<sup>48</sup>

Verbera, Gadamer, que a compreensão histórica da tradição é a revolução mais importante da Idade Moderna, caracterizando-se pela plena consciência “de la historicidad de todo presente y de la relatividad de todas las opiniones”.<sup>49</sup> O autor critica a utilização do método da dogmática jurídica, porque, no terceiro milênio, a humanidade não se encontra na Era da certeza, e sim da incerteza jurídica, em vista da fulminante transformação social, em que a modernidade sólida foi dissolvida em modernidade líquida, exigindo do intérprete, na compreensão de um texto, conhecimento sobre a totalidade da linguagem do sistema jurídico-político-social, sendo que a Constituição de um País precisa estar municiada com normas flexíveis, ajustáveis em tempo real, adaptáveis a fatos cada vez mais líquidos e inéditos.<sup>50</sup>

Com essa ideia, concorda Baptista da Silva, para o qual “vivemos em tempo singular, que alguém qualificou de *a era da incerteza*”, acrescentando que inclusive a coisas sagradas e naturais, como a constituição da família, que pareciam ser perenes, acabaram se desfazendo diante da voracidade das transformações culturais.<sup>51</sup>

Esses são alguns motivos pelos quais pode-se afirmar que a dogmática jurídica é manifestamente antidemocrática, incompatível com o atual Estado Democrático de Direito, razão pela qual não deve preponderar a vontade única do Legislador, cabendo ao Poder Judiciário compreender e adequar o caso concreto ao texto e ao contexto constitucional, e não unicamente aos termos da lei. Nesse sentido, Bolzan de Moraes e Moura Agra<sup>52</sup> afirmam o seguinte:

<sup>48</sup> SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. pp. 149, 150, 189 e 193.

<sup>49</sup> GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la consciencia histórica*. 2. ed. Traducido por Agustín Domingo Moratalla. Madrid: Editorial Tecnos, 2001. p. 41.

<sup>50</sup> 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: *O Estado e suas crises*. José Luis Bolzan de Moraes (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 256 a 259.

<sup>51</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Coisa julgada relativa?. In *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (Organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2003. pp. 363-364.

<sup>52</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. AGRA, Walber de Moura. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. In: (Neo)Constitucionalismo. Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica* nº 02. Porto Alegre: Ed. Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004. pp. 218, 221 e 222. Os autores citam também a doutrina de Torbjörn Vallinder, nos termos: “A expansão da atuação dos tribunais e dos juízes acarreta a conseqüente redução de atuação das esferas política e administrativa, isto é, a transferência da produção normativa do Poder Legislativo, do Executivo e das agências administrativas para os tribunais”.





“Enquanto nos modelos liberais havia um sentido que levava as decisões públicas a uma constante tentativa de normatização do político, numa busca constante de certeza e determinação institucional, nos modelos democráticos de direito esse sentido inverteu-se, estando, agora, num fluxo contrário que determina, muito mais, a politização do jurídico. E nessa perspectiva, o Poder Judiciário tem que assumir uma nova postura, mais política, uma vez que a ele também cabe, ao lado dos demais Poderes, dar uma nova dimensão concreta às normas e princípios constitucionais, antes tratados como meros programas futuros, dependentes de ações do Poder Executivo para a sua realização”.

Ninguém há de negar que a época em que Thomas Hobbes, entre outros, fundaram o racionalismo moderno (século XVIII), o texto e o contexto histórico da tradição, da fusão de horizontes, dos preconceitos, da ordem social e do imenso conflito do qual o racionalismo emergiu, são manifestamente diversos do século XXI. Na época, justamente devido ao fato da sociedade viver em estado da natureza, totalmente insegura, sem liberdade e sem segurança, com medo da morte violenta, foi preciso edificar um ente artificial, denominado Estado, no qual estavam centrados todos os poderes de forma ilimitada.

Portanto, o caráter antidemocrático da dogmática jurídica reside nas seguintes hipóteses, por exemplo:

a) a dogmática surgiu numa época em que sequer havia Estado de Direito. Todavia, é preciso lembrar que nos últimos cinquenta anos houve mais mudanças sociais do que nos precedentes cinquenta mil anos,<sup>53</sup> significando dizer que, com a universalização da humanidade, re-designou-se o Estado, pois, *em lugar das sociedades nacionais*, surgiu *a sociedade global*;<sup>54</sup>

b) o pensamento único da dogmática permite ao intérprete apenas a liberdade de fazer tudo quanto permite a lei, isto é, *somente desfrutará da sensação de liberdade se permanecer fiel ao sistema*,<sup>55</sup> porque a única verdade estaria na lei, que tem a pretensão de abarcar o Direito e a Justiça, porquanto, por essa teoria, somente é justo e Direito o que estiver expresso na lei, ditada pelo legislador;

c) contra a dogmática jurídica é lançado um libelo por Baptista da Silva,<sup>56</sup> tendo em vista que esse paradigma matemático invadiu a comunidade

<sup>53</sup> SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 11. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004. p. 171.

<sup>54</sup> ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação. In: *O Estado e suas crises*. José Luis Bolzan de Moraes (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30. *Apud*, IANNI, Octavio. *A sociedade global*. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003. p. 35.

<sup>55</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 297.

<sup>56</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 243.







jurídica, passando a pensar unicamente no código binário *certo* ou *errado*, exigindo do julgador a aplicação da “vontade da lei”, sob pena de ser taxado de arbitrário e despótico. Essa cultura advém de Hobbes, do século XVIII, “de que é preferível ter um juiz ‘subordinado’ do que a sociedade submeter-se aos caprichos de um julgador arbitrário”. Contudo, a liberdade é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, fazendo com que a dogmática jurídica seja tirânica, totalitária e absolutista, pois resiste ao diálogo, ignorando o vir-à-fala, o confronto com os preconceitos, com a fusão de horizontes e com a compreensão histórica da tradição do Direito;

d) a lei, sob a qual está estruturado o Estado, é um instrumento do governo, e não um ente artificial que trabalha em benefício do povo, pelo que ela não está politicamente comprometida com as finalidades de criação do Estado Democrático e Social de Direito;

e) a dogmática jurídica adota a doutrina hobbesiana, sustentando que o ser humano renunciou à sua consciência privada, havendo tão-só “uma consciência pública, da qual o soberano é o único intérprete”, não se admitindo o princípio da liberdade de pensamento;<sup>57</sup>

f) a dogmática jurídica promove a separação entre fato e Direito, entendendo que o Direito é a produção da vontade do Legislador, por meio da lei, que sempre seria justa, verdade única, absoluta e sagrada. Isso explica a resistência do Legislador e do Judiciário em não promoverem reformas processuais civis, como a redução dos recursos, a alteração do ônus da sucumbência, a dificuldade na concessão de antecipação de tutela, a sumarização das ações, apenas para citar alguns exemplos.

É por essa razão que Ihering, há cento e cinquenta anos, disse que “ao jurista que esteja a fazer ‘ciência’, é-lhe vedado sequer pronunciar a palavra *vida*”, significando que é imensa a distância entre a realidade, o fato e o conceito de Direito da dogmática jurídica.<sup>58</sup> A humanidade não se encontra no racionalismo da Idade Moderna, em que prevalecia a vontade do Estado, o Direito perfeito, matemático, que elimina qualquer espécie de questionamento, o Direito do tirano,<sup>59</sup> pelo que, em plena Pós-Contemporaneidade, é manifestamente antidemocrática a omissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em seccionar, por exemplo, o fato da norma, tendo em vista que a República está

<sup>57</sup> BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. 9ª tiragem. Traduzido por Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1991. p. 60.

<sup>58</sup> IHERING, Rudolf Von. En el cielo de los conceptos jurídicos. In: *Bromas y veras en la jurisprudencia*. 9. ed. Buenos Aires: EJE, 1974. p. 295, *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 302.

<sup>59</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 266.





imersa sob o Estado Democrático de Direito, na Arte da palavra, do diálogo, do contraditório, da discussão, do debate, da argumentação, da fundamentação, da justificação, da retórica, da *praxis*, da liberdade de pensamento. Significa dizer que estamos inseridos em um mundo essencialmente hermenêutico e democrático, em que *a palavra se torna rainha*,<sup>60</sup> e nessa Era hermenêutica, democrática, laica, universal e líquida, “nada pode aspirar ao ‘selo da eternidade’, a não ser a própria modernidade, que se imagina detentora do segredo da perenidade”.<sup>61</sup>

É preciso denunciar que o racionalismo tem aprisionado o Direito Processual Civil, mantendo o mesmo *mundo jurídico-matemático das normas*, impedindo que o Direito possa *ir ao fórum, porque a metodologia jurídica separou-se do ‘fato’*.<sup>62</sup> É por isso que o Judiciário,<sup>63</sup> ante a omissão dos demais Poderes da República, tem a nobre missão de excluir do ordenamento jurídico o racionalismo, para que o Estado (Executivo, Legislativo ou Judiciário) promova uma autêntica teoria do Direito, a hermenêutica filosófica, evitando que a neutralidade do juiz seja o reflexo da neutralidade do Estado Democrático de Direito.<sup>64</sup> Isso quer dizer, doutrina Heidegger, que um ser humano *verdadeiramente sábio não é aquele que persegue cegamente uma verdade. É somente aquele que conhece constantemente todos os três caminhos, o do Ser, o do não-ser e o da aparência*.<sup>65</sup>

#### 4 Propostas para promover uma maior efetividade no processo civil

Abordaremos a premente necessidade de extinção do racionalismo jurídico, com a finalidade de empreender a efetividade processual, tão almejada por toda a sociedade, acolhendo-se, em seu lugar, a hermenêutica filosófica, com o reconhecimento do fato como Direito. Além disso, serão apresentadas algumas propostas para a efetividade do Processo Civil, de autoria de Baptista da Silva, como a dicotomia processo de conhecimento-

<sup>60</sup> CHÂTELET, François. *Uma história da razão. Entrevista com Émile Noël*. Traduzido por Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994. p. 16.

<sup>61</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo Silva. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17, item 10.

<sup>62</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84.

<sup>63</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2003. p. 177. O pós-modernismo exige uma nova política judiciária, *uma política judiciária comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade*.

<sup>64</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 111.

<sup>65</sup> HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Metafísica*. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1969. p. 139.





processo de execução, a instituição das demandas sumárias, a redução do sistema recursal; o ônus sucumbencial e a obrigação do autor em indenizar o vencedor. A possibilidade de julgamento antecipado da lide, antes da citação do demandado, por ineficácia da produção do contraditório e da ampla defesa, também será examinada ao final da pesquisa, em vista das recentes alterações legislativas no processo civil.

Para tanto, é preciso prestigiar e outorgar maior responsabilidade funcional ao juiz, evitando a proliferação de dezenas de recursos em cada demanda, porquanto, anota Baptista da Silva, a jurisdição de primeiro grau foi reduzida, “em razão de um exasperante sistema recursal, à condição de um serviço subalterno, com função meramente preparatória para o subseqüente exercício da jurisdição dos tribunais”. Os excessos, conclui o autor, além de ocorrerem em qualquer instância recursal jurisdicional, ainda podem ser corrigidos mediante os recursos, “pois não se está a preconizar a supressão pura e simples de qualquer controle recursal”, mas a sua computação como custo social, para que se tenha um Poder Judiciário autenticamente moderno e democrático.<sup>66</sup>

### 3.1 A compreensão do Direito pela hermenêutica filosófica

A hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, afasta o racionalismo moderno, pois compreende o Direito pela linguagem do círculo hermenêutico, dos preconceitos claros e turvos, da fusão de horizontes e da história da tradição, mediante um método fenomenológico, sem fundo, abissal, mas universal. A doutrina<sup>67</sup> lembra que Gadamer promove uma inquietante provocação, no sentido de afirmar que a verdade não é localizada por um método, porque a verdade é contra o método, propondo-se a demonstrar que não é por meio da objetificação que se alcança a verdade, e sim mediante o somatório do ser humano e de suas circunstancialidades, já que a compreensão consiste na meditação “dos condicionamentos e das particularidades de cada situação, rompendo as amarras impostas pelo pensamento tradicional que tornava o Direito hermético a qualquer reflexão acerca do jurista como partícipe de sua compreensão”.

<sup>66</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 258.

<sup>67</sup> LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Op.cit. pp. 14 e 177.





A atual humanidade deixou de ser sólida, tornando-se líquida,<sup>68</sup> querendo-se dizer que tudo o que é sólido se desmancha no ar, tudo o que é sagrado é profano,<sup>69</sup> pelo que a teoria jurídica dominante (dogmática jurídica) está começando a ser desmanchada no ar, porque seu método de interpretação do Direito é limitado, não se coadunando com a atual complexidade da humanidade, pois, nas palavras de Bauman,<sup>70</sup> houve a transformação da modernidade sólida (pesada) em modernidade líquida (leve), infinitamente mais dinâmica. Acrescenta que “seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da ‘modernidade fluida’ produziu na condição humana. Examina aqui como se deu a passagem da modernidade ‘pesada’ e ‘sólida’ para uma modernidade ‘leve’ e ‘líquida’, infinitamente mais dinâmica (...). A modernidade imediata é ‘leve’, ‘líquida’, ‘fluida’ e infinitamente mais dinâmica que a modernidade ‘sólida’ que suplantou. A passagem de uma para a outra acarretou profundas mudanças em todos os aspectos da vida humana”.

Não é sem motivo que Streck<sup>71</sup> ressalta que “o paradigma (modelo/mo-  
do de produção de Direito) liberal-individualista está esgotado. O crescimento dos direitos transindividuais e a crescente complexidade social (re)clama novas posturas dos operadores jurídicos”. Isso quer dizer, continua o autor, que o intérprete está inserido na história efectual, como diz Gadamer, que se rompe “com a questão epistemológica sujeito-objeto, porque o sujeito não é ele, mas é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo,<sup>72</sup> é ele e suas circunstâncias, é ele e sua cadeia significante”. Portanto, fazer hermenêutica na modernidade líquida “é desconfiar do mundo e de suas certezas, é olhar o Direito de soslaio”, na medida em que o fundamento é um modo de ser e não um procedimento, motivo pelo qual não fornece a segurança jurídica almejada pela metafísica-fundamentalista, o que quer dizer que “todo esforço

<sup>68</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity*. Traduzido da edição inglesa de 2000. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, *apud* Ovídio Araújo Baptista da Silva. Coisa julgada relativa? In: *Anuário de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2003. p. 363.

<sup>69</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2003. p. 23. Enfatiza que essa expressão foi utilizada no Manifesto Comunista de 1.848, por Marx e Engels.

<sup>70</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, textos constantes na orelha esquerda e na contracapa do livro.

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (Organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 1999. pp. 77, 105 e 108.

<sup>72</sup> STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 3. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2005. p. 70, afirma que *é precisamente a partir do ‘como hermenêutico’ que se determina o caráter fundamental de ser-no-mundo*.





em encontrar um fundamento absoluto e seguro para uma teoria representa uma tarefa que pode ser classificada como irracional”.<sup>73</sup>

Para Nelson Saldanha,<sup>74</sup> a secularização e a democratização conduzem ao reino do relativismo, da extinção da verdade absoluta, única e sagrada, pois a história não significa tão-só sucessão de fatos, e sim condição de possibilidade de compreender a relação do homem com os contextos que cria, e que o recriam, nascendo, desse modo, a hermenêutica, propiciando a dúvida e o reexame, e daí a ininterrupta sequência de teorias sobre a liberdade, política, igualdade social etc., nas quais a questão da justiça aparece e reaparece sob vários ângulos. Pode-se afirmar, então, que o País se encontra numa Época em que “o desafio de um novo ou renovado Direito Civil está além de apenas reconhecer o envelhecimento do dogmatismo”.<sup>75</sup>

Em outra passagem,<sup>76</sup> Saldanha lembra que a hermenêutica filosófica recebeu algumas críticas, no sentido de ser demasiadamente aberta, como o historicismo, mas, na verdade, a hermenêutica, nas últimas décadas, “teve e vem tendo um papel de relevo ao resgatar contribuições anteriores e ao ensejar o reexame do trabalho ‘interpretativo’ em áreas como a filosofia, a teologia e o direito”.

Não obstante a modernidade líquida trazer incertezas jurídicas, o acantonamento da hermenêutica filosófica não se dará na esfera do relativismo, como tem sido acusado pelos defensores da dogmática jurídica, lembra Streck,<sup>77</sup> pelo que “é preciso dizer que a hermenêutica jamais permitiu qualquer forma de ‘decisionismo’, ‘realismo’ ou ‘direito alternativo’, e essa convicção vem apoiada em Grondin, que, fundado em Gadamer, rejeita peremptoriamente qualquer acusação de relativismo (ou irracionalidade) à hermenêutica filosófica. Numa palavra: jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes os

<sup>73</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (Organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2003. pp. 230 e 241, citando Hans Albert (*Traktat über kritische Vernunft, J.C.B Mohr, Tübingen*);

<sup>74</sup> SALDANHA, Nelson. *Secularização e Democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003. p. 189 e 193.

<sup>75</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Sujeito, poder e Direito na contemporânea principiologia axiológica Civil-Constitucional*. In: *Direito e Poder. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. São Paulo: Ed. Manoel, 2005. p. 610.

<sup>76</sup> SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 289.

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, ano 2004. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 168. Apud. GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 229 e ss.





adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentalistas, tranquiliza-nos Grondin”.

Para atestar que a hermenêutica filosófica não é relativista, a doutrina<sup>78</sup> tem esclarecido que a compreensão do texto supera o sentido herdado pela tradição, que no mundo jurídico se firmou como senso comum, “apresentando as condições de possibilidade de existência do Direito, em íntima relação com o mundo circundante”. Nesse sentido, Streck<sup>79</sup> tem afirmado que “a pré-compreensão do jurista inserido no sentido comum teórico é condição de possibilidade deste (jurista) ser-no-mundo. Fundando este horizonte – que lhe dá o seu sentido de ser-no-mundo – com o horizonte de um dizer crítico (ter horizonte, diz Gadamer, significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas, sim, poder ver além), o jurista conformará uma nova compreensão, com o que não (re)produzirá o sentido inautêntico, e sim um novo sentido que possibilitará a aplicação/concreção do texto jurídico de acordo com os objetivos e os cânones do Estado Democrático de Direito, que funciona como uma nova linguagem (condição de possibilidade), a qual, ao se fundir com o (velho) horizonte oriundo da tradição (sentido comum teórico), proporciona o desvelar do ser do (daquele) ente (o texto jurídico e sua inserção no mundo)”.

A filosofia da consciência, na visão streckiana, apega-se na relação sujeito-objeto, em que a ideia dominante é a de que interpretar é descobrir o sentido, o alcance, o significado da norma, é explicar, esclarecer e dar o significado ao vocábulo, enfim, extrair da norma tudo o que nela se contém...<sup>80</sup> Porém, a hermenêutica filosófica,<sup>81</sup> continua o autor, não é metódica, e sim condição de ser no mundo, é experiência de vida, é existência, em que o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, sendo que o sentido vem antecipado pela pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.<sup>82</sup>

<sup>78</sup> LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Op. cit. p. 156.

<sup>79</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004. pp. 279 e 280.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 225.

<sup>81</sup> HEIDEGGER, Martin. *Que representa a filosofia? – é uma das raras possibilidades de existência criadora. Seu dever inicial é tornar as coisas mais refletidas, mais profundas*. Apud BUZZI, Arcângelo R. *Introdução ao pensar*. 31. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p. 147.

<sup>82</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 108, rodapé. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 14. ed. Traduzido por Márcia





A seguinte passagem de Gadamer<sup>83</sup> fornece-nos uma ideia de como a hermenêutica filosófica compreende/aplica o Direito: “Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido de forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar”.

Numa só palavra, a hermenêutica filosófica não é relativista, caracterizando-se como única teoria do Direito que compreende o ser humano, o texto e o contexto, mergulhada na linguagem do Estado Democrático de Direito, banhando-se nas expectativas e nos sentidos de determinado momento histórico, buscando uma solução hermeneuticamente adequada, aceitável, razoável, proporcional, mediante um método fenomenológico universal, no qual são purificados os preconceitos puros e impuros, dentro de uma espiral hermenêutica, uma fusão de horizontes e de uma tradição. Com a hermenêutica filosófica, o Direito Processual deixa de ser um teorema, um axioma, um método de compreensão, para transformar-se em uma discussão, em uma espiral de diálogo, acerca do fenômeno da compreensão, pois, como afirma Gadamer, a possibilidade de o outro ter direito é a alma da hermenêutica.<sup>84</sup>

A resistência da dogmática jurídica ao mundo globalizado contribuiu para a lenta evolução do Direito Processual Civil, não sendo razoável tolerar as informações colacionadas por Carlos Maximiliano, ao certificar que vários sentimentos levam o magistrado a ancorar-se no argumento de autoridade: “o medo de errar se acaso se fia em suas próprias luzes; o receio de constituir opinião isolada; a aversão às novidades, comum nos velhos e nos que publicaram o seu modo de pensar; o desejo de obter assentimento de outros, vitórias, aplausos”.<sup>85</sup> Logo a seguir, o autor reconhece que existe um caso em que o argumento de autoridade se torna muito positivo, quando “a doutrina

Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. Parte I. pp. 208 e 211. “Sentido é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão, mas ele não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”.

<sup>83</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 408.

<sup>84</sup> LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e Direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2003. pp. 189 e 190.

<sup>85</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 275.





dos escritores aparece como um feixe compacto, um bloco, melhor ainda quando é unânime (...), que, sem excluir absolutamente o critério profissional do intérprete, lhe impõe grande prudência para romper, de frente, contra o que a mesma lhe sugere”.

Todavia, essa fala da autoridade foi, há muito tempo, desdenhada por grande parte da comunidade jurídica, ao defender o acontecer da Constituição do País, e não o pensamento impregnado pelo sentido comum teórico, por exemplo: a) de que a lei é a única fonte do Direito; b) de que o estudo do Direito se restringe aos Códigos; c) de que o intérprete do Direito deve submeter-se à vontade do Legislador; d) de que o Direito válido é tão-somente o Direito estatal; e) de que, na aplicação da lei, o julgador deve formatar raciocínio lógico dedutível, ignorando que o Direito possa ser interpretado com vinculação social, existencial, da forma de ser-no-mundo do ser humano. Nesse sentido, Streck sustenta que a comunidade jurídica continua acorrentada na reprodução liberal-individualista do Direito (entre Caio e Tício), quando o Estado Democrático de Direito reclama a produção, e não reprodução, do Direito com vinculação social, já que a relação é transmoderna, em que os conflitos predominantes são de cunho transindividual. Por outro lado, acrescenta, de nada adianta interpretar-se o Direito com base em norma infraconstitucional, na medida em que esta deve passar, obrigatoriamente, “pelo processo de contaminação/filtragem constitucional”.<sup>86</sup>

Afasta a fala de autoridade Luiz Alberto Warat ao pontificar que os discursos de verdade nunca são resultado de um emissor isolado, mas, sim, “vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante”,<sup>87</sup> os quais, na visão streckiana, estão legitimados a fazer, inclusive, “extorsões de sentido”, “trucagens discursivas” e “abusos significativos”, e quem resistir, se rebelar ou ostentar a ousadia de “desafiar esse processo de confinamento dos discursos, enfim, quem tentar entabular um contra-discurso, responde(rá) pelo (hediondo) crime de ‘porte ilegal da fala’...”.<sup>88</sup>

<sup>86</sup> STRECK, Lenio Luiz. As convenções internacionais, o direito de família e a crise de paradigma em face do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre. VI Jornada Jurídica Nacional e I Jornada Internacional de Direito de Família, novembro de 1997, ADV, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. *Seleções Jurídicas*, março/abril de 1998. pp. 51, 53 e 55, citando também Ferrajoli, Luigi. *Qué es el garantismo? Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trota, 1995, e Peter Häberle.

<sup>87</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 68.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica*. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado 1998/99* – Centro de Ciências Jurídicas Unisinos. p. 110.





É por isso que Streck propõe a eliminação do caráter de ferramenta da Constituição, porquanto “a Constituição não é ferramenta – é constituinte (...). Temos de des-objetivar a Constituição, tarefa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas”.<sup>89</sup> A seguir, argumenta que há necessidade de ser aberta uma clareira no Direito, para des-ocultar caminhos, isso porque “é na abertura da clareira, no aberto para tudo que se apresenta e ausenta, é que se possibilitará que a Constituição se mostre como ela mesma, que se revele e se mostre em si mesma, enquanto fenômeno”. A Constituição do País deve, assim, se desnudar, à medida que, “constituir alguma coisa, é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é co-produtora. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social”.

A Constituição do País é um acontecer, um modo de ser-no-mundo, porquanto, pela doutrina streckiana, as palavras da lei são engendradas de vagezas, ambiguidades e de incertezas significativas, inviável extrair-se o sentido “fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico. Basta, para tanto, ler a Constituição do País ou qualquer dispositivo de um Código para perceber as múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao usuário/operador do Direito”. O autor adverte que, “sem a suspensão dos pré-juízos e, conseqüentemente, sem confrontá-los/fundi-los com um horizonte de sentido crítico o intérprete estará incorrendo em um discurso inautêntico, repetitivo, psicologizado e desontologizado”. Nesse sentido, John Henry Merryman<sup>90</sup> historia que quase não existe um artigo dos Códigos civis típicos (da Prússia, de 1794, Napoleônico, de 1804, da Saxônia, de 1863, da Alemanha, de 1896), “que haja escapado a la necesidad de la interpretación judicial para obtener un significado que no era claro para las partes, para sus abogados o para los propios jueces”.

Este é um dos motivos pelos quais a dogmática jurídica, metafísica moderna da subjetividade, está equivocada ao tentar compreender um texto ou o ser humano mediante um método, como se a vida, o ato de legislar, interpretar, julgar, amar, odiar, viver se resumisse em uma conduta humana metódica. Tem-se dito que a utilização de um método é uma justificativa do julgador considerar-se exonerado de sua responsabilidade, *atribuindo ao legislador as injustiças que decorrem de suas sentenças*,<sup>91</sup> porquanto com o método,

<sup>89</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. p. 287

<sup>90</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traduzido por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cutlura Económica, 2004. p. 87.

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 247, citando Dalari.



há o sequestro, o esvaziamento, o extravio da linguagem e, em decorrência, a ocultação da verdade da essência do ser humano e do texto, vez que a linguagem é a casa, a habitação, a morada, o albergue, a residência do ser,<sup>92</sup> e *ser que pode ser compreendido é linguagem*,<sup>93</sup> tornando-se, pois, *impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem*,<sup>94</sup> o que é indicativo de que aquiescer à compreensão é adentrar no espaço da linguagem.<sup>95</sup>

A interpretação do texto e do ser humano fluirá a partir do fundamento sem fundo, do método fenomenológico,<sup>96</sup> desse lugar originário, produto da antecipação de sentido, “uma projeção, um abrir-se, um arremessar-se para, um instalar-se no espaço aberto no qual aquele que compreende primeiramente vem a si como um si mesmo”.<sup>97</sup> A linguagem é um modo de ser, não sendo um objeto de compreensão e de interpretação, mas, sim, um acontecimento, à medida que todo aquele que lê um texto e procura compreendê-lo *ocasiona siempre una apropiación productiva del texto desde su presente*,<sup>98</sup> em que o silêncio do passado contribui na compreensão do presente e na projeção de um futuro, ou seja, a linguagem supera e assimila o passado, pois *somos futuro, passado e presente num único movimento, um adiante-de-nós, já-no-mundo, junto-das-coisas*.<sup>99</sup>

Sobre a objetificação do ser humano, Hegel, invocado por Gadamer,<sup>100</sup> diz que todo método é ligado ao próprio objeto, é um procedimento, como

<sup>92</sup> HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. São Paulo: Ed. Moraes, 1991. pp. 05 e 06.

<sup>93</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. Tomo I. p. 612.

<sup>94</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica*. In: *Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

<sup>95</sup> SILVA, Rui Sampaio da. Gadamer e a Herança Heideggeriana. In: *Revista Portuguesa de Filosofia*. jul./dez. 2000. Vol. 56, fase 3-4. p. 536.

<sup>96</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 14. ed. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. Parte I. p. 66. “A fenomenologia é a via de acesso e o modo de verificação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia. A ontologia só é possível como fenomenologia (...). O conceito oposto de ‘fenômeno é o conceito de encobrimento’”.

<sup>97</sup> INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Traduzido por Luísa Buarque de Holanda. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 19, citando Martin Heidegger.

<sup>98</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica de la Modernidad. Conversaciones con Silvio Vietta*. Traduzido por Luciano Elizaincín-Ararrás. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 17. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. Tomo II. p. 165. Afirma que o acontecimento “tem uma relevância comum para a vida de um povo, de sorte que a partir daí tudo é diferente e o que antes foi, já não é. Diria ainda que justamente assim se experimenta a realidade da história. Pois o que se experimenta não é um mero passado que se deve superar e assimilar numa atualização plena, mas algo que, por ter acontecido, permanece e nunca se pode apagar”.

<sup>99</sup> LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *O acesso à jurisdição e a garantia do crédito-débito tributário para impugnar a execução fiscal: uma releitura hermenêutica*. Disponível em [www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revistadoutrina.trf4](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.revistadoutrina.trf4). Acesso em 12.07.2005.

<sup>100</sup> GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Traduzido por Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003. p. 22.





o faz, aliás, a dogmática jurídica dentro do Direito Processual Civil, mas, embora a filosofia seja um método, ele não é objetivo, subjetivo e nem subsuntivo/dedutivo, e sim fenomenológico, sem fundo, abissal, universal, um compreender prévio, um ver-prévio, um pré-conceito do texto, do ser humano, do Direito Processual Civil, um modo de ser-no-mundo do intérprete,<sup>101</sup> um existencial, uma antecipação que acompanha todo o nosso conhecimento.

O pensamento filosófico demonstra o equívoco do intento que transita entre o senso comum dos juristas, de que o julgador primeiro decide para depois buscar a fundamentação, vez que quando ele decide é porque já encontrou o fundamento, à medida que não é a interpretação, e sim a pré-compreensão que o leva a julgar, pelo que, antes de julgar, de fundamentar, de justificar, ele já pré-compreendeu, havendo, com isso, não várias etapas de interpretação, e sim um processo único.<sup>102</sup> Lembra, Streck, que só interpretamos quando e porque compreendemos algo antes, à medida que o contrário disso nos levaria ao abismo da dualidade metodológica.<sup>103</sup> A compreensão, a interpretação e a aplicação do texto, para a hermenêutica tradicional, são momentos distintos, mas, para a hermenêutica filosófica, são instantes simultâneos, lembra Gadamer, isso porque a interpretação é a forma explícita da compreensão e a aplicação é o próprio ato de compreender, pelo que não se compreende primeiro para depois aplicar o compreendido a algo, mas compreende-se aplicando, pois “só se pode aplicar o que já se possui previamente”.<sup>104</sup>

Assim, a compreensão de um texto ou do ser humano não se dá mediante um método, que objetifica, coisifica o texto<sup>105</sup> e o ser humano, e sim pela palavra, pela linguagem, que, conforme Heidegger, é a casa do ser, é a habitação da essência do ser humano, ou, nas palavras de Gadamer, *ser que pode ser compreendido é linguagem*. Essa compreensão do texto e do ser humano se

<sup>101</sup> STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Coleção Filosofia – 57. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. pp. 101 e 102. O autor cita que a expressão ser-no-mundo originou-se das reflexões de Heidegger sobre “o conceito de *cosmos* com duplo sentido. No primeiro sentido, ele apresenta o mundo enquanto *continente*, totalidade; no segundo sentido, o mundo enquanto *mundo do homem*. No segundo sentido, quanto ao homem. Heidegger subdivide este conceito em duas partes: *o homem mundano*, habitante do mundo; e *o homem divino*, temente a Deus. Extraindo da cosmologia o duplo conceito de *mundo* e de *homem*, Heidegger chega, em sua análise, ao conceito de *ser-no-mundo*.

<sup>102</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. Tomo I. p. 409.

<sup>103</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (org.). São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 228.

<sup>104</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 6. ed. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. Tomo I. p. 418.

<sup>105</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 236.





humaniza pela linguagem, porque “podem as humanidades históricas e os homens não estar em casa na sua linguagem, de maneira tal que ela se torna para eles um obstáculo das suas maquinações”.<sup>106</sup> Essas maquinações são produzidas, por exemplo, com o excesso de recursos, com a dificuldade do julgador em lidar com a antecipação de tutela, em julgar antecipadamente a lide sem uma ampla produção de provas, esquecendo-se que o direito das partes não é absoluto, e sim relativo, aparente, tornando-se ainda mais enfraquecido quando chega ao Judiciário, lembra Baptista da Silva. Equivocada está, pois, a dogmática jurídica ao buscar incansavelmente um fundamento na interpretação do texto, para garantir o que ela denomina *princípio da segurança jurídica*, visto que, segundo Heidegger, todo fundamento é sem fundo, portanto, sem chão firme, sem piso, sem apoio, sem solo, sem pavimento, sem superfície, sem base, um abismo, desprovido, portanto, de segurança. Com efeito, se é buscado um alicerce, um fundamento, uma base firme para preencher o fundo do texto, como ocorre na metafísica, é porque o fundamento não tem fundo, porque se o texto tivesse fundo, não haveria necessidade de fundamentá-lo, de preenchê-lo, de justificá-lo com argumentos, com linguagem. Por isso, é pertinente a indagação que Heidegger faz à filosofia tradicional: *Quem indaga radicalmente pelo fundo e fundamentos não tem de descobrir alguma vez que o fundamento (Grund) é um abismo (Abgrund)?*.<sup>107</sup>

A formação do ser humano, diz Stein,<sup>108</sup> se faz mediante a história e a cultura, sendo, pois, o próprio humano já sempre história e cultura. Com isso, a tradição hermenêutica passou a interpretar, a reconstruir o texto entre as linhas, para descobrir o que se encontra atrás e por dentro dele, o não escrito, o sentido do texto, isso porque não somos tão-só pessoas que aprendem informações nas escolas, nas especializações, mas, sim, humanos entalhados pela biografia dos movimentos sociais, culturais e históricos. É por isso que o método fenomenológico, acrescenta, não é comparado ao da filosofia tradicional, um procedimento formal, porque se mantém sob constante controle e revisão, diante das exigências do objeto, forma e explicitação dos fenômenos.

Pela linguagem streckiana, interpretar não é envolver o texto e a norma<sup>109</sup> em uma capa de sentido, vez que *os casos já são – e somente são – jurídicos-concretos*, ultrapassando o problema do fundamento da metafísica, porquanto *o próprio fundamento é um modo de ser; é interpretação aplicativa*.

<sup>106</sup> HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o Humanismo*. São Paulo: Editora Moraes, 1991. p. 42.

<sup>107</sup> SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: Um mestre da Alemanha entre o bem e o mal*. Traduzido por: Lya Lett Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2000. p. 220.

<sup>108</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. p. 56.

<sup>109</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Sinopses Jurídicas. Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais* nº 17. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59, esclarece que “as normas jurídicas são classificadas pela doutrina moderna em princípios e regras jurídicas”.





É, pois, ‘*applicatio*’.<sup>110</sup> Assim, a crítica efetivada à filosofia tradicional pela filosofia hermenêutica é no sentido de que “existe uma verdade que não é medida metodicamente: a verdade da arte, a verdade da história e a verdade da linguagem”.<sup>111</sup> Como o método fenomenológico é abissal, sem fundo, universal, e não individual, não se compreende o texto e o ser humano enquanto sujeito-objeto, mas como sujeito-sujeito, uma vinculação com o mundo, com a existência, ensejando a afirmação de Heidegger, de que sujeito e objeto não coincidem com mundo,<sup>112</sup> porquanto “a compreensão consiste no movimento básico da existência, à medida que *compreender* não significa um comportamento do pensamento humano entre outros que se possa disciplinar metodologicamente e, portanto, conformar-se como método científico. Constitui antes, o movimento básico da existência humana”.<sup>113</sup>

É por isso que o professor Baptista da Silva doutrina, egregiamente, que “é comum deparar-nos com um texto novo, depois de o termos lido várias vezes. Chega, às vezes, a ser aterrador descobrirmos que a obra, conhecida de várias leituras anteriores, surpreende-nos com sugestões e conhecimentos que não havíamos percebido antes”. Em outro momento, Baptista da Silva<sup>114</sup> atesta que a imersão do Direito no mundo real possibilita a convivência com o *individual*, aproximando-o da História, podendo-se afirmar, então, que cada demanda judicial é um pedaço da história humana. Concordamos com o autor, ao salientar que “não se alcança o conhecimento da história utilizando os métodos das ciências lógicas, ou das ciências de pesar, medir e contar”, acrescentando que a *compreensão* dos fenômenos históricos “decorre da capacidade que temos de comparar coisas semelhantes, situações análogas, surpreendendo o que, em cada uma delas, expresse a respectiva singularidade que a torne diferente”. Concluindo, o autor certifica que as compreensões históricas não admitem um padrão epistemológico do “certo” e do “errado”, típico das ciências matemática e experimental, isso porque o “passado, ao contrário do que muitos possam supor, não é fixo, mas essencialmente plástico, cambiante, por isso que hermenêuticamente *compreendido*”.

<sup>110</sup> STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: *Direito e Poder. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha*. Heleno Taveira Tôres (Coord.). São Paulo: Ed. Manole, 2005. p. 29.

<sup>111</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2004. pp. 29 e 82.

<sup>112</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 14. ed. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. Parte I. p. 98.

<sup>113</sup> GADAMER, Hans Georg. *Hermenêutica Clássica e Hermenêutica Filosófica*. 1977. In: *Verdade e Método II*. p. 105, apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

<sup>114</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 296 e 265.





### 3.2 O reconhecimento do fato como Direito

O racionalismo jurídico presta rigorosa obediência ao texto da lei, separando fato e Direito, não obstante o Direito abarcar o sentido incorporado na lei, na jurisprudência, no enunciado, na doutrina, o fato, na súmula, enfim, na compreensão da tradição histórica e hermenêutica filosófica.<sup>115</sup> E isso tem influências na órbita processual civil, na denegação de recurso especial, diante do verbete nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que diz: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Seguindo os ditames do racionalismo, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que ‘há matéria de direito sempre que, para se chegar a uma solução, surja a necessidade de recorrer a uma disposição legal’,<sup>116</sup> significando que também naquele País, como de resto no mundo Ocidental, somente é Direito o que consta na disposição legal. Deriva daí a confusão entre a lei e Direito, como se fossem sinônimos, tendo Hegel, no século XIX, enfatizado que “é conhecido como o que, *com justiça*, tem valor: *é a lei*. Este *direito* é, por meio desta determinação, o direito positivo em geral”<sup>117</sup> (destacamos). Nesse sentido, Benjamin Cardozo, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, em pleno século XX, década de 1960, sentenciou que “o Direito criado pelos juízes é secundário e subordinado ao Direito criado pelos legisladores”, porque o juiz “é o oráculo da lei”.<sup>118</sup>

É por isso que a comunidade jurídica considera o Direito como proposição *normativa* – portanto, apenas lógica –, atesta Baptista da Silva,<sup>119</sup> significando que “tudo o que fizer no domínio da realidade, enquanto *fato*, não exercerá a menor influência sobre o *conceito*. O direito ficará limitado

<sup>115</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 24 e 50. “A origem do termo Hermenêutica tem como referência *Hermes*, o enviado divino que na Grécia antiga levava a mensagem dos deuses aos homens. Significava trazer algo desconhecido e ininteligível para a linguagem humana. O verbo *hermeneuein*, usualmente traduzido como ‘interpretar’, e o substantivo *hermeneia*, como interpretação, significam transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender. Richard Palmer aponta três tarefas específicas da hermenêutica como mediação, quais sejam: *dizer, explicar e traduzir*”.

<sup>116</sup> SANTOS, Eduardo dos. *Direito da Família*. Coimbra Portugal: Livraria Almedina, 1999. p. 458, citando BMJ, 115:449, 27.03.62, STJ, e ac. do STJ de 1969-02-11, BMJ, 184:279.

<sup>117</sup> HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Traduzido por Norberto de Paula Lima. São Paulo: Ed. Ícone, 1997. p. 182.

<sup>118</sup> CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Traduzido por Silvana Vieira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2004. pp. 05 e 08.

<sup>119</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 25 e 144. Na parte final, o autor citou KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. pp. 36, 38, 202 e 205, nos termos: “Lo que no está reglado en la ley es también jurídicamente no reglado, cayendo entonces en el ‘espacio jurídicamente vacío’”.





à norma, tendo o fato como uma consequência”, exercendo a dogmática jurídica duplo papel, quais sejam: “a) aprisionou o juiz, libertando-o do absolutismo monárquico; b) através da certeza do Direito, instituído no Código, impediu, ou ao menos, dificultou as tentativas das classes dominadas de insurgirem-se contra a ordem estabelecida”.

Uma das principais questões que separa o fato do Direito, continua o autor, é originária dos dois mundos de Kant (o mundo do ‘ser’ e do ‘dever ser’), que “permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ‘ciência da compreensão’, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado”. Nesse sentido, Kelsen, adotando o dualismo kantiano, que separou juízos de realidade (ser) de juízos de valor (dever ser), “...optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento”.<sup>120</sup>

É dizer, na defesa de uma ciência *pura* do Direito, Kelsen separou o conhecimento jurídico das demais áreas de conhecimento, como a moral, a religião, a política, a economia etc., ignorando a própria realidade, o mundo dos fatos, o mundo social, a razão de existência do Direito, que sempre são esquecidos pela dogmática jurídica. Portanto, a ciência pura do Direito, de Kelsen, não era tão *pura* assim, pois, mesmo negando interferências externas, normatizava o ser, tornando-o dever ser (norma jurídica), objeto da Ciência do Direito. Neste sentido, o próprio Kelsen já havia notado, quando diferenciou o sistema estático do sistema dinâmico, que, numa sociedade dinâmica, condutas produzem normas.<sup>121</sup>

<sup>120</sup> ROCHA, Leonel Severo et al. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

<sup>121</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 69. Ao abordar a inter-relação do Direito com o meio ambiente, o autor afirma que, “...Atento a essa circunstância, presente nos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direitos contemporâneos, Hans Kelsen, em sua influente *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre, 1961)*, introduz a diferença entre um ‘sistema estático’ e outro ‘dinâmico’, na ordem jurídica, onde no primeiro se teriam ‘normas regulando condutas’, e no outro ‘condutas produzindo normas’, observando normas que as regulam, (auto)regulando essa produção normativa. As condutas, então, que produzem as normas, são elementos do meio, provenientes de outro sistema, sistema condutual (*Handlungssystem*), mas adquirem significado jurídico objetivo quando a ela se reporta uma norma jurídica, e esse significado pode ser o de que uma outra norma foi produzida”.





A univocidade de sentido da lei não admite a retórica, cabendo ao Magistrado apenas a função de declarar e aplicar a jurisdição, com base no que consta expressamente na lei. Esse pensamento dogmático “pressupõe a perfeição da lei criada por um legislador iluminado”, esquecendo-se, contudo, que essas leis podem tornar-se anacrônicas, lacunosas, mal-redigidas, injustas quando de sua aplicação, “capazes, como toda a proposição normativa, de gerar duas ou mais compreensões hermenêuticas legítimas, embora entre si antagônicas”.<sup>122</sup>

A respeito da insistente separação entre fato e Direito, Streck<sup>123</sup> explica que “*applicatio* significa o ponto de estofo do sentido, em que fato é norma e norma é fato. Ou seja, é evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do Direito. No plano de uma hermenêutica jurídica de cariz filosófico, a norma será o *locus* do acontecer (*Ereignen*) da efetiva concretização dos direitos previstos na lei (compreendida na diferença ontológica existente entre texto e norma e vigência e validade)”.

Momento seguinte, o autor atesta que não devemos esquecer que texto e norma, fato e norma, “não estão separados e tampouco um ‘carrega’ o outro; texto e norma, fato e direito, são (apenas e fundamentalmente) diferentes”.

Discorrendo sobre norma e fato, João Maurício Adeodato<sup>124</sup> esclarece que “a ‘norma’ geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma geral previamente dada não existe, é uma ficção”. O que o legislador originário e ordinário faz, acrescenta o autor, “é produzir o texto legal ou constitucional, não a norma propriamente dita, nem sequer a moldura dentro da qual se situam as interpretações devidas. O texto, expresso em artigos e parágrafos na lei, é somente um ‘dado de entrada’ na efetiva elaboração da norma”. Finaliza o articulista, criticando a dogmática jurídica, porque ela mostra “apenas um dos aspectos da concretização normativa”.

<sup>122</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 25 e 144. Na parte final, o autor citou KAUFMANN, Arthur. *Analogia y naturaleza de la cosa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. pp. 36, 38, 202 e 205, nos termos: “Lo que no está reglado en la ley es también jurídicamente no reglado, cayendo entonces en el ‘espacio jurídicamente vacío’”.

<sup>123</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 162, 175-176.

<sup>124</sup> ADEODATO, João Maurício. Jurisdição Constitucional à Brasileira – situações e limites. In: *Neoconstitucionalismo – ontem, os códigos; hoje, as Constituições*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: IHJ, 2004. n. 2. p. 177.







Quer dizer que a dogmática jurídica, ao seguir as ordens do Legislador, como ocorre desde a origem do Estado Moderno, séculos XVII e XVIII, esqueceu-se, como afirma Streck, de que “o texto não existe sem a norma; o texto não existe em sua ‘textitude’; a norma não pode ser vista; ela apenas é (existe) no (sentido) texto”,<sup>125</sup> sendo, por isso, conclui Streck, que *sempre sobra a realidade!*,<sup>126</sup> que, no Direito Processual Civil, é, por exemplo, a prática forense do caso em concreto, como a renúncia à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução, a aceitação das demandas sumárias, a redução do sistema recursal, o ônus sucumbencial e a obrigação do demandante de indenizar o demandado e a impossibilidade do julgamento antecipado da lide, antes da citação do demandado, ante a ineficácia do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa.

Acerca da dicotomia entre a questão de fato e de Direito, Antonio Castanheira Neves faz a seguinte observação:<sup>127</sup> “Não é ‘o direito’ que se distingue de ‘o facto’, pois o direito é a síntese normativo-material em que o ‘facto’ também é elemento, aquela síntese que justamente a distinção problemática criticamente prepara e fundamenta”.

Paralelamente ao exame da secção do fato e Direito, António R. Damásio<sup>128</sup> atesta que o maior erro de Descartes foi “a separação abissal entre o corpo e a mente, entre a substância corporal, infinitamente divisível, com volume, com dimensões e com um funcionamento mecânico, de um lado, e a substância mental, indivisível, sem volume, sem dimensões e intangível, de outro; a sugestão de que o raciocínio, o juízo moral e o sofrimento adveniente da dor física ou agitação emocional poderiam existir independentemente do corpo. Especificamente: a separação das operações mais refinadas da mente, para um lado, e da estrutura e funcionamento do organismo biológico, para o outro”.

É surpreendente que o Poder Judiciário não tenha percebido que, em vista de seu apego ao passado e inércia frente aos reclamos – anseios – da sociedade pós-contemporânea, a sua imagem esteja sendo comprometida, já

<sup>125</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 175-176.

<sup>126</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 180.

<sup>127</sup> NEVES, Antonio Castanheira. *Questão-de-facto-questão-de-Direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Ed. Almedina, 1.967. p. 586.

<sup>128</sup> DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*. Traduzido por Dora Vicente e Georgina Segurado. 12. reimpressão. São Paulo: Editora Schwarcz, 2004. p. 280.





que a humanidade não mais se encontra na Idade Média, que se tornou laica (e não mais sacra), democrática (e não mais totalitária) e globalizada (e não mais local). Além disso, não se cuida mais de um Judiciário como mero órgão, apêndice, servo da lei e dos Poderes Legislativo e Executivo, e sim de um Poder da República, independente, harmônico, pelo que é manifestamente antidemocrático seguir uma teoria jurídica, que sequer é de Direito, forjada, há vários séculos. Numa só palavra, a cega obediência ao Legislador (à lei) é conduta que despe o Poder Judiciário, o mais democrático dos Poderes, de sua independência, de sua condição de igualdade frente aos demais Poderes da República.

Convém assinalar, nessa quadra, a doutrina gadameriana,<sup>129</sup> para não nos esquecer de que “inclusive nas ciências, o ‘fato’ não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: ‘fato’ é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse”

O racionalismo reside no Direito Material e Processual Civil: a) quanto ao Direito Material, Merryman<sup>130</sup> adverte que “el ideal de la certeza en el derecho se vuelve inalcanzable en vista de la incertidumbre existente de hecho, cuando la determinación de los derechos de las partes debe esperar con frecuencia los resultados del litigio”; b) quanto ao Direito Processual, Giuseppe Chiovenda sustenta que o princípio da liberdade de apreciar a prova existente nos autos está restrito aos “critérios da lógica, assim como da razão e da experiência”;<sup>131</sup> c) quanto ao sistema recursal, Merryman recorda que a proibição do exame do fato do caso concreto no recurso (especial), como ocorre no Brasil, conforme verbete nº 07 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, ainda é resquício do Tribunal de Cassação, da França, que, em sua primeira fase, somente era autorizado a esclarecer as dúvidas dos juízes, que não permaneciam vinculados à resposta dada pelo Tribunal Administrativo, que somente mais tarde foi transformado em Tribunal Judicial.

<sup>129</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da teoria*, original alemão de 1983, Edições 70, Lisboa, 2001. p. 36, *apud* BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 269-270.

<sup>130</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. Traduzido por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2004. pp. 87 e 166.

<sup>131</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. São Paulo: Editora Bookseller, 2000. p. 110. Volume II.





Com efeito, Merryman historia que a Corte de Cassação francesa não tinha o poder de interpretar as leis, funcionando como órgão recursal administrativo, e não judicial, cujos processos regressavam “al Poder judicial para su reconsideración y decisión. Así, no sólo indicaba que la decisión judicial estaba errada, sino que también explicaba la interpretación correcta del estatuto”.<sup>132</sup> Modernamente, continua o autor, é admitida a interpretação da lei, mas ainda “se conserva la ficción de que, al realizar esa función, el juez no crea derecho sino que sólo busca y sigue la intención expresada o implícita del legislador”. Essa compreensão, finaliza o articulista, decorre do fato de que a dogmática jurídica tem a ilusão de que a lei é tão clara, completa e coerente que todo comentário resultaria supérfluo.

É dizer, o Superior Tribunal de Justiça, ao não admitir recurso especial para reexaminar os fatos (as provas), a vida real (do caso em julgamento), comporta-se, na verdade, como Tribunal Administrativo, vinculado ao legislador, idêntico à primeira fase do Tribunal de Cassação da França, limitado a esclarecer as dúvidas acerca da lei (reexamina somente questões de Direito), não exercendo, portanto, a função de um Tribunal eminentemente Judicial, órgão do Poder Judiciário, causando grave ofensa ao princípio da separação de Poderes (artigo 2º da Constituição do País). Não se está a postular o aumento de recursos aos tribunais superiores, porque a indústria recursal precisa ser urgentemente restringida, mas não mediante o corte vertical entre fato e Direito, como o faz a dogmática jurídica, e sim por outros instrumentos jurídicos legais.

A esse respeito, Baptista da Silva tem dito que o não-acolhimento do fato como Direito é devido ao desprezo pelo individual, a fuga da realidade social, de conviver com a complexidade do mundo social, que é uma herança recebida por Savigny da filosofia de Descartes, que viu, na *neutralidade* do magistrado e do Estado, “o escudo que o eximia de acatar ou refutar as ‘opiniões aceitas entre os doutos’, permitindo-lhe escapar das inabarcáveis incertezas próprias da existência humana, emigrando para um ‘mundo novo’, formado por verdades irrefutáveis”.<sup>133</sup> E isso tem influência, inclusive, historia o autor, nas funções atribuídas a cada um dos três Poderes do Estado, quando de sua constituição, nos séculos XVII e XVIII, quando foi afirmado que o Legislativo tem a missão de prover para o futuro, o Executivo de cuidar do presente e o Judiciário de ‘consertar’ o passado, cujo freio jurídico continua em vigência em pleno século XXI.

<sup>132</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: FCE, 1989. pp. 82-83 e 116.

<sup>133</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 267 e 271.





### 3.3 A renúncia à dicotomia processo de conhecimento-processo de execução

O sistema processual brasileiro, esclarece Baptista da Silva, está assentado no paradigma da separação radical entre ‘conhecimento e execução’, como duas espécies de tutela jurisdicional que não se tocam, ligadas entre si pela *sentença condenatória*, a determinar a necessária precedência da função de conhecimento sobre a atividade executiva ou mandamental. Isso quer dizer, continua o autor, que é adotado “o princípio de que o julgamento haverá de ser, necessariamente, o ato com que se encerra a relação processual de conhecimento”, significando dizer que “todas as outras formas de atividade cognitiva, porventura desenvolvidas pelo Juiz no curso da causa, por definição, não serão ‘decisões sobre a lide’, mas simples questões processuais”.<sup>134</sup>

Ressalta-se que Baptista da Silva<sup>135</sup> contribui, há dezenas de anos, para as inúmeras alterações do Direito Processual Civil, muitas das quais já foram acolhidas pelo Legislador, ao sustentar que é mediante o processo de conhecimento, ordinário por natureza, que o sistema jurídico retira o poder de império do julgador, mantendo a sua neutralidade, a sua passividade, no curso da demanda, para que julgue a causa somente depois da descoberta da ‘vontade da lei’, produzindo, então, o sonhado juízo de certeza. Mas, o autor lembra que, ao contrário dessa ingênua ilusão, “o juiz começa a formar seu convencimento desde o momento em que a causa lhe é atribuída. Seu julgamento muitas vezes está formado já no momento em que se encerra a fase postulatória”.<sup>136</sup> Isso porque o processo de interpretação tem como condição de possibilidade a compreensão, sendo que o sentido vem antecipado pela pré-compreensão que é a tradição histórica em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.<sup>137</sup>

Na dogmática jurídica campeia a ideia, atesta Baptista da Silva, de que os julgamentos antes da sentença de procedência ou de improcedência não são

<sup>134</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. pp. 245-246.

<sup>135</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. pp. 345 a 431. Volume 2.

<sup>136</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 27-28.

<sup>137</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e o acontecer (ereignen) da Constituição: a tarefa de uma nova crítica do direito. In: *Anuário do programa de pós-graduação em Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000. p. 108, rodapé. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 14. ed. Traduzido por Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1986. Parte I. pp. 208 e 211. “Sentido é aquilo em que se sustenta a compreensibilidade de alguma coisa. Chamamos de sentido aquilo que pode articular-se na abertura da compreensão, mas ele não pode ser definido como algo que ocorre em um juízo ao lado e ao longo do ato de julgar”.





juulgamentos, e sim decisões, a ensejar o recurso de agravo de instrumento, querendo dizer que o juiz nada decide antes do fim da demanda, porque “a doutrina processual moderna passou a identificar julgamento e decisão, tornando sinônimos perfeitos o antecedente lógico (intelectivo), correspondente ao ato de julgar, e o conseqüente volitivo, o ato de decidir”.<sup>138</sup> Entretanto, o autor adverte que não é a certeza jurídica, a vontade do Legislador e da lei que deve ser buscada pelo julgador, e sim a *verossimilhança*, pois é ela que domina literalmente a ação judicial, porquanto é com base nela que ele profere a decisão de recebimento da inicial, das decisões interlocutórias e, “eventualmente – nos casos em que nosso direito o permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos possessórios, no mandado de segurança e, agora, nas antecipações de tutela dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil”.<sup>139</sup>

Atualmente, lembra Baptista da Silva,<sup>140</sup> observa-se, tanto no Brasil quanto nos demais sistemas derivados do direito romano-canônico, “uma fonte incontida de *sentenças liminares*, numa gigantesca rebelião contra o *procedimento ordinário*, um dos responsáveis pela crise em que se debate o Poder Judiciário”. Essas decisões, segundo o autor, são equivocadamente reconhecidas pela comunidade jurídica tradicional não como meritórias, mas cautelares do processo, isto é, decisões de direito processual, e não de conteúdo material, continuando-se fiel ao paradigma irracional do racionalismo, por obter dois resultados: “a) se a antecipação de tutela for uma medida cautelar, então, hipoteticamente, ela não faria parte da lide que, *ipso facto*, conservar-se-ia ordinária, que se caracteriza em um contraditório *diferido*; b) o segundo resultado é a manutenção do ato jurisdicional como declaratório, apenas, ou, no máximo, declaratório e constitutivo, expelindo-se de seu ‘conteúdo’ os efeitos *mandamental e executivo*”.

Isso significa, diz o autor, que há ligação umbilical entre *ordinariedade* e *racionalismo*, impondo ao Judiciário apenas julgar o mérito quando do término do processo, precedido de amplo debate probatório, preservando, segundo a doutrina tradicional, a indispensável segurança jurídica, *própria dos juízos de certeza*. Quem milita na lide forense, observa o articulista, nota que os próprios juízes afirmam que, ao conceder a antecipação da tutela jurisdicional,

<sup>138</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. pp. 114-115.

<sup>139</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 274-275.

<sup>140</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 121. Volume I





ainda não julgaram, porque, para a dogmática jurídica, julgar provisoriamente não é julgar, “porque todo juízo provisório corre o risco de ser apenas uma liberalidade ou, pior, uma forma de arbitrariedade cometida pelo juiz, sem correspondência na ‘vontade da lei’”. Com isso, será revelada a vontade única da lei, paradigma do racionalismo, para o qual “seria inimaginável pretender que a lei tivesse ‘duas vontades’”.<sup>141</sup>

O jurista italiano Giuseppe Chiovenda<sup>142</sup> propaga o racionalismo jurídico ao acentuar que a “sentença é o pronunciamento sobre a demanda de mérito e, mais precisamente, o provimento do juiz que afirma existente ou inexistente a vontade concreta de lei alegada na lide”. Em outro momento,<sup>143</sup> o autor doutrina que a jurisdição “tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei”. Por essa leitura italiana é dito que sentença somente é aquela que se pronuncia sobre o mérito da demanda, cumprindo a vontade da lei, concluindo-se o seguinte: a) não é possível descobrir o conceito do Direito, mas, tão-só cumprir os limites estreitos da lei; b) antes do encerramento da demanda não há sentença de mérito, mas somente decisões interlocutórias, esquecendo-se que a antecipação de tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil brasileiro é sentença de mérito, e não decisão meramente processual.

O princípio que proíbe a existência simultânea do processo de conhecimento e de execução, com sentença executiva<sup>144</sup> ou mandamental,<sup>145</sup> é

<sup>141</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 144, 147, 153 e 154.

<sup>142</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. São Paulo: Editora Bookseller, 2000. p. 37. Volume III.

<sup>143</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Traduzido por Paolo Capitanio. São Paulo: Editora Bookseller, 2000. p. 08. Volume II.

<sup>144</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo, *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 184. “Para facilitar a análise a que nos propomos, tentemos refazer os critérios distintivos entre as duas classes de sentenças, seguindo as lições de Pontes (*Tratado das ações*. vol. VII, § 37, 2). A sentença executiva caracteriza-se pelos seguintes elementos conceituais: a) corresponde a um *ato material*, portanto não apenas *pensamento*, como se dá com as sentenças do Processo de Conhecimento; b) esse ato material implica sempre uma ‘transferência de valor’ do patrimônio do demandado para o patrimônio do autor, seja extraindo valor, como nas execuções por quantia certa, e nas execuções para cumprimento de obrigações de fazer; seja restituindo-se valor, como nas execuções para entrega de coisas; c) o juiz não se limita a ordenar que o demandado cumpra o preceito sentencial, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, mas providencia para que o *ato executivo* realize-se diretamente através de agentes do próprio Poder Judiciário; d) o ato final executivo será sempre um ato originariamente da parte que o juiz realiza, em razão de não havê-lo realizado o demandado”.

<sup>145</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 185. “Veamos, agora, como se conceitua uma sentença mandamental. Podemos arrolar estas notas que a caracterizam: a) como diz Pontes; ‘na ação mandamental, pede-se que o juiz mande (...) por isso mesmo não se pode dispensar o mandado’ (*Tratado das ações*. vol. VII, § 2. p. 211); b) porém, o *ato material* de cumprimento cabe ao demandado realizar, exaurindo-se a atividade jurisdicional com a emissão do mandado; c) a ordem dirige-se ao réu, a quem o juiz impõe





o mesmo que prescreve a neutralidade do juiz no curso da demanda, assevera Baptista da Silva, isso porque o eventual conteúdo executório da ação de conhecimento admitiria a concessão de tutela executiva antecipada, sob a forma de liminar, como ocorre com as ações possessórias, o que não é admitido pelos que comungam a ideia do racionalismo, porquanto “seria atribuir ao juiz uma faculdade incompatível com a exigência de sua neutralidade. Seria conceder-lhe poder para ordenar, antes de estar em condições de aplicar a lei”.<sup>146</sup>

Para que sejam introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro as ações de caráter executivo e mandamental, é preciso superar, afirma Baptista da Silva, a equação lógica, abstrata, “do direito enquanto *norma*, para compreender aquilo que o juiz *faz* (não apenas *diz*) depois da declaração – no caso, depois de emitir o juízo condenatório –, realizando o direito no ‘mundo dos fatos’, não mais no mundo *normativo*”.<sup>147</sup> É dizer, as funções executiva e mandamental, na doutrina tradicional, operacionalizam tão-somente o mundo dos fatos, mas não o universo do Direito, porque essa doutrina considera o Direito “como uma proposição *normativa* – portanto apenas lógica –, tudo o que fizer no domínio da realidade, enquanto *fato*, não exercerá a menor influência sobre o *conceito*. O direito ficará limitado à *norma*, tendo o *fato* como uma consequência”.

Dessa forma, esclarece o professor Baptista da Silva, o procedimento ordinário do processo de conhecimento fundamenta-se em dois pressupostos ideológicos, ambos falsos: a) em vista da suposta virtude do processo que transforma o direito material em processual (obrigacional); b) no fato

---

a observância de uma conduta positiva ou negativa, cominando sanção criminal para o caso de desobediência; d) a ordem é inerente ao *império* de que é titular o magistrado, não ocorrendo, neste caso, aquela substitutividade a que se referia Chiovenda, como critério conceitual caracterizador do ato jurisdicional”.

<sup>146</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997. pp. 105-106.

<sup>147</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 143, 144 e 150. O autor também sustenta que as disposições citadas no artigo 461 do Código de Processo Civil não são apenas condenatórias, e sim executivas ou mandamentais, por dois indícios: o primeiro, “as pretensões a que ele se refere não se amoldam ao esquema clássico ‘*processo de conhecimento-processo de execução*’, conectados por uma sentença condenatória”; porquanto o verbo ‘determinar’, na expressão ‘*se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento*’, a lei “não se limita a *exortar* o ‘condenado’ a que, espontaneamente, cumpra a condenação, mas vai além e, ao invés de condenar, emite uma *ordem*, própria da tutela *interditat*”; o segundo indício, de que o artigo 461 do CPC não cuida de sentença condenatória, e sim executiva ou mandamental, diz respeito à faculdade que é outorgada ao magistrado na concessão de medidas antecipatórias, “concessivas da tutela postulada pelo autor (§ 3º: ‘*Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado de receio ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia*’)”.





de que somente a lei admite uma solução correta, sob o manto da vontade revelada, cuja ideia “preside o sistema desde a compreensão do que seja uma ‘antecipação de tutela’, até a concepção de nosso trágico sistema de recursos”.

As sentenças executiva e mandamental não são plenamente acolhidas no Direito brasileiro, segundo Baptista da Silva, porque, conforme vimos na primeira parte desta pesquisa, predomina, desde os séculos XVII e XVIII, a concepção de que a *imparcialidade* do julgador tem direta relação com a imagem do magistrado do processo de conhecimento, que se encontra ainda perplexo e indeciso quanto à sorte dos litigantes. É, continua o autor, “a figura de um magistrado, a presidir uma pugna privada, cujo resultado é-lhe, por definição, inteiramente indiferente”, cruzando os braços após a concessão do direito pelo vencedor da demanda, não exaurindo, portanto, a sua função jurisdicional, porque aguardará que o vitorioso proponha a ação de execução. E isso ocorre porque o juiz nada mais é do que a ‘boca da lei’, ‘o oráculo do Legislador’, “representante de um ‘Poder nulo’, como propunha Montesquieu, simples seres *‘inanimados’*, sem vontade, posto que sua função resumir-se-ia em verbalizar as *‘palavras da lei’*, ou a ‘vontade da lei’ (Chiovenda)”.

Concluindo sua ideia sobre a ampliação do processo de conhecimento em executivo, sem necessidade, portanto, de nova ação de execução após a sentença, Baptista da Silva<sup>148</sup> entende que “somente por meio das sentenças mandamentais seria possível reduzir o caráter privatístico de nossa jurisdição, conferindo-lhe uma dimensão mais voltada para o interesse social, sem, no entanto, abandonar o *princípio de demanda*, uma vez que a obtenção deste novo equilíbrio entre o público e o privado buscaria harmonizá-los somente depois da sentença de procedência, ou seja, após a certificação da existência do direito, sem que isto pudesse sequer ofender a estrutura do Processo de Conhecimento, enquanto instrumento concebido para assegurar o princípio da ‘paridade de armas’, ao mesmo tempo em que se poderia limitar a visão individualista que preside nosso processo civil, dando-lhe, como preconizara Cappelletti, uma mais acentuada ‘coloração social’”.

Concordamos com o pensamento da transformação do processo de conhecimento em mandamental, porquanto evita que a parte, após a sentença de cognição, “ainda tenha de aguardar mais outra centúria temporal para obter a satisfação efetiva de seu direito”,<sup>149</sup> não se podendo aceitar o argumento de que, no processo condenatório, plenarizado pela ampla defesa e contraditório,

<sup>148</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 185 a 187, 190, 191 e 193, citando, no parágrafo, Mauro Cappelletti. *Processo, ideologias, sociedade*. trad. de 1974. p. 10.

<sup>149</sup> CARVALHO, José Orlando Rocha de. Juizado especial para o processo de execução. Uma proposta de reforma constitucional do Poder Judiciário. In: *Jornal Síntese* nº 47 – Jan/2001. p. 3.







será buscada a sonhada verdade dos fatos, “pois os níveis de incerteza, sob os quais já vivemos, causados por nosso sistema recursal, dificilmente poderiam ser ultrapassados, embora seja comum, verem-se os que se lamentam da morosidade da justiça e do número excessivo de recursos, proclamarem a excelência do procedimento ordinário, com ampla defesa”.<sup>150</sup> Isso porque, conforme já dizia Enrico Tullio Liebman, “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”,<sup>151</sup> e a dualidade processo de conhecimento e ulterior processo de execução faz com que o legislador incentive a inefetividade processual, pois reúne dois princípios, “agora sim irmanados no mesmo propósito: nem celeridade e nem economia”.<sup>152</sup>

### 3.4 A instituição das lides sumárias

De acordo com Baptista da Silva, o processualista da atualidade deve compreender que sua função mais relevante é admitir que o Direito Processual deve ser instrumento de efetivação do Direito Material, porquanto o autor nunca propôs a supressão do procedimento ordinário, e sim a insurgência quanto à universalização desse procedimento, “suprimindo os ‘processos parciais’, portadores de *lides sumárias*”. Com isso, pode-se concordar com a doutrina, ao afirmar que “o procedimento ordinário é comprometido com a ideia de que o juiz deveria apenas atuar a vontade da lei”.<sup>153</sup>

Tanto os defensores do Direito Material quanto do Direito Processual se apegaram exageradamente ao compromisso do valor *segurança*, na ilusão de que a lei seria a única fonte do Direito, sempre justa, pronta a ofertar solução aos problemas jurídicos de forma exata, transparente, absoluta e matemática, sujeitando-se o julgador, para tanto, aos caprichos do Legislador, na função de descobridor da vontade da lei.<sup>154</sup> Com isso, lembra Luiz Guilherme Marinoni, foi dado “prioridade ao valor segurança sobre o valor tempestividade”, o que demonstra despreocupação e indiferença às necessidades do Direito Material, Processual e, principalmente, à realidade social. Porém, adverte o autor, a proliferação das tutelas sumárias nada mais representa do que a exigência

<sup>150</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O contraditório nas ações sumárias. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 49, n. 287, set. 2001.

<sup>151</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgRg 485.094-01/0. 4ª Câm. do 2º. 24.08.1999. Relator: Mariano Siqueira. RT 771/267, citando LIEBMAN. *Manual de direito processual civil*. Traduzido por Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 258.

<sup>152</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 230.

<sup>153</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 136-137.

<sup>154</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 283-4.





de uma sociedade complexa, de massa, que não aceita a morosidade do processo, imposta pela ordinaryidade,<sup>155</sup> tanto que na Constituição do País foi introduzido dispositivo legal impondo a conclusão dos processos em tempo razoável.

O endeuamento da *plenitude de defesa*, como garantia constitucional do devido processo legal, esconde um compromisso ideológico do sistema jurídico com o princípio da separação de Poderes e com a ideia de que a justiça é um problema do Legislador, não do juiz, porquanto, na lição de Thomas Hobbes,<sup>156</sup> “o juiz subordinado deve levar em conta o motivo que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença não destoe desta lei. Nesse caso, a sentença é do soberano, caso contrário é do juiz, e é injusta”, dispensando, portanto, o trabalho hermenêutico do julgador.

Mas, se essa “é a razão que justifica a universalização da ordinaryidade, então como se haverá de explicar o novo sacrifício exigido pelo nosso sistema recursal?”, indaga Baptista da Silva, que responde, afirmando que se a ampla defesa e o contraditório asseguram que o julgador, quando da prolação da sentença, tenha descoberto a vontade do Legislador, por que ainda pendem as intermináveis cadeias recursais, em que é examinado unicamente o Direito, mas não os fatos já descobertos pelo julgador de primeiro grau, por meio da ‘cognição ordinária’.

O autor lembra que, na Itália, por exemplo, Mauro Cappelletti preconizou “pura e simplesmente a eliminação do recurso de apelação e a transformação das respectivas cortes em jurisdições extraordinárias”. O articulista também indaga se não há um paradoxo na doutrina tradicional, uma vez que se o procedimento ordinário, com a plenitude de defesa, foi criado justamente para assegurar um juízo de certeza, por que é posto à disposição do jurisdicionado um sistema recursal, lídima prova da perda do valor segurança, pela “multiplicidade simultânea de decisões conflitantes, tanto no julgamento das questões de direito quanto na ilimitada revisão das questões de fato?”.<sup>157</sup>

Com pertinência ao conceito de *fungibilidade* dos direitos evidentes, Karl Engisch<sup>158</sup> salienta que “se no exercício do poder discricionário surgem várias

<sup>155</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. pp. 13-4.

<sup>156</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Traduzido por Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2003. p. 200.

<sup>157</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 285. Citando: Mauro Cappelletti. *Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano*. In: *Processo, ideologias, sociedad*. Tradução de 1974. p. 281.

<sup>158</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Traduzido por J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. pp. 250-251.





alternativas à escolha, cada uma delas pode ser *fungível e defensável*, em vista da grande ambiguidade que permanece dentro do *espaço do jogo*". Logo a seguir, o jurista alemão conclui que essa fungibilidade dos direitos evidentes alcança uma proibição do reexame da decisão pela instância recursal, "pelo menos quando esta não esteja em contacto tão estreito com o caso concreto e não seja essencialmente mais perita na matéria que a instância detentora do poder discricionário, mas, apenas, na melhor das hipóteses, se julgue *mais sábia* que esta".

Concorda com esse ideário Baptista da Silva, à medida que não é a verdade, e sim a verossimilhança que se busca no decorrer do calvário processual, mas esse fenômeno ainda encontra forte resistência na doutrina tradicional, que resiste em compreender que os direitos, uma vez tornados litigiosos, "enfraquecem-se e perdem a tranquila solidez que os protege, enquanto direitos materiais, pacificamente aceitos e observados no convívio social".<sup>159</sup> É por isso que o autor sustenta o resgate das *ações sumárias*, embora elas pudessem causar um certo mal-estar e intranquilidade na doutrina tradicional, mas a modernidade deveria encerrar-se como começou, "marcada pela 'descoberta' das cambiais, para encerrar-se com a mesma emblemática *inversão do contraditório* processual, próprio dos 'processos parciais'".<sup>160</sup>

Alguns exemplos de ações materialmente sumárias foram citados pelo autor, nos termos:

a) demandas petitorias e possessórias, cuja técnica de *sumarização* parte em duas a ação originária, formando duas novas, igualmente autônomas (terminais), reduzindo o número de pretensões de direito material, acolhendo numa única lide as *questões* litigiosas que poderiam dar ensejo a duas ou mais demandas diferentes. Mediante a pulverização de uma demanda em *lides parciais*, seriam criadas ações de pequena complexidade, capazes de permitir soluções rápidas e seguras;

b) a ação cambiária é rigorosamente sumária, em que toda discussão da *causa debendi* torna-se inviável;

c) a ação de desapropriação, em que consta do artigo 20 do Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, que *a contestação só poderá versar sobre o vício do processo judicial ou impugnação do preço*, significando que a qualquer outra questão *deverá ser decidida em ação direta*.

<sup>159</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 273.

<sup>160</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 286.





Esses exemplos de *lide parciais*, lembra Baptista da Silva, não negam a *plenitude de defesa*, mas não na mesma ação sumária, e sim em outra demanda plenária subsequente, e isso quer dizer que em todas as *ações sumárias* ocorre a inversão do contraditório, de forma que a procedência do juízo sumário não obriga a que o vencedor promova a *lide plenária* subsequente, mas, o sucumbente na *ação sumária* poderá, se assim o julgar conveniente, promover, agora como autor, a ação plenária posteriormente.

O denominado contraditório *eventual*, assinala Baptista da Silva, pode se apresentar de duas modalidades distintas: a uma, tutelando-se o interesse do autor numa fase inicial da causa, para somente depois permitir que o demandado, querendo, promova o contraditório, tornando-se autor de uma demanda *incidental* (os embargos), cujo exemplo característico é o processo de execução obrigacional; a duas, o contraditório *eventual* pode dar-se quando o demandado, ao invés de promover o contraditório mediante ação incidental, propõe uma *ação autônoma* (não incidental) subsequente.

Arrematando sua doutrina inovadora e manifestamente impregnada de efetividade processual, Baptista da Silva assinala que as ações sumárias podem transformar-se em instrumento processual milagroso, justamente por promover a encantada efetividade ao processo, sem que haja qualquer ofensa ao princípio constitucional de ampla defesa e do contraditório, evitando, com isso, que o demandado, como está a ocorrer no sistema processual, possa desfrutar das vantagens da *mora processual*, sem qualquer ônus.<sup>161</sup>

Esse notável e exemplar comportamento doutrinário do professor Baptista da Silva demonstra que seu ideário é com a compreensão do Direito pelo viés social, porque não é contra o procedimento ordinário, e sim a favor de um Poder Judiciário mais célere, ágil, dinâmico e efetivo, distribuindo Justiça não depois de decênios, e sim em reduzido lapso temporal, mediante a utilização processual das ações sumárias.

A esse respeito, Marinoni atesta que o impedimento da instituição das tutelas sumárias está umbilicalmente ligado na ideia de que somente o processo de conhecimento é capaz de coligar aos autos a certeza jurídica, o que significa dizer que a execução provisória é uma figura anormal. Momento seguinte, o jurista faz a seguinte proposição: se é incumbência do autor provar o fato constitutivo de seu direito e o réu algum fato que impeça esse direito, então, se o autor conseguiu provar seu direito, caberia, de imediato, a procedência da demanda, pois o autor conseguiu cumprir no *tempo do processo* a sua obrigação de provar a existência do direito. Essa circunstância atenderia ao

<sup>161</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 265, 268, 269, 274 a 276 e 283.





princípio da efetividade do processo, postulado por Chiovenda, de que o processo não deve prejudicar o autor que tem razão, evitará o abuso do direito de defesa. Se o demandado achar que tem direito, poderá, querendo, propor outra demanda, para que, então, ele cumpra o seu *tempo do processo*, buscando a desconstituição do direito do autor. Essa técnica, lembra Marinoni, fará com que o demandado, e não o demandante, suporte o *tempo do processo* em sua incumbência de demonstrar algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante, visto que *o tempo do processo deve ser suportado pela parte que tem necessidade da instrução da causa*.<sup>162</sup>

### 3.5 A redução do sistema recursal

Na comunidade jurídica há uniformidade quanto ao fato dos recursos serem os principais responsáveis pela morosidade do Judiciário, mas, por incrível que possa parecer, ninguém está disposto a modificá-los, reduzindo-lhes a quantidade ou dar-lhes outra disciplina, atesta Baptista da Silva. Segundo o autor, isso ocorre, como no processo de conhecimento – consequentemente no *procedimento ordinário* –, também na rede recursal, porque a dogmática jurídica não abre mão da verdade única, absoluta e sagrada da lei, de que “a proposição legal contenha sentido unívoco, capaz de ser ‘revelado’ (declarado) pelo juiz”.<sup>163</sup>

Se o contraditório e a ampla defesa, no processo de conhecimento, fornecesse a certeza do direito, a vontade do legislador e da lei, não haveria necessidade de recurso. É dizer, se o magistrado, após longo processo probatório, encontrou a verdade absoluta da lei, e se sua sentença é reformada pela Instância *ad quem*, isso significa que na lei podem conter várias vontades, na certa visão de Baptista da Silva, sendo o sistema recursal, portanto, uma ideologia “centralizadora, autoritária e a expressão de uma desconfiança do Magistrado de primeira instância, mas, por outro lado, confiança cada vez mais ao galgar os degraus do Poder Judiciário. Essa desconfiança, afirma Engisch, lembrando Bockelmann, foi produzida pelos próprios Juízes, “no período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista”.<sup>164</sup>

<sup>162</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 24, 33, 34 e 35.

<sup>163</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 28 e 243.

<sup>164</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Traduzido por J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206.





A sacralização do direito de recorrer e da execução provisória, segundo Marinoni, estimulam o demandado a interpor recurso, com a finalidade de manter o estado patrimonial por mais algum tempo, caracterizando, em tese, no abuso do direito de recorrer, que é mais grave do que o abuso do direito de defesa.<sup>165</sup>

Isso quer dizer que o juiz de primeiro grau perde sua legitimidade cada vez que sua sentença é recorrível, lembra Baptista da Silva,<sup>166</sup> significando que a “legitimidade da jurisdição de grau inferior diminui na medida em que aumentam os recursos”. Essa desconfiança no Poder Judiciário, atesta Baptista da Silva, ocorreu na sucessão do “absolutismo político” pelo “absolutismo legal”, quando foi exigida a fundamentação da sentença e instituídos os recursos. Ademais, o Estado Liberal contribuiu para a liberdade do magistrado, “mas somente nos aspectos da opressão da justiça de gabinete, dos decretos reais e do direito em declarar nulos os atos das autoridades administrativas”, Contudo, adverte o autor, “o juiz somente será livre quando se lhe deposita a confiança e a quem se outorga certa esfera de ação, na qual ele exerça seu arbítrio, dentro do qual possa agir guiado pelos ditames de seus sentimentos e de sua responsabilidade (...). Tudo tornou-se preso numa rede de leis, na medida do possível cuidou de limitar a liberdade de movimentos do juiz; diligente e desconfiadamente se lhes sequestrou o arbítrio. Somente nos tempos do despotismo mais sombrio imperou tanta desconfiança contra o arbítrio judicial como nos Estados constitucionais liberais do século XIX”.

Lembra o autor, apoiado em Reichel, que a desconfiança da burguesia não era, na verdade, contra a Magistratura, e sim contra o funcionário público. E isso torna a situação ainda mais grave, porque é incluído um componente político no sistema recursal, porquanto se a desconfiança da sociedade civil burguesa é contra o servidor público, mas como ele continua a desconfiar do magistrado, em vista da indeterminável rede recursal, é porque nivelou o magistrado, agente político, ao servidor, agente público.

Portanto, a ciranda de recursos, alerta Baptista da Silva, além de significar um profundo desprezo contra a jurisdição de primeiro grau, glorifica os Tribunais Superiores, e possibilita uma antecipação do julgamento do mérito pela instância “ad quem”, em um momento processual em que nem autor e nem demandado produziram inteiramente suas provas. Em tais circunstâncias, os litigantes são expostos ao risco de “verem a demanda apreciada no mérito,

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 161.

<sup>166</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 239-240, 241.





antes do tempo, especialmente, como acontece entre nós, se os Tribunais apreciam a medida liminar, em mandado de segurança, através da qual a suspendam ou revoguem, envolvendo-se irremediavelmente com o mérito da causa”.<sup>167</sup>

Por isso, a necessidade de deletar parte da rede recursal, restringindo, por exemplo, os *recursos* de agravos de instrumento, retido, regimental,<sup>168</sup> permanecendo, por exemplo, os recursos de apelação, especial e extraordinário, os dois últimos de forma excepcional. Com isso, será outorgada maior responsabilidade funcional e credibilidade ao julgador de primeiro grau, lembra Baptista da Silva,<sup>169</sup> “o que pressupõe uma intervenção *cirúrgica* profunda no sistema de recursos, como a indispensável desintoxicação do *porre* recursal, de que padece nossa experiência judiciária, tradição do Direito luso-brasileiro que o Código de 1973 elevou ao paroxismo”.

Esse interminável *porre* recursal está apegado ao velho e surrado paradigma do racionalismo dos séculos XVII e XVIII, lembra Baptista da Silva, em que a soberania da doutrina processual continua a povoar o sentido da *univocidade* de sentido da lei, buscando, com o desprezo ao diálogo, à retórica, o *vir-à-fala*, sempre as últimas instâncias recursais, na “doce ilusão de que apenas estas estarão legitimadas a proclamar a *vontade da lei*”.<sup>170</sup>

O caso em concreto é a autêntica matéria-prima do Direito, porque examina o fenômeno histórico, o acontecer da Constituição, o modo de ser-no-mundo. Contudo, existe dificuldade no meio da comunidade jurídica em examinar a singularidade, a historicidade do caso concreto, individual, de trazer a linguagem do geral ao particular, do coletivo ao singular, do todo para a parte e da parte para o todo, a partir de si mesmo,<sup>171</sup> do permanente efeito recíproco e da ida e volta do olhar<sup>172</sup> entre o texto e o intérprete. O apego exagerado ao racionalismo faz parte do componente autoritário da cultura jurídica, comenta Baptista da Silva, “que é incapaz de aceitar e lidar com a *diferença*, com o Outro, e, em decorrência, com os casos concretos”, fugindo da complexidade

<sup>167</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*. Revista AJURIS nº 51, p. 148.

<sup>168</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A crise da efetividade do sistema processual brasileiro*, Revista do Ministério Público RS nº 33, de 1994, p. 128.

<sup>169</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva*, Revista AJURIS nº 72, p. 78.

<sup>170</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença da coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 262.

<sup>171</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II*. 2. ed. Traduzido por Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 72.

<sup>172</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 283, citando Karl Engisch.





da vida real, se escondendo nas certezas matemáticas, nas verdades eternas, universais, absolutas.<sup>173</sup>

Adverte, Marinoni, que deve ser modificada a ideia de que a parte precisa aguardar todo o lapso temporal do recurso de apelação para receber seu Direito Material, havendo, pois, a necessidade de ser afastada “a sacralização do duplo grau de jurisdição ou do direito ao recurso e dos estreitos limites em que é admitida a *execução provisória* da sentença”, porquanto se a parte quer abusar do seu direito de defesa, “igual ou maior é seu interesse em abusar do direito ao recurso, seja para conservar o bem disputado no seu patrimônio, seja, ainda, para tentar tirar do autor alguma vantagem econômica em troca do tempo (bastante longo) necessário ao processamento e ao julgamento do recurso”.<sup>174</sup>

Convém, ademais, destacar a recente promulgação da Lei nº 11.276, que passará a vigorar no dia 08 de maio de 2006, já que, dentre outras alterações, institui a chamada Súmula Impeditiva de Recurso, determinando que o juiz não receba o recurso<sup>175</sup> de apelação se a sentença seguir orientação de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Esta alteração decorre da Emenda Constitucional nº 45, que promoveu a “Reforma do Judiciário”, introduzindo o artigo 103-A que, por sua vez, cuidou de implementar a súmula vinculante, tão conhecida dos países que se baseiam no precedente, no sistema do *Common Law*.<sup>176</sup>

Embora seja uma forma de limitar a interposição de recursos de apelação, tornando mais célere o processo judicial, acreditamos que este não é o melhor caminho, que seria a redução do número de recursos, pois, mais uma vez, se estará impedindo os Magistrados de primeiro grau de compreender, interpretar e aplicar a legislação às peculiaridades do caso concreto. Além disso, é uma

<sup>173</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 240.

<sup>174</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 355 e 356.

<sup>175</sup> A Lei nº 11.276, que passará a vigorar em 08 de maio de 2006, além de outras alterações, acrescentou ao artigo 518 do CPC os parágrafos 1º e 2º, sendo que o parágrafo 2º substituiu o parágrafo único, estabelecendo prazo de cinco dias para que o juiz reexamine os pressupostos de admissibilidade do recurso. Dispõe o parágrafo 1º do art. 518 do CPC que: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

<sup>176</sup> Refere Paulo Dourado de Gusmão (*Introdução ao Estudo do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.p. 318) que, diferentemente do sistema continental, chamado *Civil-Law*, o sistema da *Common Law* “...também denominado *sistema anglo-americano*, em que o precedente judicial (sentença-padrão) é a fonte principal do direito e em que a lei (*statute law*) desempenha papel secundário”. Em outro momento, lembra o autor que, “...a diferença entre o Sistema Continental e o da *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume. [...] As Súmulas do Supremo Tribunal Federal e, depois de 1988, as do Superior Tribunal de Justiça, entre nós, assemelham-se, de certa forma, às *Law Reporters*”.







forma de desprestigiar a classe julgadora, os quais, além de observarem o que consta das leis, precisam continuar na reprodução das decisões dos tribunais superiores, numa autêntica mordaza jurídica recursal.

Destarte, é uma pena que o Legislador não tenha avançado ainda mais, aproveitando a desconcertante onda de reformas das leis, optando, por exemplo, ao invés de outorgar ao demandado o direito de recorrer da sentença que julga a lide sem prévia citação, determinar que ele, querendo, proponha uma nova demanda, transformando a ação julgada antecipadamente em demanda sumária, conforme tem doutrinado Baptista da Silva, porque somente assim estar-se-ia obrigando o demandado a cumprir o seu tempo no processo.

### 3.6 O ônus sucumbencial e a obrigação do demandante de indenizar o demandado

No inciso I do artigo 588 do Código de Processo Civil consta que “corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer”, instituindo, portanto, o princípio da responsabilidade objetiva ao regime das antecipações de tutela. Além disso, a responsabilidade objetiva também é aplicada à parte que sucumbe na demanda.

Por Chiovenda<sup>177</sup> são justificadas a responsabilidade objetiva na sucumbência e a obrigação do demandante em indenizar o demandado, ao asseverar que “o processo deve dar, quanto for possível, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”.

Uma das consequências da responsabilidade objetiva é provocar um aumento na litigiosidade, comenta Baptista da Silva, porquanto, salvo em raros casos de má-fé, os litigantes estão convencidos de sua vitória, “aceitando os riscos naturais do processo, que serão enfrentados a custo zero, porque sempre o outro é o culpado. Com esse estímulo ao conflito, torna-se fácil litigar!”. Em seguida, o autor anota que o custo do processo causado pelo *tempo* não onera o demandado, tendo em vista que, durante o procedimento ordinário, somente ele é o privilegiado a desfrutar do *status quo ante*, sem indenizar o custo do *tempo* do processo ao autor. É dizer, “se sucumbente, depois de anos, o demandado se sujeita apenas a pagar as custas do processo, mas não a indenizar o autor vitorioso”.

Enquanto o demandado não tem a obrigação de indenizar o demandante, mesmo considerando que o direito material não lhe pertencia, desde antes

<sup>177</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de Direito Processual Civil*. 2. ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942. p. 84. Volume I.





do processo, que se arrastou por longos anos, o mesmo não ocorre com o demandante, pois, se obtiver uma antecipação de tutela, que depois é revogada, em vista da improcedência da demanda, estará obrigado a indenizar o demandado. Isso, na visão de Baptista da Silva, causa um desequilíbrio processual, porque é fácil resistir a um direito, já que o custo é zero. O autor cita um exemplo para ilustrar a sua doutrina, nos termos: O credor vê-se obrigado a promover a demanda judicial, com procedimento ordinário, diante da reiterada recusa do demandado em admitir a existência do direito. Nesse período, o credor pode ter deixado de realizar negócios importantes, que se lhe poderiam render excelentes resultados financeiros, mas não se tem notícia na jurisprudência de que tenha ocorrido alguma condenação do demandado, indenizando o demandante, pela permanência da situação de fato por longos anos, mesmo comprovado o direito material do credor, com a procedência da demanda. Agora, adverte o articulista, se, por exemplo, o locador obtiver do julgador uma antecipação de tutela, executando o despejo, ele estará exposto a ser condenado a indenizar o despejado, mesmo se o locador esteja de boa-fé, caso a demanda seja julgada improcedente.<sup>178</sup>

Diverge, do pensamento da dupla responsabilidade objetiva, Baptista da Silva, sob o argumento de que essa solução tem sentido idealista, não se sustentando frente à realidade, à medida que o direito litigioso torna-se enfraquecido, perdendo seu valor integral, tornando-se menos valioso do que os direitos incontroversos. O autor lembra que a ideologia de Chiovenda ainda está umbilicalmente ligada à jurisdição apenas declaratória, com a criação do Direito exclusivamente pelo Legislador iluminado, que diz ser o direito material absoluto, sem ambiguidade, caindo-se novamente na vala comum da *univocidade da lei* e na *responsabilidade objetiva* do sucumbente fundada no princípio da *causalidade*. Disso resulta, conclui o autor, que, pelo racionalismo, o litigante que sucumbe sempre age de má-fé, ou, se não, devido “à insensatez ou imbecilidade que lhe impediu de compreender que o direito, tão claro e evidente, não o amparava”.

Para compreender Chiovenda, Baptista da Silva refere que se deve raciocinar a partir da ideia de que os direitos são sempre *certos*, sendo inviável a dicotomia entre direitos *evidentes* e *não evidentes*, pelo que, no plano material, todos os direitos seriam *evidentes*. Com isso, o litígio seria criado devido a uma errônea compreensão do sucumbente, evidentemente culposa, dada a *evidência* do direito, quanto à sua existência. O autor adverte que não se pode esquecer, todavia, que as leis não são criadas por Legislador iluminado e justo, pelo que elas podem se tornar anacrônicas, lacunosas, mal-redigidas injustas quando de

<sup>178</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 199.





sua aplicação, “capazes, como toda a proposição normativa, de gerar duas ou mais compreensões hermenêuticas legítimas, embora entre si antagônicas”.<sup>179</sup>

A doutrina da responsabilidade objetiva tem íntima ligação com o racionalismo, porquanto, além de dispensar o julgador de sua atividade criadora do Direito, outorga à norma legal a *univocidade* de sentido, pois, na correção doutrinária de Baptista da Silva, “a sentença seria certa ou, ao contrário, errada, como qualquer problema matemático –, o sucumbente terá agido sempre *injustificadamente*, por ter recusado obediência a um preceito legal cuja transparência era tanta, que a ninguém seria lícito ignorá-lo”. Isso quer dizer, continua o autor, que o raciocínio jurídico está impondo ao julgador que ele continue a desempenhar a função de ‘boca-da-lei’, evitando que ele conceda juízos de verossimilhança, “pois estes pressupõem *poder decisório* entre duas alternativas igualmente legítimas, poder que nossos magistrados, em teoria, não possuem, embora todos saibam que, na prática, eles naturalmente o exercem”. Esse pensamento da doutrina tradicional é o mesmo que faz a comparação entre *julgamento e decisão*, querendo dizer que os magistrados não têm *poder decisório*, pois estão acostumados ao fato de que a lei deve ter, como qualquer matemático, apenas uma solução correta; por isso, para eles, decidir é apenas julgar. É dizer, para o racionalismo jurídico, não há duas soluções igualmente legítimas, pois somente o texto da lei é legítimo e justo, e isso impede a aceitação dos juízos de verossimilhança.

Por isso, se Chiovenda tivesse razão, lembra Baptista da Silva, no sentido de que o processo não deve causar prejuízo a quem tem razão, então esse princípio deveria ser aplicado a ambas as partes, atribuindo-lhe a mesma responsabilidade objetiva que o sistema jurídico exige do autor, independentemente de culpa, por todos os danos eventualmente decorrentes da simples demora do processo e, em virtude, exclusivamente, da sucumbência. Isso porque, continua o autor, a verdadeira isonomia precisa corresponder “à equação segundo a qual tanto quem acelera quanto quem retarda o reconhecimento do direito deve responder pelos prejuízos que sua conduta venha a causar ao adversário, tenham eles agido com ou *senza la normale prudenza*”. Com isso, o processo não seria instrumento de prejuízo a quem tivesse razão, mas acontece que o ordenamento jurídico aplica essa responsabilidade objetiva unicamente contra o autor, obrigando-o a indenizar perdas e danos, em razão da sucumbência, mas essa mesma responsabilidade nunca é aplicada contra o demandado, mesmo quando abusa dos direitos de defesa e dos recursos.

Em outros termos, ao demandante é imputado o dever da certeza de seu direito, porque se na demanda tiver sido concedida medida liminar de antecipação

<sup>179</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. pp. 204, 205, 210, 211 e 212.





da tutela, mais tarde revogada devido à improcedência da ação, terá o dever de indenizar o demandado pelos prejuízos causados e pelo ônus da sucumbência. Porém, o demandado não tem esse dever de certeza de seu direito, porquanto o sistema jurídico presume que, no decorrer da pendenga judicial, está agindo sem direito, mesmo que o indeferimento da antecipação de tutela signifique automaticamente o deferimento de medida liminar em favor do demandado e que tenha causado prejuízo ao autor. Então, como lembra Marinoni,<sup>180</sup> diz-se que, no processo civil, o demandante requer o reconhecimento de seu direito e o demandado a declaração de inexistência desse direito, porém, na verdade, o demandante deseja uma alteração da realidade empírica e o demandado a manutenção do *status quo*.

Por isso, a importância da manutenção do processo por tempo cada vez mais longo pelo demandado, porque, quanto mais decênios se passarem, tanto mais ele será beneficiado com a manutenção do estado de fato do caso em julgamento. Dessa forma, o articulista sentencia que a única verdade do processo é a de que *a demora sempre beneficia o réu que não tem razão*. Isso significa uma proteção incondicional à pessoa do demandado, a mesma proteção que ocorre na área penal com relação ao acusado, a tal ponto de ter sido inserido no texto constitucional a exigência da ampla defesa e do contraditório também na seara civil.

A permanecer esse nefasto estado processual, de penalizar somente o requerente quando da improcedência da demanda, mas não a pessoa do requerido, quando não reconhecido o seu direito, o sistema jurídico está solapando o princípio da igualdade processual, impedindo, assim, a modernização do Processo Civil brasileiro, pois agrava mais ainda o fragilizado procedimento ordinário, praticamente impedindo a concessão das medidas de antecipações de tutela.<sup>181</sup>

Então, é preciso compreender em sua inteireza a assertiva de Chiovenda,<sup>182</sup> no sentido de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, aplicando essa máxima do autor italiano tanto ao demandante quanto ao demandado. Mas, aí, estar-se-á coibindo o princípio de acesso ao Poder Judiciário, sendo, portanto, mais razoável que nenhuma das partes seja obrigada a indenizar pela antecipação da tutela, procedência ou improcedência da demanda, salvo se comprovada a má-fé processual. Numa só palavra, a

<sup>180</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

<sup>181</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. pp. 201, 202, 205, 206, 209-210.

<sup>182</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituição de Direito Processual Civil*. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942. p. 84 Volume I.





exigência de que o autor deva indenizar o demandado, quando o juiz defere a antecipação da tutela, mas a demanda é julgada improcedente, ou nos casos de procedência ou de improcedência da demanda, causa ofensa ao princípio constitucional de acesso à Justiça, porque o direito é problemático, e não axiomático, motivo por que o direito do vencedor, no início da demanda, não era direito evidente, e sim tão-só aparente, enfraquecido, mas, com a sentença transitada em julgado, esse direito tornou-se evidente, exigível, significando dizer que o vencedor se beneficiou com o processo judicial.

Concordo, assim, com Marinoni, de que o procedimento ordinário faz com que o tempo do processo seja ônus exclusivo do demandante, como se ele fosse o único culpado pela cognição do processo, porquanto a doutrina tradicional esquece que no ordenamento jurídico pátrio pendem direitos evidentes e não evidentes.<sup>183</sup>

### 3.7 O julgamento antecipado da lide, antes da citação do demandado, ante a ineficácia do exercício pleno do contraditório e da ampla defesa

Não obstante constar da Constituição cidadã o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV) em todos os processos administrativos e judiciais, cuja cláusula constitucional é irrenunciável,<sup>184</sup> em algumas hipóteses não há necessidade do cumprimento desse comando constitucional, tendo em vista que, mesmo se concedido esse direito, é impossível ao demandado evitar a procedência da demanda.

Um desses casos ocorre na ação de divórcio indireto, em que houve prévia ação de separação judicial, porque, segundo o artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição,<sup>185</sup> basta que seja comprovado o transcurso do lapso prazal de um ano da data da sentença na ação de separação judicial e a propositura da ação de divórcio indireto, cuidando-se, portanto, de requisito objetivo. Dessa forma, se o(a) autor(a) juntar aos autos cópia do processo de separação judicial ou certidão do cartório judicial, que tem fé pública, e respectiva procuração, torna-se desnecessária a citação da(o) demandada(o), já que a única prova que poderá impedir o divórcio indireto será a não fluência desse lapso prazal.

<sup>183</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 15.

<sup>184</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos constitucionais do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 65.

<sup>185</sup> Artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.





Em tese, o requerente poderia apresentar a exceção de incompetência de juízo, mas, em vista da igualdade constitucional, a ação poderá ser promovida em qualquer dos domicílios ou residência dos ex-cônjuges. Por isso, na ação de divórcio indireto sequer há necessidade de citação do demandado, tendo em vista a existência de direito evidente, e não apenas aparente.<sup>186</sup> É dizer, a tutela jurisdicional de evidência deve ser sumarizada, julgada de plano, já que inexistente possibilidade jurídica de o demandado opor qualquer resistência à procedência do pedido. Não se pode invocar, nesse caso, o devido processo legal, já que, mesmo que aceita a ampla defesa, ela cingir-se-á à negativa de transcurso do prazo de um ano de separação judicial, cuja prova será efetivada unicamente com a juntada aos autos de certidão cartorial, cópia ou apensamento da ação de separação judicial.

Por isso, se o requerente carrega aos autos a prova de que a separação judicial ocorreu há mais de um ano, nenhuma prova impedirá a conversão da separação judicial em divórcio. Portanto, ao ajuizar a ação de divórcio indireto, o Magistrado, ouvido o Ministério Público, poderá, antes mesmo da citação do(a) requerido(a), julgar procedente a demanda, com ulterior notificação do demandado, para, querendo, em ação própria, desconstituir a sentença. E isso significa celeridade processual, com a prestação jurisdicional em poucos dias (quando o prazo normal supera um ano). Esse procedimento não causa ofensa ao princípio do devido processo legal, isso porque não há possibilidade jurídica de defesa a evitar a decretação do divórcio indireto, mas, muito pelo contrário, afaga os princípios da prevalência dos interesses dos ex-cônjuges, inscrito no artigo 1.567 do Código Civil,<sup>187</sup> da efetividade e da celeridade processual.

Em sentido análogo, o advento da Lei nº 11.277, que entrará em vigor no dia 08 de maio de 2006, que acrescentou o artigo 285-A ao CPC, permitindo que o juiz, quando estiver diante de um conflito idêntico a outros já julgados improcedentes no mesmo juízo, dispense a citação, julgando antecipadamente a lide, adotando, para tanto, o teor da sentença anteriormente prolatada.

Seguindo a linha da Lei nº 11.276/2006, que se refere ao sistema recursal, a Lei nº 11.277/2006, na tentativa de tornar mais célere o processo judicial, manteve o precedente judicial daquela Lei, com a diferença de que o precedente da Lei nº 11.277 será do próprio juízo, isto é, os casos semelhantes, com conflitos idênticos, julgados (im)procedentes em uma mesma Comarca, passarão a ensejar ao juiz, desde logo, a dispensa da citação, sentenciando o feito, com âncora na fundamentação e justificação da sentença anteriormente prolatada, criando-se, com isso, uma espécie de *sumula vinculante de primeiro grau*. Numa só

<sup>186</sup> Sobre direito aparente e evidente, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Revista da AJURIS nºs 51/134 e 72/60.

<sup>187</sup> Artigo 1.567 do CC: “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.





palavra, embora a Lei nº 11.277 tenha-se baseado em precedentes judiciais, para tornar mais célere o processo judicial, privilegiou o Magistrado de primeiro grau, possibilitando, agora sim, que ele decida, em casos de conflitos idênticos, desde logo, inclusive com a dispensa de citação, pelo julgamento antecipado da contenda, unicamente com base nas decisões anteriores do juízo.

Vê-se que a tendência do Legislador foi a de que as decisões do Poder Judiciário devem ter tanto prestígio quanto as leis do Poder Legislativo, afastando um pouco o racionalismo selvagem, mas o juiz de primeiro grau ainda continua engessado, porque as súmulas deverão ser cumpridas de cima para baixo, considerando a hierarquia dos juízos de primeiro, de segundo e de terceiro graus. Com essa novel Lei, poder-se-á prever três espécies de *súmulas vinculantes* no ordenamento jurídico brasileiro: da terceira Instância (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal); da segunda Instância (Tribunais Estaduais); da primeira Instância (juízes), com a observância dessa hierarquia constitucional, ou seja, as súmulas de primeiro grau não poderão contrariar as das Instâncias Superiores e as da segunda Instância não poderão causar ofensa às súmulas editadas pelo STF e pelo STJ.

Adentramos, assim, em uma nova Era no Direito brasileiro, passando a examinar o precedente para descobrir se ele se encaixa na súmula dos juízos de primeiro, de segundo e de terceiro graus. Nesse sentido, Streck<sup>188</sup> professa que “a súmula vinculante é também um texto jurídico”, motivo por que, quando o intérprete se defronta com uma súmula, deve examinar o contexto, “a similitude do ‘caso’ que a súmula quer ‘abarcар’, evitando, assim, a subsunção metafísica própria do modelo positivista-exegético”. Isso significa, prossegue o autor, que o intérprete precisa estar atento à diferença ontológica entre texto e norma, visto que não há norma sem relação social, e porque “*subsunções escondem a singularidade dos casos (e, portanto, a relação social) e a súmula, ao pretender*

<sup>188</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luiz Streck (Organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 177. O autor afirma ainda: “Não esqueçamos, nesse sentido, as seguintes questões que envolvem a problemática em tela: primeiro, a súmula, ao ter efeito vinculante, adquiriu *status* de normatividade (ato jurídico suscetível de controle de constitucionalidade – veja-se, para tanto, ADIn n. 594), sendo desnecessário dizer que o controle pode ser feito de forma difusa; segundo, se a súmula violar um dispositivo infraconstitucional, duas hipóteses se apresentam: ou será inconstitucional, por violação direta da Constituição ou poderá deixar de ser aplicada em face dos critérios de resolução de antinomias; terceiro, a ADPF é remédio para suscitar a inconstitucionalidade de súmula (já o era antes da emenda constitucional que tornou vinculantes as súmulas). Por outro lado, sempre se poderá lançar mão dos mecanismos da interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*) e a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*) no ato de aplicação da súmula. Simples, pois”.





*construir conceitos universalizantes, poderá sacrificar a especificidade do caso sub análise, que é sempre único, irrepetível”.*

Isso porque pode ocorrer que a súmula de primeiro, de segundo e/ou de terceiro grau sejam arbitrárias, podendo-se adotar, então, lembra Streck, o controle da constitucionalidade, porquanto, “como não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, cabe ao intérprete do Estado Democrático de Direito efetuar a devida correção em sede doutrinária ou de aplicação judiciária. Assim, se a súmula for inconstitucional, o intérprete deve apontar a irregularidade (deixando de aplicá-la)”.

## 5 Considerações finais

Quando da criação do Estado Moderno, séculos XVII e XVIII, extinguiu-se a autotutela privada, cabendo ao Estado, desde então, o compromisso de tutelar, com a mesma efetividade privada, os conflitos sociais, mediante o processo, instrumento de prestação jurisdicional, que, portanto, deveria ser tão célere e surtir “o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida”.<sup>189</sup>

Como a celeridade processual é um dos maiores problemas do Poder Judiciário, é preciso questionar o paradigma antidemocrático do racionalismo jurídico no campo do Direito Processual Civil, cuja travessia para um novo paradigma é denominado por Thomas Kuhn de revolução científica,<sup>190</sup> não se caracterizando um processo cumulativo, mas, sim, um redimensionamento, uma relativização “da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como de seus métodos e aplicações”.

No Brasil, o artigo 2º da Constituição prevê que o Estado Democrático de Direito é composto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si, tendo cada um a obrigação de cumprir as promessas fundamentais e sociais da modernidade. Outrossim, o artigo 3º, I, do mesmo diploma legal, determina que os três Poderes têm o dever de assegurar os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Essa elevada missão de declarar a justiça não significa conduta subversiva à obediência civil, como queria Hobbes,<sup>191</sup> nem ser Legislador, porquanto, nas palavras de Mauro Cappelletti,

<sup>189</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 26-27.

<sup>190</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2000. pp. 122 e 116.

<sup>191</sup> SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. Traduzido por Vera Ribeiro. São Paulo: Ed. Unesp e Cambridge University Press, 1999. p. 419.







“os juízes estão constringidos a ser ‘criadores do direito’. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar ‘ex novo’ o direito. Isso não significa, porém, que sejam legisladores”,<sup>192</sup> tendo, pois, o Poder Judiciário a missão de modificar/adaptar a teoria jurídica, em vista da omissão dos demais Poderes da República, porque:

a) a desconfiança que pesava sobre os ombros da Magistratura, do “período da justiça de arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista”,<sup>193</sup> foi há muito tempo superada, ante o comportamento independente dos juízes na sociedade laica, democrática e pós-contemporânea, que carece de um Judiciário forte e democrático para manter edificada a República e o Estado Democrático de Direito, porquanto, sem sombra de dúvida, o Judiciário é o mais democrático dos três Poderes;

b) o Magistrado não é um subordinado, oráculo ou servo do Legislador, como ocorria nos séculos XVII e XVIII, e sim um Poder da República, com a finalidade de (ad)ministrar Justiça;

c) o Judiciário não é obrigado a buscar as verdades eternas, a segurança jurídica, a previsibilidade do resultado da demanda judicial, assumindo postura neutra/omissa diante da demanda judicial, simplesmente para agradar o Legislador, porque a humanidade vive na Era das incertezas, em que o texto jurídico tem sentido plurívoco, e não unívoco;

d) o Judiciário tem a obrigação de examinar a singularidade, a universalidade, a historicidade dos fatos, não se apegando exclusivamente ao texto da lei, mas ao Direito, ao exame dos fatos sociais e históricos, porque “ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ‘ciência da compreensão’, exista no ‘fato’, hermeneuticamente interpretado”,<sup>194</sup>

e) o Judiciário não precisa se submeter humildemente ao controle do Governo, como de antanho, porque tem a elevada missão de garantir a função social do Direito, vez que a separação de Poderes não significa sujeição, mas, sim, independência, harmonia e igualdade entre os Poderes,<sup>195</sup> até porque “si

<sup>192</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Traduzido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. pp. 73 e 74.

<sup>193</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 8. ed. Traduzido por J. Baptista Machadi. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 206.

<sup>194</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia. O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

<sup>195</sup> SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 87. O autor lembra que, “para os homens do século XVIII valeu como *ideia* o esquema da igualdade de nível entre os poderes, mas a sobrevalência do Legislativo valeu como *crença*.”





un tribunal puede decidir que un estatuto es inválido porque está en conflicto con la constitución, se destruye el dogma de la separación estricta entre el Poder legislativo y el Poder judicial”;<sup>196</sup>

f) o Judiciário não é um órgão do Estado, mas, sim, Poder do Estado, é o próprio Estado Democrático de Direito, exercendo, portanto, função social produtora, e não meramente reprodutora do Direito.

Foge à ideia de razoabilidade a adoção de uma teoria que é unicamente jurídica, como a dogmática jurídica, mas não de Direito, não se coadunando, portanto, com o Estado Democrático de Direito e com a Pós-Contemporaneidade, porquanto é abissal a distância que separa a origem do racionalismo e a laicização, democratização e universalização da humanidade líquida, de incertezas e de insegurança jurídica. É por isso que o Judiciário,<sup>197</sup> ante a omissão dos demais Poderes da República, tem a obrigação constitucional de excluir do ordenamento jurídico o racionalismo do Direito Processual Civil, promovendo uma autêntica teoria do Direito, evitando que a neutralidade do juiz continue a ser o reflexo do dogmatismo do Estado. Nesse sentido, Marinoni lembra que “um juiz sem poder é um juiz sem responsabilidade social ou, pelo menos, com responsabilidade social limitada”, concluindo, com razão, que, na “hipótese em que o Estado se omite em editar técnica processual adequada à efetiva prestação da tutela jurisdicional, o juiz deve verificar se sua aplicação é necessária em face das necessidades do direito material, ou seja, *das tutelas que devem ser prestadas para que ocorra a efetividade do direito*”.<sup>198</sup>

Convém transcrever uma passagem de Niklas Luhmann, autor da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, sobre a complexidade, riscos e contingências de um mundo laico, democrático, social e universal, ao afirmar que o Direito não compreendeu essa problemática, já que preocupada ainda com as categorias jurídicas antigas, com a certeza do Direito, quando, na verdade, vivemos em um universo de incertezas, que aumentam a cada dia, surgindo não a segurança, e sim os riscos produzidos pelo próprio Direito, porque não estamos mais em uma época de segurança contra ações ilegais, de proteção jurídica, mas, sim, de segurança contra ações legais, envolvendo “complicadas disposições contrárias no próprio Direito, que exige constantes controles e adaptações jurídico-políticos. Por isso, o Direito atual não é mais capaz de garantir aquela

<sup>196</sup> MERRYMAN, John Henry. *La tradición jurídica romano-canónica*. 2. ed. Traduzido por Carlos Sierra. México: FCE, 1989. p. 56.

<sup>197</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2003. p. 177. O pós-modernismo exige uma nova política judiciária, *uma política judiciária comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade*.

<sup>198</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 239, 240 e 370.





certeza moral das expectativas que resulta do simples fato de alguém julgar-se no direito”.<sup>199</sup>

A substituição da teoria jurídica da dogmática pela hermenêutica filosófica precisa ser efetivada, porque esta é uma autêntica teoria do Direito, em que a compreensão do texto e do ser humano é efetivada mediante um método fenomenológico hermenêutico, sem fundo, uma linguagem universal, em que a suspensão dos preconceitos é condição de possibilidade para o acontecer da tradição histórica, do círculo hermenêutico e da fusão de horizontes. O humano é um ser ontológico, um ser-no-mundo,<sup>200</sup> um existencial, um acontecer, um humano dentro de um mundo humano, e não em um mundo natural, pois se comporta e se relaciona no mundo, sem divisões, sem origens, sem teoria exclusiva, um ser com natureza comum a todos os humanos, genético, afetivo e ontológico, um modo de ser, um ser que vive em seu próprio mundo e no mundo da vida, um ser-em-si-mesmo, um ser que com-partilha e con-vive<sup>201</sup> em família, em sociedade e consigo mesmo.

No nascedouro da humanidade laica,<sup>202</sup> democrática<sup>203</sup> e universal,<sup>204</sup> em que a dignidade, a igualdade material e processual, a liberdade e a efetividade

<sup>199</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. pp. 54-55.

<sup>200</sup> DUBOIS, Christian. *Heidegger: Introdução a uma leitura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005. p. 26. “O ser-no-mundo é a descoberta genial de Heidegger, revolução fenomenológica na filosofia (...). O modo mais simples de compreender o que sou no mundo seria, parece, de o compreender da mesma maneira que o garfo está na gaveta. Para mim, há alguma coisa como um mundo e, a partir deste mundo, eu me relaciono com todas as coisas”.

<sup>201</sup> Por compartilhamento e con-vivência entende-se que o ser humano não é um ser isolado, na medida em que, segundo a ontologia fundamental de Martin Heidegger (HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 12. ed. Parte I. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2005), “todo ser é sempre ser-com mesmo na solidão e isolamento, a pré-sença é sempre co-pre-sença (Mitdasein), o mundo é sempre mundo com-partilhado (Mitwelt), o viver é sempre co-con-vivência (Miteinandersein)”. O verbo compartilhar significa ter ou tomar parte, arcar juntamente, compartilhar com, partilhar com, compartilhar, participar de algo juntamente com outrem, co-participar, compartilhar, distribuir algo por lugares ou com indivíduos, dividir, repartir. E o verbo convivência em família significa vida em comum, contato diário ou frequente, familiaridade (HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001).

<sup>202</sup> O processo de secularização compreende vários sentidos, como: a) a separação entre o Estado e a Religião, em que se afasta o Direito Divino do Direito Estatal; b) a plena liberdade do comércio, das artes, da cultura, da religião, das comunicações, da economia, da política, do direito, enfim, do cidadão e do Estado de Direito, o que caracteriza a universalização de todos os setores da sociedade e do Estado-Nação; c) a plenarização da democracia universal, com a noção de espaço público; d) a democratização.

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 9. ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2004. p. 207. O autor afirma que “uma sociedade internacional completamente democratizada pressupõe que todos os Estados que a compõem sejam democráticos”.

<sup>204</sup> AGRA, Walber de Moura. *Republicanism*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2005. p. 104. O mundo é comunitário, coletivo, de todos membros de uma coletividade, já que “o cidadão está longe de ser um indivíduo solitário (...) Está cercado de pessoas e recebe influência de um contexto determinado em sua formação”.





do processo são os pilares da República, arquitetada sob o manto de um Estado Democrático de Direito,<sup>205</sup> não é razoável que o Direito Processual Civil seja compreendido por uma teoria jurídica gestada nos séculos XVII e XVIII. Por isso, impera a premente necessidade de ser afastada do Direito Processual a teoria jurídica dominante (dogmática jurídica, filosofia da consciência,<sup>206</sup> censo comum dos juristas), pois ela não é uma teoria do Direito, e sim uma teoria teológica<sup>207</sup> e metafísica,<sup>208</sup> tendo aprisionado e escravizado, há vários séculos, o Poder Judiciário, o operador do Direito e toda a sociedade às vontades do Poder Legislativo, que sempre estabeleceu, mediante um paradigma, as regras de interpretação que, na visão streckiana, sustentaram a produção do sentido “dado”, “um sentido-em-si”, um “sentido primevo” da norma.<sup>209</sup> Significa dizer que a dogmática jurídica não tem contribuído para a (r)evolução do Direito Processual, impedindo a sua substituição pela hermenêutica filosófica, a qual não é normativa, e sim atribuição de sentido, modo e jeito de ser-no-mundo, a partir da compreensão do texto e do ser humano, de uma relação entre sujeito e sujeito, de humano para humano, e não de sujeito e objeto, enfim, uma pré-compreensão que o intérprete tem da história e da cultura do mundo.<sup>210</sup>

<sup>205</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2004. p. 38. Segundo o autor, o Estado Democrático de Direito suplanta as noções dos Estados absolutista, liberal e social, na medida em que deve transformar o modelo de produção capitalista e financeiro e sua progressiva substituição por uma organização social de viés social, “para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades”.

<sup>206</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica) e Estado Democrático de Direito: uma análise crítica*. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha, Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes (Organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 105. Afirma que “se, na filosofia da consciência se dizia que o sujeito cognocente poderia, de forma racional, determinar o objeto, com Gadamer, rompe-se com a questão epistemológica sujeito-objeto, porque o sujeito não é ele, mas é ele e sua possibilidade de ser-no-mundo, é ele e suas circunstâncias, é ele e sua cadeia significante”. Em outra oportunidade, o autor explica o seguinte: “Afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade que funda os objetos no mundo. Sempre acreditou (e continua acreditando) que é a sua descrição, isto é, a sua atividade subjetiva, que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 174). Finalmente, anota o seguinte: “, a metafísica, que na modernidade recebeu o nome da teoria do conhecimento (filosofia da consciência) faz com que se esqueça justamente da diferença que separa ser e ente. No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do sentido do ser do Direito” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova visão crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 278).

<sup>207</sup> PIRES, Celestino. Deus e a Teologia em Martin Heidegger. In: *Revista portuguesa de filosofia*. Braga, jul.-dez. 1970. fase 3-4. Tomo XXVI. p. 3.

<sup>208</sup> STEIN, Emildo. *Diferença e metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

<sup>209</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dogmática e hermenêutica. In: *Caderno de Pesquisa nº 02 do Curso de Pós-Graduação da UNISINOS*, 1997. pp. 23 e 32.

<sup>210</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do Ontological Turn*. In: *Anuário*





*O racionalismo moderno e a inefetividade do processo civil*

Compreendido o Direito pela hermenêutica filosófica, será possível acolher as mudanças necessárias à modernização do Direito Processual Civil, propagadas, há dezenas de anos, pelo gênio de Ovídio Araújo Baptista da Silva, por exemplo: a) o reconhecimento do fato como Direito; b) a implantação no processo de conhecimento da sentença executiva e mandamental; c) a instituição das demandas sumárias; d) a redução do sistema recursal; e) a impossibilidade de qualquer das partes indenizar a outra pela (im)procedência da demanda. Além disso, há casos que, em sua concretude, admitem a hipótese de julgamento antecipadamente a lide, mesmo sem a citação do demandado, como na ação de divórcio indireto, em que a única prova a ser coligida aos autos é objetiva – transcurso do lapso temporal de um ano da separação judicial.

Com isso, atender-se-ia ao incansável reclamo social do afastamento da postergação do processo, restaurando a ideia, lembra Marinoni, – “que foi apagada pelo cientificismo de uma teoria distante do direito material – de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado unicamente pelo autor”. Isso significa, na visão do autor, que deve ocorrer uma profunda transformação no pensamento da comunidade jurídica, para que seja compreendida a expressão “devido processo legal” não apenas como um direito ao processo, com a observância dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa etc., mas, também, “o direito à tutela jurisdicional adequada às necessidades do direito material”. A razão desse pensamento, historia o articulista, está ligado ao fato de que, enquanto o autor pretende uma modificação da realidade empírica, o demandado deseja a manutenção do *status quo*, que “é fundamental para a compreensão da problemática do tempo do processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva”. Concordo, pois, com esse autor, ao sustentar que a busca da efetividade do processo é um direito constitucional fundamental à adequada tutela jurisdicional, umbilicalmente ligado ao *due process of law* e do princípio da separação dos Poderes, que constituem princípios imanentes à República e ao Estado Democrático de Direito, em vista da proibição da autotutela privada, já que o Estado avocou para si o monopólio da jurisdição.<sup>211</sup>

É por isso que cabe razão a Baptista da Silva, ao proclamar que razões históricas, filosóficas e políticas fundamentam o retorno das *ações sumárias*, pelo seguinte: a) “na exigência, cada vez mais vigorosa, de uma justiça efetiva e condizente com os tempos da civilização eletrônica”; b) “no completo fracasso, que o sonho *racionalista* prometera, de um direito ‘científico’, tão previsível e exato quanto um teorema matemático”; c) a

*do programa de pós-graduação em direito*. Leonel Severo Rocha e Lenio Luiz Streck (org.). São Leopoldo: UNISINOS, 2003. p. 237.

<sup>211</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 29, 158, 165-166 e 328.





‘certeza do direito’ é uma doce ilusão; d) no procedimento ordinário, quanto mais questões litigiosas, mais se exacerbam sua natural morosidade e maior a insegurança do resultado final, sendo o caminho, para “aliviar as tensões e reduzir a insatisfação com os resultados da jurisdição estatal, o resgate das *ações sumárias*, com o definitivo abandono do procedimento ordinário”.<sup>212</sup>

Essas são apenas algumas contribuições para o plenário processual brasileiro, no qual se busca uma desmitologização do processo, com um olhar de soslaio à inefetividade da outorga da prestação jurisdicional, porquanto “os setores da economia, da tecnologia, da comunicação, do mercado financeiro, das redes produtivas comerciais e industriais, dos serviços estratégicos, e da ciência estão cada vez mais globalizados, funcionando como uma unidade, em tempo real, no âmbito planetário”.<sup>213</sup> Isso exige do Poder Judiciário uma maior celeridade e eficácia nas decisões judiciais,<sup>214</sup> inclusive, em alguns casos, em tempo real,<sup>215</sup> empreendendo, assim, uma política judiciária *comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade*.<sup>216</sup>

<sup>212</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O contraditório nas ações sumárias. In: *Revista Jurídica*. Porto Alegre: Revista Jurídica, ano 49, n. 287, set. 2001. p. 26.

<sup>213</sup> CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. Traduzido por Noêmia Espíndola. In: *Sociedade e Estado em transformação*. PEREIRA, L. C. Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (organizadores). São Paulo: Editora UNESP; Brasília: ENAP, 1999. pp. 149-150.

<sup>214</sup> GÓMEZ, José María. *Política e democracia em tempos de globalização*. Petrópolis: Vozes; 2000. pp. 111-112. “Os grandes intermediários financeiros e os investidores institucionais são, juntos e em estreita imbricação com as firmas transnacionais, as figuras emblemáticas da globalização econômica. Principais operadores do mercado financeiro global (cujo funcionamento em tempo real, 24 horas por dia, parece anunciar o ‘fim da geografia’), entregam-se a uma exacerbada competição na busca de lucros elevados e imediatos, explorando sobretudo as divergências entre as políticas monetárias dos diversos Estados e punindo com sua rápida saída àqueles que não lhes oferecem garantias ou confiança suficientes de solidez econômica e financeira. Diante da efetiva integração financeira e da alta capacidade destrutiva de fluxos de capitais voláteis e volumosos, a grande maioria dos Estados (inclusive os centrais, embora em muito menor medida e alcance) se vê obrigada a restringir drasticamente sua soberania monetária, submetendo-se às regras e ao disciplinamento imposto pela ‘ditadura dos mercados’”.

<sup>215</sup> SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização. Do pensamento único à consciência universal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2004. p. 28. “O tempo real também autoriza usar o mesmo momento a partir de múltiplos lugares; e todos os lugares a partir de um só deles (...). Com essa grande mudança na história, tornamo-nos capazes, seja onde for, de ter conhecimento do que é o acontecer do outro. Nunca houve antes essa possibilidade oferecida pela técnica à nossa geração de ter em mãos o conhecimento instantâneo do acontecer do outro. E quem são os atores do tempo real? Somos todos nós? A ideologia de um mundo só e da aldeia global considera o tempo real como um patrimônio coletivo da humanidade. Mas ainda estamos longe desse ideal, todavia alcançável”.

<sup>216</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. 9. ed. São Paulo: Ed. Cortez, 2003. p. 177.

