UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE TEOLOGIA E CIÊNCIAS HUMANAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL

O PARADIGMA RACIONALISTA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

MATEUS COSTA PEREIRA

RECIFE – 2009

MATEUS COSTA PEREIRA

O PARADIGMA RACIONALISTA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, sob a orientação do Prof. José Elias Dubard de Moura Rocha.

RECIFE – 2009

P436p Pereira, Mateus Costa
O paradigma racionalista e sua repercussão no direito processual brasileiro / Mateus Costa Pereira ; orientador José Elias Dubard de Moura Rocha, 2009.
233 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2009.

1. Direito processual - Brasil. 2. Direito - Filosofia. I Título.

CDU 347.9 (81)

MATEUS COSTA PEREIRA

O PARADIGMA RACIONALISTA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

_____

Orientador: Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha – UNICAP

_____

Titular interno: Prof. Dr. Nelson Nogueira Saldanha – UNICAP

_____

Titular interno: Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel – UNICAP

_____

Titular Externo: Prof. Dr. Fredie Didier Jr. – UFBA

RECIFE – 2009

A Pró-reitoria de pesquisa e pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco não aprova nem reprova as opiniões emitidas nesse trabalho que são de responsabilidade exclusiva da autora desta dissertação de mestrado.

A meus pais, Roberto Luiz Pereira e Daisy Luci Costa Pereira.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus. Por tudo e por todos.

A meu pais são meus renovados agradecimentos, já esboçados em forma de dedicatória, mas que reclamam outras considerações. A vocês que a cada dia me dão novo exemplo e que, mesmo sem saber (agora sabem), incutem em mim um novo alento e energia para me dedicar, diuturnamente, a ser um melhor profissional, mas, e, sobretudo, uma pessoa melhor, humana, com a consciência caridade. Aos meus irmãos, Roberta Costa Pereira e André Costa Pereira; e aos meus familiares distantes, cuja ausência, reforça a presença, ofereço meus agradecimentos, na mesma medida em que, nesta oportunidade, dedico meu trabalho.

Aos responsáveis por meu ingresso no Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco: o Prof. Dr. Roberto Wanderley Nogueira; o Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha; o Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel; Prof. Msc. João Ferreira Braga; e o Prof. Msc. Roberto Campos Gouveia Filho. Também a eles devo dedicar outras palavras.

Ao dileto professor e amigo Roberto Wanderley Nogueira, meu professor na graduação e no Mestrado, a quem de logo aprendi a admirar como profissional na carreira de magistrado, mas com ainda mais estreiteza e profundidade em relação à pessoa e sentido humanista. Quem, posso afirmar com orgulho, tenho e me tem como amigo. À alavancada profissional que me permite a cada novo dia.

Ao meu orientador e amigo José Elias Dubard de Moura Rocha, também meu professor na graduação e no Mestrado, e com quem dividi aulas em monitoria, agradeço por despertar em mim uma ainda emergente consciência crítica e que, para além de me guiar ao ingresso no Mestrado, soube, deveras mais importante, conduzir-me ao egresso.

Ao professor e amigo Alexandre Freire Pimentel, exemplo destacado de dedicação à magistratura, com quem também pude compartilhar aulas, na condição de graduado e também na de mestrando.

Ao professor João Ferreira Braga, um dos primeiros a me despertar para o ingresso imediato no Mestrado e meu co-orientador da monografia de graduação.

Ao meu amigo e colega de grandes empresas Roberto Campos Gouveia Filho que, não só me permitiu enriquecedores debates antes da seleção do mestrado – nossas colocações se justificam, duplamente, na sua pessoa –, com quem, igualmente e em simultâneo, dei meus primeiros passos na carreira acadêmica como professor.

Ao Prof. Dr. Sérgio Tôrres Teixeira, pela oportunidade que me concede a cada dia de estar de realizar o sonho do magistério. Ao Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha, exemplo destacado de processualista e dedicação acadêmica. Grande fonte de inspiração e uma das pessoas que me ajudou a direcionar o tema.

Ao amigo Tiago Macedo B. Maia, um dos artífices de minha virada ao pensamento crítico, menos dogmático, mais hermenêutico e filosófico. A todos os meus amigos de faculdade, com destaque para Bruno Luiz Carneiro da Cunha Cruz e Roberto Lemos de Sá Cruz. Amigos de todas as horas.

Aos meus colegas da 3ª turma do Mestrado, em cujo rico convívio, e na condição do mais novo, pude experimentar um grande crescimento profissional.

A todos aqueles que conviveram comigo e não economizaram em palavras de apoio durante a penosa caminhada.

Àquela que sempre soube e a quem nunca faltou talento de me transportar às pradarias. Sem dúvida quem mais acompanhou de perto todo o meu sofrimento profissional e acadêmico e sempre esteve ali, ao meu lado, fazendo inúmeras renúncias em meu benefício.

Recebam todos, próximos ou “distantes”, o meu afetuoso abraço.

“Enquanto não aceitarmos que os juízos de valor podem ser obtidos através de atividades cognitivas, obtidos adequadamente, o Direito só valerá como Ciência, na investigação científico-causal dos fatos subjacentes às normas (sociologia do Direito), ou enquanto teoria das formas lógicas das relações jurídicas ou seja como «teoria pura do direito»” (Larenz)

“... não acredito que alguém possa compreender, nem medir, situar e aquilatar um problema se não tiver em vista um sistema: alguma estrutura, algum modelo, algum referencial genérico, algum referencial principiológico tem que estar à vista para que o problema se conforme, se configure como problema. De outra forma ele será apenas um conflito, uma exigência, uma pretensão. Não acredito que, sem ver o direito como um sistema, se possa situar institucionalmente a experiência jurídica”. (Nelson Saldanha)

“O direito não é pura abstração lógica que os juristas possam organizar, através de um castelo conceitual, formador do que eles próprios denominam “mundo jurídico”. [...] os juristas têm hoje uma consciência bem viva da historicidade do direito, de seus insuprimíveis compromissos com a realidade social, com as aspirações e exigências predominantes de uma dada comunidade humana, cuja convivência lhes caiba regular”. (Ovídio Baptista)

RESUMO

A dissertação examina o paradigma racionalista, o paradigma da ciência moderna, dum panorama histórico em que se resgatam seus traços iniciais, na linha de historicidade e perlustra, criticamente, a sua influência no Direito, notadamente, no processo brasileiro. A abordagem realizada do tema foi repartida em duas partes, nas quais são diferentes os métodos empregados, sendo que na primeira foi utilizado o método hermenêutico-histórico, reservando-se para a segunda o emprego do método heurístico-crítico. O trabalho examina a formação do paradigma moderno, compreendido a partir da análise dos pressupostos epistemológicos que o substanciam, demonstrando que foram desenvolvidos nas ciências ditas naturais e, posteriormente, transplantados ao Direito. A sistematização oriunda, pioneiramente, da biologia, mas que, enquanto imposição científica se propaga aos demais ramos do saber como caminho necessário ao status de ciência.

PALAVRAS-CHAVE: Paradigma Racionalista. Pensamento Sistemático. Direito Processual brasileiro.

ABSTRACT

The dissertation exams the rational paradigm and the modern science paradigm, in a historic overview that redeems its initial draft, in the historical line and observes, critically, its influence in Law, specially, in Brazilian procedure laws. The approach take on this subject was divided in two different parts, differ by its utilized methods, at first the historic-hermeneutic and secondly critic-hermeneutic. The paper exams the creation of a modern paradigm, originally understood upon the analysis of epistemological assumptions that forms it, demonstrating that they were developed in the so called natural science and afterwards became parts of foundations of a legal system. The systematization originally from Biology, as scientific rule, propagates to the fellow knowledgeable paths, as a necessary pathway to all status of science.

KEYWORDS: Rational paradigm. Foundations of the Legal system. Brazilian procedure laws.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 13

PARTE I

CAPÍTULO I - O RACIONALISMO E A QUESTÃO DE SISTEMA..... 17

1. O renascimento e o racionalismo..... 18

1.1. Os pressupostos epistemológicos da ciência moderna 22

2. A geração espotânea do sistema..... 25

3. O Conceito de sistema..... 29

3.1. O conhecimento do conhecimento..... 30

3.2. O conceito kantiano de sistema..... 35

3.3. O historicismo filosófico 39

3.4. Da irredutibilidade do sistema abstrato 43

3.5. O ponto de tensão dos sistemas: o modelo normativo de sujeito 47

4. Pensamento, contexto e crítica 50

CAPÍTULO II - O ILUMINISMO, O AVANÇO DAS CIÊNCIAS NATURAIS E A CONSTRUÇÃO DUMA CIÊNCIA JURÍDICA 52

1. Preliminarmente..... 53

2. A codificação sistematizadora 57

2.1. O contraponto com Vico 58

2.2. Uma emergência científica 59

2.3. A Escola da Exegese 64

2.4. A Escola Histórica do Direito..... 74

2.5. A Jurisprudência dos Conceitos..... 80

2.6. Bases para o Positivismo Jurídico..... 82

2.6.1. A criação do Positivismo Jurídico..... 86

3. O Ordenamento Jurídico 90
3.1. Ordem e Ordenamento 91
3.2. Sistema Jurídico e Ordenamento Jurídico 99
3.3. A Jurisprudência dos Interesses 100
3.4. O sistema como ordem teleológica de princípios gerais do Direito 103
3.5. O Normativismo Jurídico 109
3.6. Outras considerações sobre o sistema jurídico 119

PARTE II

CAPÍTULO III - REFLEXOS DO RACIONALISMO E DA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO 123
1. Uma Teoria Geral do Processo 124
1.1. Os partidários da visão dualista 124
1.2. Os partidários da visão unitária 127
1.3. Análise crítica dos argumentos contrários e favoráveis 130
1.4. Forçoso reconhecimento da Teoria Geral do Processo? 133
1.4.1. A Teoria Geral do Direito 135
1.4.2. O racionalismo e a construção de uma Teoria "Geral" 142
2. Os sistemas nos ramos processuais 142
2.1. O Direito Processual Penal 142
2.2. A Codificação processual penal 145
2.2.1. O sistema inquisitivo 147
2.2.3. O sistema acusatório 148
2.2.4. O sistema misto 150
2.3. O modelo brasileiro 151
3. O Direito Processual do Trabalho 157
4. O Direito Processual Civil 158

CAPÍTULO IV - UM EXERCÍCIO PRÁTICO E DE REFLEXÃO DO RACIONALISMO NO DIREITO PROCESSUAL 172
1. O inciso V do art. 485: “literal disposição de lei” 173
1.1. O sentido do termo *lei* empregado no inciso V 179
2. O sentido do enunciado 343 da Súmula do STF e sua aplicação 182
2.1. O afastamento do Enunciado 343 186
3. Ainda na jurisprudência do STF: o enunciado 400 da mesma Súmula..... 190
4. A nova orientação jurisprudencial e o cabimento da ação rescisória: sentenças rescindíveis e o termo inicial do biênio..... 193
5. Da aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade e os efeitos das decisões 196
5.1. Da inexequibilidade do título fundado em lei ou ato normativo inconstitucional..... 198
6. Da excepcionalidade da Revisão Criminal..... 201

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 204

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 209

INTRODUÇÃO

O racionalismo teve uma grande importância na linha de pensamento humano. Em Descartes teria seu primeiro grande nome. O primeiro homem moderno, afirmar-se-ia mais tarde, é apontando juntamente com Newton, nada obstante a divergência quanto ao ponto de partida do conhecimento, como o principal nome na formação do paradigma da ciência moderna, isto é, na formação dos pressupostos epistemológicos que o compõem.

Inicialmente, o racionalismo iria se difundir com as ciências naturais. O "sucesso" logrado por estas, a plasticidade do método de redução ôntica causal nelas desenvolvido, ditaria ao pensamento moderno sua propagação pelos demais ramos. Como não poderia ser diferente, conquanto importantes vozes se pronunciassem em contrário, muitos estudiosos buscaram empreender a aplicação deste método ao Direito. Acreditava-se que a objetividade das ciências naturais deveria ser reproduzida com fidelidade pela Jurisprudência. Somente assim o Direito poderia ser considerado ciência. Tão-só com a adoção dos pressupostos epistemológicos das ciências descritivas o Direito alcançaria sua dignidade científica.

Por séculos, sobretudo a partir do início do séc. XIX, os juristas têm buscado desenvolver um método que assegure o status científico à Jurisprudência. E muitos o fazem, justamente, sob a influência da Escola abstrata, mormente a partir da preleção filosófica de Kant e a ênfase na sistematização do conhecimento, um divisor de águas na história do pensamento. A título de ilustração, em contextos que serão esboçados, Savigny e Kelsen. O primeiro com profundos estudos que lhe garantiriam a primeira menção a uma ciência do Direito. O último como o artífice maior da criação duma ciência formal do Direito, o ponto alto do racionalismo na Jurisprudência. Em ambos uma nítida influência do modelo kantiano.

Desde então, no escopo de conter a influência da escola abstrata, a resistência ganhou corpo em nomes fundamentais como o do italiano Vico, e dos alemães Hegel e Dilthey. Como veremos, épocas e ambiências distintas. Sem jamais negar sua importância, a contraposição poderia ser considerada silenciosa. Não haveria de prevalecer. Os resultados produzidos pelas ciências naturais eram considerados expressivos. Sua validade universal incontestável. Assim, somente era reputado como ciência aquilo que não estivesse agrilhoado às contingências, leia-se, ao testemunho particular. Já o Direito, caminhava e caminharia em sentido diverso.

A Jurisprudência, e os jurisprudentes, teriam a dificultosa tarefa de lidar com os fatos. Sua imprevisibilidade. Sua suscetibilidade. A impossibilidade de sua manipulação. Ainda hoje se discutem meios de assegurar um estudo científico do Direito.

A influência racionalista ganhou foros de imponência com o Iluminismo. O pensamento filosófico que teve seu palco central em França, mas que encontraria movimentos similares em outros países como a Inglaterra e a Alemanha, estimulou a propagação do pensamento abstrato-racionalista das ciências naturais ao Direito. Escolas de pensamento jurídico se erigiriam calcadas sobre os pilares iluministas. Na França o racionalismo se manifestaria, principalmente, com a *Escola da Exegese*. Na Alemanha com a *Escola Histórica* e a *Jurisprudência dos Conceitos*.

Fundados na objetividade defendida de antanho no racionalismo, a atividade dos magistrados era encarada com censura. A interpretação nunca foi vista com bons olhos, pois se contrapunha à necessidade de objetividade que informava o paradigma de ciência. Doutro lado, o produto do legislador, em sua configuração final, não poderia ser remexido pelo aplicador da lei. Da lei. Não do direito.

O Direito Processual não ficaria isolado. Enquanto ramo do direito, também ele carregaria a influência racionalista e, no intento de alçar status científico daria início à sistematização de seu conhecimento. A preocupação científica faria com que o direito processual, mormente o civil, paulatinamente, tributário do positivismo legalista, se afastasse da realidade para a qual deveria se voltar. A criação de teorias, ditas "gerais", para a sistematização do saber, posto que nelas se verifique uma acentuada conotação científica, futuramente, seriam recebidas com censura por não possuírem uma ordem de relacionação ao plexo social. Com destacado avanço no plano abstrato restariam distantes da concretude da vida.

O título deixa bem ilustrado a linha de idéias que pretendemos expor no trabalho. A presente dissertação busca analisar os componentes do paradigma racionalista, paradigma da ciência moderna, traçando a repercussão desse princípio oculto, modo de conceber o mundo, desenvolvido séculos antes nas ciências naturais, no Direito.

O trabalho foi dividido em duas partes. A primeira segue o método hermenêutico-histórico, haja vista que estudaremos a significação do racionalismo a partir duma investigação histórica. Nela buscamos apontar os traços iniciais do racionalismo enquanto paradigma moderno, estudando cada um dos pressupostos

epistemológicos que o informam, o conceito de sistema, sobretudo dentro da teoria kantiana, e as críticas que lhe sucederam, notadamente quanto à irredutibilidade do sistema abstrato.

Ainda na primeira parte, o segundo capítulo é uma contextualização das idéias desenvolvidas no capítulo inicial na Jurisprudência. Trazemos o pensamento sistemático para o campo jurídico. Preocupamo-nos em demonstrar a repercussão do paradigma racionalista na teoria do Direito do séc. XIX, abordando a Codificação Sistematizadora, o Positivismo Jurídico e o Racionalismo Legalista que, por assim dizer, são os valores epistemológicos que se consagraram no Direito com o avanço das ciências naturais e do Iluminismo.

No concernente a segunda parte do trabalho, o método empregado foi o heurístico-crítico,[1] propício à preparação do trabalho ao aprofundamento e meditações posteriores. Nesta, o terceiro capítulo é destinado a uma análise das linhas gerais do processo civil, penal e trabalhista em que, tecendo algumas considerações sobre suas respectivas codificações, aponta-se a orientação que nelas fora observada, novamente denotando a inspiração do paradigma moderno.

O quarto e último capítulo é um exercício prático das idéias anteriormente desenvolvidas. Reservamos o último capítulo, ilustrando com o entendimento da doutrina e o jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar que, ainda hoje, em muitos aspectos, mantemo-nos fiéis ao paradigma da ciência moderna. Assim, são desenvolvidos estudos sobre a ação rescisória e a revisão criminal dos respectivos julgados, verificando-se a repercussão do pensamento sistemático nos campos processuais.

[1] MOLES, Abraham A. **A criação científica.** São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 88.

PARTE I

CAPÍTULO I – O RACIONALISMO E A QUESTÃO DE SISTEMA

Em sua expressão mais antiga podemos identificar o racionalismo já nos escritos de Platão. Todavia, tratando de racionalismo, não remontaremos a esse que é classificado por Hessen de *transcendente*.[2] Sem enveredar por extensa pesquisa histórica, daquilo que teria sido o "embrião" do racionalismo, perpassando o racionalismo de Agostinho que se funda na "iluminação divina", cognominado de racionalismo *teológico*,[3] impõe-se um salto ao Renascimento, quando foi hasteada a existência duma verdade da natureza, contrapondo-se à escolástica e a idéia da verdade pela revelação.[4]

Por derradeiro, algo que terá repercussões no Direito que, paulatinamente, perderá seu "caráter sagrado".[5] Em âmbito jurídico Hugo Grócio é apontado como o precursor do intento de afastar a jurisprudência de suas anteriores bases teológicas.[6] Eis que, nada obstante a assunção da existência de Deus, o direito natural seria algo que refoge a Ele.[7] Sob a influência racionalista o direito natural passou a ser produto da razão humana.

Fora no Renascimento que (re)surgem – surgiram com mais vigor – as meditações filosóficas sobre as possibilidades do conhecimento humano. Uma reflexão de tal ordem não era tão nítida nas filosofias grega e medieval.[8] Mais propriamente, não se questionavam as possibilidades do conhecimento humano até a obra de Descartes. Orbe em que se desenvolverá o pensamento "reducionista".

No capítulo também será realizada uma abordagem do Iluminismo, discorrendo-se sobre o pensamento de Kant, reputado um dos maiores expoentes do período da Ilustração, naquilo de pertinente aos nossos propósitos. No diálogo com Kant abordaremos a questão do *Sistema*.

---

[2] HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 50.
[3] HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 52.
[4] MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
[5] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 65.
[6] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959. p. 96, V. 2.
[7] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 151-152.
[8] ORTEGA Y GASSET, José. **Kant. Hegel. Dilthey.** Madrid: Revista de Occidente, 1958. p. 07.

Ressalve-se desde já a impossibilidade de delimitação geográfica do Iluminismo, bem assim de outras manifestações culturais, havendo quem afirme que não "houve, rigorosamente, um único Iluminismo, mas vários",[9] de modo a ditar o corte epistemológico pelo traço da historicidade. O que também será observado nos demais capítulos.

1. O Renascimento e o racionalismo

Assumindo que a natureza seja regida por suas próprias leis, caberia aos estudiosos decifrá-las através do uso da razão. Esta seria a única força que nos abre "la entrada al infinito; la que nos lo asegura y nos enseña a ponerle medida y límite, no que limitándolo en su ámbito, pero sí conociendo su ley, que todo lo abarca y penetra."[10]

> Embora o século XVII seja uma época em que os princípios da moral cristã ainda são reconhecidos pelos juristas, o corte com a metafísica, ao aproximar a jurisprudência da razão empírica do homem, afasta-a da base teonómica sustentada por uma visão teísta do mundo, por aquela visão em que a razão humana era incluída numa síntese teológica que abarcava a totalidade do mundo. Daí que os receios da Igreja tivessem algum fundamento. **Os sistemas de Descartes, de Locke, de Leibiniz e de outros autores ortodoxos eram viáveis sem a ortodoxia cristã que diziam defender. Os representantes mais ilustres deste século pressentem que o caminho da verdade pode ser percorrido sem o apoio da teologia.**[11] (grifo nosso).

No apontado marco histórico, consagra-se, dentre outros, o francês René Descartes (1.596). Apontado como o fundador da filosofia moderna,[12] na obra de Descartes se denota uma "preocupação pelos fundamentos das verdades científicas, em atitude de reserva contra meros argumentos de autoridade".[13] É o processo de dessacralização que principia no Renascimento e faz emergir o racionalismo, trazendo com ele o "prestígio das incipientes ciências positivas – exemplarmente a astronomia e a matemática."[14]

O primeiro homem moderno propugnava em seu *Discours de la méthode* (1.637) que o conhecimento passaria pela redução do objeto em tantas partes quanto

---

[9] MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, v. 3. p. 06.
[10] CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion.** México: Fondo de Cultura Económica, 1972. p. 55.
[11] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 369-370.
[12] HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 52.
[13] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 46.
[14] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 189.

fosse necessário.[15] Preocupava-se com a verdade. Cria-se na sua acessibilidade,[16] através da regra da evidência, isto é, por verdadeiro se admitia tão-somente aquilo que fosse indubitável.[17] O pensador francês erigiu a "dúvida" como método. Defendia o princípio da imanência, sustentando que a verdade poderia ser extraída mediante um método adequado, para ele, o hipotético-dedutivo.[18]

Para Descartes a apreensão da natureza através dos sentidos não fornecia a segurança desejada pela razão. Cotejando a possibilidade dos sentidos serem enganados, através deles não seria possível trilhar o caminho ideal à busca da certeza. Isolando-se num mundo de ceticismo que Descartes chegou ao primeiro princípio da filosofia, isto é, a primeira verdade que vislumbrou: sua própria existência; consubstanciada no *cogito, ergo sum.*[19]

A principal fonte da inspiração racionalista, o conhecimento matemático, pode ser verificado à saciedade em Descartes. É neste manancial que se inspira a maior parte de seus representantes,[20] podendo-se citar, dentre outros, Leibniz (1.646), Wolff (1.679) e Kant (1.724).[21] Aos seus seguidores, a razão era tida como a fonte primordial do conhecimento humano. Seus juízos eram marcados pela *necessidade lógica* e *validade universal*.[22]

Mas a matemática – o que renderia uma crítica contundente por estudiosos do quilate de Dilthey mais tarde – uma criação do espírito humano que se constitui numa "afirmação da grandeza e genialidade de seu criador", muito embora dotada do dom

---

[15] Então propugnava Descartes que o segundo passo consistiria "em dividir cada uma das dificuldades que devesse examinar em tantas partes quanto possível e necessário para resolvê-las". DESCARTES, René. **Discurso do método:** regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 33.

[16] "Nenhum cientista conhece o homem, nem o cosmos, nem coisa alguma em sua concretude. Só apreende aspectos unilaterais das coisas, só manipula abstrações. [...]. A verdade não é o fim de nossas pretensas "ciências", a não ser que elas venham a se transformar, que voltem a ser filosofia. Como Hegel tão bem percebeu, a verdade consiste no conhecimento do *todo*; e a falsidade é a apreensão unilateral, própria precisamente do cientista moderno, que se põe como uma apreensão do todo." VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

[17] MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Portugal: Coimbra, 2003. p. 361.

[18] CARVALHO, Janete Magalhães. **Discurso preliminar sobre a epistemologia da ciência do direito.** Discursos introdutórios na ciência do direito. Gilsilene Passon Picoretti Francischetto e Janete Magalhães Carvalho (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 02.

[19] MARÍAS, Julián. *Op. cit.* p. 233.

[20] HESSEN, Johannes. *Op. cit.* p. 50.

[21] "[…]. Y Kant formula la tesis de que lo que hay de científico en toda ciencia es, solamente, lo que hay en ella de matemático; lo que no puede comprenderse de un modo mecánico e cuantitativo en el sentido de la ciencia newtoniana de la naturaleza, no puede ser comprendido científicamente". BLOCH, Ernst. **Sujeto-objeto:** el pensamiento de Hegel. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1982. p. 62.

[22] HESSEN, Johannes. *Op. cit.* p. 48.

misterioso de elevar toda pesquisa na qual é chamada a prestar colaboração a um grau de precisão admirável, não é capaz de explicar o seu criador, o espírito humano.[23]

Nada obstante, o racionalismo cartesiano fundou as bases iniciais para a formação da ciência apriorística do século XVII, sendo ainda importante consignar que esta expressão racionalista é a "causa do espírito igualmente apriorista e anti-histórico que informa todo o século seguinte e culmina de forma dramática na Revolução Francesa".[24]

Aquilo, pois, que numa primeira abordagem seria complexo, no viés cartesiano, a partir da decomposição em seus elementos, gradativa, na medida em que não fosse alcançada a "simplicidade" (do unitário) ao sujeito cognoscente, seria tornado apreensível.[25] Só então, a partir do reducionismo que atinge o "singular" cognoscível, poder-se-ia seguir adiante. Desta feita, seria realizado o caminho inverso com a junção de todas as frações, elementos, para se atingir o conhecimento do todo.

Também em Newton (1.643) é possível de ser verificada a busca pela simplicidade e a pretensa estabilização do real. Em sua conhecida "experiência" com a queda da maçã, seleciona o evento através dum recorte do contexto, examinando-o de modo dissociado do todo que integra e das inúmeras imbricações que ele possui. Oportunamente, analisaremos o contributo científico com mais vagar.

A nota distintiva com o pensamento cartesiano será a do ponto de partida, já que se o primeiro partia da razão, dos princípios (postulados e axiomas matemáticos) e depois aos fatos, Newton fará o inverso, encetando nos fatos para, *a posteriori*, desvendar os princípios,[26] tendo na matemática a linguagem universal do saber.[27] O êxito logrado pelo método newtoniano impôs sua observância para além da física. Na censura de Cassirer:

---

[23] ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito.** Porto Alegre: SAFE, 1986. p. 13.

[24] MARÍAS, Julián. *Op. cit*. p. 241.

[25] "[...]. A descrição de todo objeto fenomenal, composto ou heterogêneo, inclusive em suas qualidades e propriedades, deve decompor este objeto em seus elementos simples. Explicar é descobrir os elementos simples e as regras simples a partir das quais se operam as combinações variadas e as construções complexas". **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 125.

[26] "Ao contrário dos filósofos do século XVII que constroem os seus sistemas partindo de certos dados ou axiomas, Newton, pressupondo somente que a realidade empírica não é uma massa inerte mas obedece a uma legalidade e a uma estrutura determinada e determinável, parte para a inteligibilidade do cosmos por via inversa, parte dos factos para os princípios". MARQUES, Mário Reis. *Op. cit*. p. 364-365. No mesmo sentido: "El camino del estudio físico no conduce ya de arriba abajo, de los axiomas y princípios a los hechos, sino al revés". CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion.** México: Fondo de Cultura Económica, 1972. p. 69.

[27] MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, v. 3. p. 04.

> El método de Newton no sólo sirve para la física, sino para todo saber en general, limitándolo de antemano a ciertas condiciones y fronteras, pues no podemos dar ningún paso hacia adelante si no utilizamos el compás del matemático y si la antorcha de la experiencia no ilumina nuestro camino.[28]

Impende registrar que não há um consenso entre os estudiosos sobre quem seria o responsável pelo "paradigma da ciência" moderna, sendo possível encontrar alusões ao paradigma cartesiano (anterior no tempo) ou ao paradigma newtoniano,[29] bem assim uma variação dos personagens que tiveram maior influência na formação de nosso paradigma atual de ciência.[30] Ponto de maior consenso é que o triunfo da razão frente à escolástica, sem olvidar os passos iniciais de Galileu e Kepler, veio com a descoberta da lei cósmica e a teoria da gravidade.[31]

Antes de avançar sobre os componentes do paradigma da ciência moderna, cumpre, de logo, atribuir um significado ao termo *paradigma*. Para tanto, não há como nos afastar da conhecida obra *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas Kuhn, quando o termo fora cunhado.[32] Neste trabalho, fator a lhe render algumas críticas, Kuhn apresenta uma pluralidade de significados ao termo em comento.

Por outro lado, com requintes de originalidade, "detectou sob os pressupostos ou postulados, um fundo coletivo de evidências escondidas e imperativas", a qual denominou de paradigmas, sustentando que "as grandes transformações na história das ciências eram constituídas por revoluções paradigmáticas".[33] A alteração de paradigmas nos abre uma nova porta ao mundo.[34]

---

[28] CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion.** México: Fondo de Cultura Económica, 1972. p. 71.

[29] Ao lado de Descartes e Newton, Cabral de Moncada alinha Gassendi como os padrinhos do século no domínio científico. MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, v. 3. p. 05.

[30] Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 46 e ss.

[31] VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico:** o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 61.

[32] ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 35.

[33] MORIN, Edgar. **O método 4:** as idéias. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002. p. 259.

[34] "O historiador da ciência que examinar as pesquisas do passado a partir da perspectiva da historiografia contemporânea pode sentir-se tentado a proclamar que, quando mudam os paradigmas, muda com eles o próprio mundo. Guiados por um novo paradigma, os cientistas adotam novos instrumentos e orientam seu olhar em novas direções. E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas vêem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. [...]. Na medida em que seu único acesso a esse mundo dá-se através do que vêem e fazem, poderemos ser tentados a dizer que, após uma revolução, os cientistas reagem a um mundo diferente." KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 147-148.

Ademais, também se constata uma variação de entendimentos sobre *paradigma* nas diferentes edições de sua obra. Calcados nessas observações seguiremos a doutrina de Morin, que confere maior abrangência ao termo paradigma, não se limitando ao saber científico,[35] senão o utilizando para todo o conhecimento, pensamento e sistema noológico,[36] definindo paradigmas como os "princípios ocultos que governam nossa visão das coisas e do mundo sem que disso tenhamos consciência".[37] Em todas as atividades que desempenhamos levamos conosco, no mais das vezes, inconscientemente, nossos paradigmas. É algo inerente a nossa cultura. Como que grafado em nós.

1.1. Os pressupostos epistemológicos da ciência moderna

Não basta apontar o surgimento do paradigma da ciência moderna, doravante também chamado de paradigma racionalista ou tradicional, sem dissertar sobre seus pressupostos. Destarte, impôs-se a abertura dum item específico para tratar dos pressupostos epistemológicos que o informam. Ao longo de todo o trabalho estaremos nos referindo a eles.

Tomando por base a lição de Maria José Esteves de Vasconcelos, cuja obra nos serviu para identificar a ausência dum consenso quanto à origem do paradigma da ciência moderna (item supra), verifica-se que seus pressupostos epistemológicos, leia-se, os valores consolidados no paradigma da ciência tradicional, podem ser identificados na *objetividade*, a *estabilidade* e a *simplicidade*. Aprofundemos.

Consoante preconizado a *objetividade* surge da necessidade de que o observador se distancie da análise do objeto, isto é, que durante a investigação se limite a um juízo descritivo, sem quaisquer cargas valorativas ou inquinada por suas impressões. A "pecha" da subjetividade comprometeria o resultado ou deixaria de apresentar o mundo como ele é. Como se o observador não fizesse parte da realidade ou da experiência que apreende e, assumindo um ponto de vista externo, fosse-lhe possível tão-só descrever tudo o que se passa em derredor. No campo do Direito este pode ser

---

[35] Em Vasconcellos, por exemplo, o termo paradigma está associado ao conhecimento científico. Em um de seus sentidos, pode ser equiparado, como o faz a autora, a um dos sentidos de epistemologia ou "quadro de referência epistemológico", para designar a visão do mundo que faz parte, é inerente, à atividade científica. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 43-45.
[36] *Ibid.* p. 261.
[37] MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 15.

apontado com Bobbio, como um dos fatores de surgimento do Positivismo Jurídico e o rechaço da Teoria Pura do Direito contra a doutrina do Direito Natural.[38]

Já a *estabilidade* diz respeito a uma pretensa inalterabilidade da relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível no tempo, como se aquele fato ou evento pudesse se repetir sucessivas vezes sem quaisquer variações. Por suposto, o mundo se apresentaria em estado acabado e não numa intermitente complexidade e processo contínuo de vir a ser.

Tendo em vista a suposta marca de invariabilidade dos fenômenos sempre se acreditou ser possível prever a ocorrência e manipulação de resultados dos mesmos. Para tanto, bastaria que fossem identificadas as *relações funcionais* entre eles, inclusive, com a possibilidade de reverter um resultado provocado. Eventuais resultados acidentais eram tributados à falta de conhecimento; a irreversibilidade como uma ilusão.[39] O pressuposto em alusão ficará mais esclarecido a partir do estudo de Kant, mais propriamente, da crítica que lhe fazem Hegel e, posteriormente, Dilthey.

Por último, o pressuposto da simplicidade diz respeito à crença de que seriam possíveis construções racionais simples (singelas). Conquanto se parta do princípio de que o mundo é complexo, os cientistas defendem que é possível ultrapassar a complexidade através duma simplificação da realidade. Como se subjacente ao caos estivesse sempre a ordem.[40]

Afirma-se que a ciência tradicional opera com uma *simplicidade atomizada*, de modo que, separando "em partes os constituintes do universo, a ciência procede também às separações entre os fenômenos: separa os físicos dos biológicos, os biológicos dos psicológicos e dos culturais, e assim por diante". Essa partilha, separação das partes, é chamada de *disjunção*.[41] Paralelamente, o avanço que a ciência logrou na época sofria uma propulsão a partir de sua maior especialização.[42] São as conhecidas restrições do

---

[38] BOBBIO, Norberto. **Direito e poder.** Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 23.
[39] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 81-88.
[40] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 74.
[41] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 75.
[42] "É, por exemplo, pulverizando-se em inúmeras especialidades que a medicina progride: existem especialistas dos ossos, do sangue, dos tecidos, do psiquismo. Mas a vítima, como todos sabem, desse processo de dispersão, é muitas vezes o próprio doente, pelo qual o especialista não se interessa e o qual conhece cada vez menos. Mesmo se reuníssemos o estado-maior dos especialistas, estaríamos longe de obter uma totalidade. Junte todos estes objetos das especialidades médicas, espalhados sobre a mesa de dissecação. Você não obterá o ser vivo que, mais que a soma dessas partes, é a combinação dinâmica destes elementos." VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

conhecimento a domínios particulares,[43] a, supostamente, propiciar uma hierarquia entre os integrantes da comunidade científica.[44]

Ainda dentro do pressuposto da simplicidade, fala-se em *causalidade linear*. Na busca de compreensão das disciplinas, com a especialização do saber, entendia-se possível a descoberta das "leis simples" de funcionamento de cada sistema. A *causalidade* é *linear*, pois trabalha com relações de causa e efeito, admitindo-se tão-só a idéia de *causa eficiente*. Dessa forma, algo que ainda está por vir não poderia explicar um fenômeno que já está acontecendo; e com a descoberta da *causa eficiente* se tornaria possível a manipulação dos fenômenos.[45]

Observa-se que a ciência tradicional, mais propriamente o paradigma da ciência moderna, não trabalha com a idéia de finalidade. Pelo contrário, uma vez que a teleologia é rejeitada. Tempos mais tarde caberia a Wilhelm Dilthey (1.833) segmentar as ciências em dois grandes grupos, propondo uma divisão antevista por Vico entre ciências naturais e ciências humanas, respeitando-se as especificidades próprias de cada objeto e, por conseguinte, com métodos adequados às diferentes realidades. O filósofo e historiador alemão verberava a "perspectiva reducionista e mecanicista das ciências naturais."[46]

Assim, dum lado teríamos as ciências naturais, as quais operam com a apontada *causalidade linear*; doutro teríamos as ciências humanas (hermenêuticas ou históricas), com um padrão diferenciado de cientificidade e sem dispensar a teleologia. Das ciências hermenêuticas não poderiam ser dispensadas as causas finais e os esquemas valorativos. O método eleito seria o da compreensão. Em suma, explica-se a natureza, mas se compreende o homem.[47] Os cânones para um e para outro não se confundem.[48]

2. A geração espontânea do Sistema

---

[43] VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 26.
[44] Cf. VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 75-76.
[45] VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 76-77.
[46] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 106-107.
[47] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 112.
[48] VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002. p. 64.

A gradativa superação da abordagem de viés cartesiano, encetada na matemática, mas que se dissemina e é encampada pela Biologia, Química, Física etc.,[49] fez com que nestes ramos científicos fosse desenvolvida, pioneiramente na Biologia – em destaque os esforços de Ludwig Von Bertalanffy –, a idéia, a construção racional, de *sistema*.[50] A mudança vai implicar numa reviravolta na cognição, leia-se, na apreensão da realidade. Não se quer com isso negar o êxito logrado pelo reducionismo, pois "a busca do elemento primário levou ao conhecimento da molécula, depois do átomo, depois da partícula".[51] Todavia, diante das "novas" possibilidades de conhecimento, impunha-se o desenvolvimento dum novo método.

A guinada da razão e, pouco a pouco, o avanço do conhecimento, derrubaram convicções como a da necessária redução em unidade. O singular, inexoravelmente, revelaria a pluralidade. O próprio átomo bem ilustra esta perspectiva, descobrindo-se que em sua característica elementar, por suposto, "mínima", é informado pela pluralidade. Esta manifestada em inter-relação contínua de suas partículas, hoje calculadas em mais de duzentas.[52]

A seu turno, para o conhecimento e compreensão das partículas, não podem ser olvidadas as características que elas adquirem enquanto partes integrantes do todo, pois que, como assevera Morin, têm sua significação influenciada por ele.[53]

O conhecimento através da organização e harmonização em forma de *sistema* inaugurou outra possibilidade de conhecimento da realidade. Desta feita, como já registrado, desencadeou-se um movimento de sistematização, cujos primeiros passos

---

[49] "Por sua vez, a biologia moderna *dá vida* à idéia de sistema, arruinando ao mesmo tempo a idéia de matéria viva e a idéia de princípio vital que anestesiavam a idéia sistêmica incluída na célula e no organismo. [...].
"Sendo assim, em todos os horizontes, físicos, biológicos, antropossociológicos, se impõe o fenômeno-sistema." MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 127-128.
[50] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 186.
[51] *Ibid*. p. 157.
[52] MORIN, Edgar. **O método 1:** a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 126.
[53] "É na base da física que se opera uma reviravolta no início do Séc. XX. O átomo não é mais a unidade primeira, irredutível e indivisível: é um sistema constituído de partículas em interações mútuas.
[...].
"Nestas condições, não apenas a explicação reducionista deixa de convir para o átomo, do qual nenhum caractere ou qualidade pode ser induzido a partir das características próprias a suas partículas, mas são os traços e caracteres das partículas que, no átomo, só podem ser compreendidos quando referidos à organização deste sistema. *As partículas adquirem as propriedades dos sistemas bem mais do que o sistema adquire as propriedades das partículas.* Não se pode entender, por exemplo, a coesão do núcleo, composto de prótons associados e nêutrons estáveis, a partir das propriedades específicas dos prótons, que em espaço livre se repelem mutuamente, e dos nêutrons, que, instáveis em espaço livre, se decompõem cada um em próton e elétron." MORIN, Edgar. **O método 1:** a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 126-127.

foram palmilhados pela Biologia. É a busca da certeza através do conhecimento científico. Logo, passa a ser corolário da cientificidade.

No ensejo, anote-se que o sentido atual de *sistema* não se confunde ao seu sentido clássico. De antanho era empregado por Sexto Empírico como "o conjunto formado por premissas e conclusão ou o conjunto de premissas (*Pirr. Hyp.*, II, 173)",[54] donde se denota sua estrutura silogística ou de *modelo lógico*.[55] Posteriormente, seria utilizado em filosofia para designar o "discurso organizado dedutivamente, ou seja, um discurso que constitui um todo cujas partes derivam umas das outras".[56]

O tema não passaria despercebido do pensamento filosófico. Para os estóicos, por exemplo, o vocábulo *sistema* era tomado como sinônimo de *ordem*, na crença duma "ordem do mundo" ou "ordem cósmica".[57] Mas o estudo e conceito de *sistema* ganharia maior relevo séculos após. É com Emanuel Kant que se difunde o ideal sistemático como condição essencial para que um dado conhecimento vulgar possa alçar o status científico. No mesmo sentido podemos ilustrar com Fichte, Hegel e Croce.[58] Sem olvidar que Kant fora muito influenciado por seu mestre Wolff, cujo conceito se moldava no de procedimento matemático. O último concebia o *sistema* como um "conjunto de verdades ligadas entre si e com seus princípios".[59]

Todavia, Kant ainda iria além da linha de pensamento que o antecedeu ao incutir a *unidade do princípio* como fundamento do *sistema*.[60] É o que consta de sua famosa *Crítica da Razão Pura* quando fala em organização em torno de uma unidade sistemática.[61] No contributo kantiano, a unidade do *sistema* enquanto possibilidade de ser deduzido dum único princípio foi responsável por disseminar o conceito pela literatura filosófica romântica.[62]

> Os sistemas parecem ter sido criados, como os vermes, por uma *generatio aequivoca*, a partir da simples confluência dos conceitos reunidos, ao princípio truncados e, com o tempo, completos; contudo possuíam todos o

---

[54] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 908.
[55] MACEDO, Silvio de. "Sistema". **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 69. p. 191.
[56] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 908.
[57] FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofia.** 4. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1958, T. IV. p. 2.704.
[58] *Ibid.* p. 909.
[59] WOLFF, *Log.*, §889 *apud* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 908.
[60] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 908.
[61] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 657.
[62] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 909.

> seu esquema, como um gérmen primitivo, na razão que simplesmente se desenvolve; por isso, não só cada um deles está em si articulado segundo uma idéia, mas além disso encontram-se todos harmoniosamente unidos entre si, como membros de um mesmo todo, num sistema de conhecimento humano e permite uma arquitectónica de todo o saber humano, que agora, estando já reunido tanto material ou podendo ser extraído das ruínas de velhos edifícios desmoronados, não só seria possível, mas ainda nem seria difícil.[63]

Insistindo no excerto, o *Sistema* é um constructo da evolução do pensamento, como que gerado espontaneamente pela evolução do saber a permitir uma aproximação diferenciada do objeto e tornar viável o seu conhecimento. Eis que é revelada a "impropriedade" da análise empreendida através da cadeia reducionista, pois mesmo a partícula, enquanto singular, tem seu sentido determinado pelo plural, que com ele não se confunde, mas que dele agrega uma nova carga de conhecimento. Deste modo, a compreensão dela, partícula, do todo não pode se desprender.[64]

Em síntese, inicialmente pautado na orientação de que o caminho do conhecimento necessariamente trilhava a vereda dissociativa, fracionamento das "dificuldades" em quantas partes fosse possível e necessário, ato seguinte, o caminho inverso; na contemporaneidade, sobretudo pela influência do pensamento kantiano, adiante estudada com mais vagar, é amplamente aceita a concepção de que tudo é formado por *sistemas* e, através deles nos é possível a apreensão dos objetos. Permita-se o escólio de Morin:

> Todos os objetos-chave da física, da biologia, da sociologia, da astronomia, átomos, moléculas, células, organismos, sociedades, astros, galáxias, constituem sistemas. Fora dos sistemas, há apenas a dispersão particular. Nosso mundo organizado é um arquipélago de sistemas no oceano da desordem. Tudo que era objeto tornou-se sistema. Tudo o que era até mesmo uma unidade elementar, inclusive e sobretudo o átomo, virou sistema.
> [...].
> Assim, a vida é um sistema de sistemas, não apenas porque o organismo é um sistema de órgãos, que são sistemas de moléculas, que são sistemas de átomos, mas também porque o ser vivo é um sistema individual, que participa de um sistema de reprodução, que tanto um quanto outro participam de um ecossistema, que participa da biosfera [...].[65]

Edgar Morin faz ressalva ao emprego do termo *sistema* (singular), e não na forma plural, o que revelaria uma espécie de retorno ao pensamento dissociativo que

---

[63] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 659.
[64] "Sob o domínio da razão não devem os nossos conhecimentos em geral formar uma rapsódia, mas um sistema, e somente deste modo podem apoiar e fomentar os fins essenciais da razão." KANT, Immanuel. KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 657.
[65] MORIN, Edgar. **O método 1.** p.128-129.

outrora impregnava a visão de mundo.[66] Consignado o alerta, doravante, utilizamos o termo apenas como abstração didática. Por oportuno, a mesma preocupação não pareceu informar, séculos antes, o pensamento kantiano. Para o filósofo alemão seria possível construir um *sistema* que abarcaria todos os demais a partir da assunção dum fim supremo, o qual está relacionado com a *unidade arquitectónica*.[67]

Hodiernamente, impende registrar que o termo *sistema* é empregado sem vínculo com o significado preconizado de antanho, também sendo usado para designar "qualquer organismo dedutivo, mesmo que não tenha um princípio único como fundamento".[68] O alerta é necessário, haja vista que mais adiante iremos analisar conceitos que não guardam uma exata correlação com a doutrina kantiana. No entanto, sempre carregam a herança da unidade sistemática.

A organização do conhecimento, a própria possibilidade do conhecimento, impele a sistematização. Fundamental que não adotemos em sinonímia os termos *sistema* e *organização*, sob pena de apontar uma redundância pelo próprio cultor das idéias por nós encampadas: "O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado".[69] É uma *articulatio* e não uma *coacervatio*.[70] A organização é um apanágio necessário do *sistema*. O tema merecerá outros apontamentos quando formos tratar do Ordenamento Jurídico.

3. O conceito de Sistema

Muito embora o fenômeno *sistema* seja notado em tudo, nas ciências sua idéia ainda peca pela falta de clareza. O uso do termo é inversamente proporcional às suas explicações. Os estudiosos se valem do *sistema* sem reservar linhas elucidativas acerca de sua idéia.[71] Novamente no diálogo com Morin, entendemos o porquê:

---

[66] **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 129.

[67] "Os fins essenciais não são ainda, por isso, os fins supremos; só pode haver um único fim supremo (numa unidade sistemática perfeita da razão)." KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 662.

[68] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 909.

[69] KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 657.

[70] ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 908.

[71] MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 129-130.

> [...] ora a dupla e exaustiva atenção aos elementos constitutivos dos objetos às leis gerais que os regem impede qualquer surgimento da idéia de sistema, ora a idéia emerge sutilmente, subordinada ao caráter *sui generis* dos objetos considerados disciplinarmente. Assim, em seu sentido geral, sistema é uma palavra envelope; em seu sentido particular, adere de forma inseparável à matéria que o constitui: nenhuma relação é então concebível entre os diversos empregos da palavra sistema: sistema solar, sistema atômico, sistema social; a heterogeneidade dos constituintes e dos princípios de organização entre sistemas estelares e sistemas sociais é tão evidente e chocante que aniquila toda a possibilidade de ligar em uma só as duas acepções do termo sistema.[72]

Mesmo em Karl Ludwig von Bertalanffy (1.901) e sua *Teoria geral dos sistemas,* obra que é um marco no estudo do tema, Morin anota que não há uma reflexão conceitual. Imbuído da tarefa de suprir a lacuna do pensamento, o filósofo francês enfrenta a problemática, asserindo ser a "*unidade global organizada de inter-relações entre elementos, ações ou* indivíduos",[73] não deixando o conceito de "organização" ser sufocado pelo de inter-relação, como destaca na maioria dos pensadores. Trabalha, pois, com "inter-relação" e "organização", o que faz sob o enfoque da complexidade, paradigma ou princípio oculto que não informa o nosso estudo. A empresa aguarda por foros mais adequados.

Adiante nos reportamos ao pensamento de Kant para examinar o conceito de *sistema*. A consulta da obra deste filósofo alemão se impõe. Sem atropelo, antes de aprofundar o estudo, insta que se traga à baila a preocupação de Kant com as possibilidades do conhecimento. Como fruto destas meditações examinou o conhecimento do conhecimento ou o "conhecimento de segunda ordem".[74]

3.1. O conhecimento do conhecimento

A linha do pensamento que antecede ao gênio de Kant e sua produção bibliográfica, em específico a *Crítica da Razão Pura* (1.781), revela um embate

---

[72] MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 130.

[73] MORIN, Edgar. **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 132.

[74] "O esforço para dar um fundamento ao conhecimento não parou de ocupar a investigação filosófica. Mas o conhecimento do conhecimento só emergiu como problema fundamental com a "revolução copernicana" de Kant, que fez do conhecimento o objeto central do conhecimento.
"A reflexidade kantiana realiza uma objetivação fundamental da atividade cognitiva, a qual se torna objeto de um conhecimento de "segunda ordem", conhecimento referente ao conhecimento, estabelecendo princípios relativos aos princípios e categorias relativas a categorias. Desde então, um metaponto de vista permite examinar as condições, possibilidades e limites do conhecimento." MORIN, Edgar. **O método 3:** o conhecimento do conhecimento. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 27.

intelectual entre idealistas e realistas. Em ambos a pretensão de exclusividade do conhecimento. Coube ao aclamado filósofo alemão, cuja obra e brilhantismo de idéias mereceram propagar por todo o conhecimento,[75] buscar "realizar uma nova síntese, capaz de albergar os elementos do racionalismo de Descartes e do empirismo de Bacon".[76]

As bases do pensamento que fomentaram seu legado são ainda anteriores, reservando a parte final de sua obra para expor o contexto histórico da *Razão Pura*, mencionando Epicuro (sensualista) e Platão (intelectualista).[77] Enquanto os idealistas pregavam que o único conhecimento racional seria o lógico-matemático, estranho às sensações, aos empiristas, o conhecimento da realidade, necessariamente, passava pela empiria, "na certeza sensível que as coisas que estão no mundo provocam no sujeito cognoscente."[78] Afere-se que o embate intelectual se prolongou durante séculos. No século, XVIII, por exemplo, um grande representante do *sensualismo* fora Condillac (1.715), defendendo que todas as idéias eram oriundas dos sentidos em seu *Traité des Sensations* (1.754).

Como dantes afirmado tanto no racionalismo quanto no seu antípoda empirismo existia uma pretensão hegemônica do conhecimento por parte de seus respectivos caudatários. Kant não só pretendeu, como de fato conseguiu, a conciliação dos diferentes pontos de partida, conhecimentos racional e empírico,[79] demonstrando,

---

[75] "Merced al genio de Kant se ve en su filosofía funcionar la vasta vida occidental de los cuatro últimos siglos, simplificada en aparato de relojería." ORTEGA Y GASSET, José. *Op. cit*. p. 03-04.

[76] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 48.

[77] "*Em relação ao objecto* de todos os nossos conhecimentos da razão, alguns *filósofos* foram simplesmente *sensualistas*, outros simplesmente *intelectualistas*. Epicuro pode ser chamado o filósofo mais eminente da sensibilidade, Platão do intelectual. Mas esta distinção das escolas, por mais subtil que seja, tinha já começado nos tempos mais antigos e manteve-se sem interrupção. Os da primeira escola afirmavam que não havia realidade a não ser nos objectos dos sentidos e que tudo o resto era imaginação; os da segunda, ao contrário, diziam que nos sentidos/nada havia senão aparência, apenas o entendimento conhecia o verdadeiro. Os primeiros não contestavam, porém, realidade aos conceitos do entendimento, mas para eles essa realidade era apenas *lógica*, enquanto para outros era *mística*. Aqueles admitiam *conceitos intelectuais*, mas apenas *objectos sensíveis*. Estes exigiam que os verdadeiros objetos fossem apenas *inteligíveis* e afirmavam uma *intuição* de um entendimento puro, que se produzia sem o auxílio de quaisquer sentidos, os quais, segundo eles, apenas embaraçavam". KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 672.

[78] ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 92.

[79] Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26.

antes, sua complementaridade,[80] isto é, que o conhecimento é o produto duma síntese da sensibilidade com a razão.[81]

Guardadas as devidas proporções, podemos visualizar na máxima que daí se extrai: todo conhecimento principia na experiência, mas nem todo ele deriva dela. Nesta senda: "O reconhecimento de que os objetos da realidade são conhecidos, primeiramente, pela certeza sensível, não dá, porém, a tal conhecimento, a condição de racional, pois, falta-lhe esforço do intelecto."[82] Não se discute a essencialidade da experiência ao conhecimento. No entanto, através dela nos é fornecido o contingencial. Para que o conhecimento possa alçar concepções necessárias e universais ele necessariamente tem de se processar racionalmente,[83] carente que é desse esforço intelectual. Ademais, uma necessária comprovação empírica do pensamento também o limitaria às contingências. Kant demonstraria, pois, que nem tudo que é racional precisa ser demonstrado empiricamente. Ao demonstrar isso, ainda que não fosse o seu intento, são lançadas as bases para que o pensamento possa se desenvolver no plano abstrato sem uma ordem de preocupação com a sua posterior relacionação ao plexo social. A nosso ver, a partir daí é definitivamente quebrada a necessidade de subordinação da especulação ao empírico.

Mas o pensador alemão ainda iria muito além desta harmonização, a qual, em tempos idos, tem suas linhas iniciais no intelectualismo aristotélico. Dizia ele, pois, que o conhecimento nascia na experiência externa, mas que o espírito humano não era vazio. Não existiam "idéias inatas", conteúdos inerentes ao ser humano, como pregava o racionalismo cartesiano, mas sim formas de conhecimento: "recipientes vazios que a experiência vai enchendo com conteúdos concretos".[84] Os fatores racional e empírico se combinam, não porque os primeiros derivem dos últimos, mas porque a experiência já encontra um "terreno fértil" para que o pensamento possa se desenvolver.

Logo, o "pensamento não se comporta receptiva e passivamente em face da experiência como no intelectualismo, mas espontânea e ativamente",[85] sendo um

---

[80] Algo que já havia sido buscado por Aristóteles com o intelectualismo, segundo anota Hessen. *Op. cit.* p. 60.
[81] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introduccion al derecho:** Nociones preliminares, teoria general, enciclopedia juridica, historia de las ideas. 12. ed. Buenos aires: Abeledo-perrot, 1980. p. 744.
[82] ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 92.
[83] LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito.** Campinas: Bookseller, 2000. p. 255.
[84] HESSEN, Johannes. *Op. cit.* p. 62.
[85] HESSEN, Johannes. *Op. cit.* p. 63.

"possibilitador da experiência, vale dizer, possibilitador do conhecimento da realidade empírica, do conhecimento das ciências reais".[86] No *apriorismo* kantiano a experiência impulsiona, mas não é limite.[87] A esse conhecimento que nasce da experiência, mas que por ela não é restringido, Kant cognomina de transcendental.[88]

A compreensão do tema perpassa a distinção entre *imanência, transcendência* e *transcendental*. O último cunhado por Kant. Por imanente se entende aquilo que está contido em, que permanece em; ao passo que por transcendente se concebe aquilo que excede ou transcende algo. Assim, dentro dum esquema realista, "o conhecimento é conhecimento das coisas, e as coisas são transcendentes a mim". Já num esquema idealista, "as coisas são algo imanente, e meu conhecimento é de minhas próprias idéias".[89]

Noutro passo, se afirmo que as "minhas idéias são das coisas", o quadro se altera por completo: a uma porque não estarei limitando meu conhecimento a uma apreensão "inerte" da realidade, como se as coisas pudessem ocorrer, independentemente, de meu eu; a duas porque minhas idéias não se desenvolvem apenas em cima de outras idéias, mas por sobre algo que apreendi da realidade, da *coisa como ela aparece* para mim.[90]

> Se o conhecimento fosse transcendente, conheceria coisas externas. Se fosse imanente, só conheceria idéias, o que há em mim. Entretanto, é transcendental: conhece os fenômenos, ou seja, as *coisas em mim* (sublinhando os dois termos desta expressão). Aqui surge a distinção kantiana entre o fenômeno e coisa em si.[91]

Conforme observa João Maurício Adeodato mesmo em Kant seria negada a possibilidade do conhecimento das "coisas como elas são em si mesmas", vez que a "percepção é sempre relativa ao observador". Não no sentido de subjetivismo, cuja variabilidade estaria ligada os olhos do observador, mas da própria impossibilidade

---

[86] *Ibid.* p. 68.
[87] É a questão que formula acerca da existência de juízos sintéticos *a priori*. Dum lado há juízos analíticos, cujo predicado está contido no sujeito, os quais são *a priori*; doutro, há juízos sintéticos, aqueles em que o predicado é agregado ao sujeito, e não nele contido, os quais são *a posteriori*. Kant se pergunta quanto à possibilidade de juízos sintéticos *a priori*, isto é, que agreguem uma carga de informação, mas que não precisem ser confirmados na prática. Conclui quanto à sua possibilidade na matemática e na física.
[88] ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.
[89] MARÍAS, Julián. *Op. cit.* p. 313.
[90] *Ibid.* p. 313.
[91] *Ibid.* p. 314.

humana, natural, de fazê-lo.[92] O que é cognoscível não é a coisa em si (o absoluto, o "nômeno"), mas apenas sua manifestação, isto é, os fenômenos,[93] as aparições.[94] Nesta separação se estruturam as bases para a distinção entre o mundo da natureza e o mundo da cultura.[95] Para Kant o pensamento não se adapta às coisas, senão o contrário.[96]

Explicando nossa assertiva supra acerca do encontro do "terreno fértil", queremos dizer que o material obtido pela experiência será colocado em "recipientes". Se falamos em "recipientes", comungando da expressão utilizada por Hessen, é porque pressupomos que exista uma pré-ordenação das faculdades, as cognominadas *intuições puras* de Kant que, localizadas no *a priori* do espírito,[97] "são as formas em cujo interior se ordena a multiplicidade fornecida pela sensação".[98] Em Kant: o espaço e o tempo.

As *intuições puras* são as "***condições de possibilidade*** para a apreensão dos fenômenos sensíveis".[99] Sem o espaço não nos seria possível "conceber a coexistência das coisas". Ao passo que o tempo, também forma, permite-nos "conceber a ordem em que se passam os fatos."[100]

Todo o nosso conhecimento é composto de dois elementos, quais sejam, o *dado* e o *posto*. O dado seria o caos de sensações que se formam em nós a partir dos fenômenos. Mas o caos é antagônico ao conhecimento. Desta maneira, para que o conhecimento se produza é imperioso que esse caos passe por uma ordenação, o que vai ocorrer por intermédio das referidas *intuições puras*.[101]

Por conseqüência, considerando que nossa mente não se queda inerte no processo ao conhecimento, contribuímos ativamente com as noções de *tempo* e de *espaço*. As *intuições* são adjetivadas *puras*, em virtude de não pertencerem ao campo empírico. Muito pelo contrário, as *intuições puras* são as condições essenciais para que a própria experiência possa ocorrer. Possibilitam o conhecimento: "São as formas em

---

[92] ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 31.
[93] CARVALHO, Janete Magalhães. *Op. cit*. p. 05.
[94] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. p. 745.
[95] POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 144.
[96] MARÍAS, Julián. p. 314.
[97] PASCAL, Georges. *Op. cit.* p. 51.
[98] PASCAL, Georges. *Op. cit.* p. 52.
[99] ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.
[100] LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito.** Campinas: Bookseller, 2000. p. 256.
[101] MARÍAS, Julián. *Op. cit*. p. 317.

que alojo minha percepção. Portanto, são algo anterior às coisas, pertencentes à subjetividade pura".[102]

Muito além da conciliação entre as origens do conhecimento, se racional ou empírica, a "revolução copernicana" da proposta de Kant reside no estudo acerca das possibilidades (limitações) humanas do conhecimento, e não de sua fonte. Seu enfoque era de ordem gnosiológica, isto é, do como se é possível conhecer.[103] Com seus estudos ainda logrou divisar a filosofia das ciências, "pues mientras cada una de estas últimas tiene su objeto proprio, *el objeto de la filosofía es, en cambio, el conocimiento mismo, el análisis de la ciencia*."[104] Quinze anos se passaram para que o filósofo realizasse esse projeto, originando a *Kritik der reinen Vernunft* (*Crítica da Razão Pura* – CRP) de 1.781.[105]

Divergindo do racionalismo de corte cartesiano no que respeita à tese das "idéias inatas" Kant distinguiu formas *a priori* ao conhecimento, chegando ao conceito de *intuição*, desenvolvido na *Estética transcendental* (estética entendida como sensibilidade).[106]

3.2. O conceito kantiano de sistema

É na ambiência esposada nas linhas anteriores que devemos examinar a obra de Kant naquilo que nos interessa: o conceito de *Sistema*. Enaltecendo sua importância na CRP, repise-se que para ele a "unidade sistemática" é uma condição indispensável para que o conhecimento vulgar possa alçar a dignidade científica. Vejamos o excerto de sua obra: "Por *arquitectónica* entendo a arte dos sistemas. Como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento vulgar em ciência, isto é, transforma um simples agregado desses conhecimentos em sistema" e continua, "a arquitectónica é, pois, a doutrina do que há de científico no nosso conhecimento em geral e pertence, assim necessariamente à metodologia".[107]

---

[102] MARÍAS, Julián. *Op. cit*. p. 317.
[103] ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit.* p. 26.
[104] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Op. cit*. p. 744.
[105] CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000. p. 229.
[106] MARÍAS, Julián. *Op. cit.* p. 316.
[107] KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 657.

Em suma, sobretudo com as palavras que dedicou ao tema na parte final da CRP, "Kant recomendava que a filosofia e o saber científico deveriam elaborar-se e apresentar-se como **sistemas**".[108]

> A legislação da razão humana (filosofia) tem dos objectos, a natureza e a liberdade e abrange assim, tanto a lei natural como também a lei moral, ao princípio em dois sistemas particulares, finalmente num único sistema filosófico. A filosofia da natureza dirige-se a tudo o que é; a dos costumes somente ao que *deve ser*.
> Toda filosofia é, ou conhecimento pela razão pura ou conhecimento racional extraído de princípios empíricos. O primeiro chama-se filosofia pura, o segundo, filosofia empírica.[109]

Partindo daí podemos entender a lição de Villey de que o direito não é uma ciência autônoma ou autárquica, uma vez que dependeria, "quanto a seus princípios, de uma outra disciplina que antigamente se chamava "arquitetônica".[110] Novamente com Villey: "Toda ciência do direito está *suspensa* a um sistema geral de filosofia".[111]

Aos olhos atentos já é possível perceber com clareza a influência das meditações kantianas no *Normativismo Jurídico* de Hans Kelsen.[112] Dentre outros, poderíamos vislumbrar com o termo "ideia", "fins capitais da razão", destituída de conteúdo, e a norma fundamental kelseniana, também um primado lógico não redutível aos conteúdos, tal e qual sua concepção de *sistema*; e o dualismo kantiano, entre *ser* e *dever ser*, que já data dos escritos de Hume.[113] O filósofo austríaco foi um dos principais nomes e responsáveis em levar ao Direito uma "parte da gnoseologia e a busca pela pureza metodológica da Escola de Marburg".[114]

Se como vimos alhures a busca da unidade – aqui considerada como o singular – ditava o caminho a se percorrer para atingir o conhecimento, pressupor o *sistema* é assumir a idéia de pluralidade, sem que possamos desvencilhar seus elementos e manter

---

[108] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.
[109] KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 662.
[110] VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. prefácio François Terré; tradução Márcia Valéria Martinez de Aguiar; revisão técnica Ari Solon. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 15.
[111] VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 15.
[112] ROCHA, José Elias Dubard de. *Op. cit.* p. 58.
[113] ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005. p. 16-17.
[114] ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 24.

a fidelidade ao seu sentido, haja vista que cada uma delas concorre para o conhecimento das restantes, jungindo-se pela partilha da finalidade.[115]

> Para se realizar, a ideia tem necessidade de um *esquema*, isto é, de uma pluralidade e de uma ordenação das partes que sejam essenciais e determinadas *a priori* segundo o princípio definido pelo seu fim. O esquema, que não for esboçado segundo uma ideia, isto é, a partir de um fim capital da razão, mas empiricamente segundo fins que se apresentam acidentalmente (cujo número não de pode saber de antemão), dá uma unidade *técnica*. Mas aquele que surge apenas em conseqüência de uma ideia (onde a razão fornece os fins *a priori* e não os aguarda empiricamente) funda uma unidade *arquitectónica*.[116]

Esboça-se, pois, duas possibilidades de ordenação das partes: de um lado, a unidade *arquitectónica*, a qual é desenhada *a priori*, dissociada de elementos empíricos, caracterizando-se por ser: formal (conhecimento puro), clara, evidente, necessária e dotada de generalidade,[117] de modo a transcender o tempo e o espaço; d'outro, a unidade *técnica*, que toma em consideração dados acidentais provenientes da experiência, delimitável no espaço e temporalmente. Do ponto de vista kantiano, somente no primeiro caso poderíamos falar em ciência.[118] A recepção de elementos da experiência poderia fazer do *sistema* uma rapsódia e, por conseguinte, torná-lo carente de cientificidade.[119]

Relembremos a máxima kantiana da experiência como pressuposto do conhecimento. O que não implica em admitir um raciocínio próximo, qual seja, o de que todo o conhecimento derivaria da experiência. Necessário não perder de vista que a experiência nos fornece algo contingencial. A pretensão de universalidade e validez científica, não poderia ficar a cargo exclusivo da empiria.

---

[115] KANT, Immanuel. *Op. cit.* 657.
[116] *Ibid.* p. 657-658.
[117] ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.
[118] *Op. cit.* p. 658.
[119] Transcrevemos a seguinte passagem de Ovídio Baptista, em que se ilustra a influência de elementos acidentais: "O matemático, ao descrever uma equação de 2º grau, fica dispensando de demonstrar, através de um exemplo, que sua descrição é correta? Para o engenheiro, os cálculos continuarão corretos, mesmo que a ponte seja levada pela correnteza. Poderemos certamente acusá-lo de não ter visto, com o rigor exigido, o volume de água provocado pelas chuvas que a destruíram. Entretanto, ainda neste caso, os cálculos, enquanto equações algébricas, permanecerão eternamente corretos. O erro decorreria de uma insuficiente previsão meteorológica, ou até mesmo de equivocado cálculo de resistência dos materiais, nunca porém da álgebra. O Iluminismo pretendeu que o direito fosse construído com o mesmo "material" com que se constroem a geometria e a álgebra." SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Direito Material e Processo**. Polêmica sobre a ação. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006. p. 56.

A unidade *técnica*, alcançada *a posteriori*, não se compatibiliza com o estabelecimento dum único fim supremo interno.[120] A entrada de elementos acidentais colhidos da experiência é incompatível com a unidade traçada anteriormente. É como associar, nas palavras de Giorgio Del Vecchio, o conhecimento baseado na experiência na constatação de que, sendo brancos os cisnes num determinado país, não se nega que em outros lugares possuam outras cores.

Por outro lado, o mesmo não se dá com o conhecimento *a priori*, proveniente do intelecto, vez que podemos afirmar que a "soma dos ângulos de um triângulo é igual a dois rectos", sem que essa afirmação possa ser desmentida por qualquer experiência, haja vista que tal sucederá, independentemente, da espécie de triângulo utilizado.[121]

Assim, forja-se a máxima de que o conhecimento oriundo de raciocínios dedutivos permitiria verdades racionais, ao passo que o mesmo não ocorreria com as verdades empíricas,[122] agrilhoadas que o são ao testemunho particular. Às verdades empíricas devemos ter redobrada cautela, em virtude de que a "verdade genérica, se assenta em base empírica, não pode ser convertida em axioma, ou, sequer, dogmatizada, sob pena de se transformar em obstáculo para as futuras observações e experiências."[123]

O *Sistema* é um caminho inolvidável ao conhecimento científico. A sistematização visa evitar que os conhecimentos adquiridos formem uma rapsódia, pois só através do *Sistema*, o conhecimento poderia embasar e fomentar os fins essenciais da razão.[124]

Anotando-se uma característica fundamental do conceito de *Sistema* nas linhas que sucedem, qual seja, da *unidade*. Como já apontado, Kant concebia o sistema como sendo a "unidade de conhecimentos diversos sob a mesma ideia".[125] A importância da "unidade" dispensaria maiores considerações, sendo apenas cauteloso destacar sua indispensabilidade para que possamos dissertar um *Sistema*, concebida em abstrato. Kant emprega o termo lhe dando uma característica formal, a qual não se reduz a qualquer conteúdo, sem subserviência à quaisquer contingências e, dessa forma, empresta-lhe um caráter universal.

---

[120] KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 658.
[121] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 2. p. 32-33.
[122] *Ibid.* p. 33.
[123] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 2. *Op. cit.* p. 33.
[124] KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 657.
[125] KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 657.

Conquanto o trabalho pudesse ficar enriquecido com as palavras de outros estudiosos do assunto, as lições de Morin são suficientes aos propósitos traçados, sobretudo em razão do mesmo ter se proposto a analisar os diferentes sentidos e conceitos de *sistema*. Para tanto, remonta ao século XVII, identificando a *unidade* e a *inter-relação dos elementos* como constantes.[126] Também aqui, não podemos esquecer a idéia de organização, dado que os conceitos se conectam.[127]

Contextualizando ao Direito, dentro da tripartição clássica da filosofia, a estratégia epistemológica de Kelsen consistiu em deslocar o "conhecimento jurídico do Ethos ao Logos, pelo qual diferencia as proposições das ciências jurídicas como leis científicas e as normas jurídicas como leis vigentes."[128] Procedendo desta forma, para manter a pureza, retirou do direito qualquer possibilidade de caráter empírico, pois que mantendo no Logos, lógica, restringiu o fenômeno jurídico a relações formais, ao conhecimento da norma jurídica.[129]

Para que pudesse lograr êxito na empresa, o filósofo austríaco recorreu a um deslocamento epistemológico em que "as proposições jurídicas, ou seja, as leis científicas do direito, não se confundem com as leis vigentes de um sistema particular, as quais, são objetos daquelas, ou melhor, as normas jurídicas que as compõem".[130] O contributo do pensamento kantiano é claro.

3.3. O historicismo filosófico

Contrapondo-se ao raciocínio puro e abstrato, em que o valor da história era simplesmente desprezado, surge a corrente do historicismo. Sem negar o fundo comum de reação ao racionalismo, o historicismo pode ser dividido em três correntes diversas: a filosófica, a política e a jurídica. Quanto a primeira corrente podemos destacar as doutrinas de Scheling e Hegel. A segunda corrente historicista diz respeito aos teóricos da *Filosofia da Restauração* (relacionada ao movimento de oposição à Revolução

---

[126] MORIN, Edgar. **O Método 1:** a natureza da natureza. 3 ed. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 131.
[127] *Ibid.* p. 134.
[128] ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 58-59.
[129] "Desde aí, o direito somente pode ser forma de raciocínio, já que, o empírico é irracional, ainda que, conectado ao empírico, mas desde logo, purificado por uma estratégia que adota um paradigma do logos, antes que do ethos.
"Nestes termos, a estratégia epistemológica resulta na investigação acerca do que o direito é enquanto forma de raciocínio, ou seja, a norma jurídica." *Ibid.* p. 61.
[130] *Ibid.* p. 58-59.

Francesa), cujos mais notáveis foram Bonald, De Maitre, Haller, Gentz, Gorres, Muller, Jaruke e Clemente Margarita.[131]

A seu turno, a terceira, historicismo jurídico ou *Escola Histórica do Direito*,[132] com seu representante destacado na figura de Savigny, intentava a dignidade científica ao Direito, sem, no entanto, assumir a validade de juízos abstratos de questionável validade universal.

Por ora, o que nos interessa é a corrente filosófica do historicismo. Antes, insta situar o contexto até Schelling (1.775). Em seus antecessores o "espírito fora considerado como algo de subjectivo." Tanto em Kant como em Fichte – este preocupado em solucionar dois dualismos, pontos obscuros, deixados por Kant, quais sejam, do fenômeno e do nômeno; e a oposição entre razão pura teorética e a razão pura prática –,[133] a mente como o eu eram "fundamentalmente qualquer coisa de pessoal. Mas, em Schelling, o espírito torna-se *objetivo* e a sua primeira revelação é a própria natureza."[134]

Em outros termos, apropriando-nos das palavras de Adeodato em intróito ao pensamento hegeliano, Schelling buscou a superação do idealismo subjetivo de Fichte, que era fundado no conceito de eu, atribuindo uma maior importância ao objeto.[135]

A seu turno, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1.770) empreendeu um "enlace entre a historicidade e a razão. Na idéia de que o real e o racional se identificam, o histórico se encontra no real, ou é o próprio real como mundo humano."[136] Divergiu frontalmente de Kant no concernente às possibilidades do conhecimento. Para ele não haveriam quaisquer limitações ao conhecimento, de modo que o próprio absoluto seria cognoscível. Em Kant, se porventura o conhecimento do absoluto fosse "atingido" é porque o absoluto perdeu sua propriedade enquanto tal, assumindo um caráter relativo.[137]

Em seu *intelectualismo* Hegel preconizava que tudo era pensamento, nada existindo fora dele. Daí a célebre frase: *O que é real é racional, o que é racional é*

---

[131] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 195-196.
[132] *Ibid.* p. 193.
[133] ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64.
[134] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 197-198.
[135] ADEODATO, João Maurício Leitão. *Op. cit*. p. 64.
[136] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 176.
[137] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 200.

real.[138] Esta fórmula implicava numa impossibilidade de divergência entre o ser e o dever ser.[139] Nesta toada, destaque-se, rompeu com a problemática enfrentada por muitos filósofos que lhe antecederam no respeitante à dicotomia entre o *ser* e o *dever ser*.

A mencionada fórmula implica em assumir que a realidade mora na racionalidade ou ainda de que o sujeito constrói a realidade das coisas do domínio da idealidade da razão. Onde está a razão, também estariam os seus objetos, pois tudo o que é real, assim o é, na medida em que foi conhecido por um sujeito, o qual lhe "atesta" sua realidade, em simultâneo ao seu conhecimento.[140]

Doutra banda, no alerta de Bittar e Almeida, ainda na fórmula, tal não significa que todo o real é racional, pois não haveria razão no caos, no desordenado. A razão ordena o real, racionalizando-lo e, pois, propiciando que se torne conhecido.[141]

Como Hegel detectaria mais tarde, teria faltado ao criticismo de Emanuel Kant "a investigação do empírico e, com isso, falhou sobretudo num factor, que havia de se tornar de importância decisiva nos séculos XIX e XX: factor da *historicidade* do homem e, portanto, também do direito."[142] Kant resolveria o problema do *espaço*, sem contudo lograr o mesmo êxito quanto à problemática do *tempo*.

Não há forma sem conteúdo. O espaço, uma *intuição pura* na doutrina kantiana¸ é forma, recipiente para falarmos com Hessen. Enquanto tal, o espaço pressupõe algum conteúdo. Este, por sua vez, é o tempo. Mas o tempo é empírico. Não haveria como ser uma *intuição pura*. No Direito, por não pertencer ao campo dos fenômenos físicos, senão à região da cultura, a insuficiência do modelo kantiano ficaria ainda mais esclarecida.[143]

Na sua *Fenomenologia do Espírito* (1.806) Hegel apontou a "falha" do modelo kantiano, quando então substituiu "a tarefa da teoria do conhecimento pela auto-reflexão

---

[138] HEGEL, Friedrich G. W. **Princípios da Filosofia do Direito.** Trad. Orlando Vittorino. Lisboa: Guimarães, 1989. p. 13.
[139] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 200.
[140] ALMEIDA, Guilherme de Assis; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 273.
[141] *Ibid.* p. 276.
[142] KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Pref. e trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 40.
[143] SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "Razonable".** México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 52.

fenomenológica do espírito".[144] Passa-se então à reflexão sobre a evolução do ser, nas variações de seu espírito por determinados estágios. São os movimentos dialéticos do espírito, dentro da conhecida dialética hegeliana em que a antítese carrega algo da tese para se tornar uma síntese, na constante variação do ser até alcançar o absoluto.

Ainda assim, num movimento de seu espírito, Hegel abraçaria parcela da doutrina kantiana. Nesta, destaquemos a questão do sistema:

> O que ocorreu foi que, entre o Iluminismo e o Romantismo, a continuidade do racionalismo permitiu a transformação das cautelas analíticas de Kant na reconstrução hegeliana da metafísica, uma das novas metafísicas (pois também a de Fichte e a de Schelling) que reelaboraram o pensar ocidental. A "necessidade" metódica do sistema, afirmada por Kant, acompanha, em Hegel, o ressurgimento da teoria do direito, que participa do sistema em lugar relevante.[145]

Enfrentando a problemática da dialética, de estrutura ternária, podemos entender seu pensamento. A antítese pressupõe a tese, isto é, a tese leva à antítese, num movimento inexorável a uma síntese que, por sua vez, é uma tese que se conduz a uma nova antítese e assim por diante.[146] O movimento dialético é uma superação dos opostos através da síntese.[147]

Segundo Ernst Bloch à fenomenologia vão confluir três motivos de ordem social e ideológica. Primeiramente, o "eu revolucionário" tomado da Revolução Francesa, "que se erige en medida de todas las cosas"; um segundo repousa na proeminência matemática do conteúdo do conhecimento até então existente e que iria prevalecer até Kant; e o último, contrapondo-se aos dois outros mencionados, "el motivo de la incipiente *escuela histórica*".[148] A *Escola Histórica* que iremos analisar com vagar no segundo capítulo, resultou duma tomada de postura contrária à geometrização do Direito, tendo se abeberado no romantismo.

O pensamento desenvolvido na *Fenomenologia* tem seus traços iniciais em Gimbattista Vico, o qual afirmava que o homem não havia criado a natureza, mas o

---

[144] HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse.** Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. p. 28.
[145] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 194.
[146] "A tese leva necessariamente à antítese, e vice-versa, e esse *movimento do ser* conduz inexoravelmente à antítese, na qual se encontram *conservadas e superadas – aufgehoben*, isso é, *absorvidas*, segundo a tradução proposta por Ortega – a tese e a antítese. E cada estágio encontra a sua *verdade* no seguimento." MARÍAS, Julián. *Op. cit*. p. 352.
[147] ALMEIDA, Guilherme de Assis; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2001.
[148] BLOCH, Ernst. **Sujeto-objeto:** el pensamiento de Hegel. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1982. p. 60.

mundo histórico. Deste modo, apenas o mundo histórico, na sua peculiaridade de ser o único a ter um conteúdo cognoscível, era apto ao conhecimento.[149]

Refutando a prevalência da escola abstrata, do pensamento "matematizante", Hegel vai enfatizar a importância da história, a qual não poderia ser compreendida a partir de leis abstratas. As limitações dos cálculos não acompanhariam a intermitente transformação da história e do homem, pois os tempos histórico e matemático são distintos.

Novamente, com Bloch nem "Galileo ni Newton conocían la historia; Hegel, por primera vez desde Vico, conoce la historia solamente y se deja adoctrinar por ella." E continua: "Las ecuaciones son sustituidas por las inecuaciones (la física matemática sólo conoce una de gran envergadura: la de la entropía o la muerte por frío); aparecen las desigualdades irreversibles o los crecimientos de la vida histórica."[150]

Hegel também não economizaria críticas ao desenvolvimento do Direito natural da época que, em sua pretensão de universalidade, teria cometido seu maior equívoco, qual seja, a assunção dum caráter a-histórico; carecendo, pois, de concreção histórica,[151] no que se afina com a censura que também lhe foi lançada pela *Escola Histórica*.[152] O que nos leva a outra problemática do pensamento abstrato, sua irredutibilidade aos conteúdos.

3.4. Da irredutibilidade do Sistema abstrato

Outro grande crítico da concepção abstrata foi o também filósofo alemão Wilhelm Dilthey (1.833) que, tendo se abeberado no idealismo alemão, foi se inspirar em concreto na doutrina de Schleiermacher.[153] Em sua *Einleitung in die Geisteswissenchaften* (*Introdução às ciências do espírito*) fez incisivas afirmações do tipo: "el error capital de la escuela abstracta fue desatender la relación del contenido

---

[149] *Ibid.* p. 64.
[150] *Ibid.* p. 65.
[151] WELZEL, Hans. **Introduccion a la filosofia del derecho:** derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1977. p. 184.
[152] RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 30.
[153] MARÍAS, Julián. *Op. cit.* p. 419.

parcial abstracto con la totalidad viviente y tratar, por último, esas abstracciones como realidades".[154]

Para Dilthey as intuições *puras* de Kant não se prestariam à compreensão do homem. O conhecimento do eu não seria possível a partir de uma introspecção, senão no deitar de olhos para a história. A compreensão do homem, da própria existência, não poderia se afastar da consciência da historicidade.[155] Chegaria a afirmar, inclusive, que não correria sangue nas veias do sujeito kantiano. Parecendo concentrar todas as suas energias na explicação da natureza – mesmo porque, na acepção kantiana a ciência no verdadeiro sentido era apenas que se ocupava com princípios *a priori*, Kant teria relegado aquilo de referente ao Homem para segundo plano.[156]

Vejamos na colação de Palmer a crítica que fazia aos fundamentos epistemológicos importados das ciências naturais às ciências humanas:

> Em Dilthey esta antítese exprimia-se como críticas às formas de pensamento naturalísticas, orientadas pela causalidade quando se aplicavam à tarefa de compreender a vida interior de um homem e sua experiência. Dilthey defendia que a dinâmica da vida interior de um homem era um conjunto complexo de cognição, sentimento e vontade, e que estes factores não podiam sujeitar-se às normas da causalidade e à rigidez de um pensamento mecanicista e quantitativo.[157]

Na mesma toada, verberaria a aplicação das categorias desenvolvidas na *Crítica da Razão Pura*, estáticas, intemporais, abstratas, à tarefa de compreensão da vida. Ora, poderíamos com ele indagar: como fazer uso de categorias moldadas em caracteres opostos aos da vida à sua própria compreensão? Uma metodologia própria aos objetos naturais não teria aplicação ao homem, "exceto no estatuto que estes têm enquanto objecto naturais". A compreensão da vida reclama categorias intrínsecas, derivadas dela, e não, a ela, exteriores.[158]

Muito embora siga a linha historicista de Hegel, recusa a concepção de história como uma meta absoluta ou a manifestação dum espírito absoluto, senão a representando como uma expressão da vida.

---

[154] DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu:** ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Trad. Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986. p. 100.
[155] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 107.
[156] ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito.** Porto Alegre: SAFE, 1986. p. 14
[157] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 109.
[158] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 109.

Dum lado temos as ciências naturais, as quais não fariam qualquer referência à experiência humana. Nada obstante, a experiência é algo inerente às ciências humanas, já que o homem é capaz de acumulá-la, de modo que, inclusive, numa *transposição real* (própria de objetos que a podem acumular), poderia compreender mais profundamente a si próprio, com base na experiência alheia.[159]

Visto isso, em Dilthey seria enfatizado que Kant não se preocuparia com a redutibilidade do sistema arquitetônico à riqueza do plexo social.[160] Seu foco estava pautado num modo científico de apreensão da realidade em que as unidades técnicas ou elementos acidentais não seriam recepcionados pelo sistema científico. Em outros termos, o modo de captar a realidade em vias que pudessem garantir sua dignidade científica: a universalidade do saber.

Sem atropelo da historicidade, isto é, não "projetando sobre paisagens antigas a sombra de nossos óculos",[161] antecipemos ainda que o próprio Hans Kelsen, responsável por introduzir o estudo das estruturas lógicas das normas, admitia que a solução jurídica a um determinado fato não estaria em uma respectiva norma, senão dentro de uma moldura de possibilidades.

A mais sensível divergência com a concepção abstrata a que se contrapõe Dilthey reside numa valoração da cultura, encampado no ideário de Giovanni Battista Vico,[162] retomando a proposta de separação entre as ciências em dois grandes ramos, de um lado as ciências naturais e doutro as ciências do espírito, em busca de um método adequado às últimas, vez que voltadas à realidade histórico-social.

Propugnava-se a superação dos juízos descritivos e avalorativos das ciências da natureza,[163] advogando a importância do conteúdo, a partir daí, não sendo admitido que abstrações pudessem tomar o lugar do real. Nessa esteira, o conceito de sistema não poderia ser criado de modo apriorístico, defendendo que o "punto de partida para la

---

[159] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 110-111.

[160] Na pertinente a crítica de Juarez Freitas: "Convém, portanto, atentar para os riscos de visões demasiado abstratas ou excessivamente formalistas de sistema jurídico, eis que prometer um corte deformador entre sujeito e objeto, fazendo deste último uma miragem e daquele uma máquina supostamente inteligente que estaria legitimada a subjugar o campo de humanidade distintivo do intérprete". **A interpretação sistemática do direito.** 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26.

[161] SALDANHA, Nelson. **Velha e nova ciência do direito:** e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974. p. 22.

[162] SALDANHA, Nelson. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 56.

[163] Nomenclatura que vai surgir com Kant. Cf. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 32.

comprensión del *concepto de sistemas* de la vida social lo constituye la riqueza vital del individuo mismo…".[164]

Com as devidas proporções, crítica semelhante à de Dilhtey, Vico,[165] Cóssio,[166] Nelson Saldanha, Müller,[167] dentre tantos outros, faz o Prof. José Elias Dubard de Moura Rocha em sua obra intitulada "Crise Cognitiva do Processo Judicial", destacando-se por ser uma das poucas obras que carrega a proposta de recuo às bases do conhecimento[168] – ao paradigma da ciência moderna, conjunto de pressupostos epistemológicos oriundos da revolução copernicana e do cartesianismo.

Na obra em alusão propõe uma adequação científica do estudo do Direito a partir da adoção do paradigma da ciência pós-moderna ou neo-paradigmática – em suma, do sistemático ao sistêmico –, no escopo de superar a mutilação da realidade no quadro de crise vigente da prática judiciária, estudando-se a cognição *no* e *do* processo.[169] Sem nos alongarmos na proposta, remetemos às palavras do autor.[170]

Sem embargo, considerando que os fundamentos teóricos são os mesmos invocados por nós – acentuando que nos limitaremos a um enfoque crítico sobre o

---

[164] DILTHEY. *Op.cit.* p. 101.

[165] As idéias desse pensador itálico serão abordadas no segundo capítulo.

[166] "[...]. Uma ciência jurídica a-histórica e apolítica é pura ilusão [...] ideológica, já que responde a interesses ideológicos. A rejeição ao conteúdo ideológico do direito implica a destruição de algo que lhe é ontologicamente essencial, como bem o demonstraram as várias correntes do culturalismo fenomenológico; entre estas, há que privilegiar o Egologismo Jurídico, em sua demonstração de que a teoria do direito, quando reduzida à teoria da norma pura, não é uma teoria geral do direito positivo, mas uma lógica jurídica formal, ou seja, uma teoria do pensamento jurídico em suas intrínsecas conexões de validade lógica". COELHO, Luiz Fernando. *op. cit*. p. 50.

[167] "Insistindo na mera positividade do direito, transfigurada da longe realidade da vida, o positivismo aceitou o preço da redução ou da perda da normatividade jurídica, cujas condições específicas bem como, genericamente, a peculiaridade do direito saíram do campo visual à medida que o ideal de método de uma ciência natural que ainda não tinha começado a questionar-se foi transferido acriticametente a prescrições jurídicas. [...]. Direito e realidade, norma e recorte normatizado da realidade estão justapostos "em si" sem se relacionar, são contrapostos reciprocamente com o rigorismo da separação neokantiana de "ser" e "dever ser", não necessitam um do outro e só se encontram no caminho de uma subsunção da hipótese legal a uma premissa maior normativa". **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 25-26.

[168] ROCHA, José Elias Dubard de. *Op. cit.* p. 20-21.

[169] Bem sintetizados na seguinte passagem: "O conhecimento racional do direito avança para além da teoria jurídica e insere-se no interior das práticas jurídicas, sendo mesmo significativa a relação entre teoria e prática jurídicas no processo judicial, em que eclode o ciclo vital do direito pondo em evidência as relações da cognição «do» e «no» processo judicial." ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 29.

[170] "Aos nos depararmos com esse contexto, fomos levados a um sucessivo interrogatório de recuo – do campo disciplinar jurídico ao campo paradigmático-epistemológico jurídico – e, daí, a um recuo extremo à própria inteligibilidade do real.

"Esse recuo extremo deveu-se ao re-conhecimento do espectro filosófico, para se falar em Gastón Bachelard, na construção das ciências positivas e formais, bem como, das ciências do espírito (ou da compreensão), que, servindo-se de fundamento último da cientificidade jurídica resultaram em estratégias epistemológicas de pretensões hegemônicas imperialistas da cognição jurídica para fins de reivindicar, ao campo disciplinar jurídico, o status de cientificidade em uma Era da Ciência." *Ibid.* p. 16-17.

paradigma moderno – é de grande valia o excerto de sua obra que abaixo segue, em palavras que tomamos emprestadas do autor:

> Desse modo, o positivismo jurídico do século XIX, que somente tem à sua disposição, naquele contexto, o método da redução ôntica causal-analítica proveniente dos sucessos obtidos pela Física de Isaac Newton, vê-se sob a exigência de uma redução do direito como fenômeno observável levando-o à redução do direito à experiência observável da coercibilidade estatal.
> Assim também, o formalismo jurídico do século XX, cuja construção kelseniana de orientação neo-kantiana teve grande sucesso, sobretudo pela genialidade da des-coberta das estruturas lógicas das normas jurídicas primárias (ou de conduta) e das normas jurídicas secundárias (ou de estrutura), bem assim, da estrutura lógica dos sistemas normativos, levaram, igualmente, à redução do ciclo vital do direito à forma significativa normativa, numa metodologia lógico-dedutiva de duvidosa adequação à função do direito.

Por ora, impõe-se consignar que à abordagem neo-paradigmática seguida pelo autor, de superação dos pressupostos científicos que consubstanciam o paradigma moderno de ciência, quais sejam, simplicidade, objetividade e estabilidade,[171] reservamo-nos para fazê-lo ao nível de doutoramento.

A crise da cognição no Direito vem sendo denunciada por autores de renome ao longo da história, decorrendo da tomada de consciência da irredutibilidade do sistema formal à riqueza concreta da vida ou, em esforço de clareza, em virtude do Direito estar sempre referido a uma realidade histórica determinável. Nesta ordem de idéias, Jürgen Habermas assevera que por seu próprio sentido operacional, o conceito de *sistema* pressuposto pelas ciências sociais analíticas, ainda que diferentes e variadas sejam as hipóteses legais, não podem ser confirmadas ou refutadas empiricamente.[172]

3.5. O ponto de tensão dos Sistemas: os modelos normativos de sujeito

> Cualquiera que sea el valor atribuído por nosotros a una obra de la cultura – un sistema científico, un cuerpo jurídico, un estilo artístico –, tenemos que buscar tras él un fenómeno biológico – el tipo de hombre que la ha creado. Y es muy difícil que en las diversas creaciones de un mismo sujeto viviente no resplandezca la más rigorosa unidad de estilo.[173]

---

[171] No sentido de Maria Jose Esteves Vasconcellos. *Op. cit*. p. 93.
[172] HABERMAS, Jürgen. **La lógica de las ciencias Sociales.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996. p. 25.
[173] ORTEGA Y GASSET, José. *Op. cit*. p. 13.

Como nos explica Ortega y Gasset na noção de *sistema* é subjacente a compreensão do sujeito. Para se entender a construção de Sistema adotado, faz-se necessário enfrentar a noção de sujeito do respectivo doutrinador. No momento, vamos enfrentar a contraposição entre o sujeito kantiano e o hegeliano. O primeiro, de Kant, apriorístico, a-histórico, ao passo que o segundo vem com Hegel, posteriorístico, histórico. Essas diferentes visões, modelos, paradigmas, vão determinar a nossa forma de conceber o Direito.

> Essa conexão remonta à crise do racionalismo ocidental enquanto tensão própria da ruptura da pré-compreesão do processo de conhecimento (jurídico) científico e judicial que se localiza na tensão da pessoa abstrata, a-histórica e apriorística e o sujeito concreto, histórico e posteriorístico enquanto ponto de partida da compreensão jurídica desde o racionalismo antropocentrista próprio da modernidade ocidental, embora se deva anotar que o Direito, inclusive do Mundo Antigo permeado pelo Teológico, é sempre referente ao humano.[174]

No paradigma do *sujeito abstrato*, sugestivo da própria nomenclatura, teremos um modelo normativo antagônico ao do sujeito concreto. Os reflexos destas concepções irão aflorar nítidos no modelo de Estado. Sob a ótica do sujeito abstrato, o exame posterior do Estado revela que sua marca é a abstenção no fito de que sejam respeitadas as liberdades públicas, cognominadas "cláusulas de reserva", cuja observância demanda prestações negativas. O ponto central do sistema kantiano era justamente a questão da liberdade. Liberdade aqui, em sentido jurídico, isto é, o "esforço por alcançar uma esfera de liberdade na qual seja possível para mim agir segundo o meu talante sem ser perturbado pela ação dos outros", e não em sentido moral, consoante a distinção kantiana.[175] Doutro passo, agora sob o ângulo do *sujeito concreto*, o Estado será intervencionista sob a égide da concretude dos direitos prestacionais, evocando-se prestações positivas para tanto. Em suma, respectivamente, o Estado Liberal – que na doutrina de Kant assumiria uma das expressões de maior relevância –,[176] e o Estado Social.

Em Hegel, não podemos olvidar que o Estado se forma através de um processo dialético, o qual passa por alguns estágios até a síntese. Assim, o Estado

---

[174] ROCHA, José Elias Dubard de Moura. **Interesses coletivos:** ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003. p. 40-41.
[175] BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 59.
[176] *Ibid.* p. 48.

consubstanciaria "a universalidade abstrata da sociedade civil que se concretiza e toma consciência de si mesma". Para Hegel o Estado seria o representante de Deus no mundo, isto é, "uma encarnação mais do que meramente metafórica da ética e do direito em sentido próprio".[177]

A construção de um sistema formal, desprovido de qualquer carga semântica ou de conteúdo atende à contemplação do sujeito abstrato, recaindo numa pretensa fuga da ontologia que, para Ortega y Gasset, fez com que Kant permanecesse preso a ela, já que antes de "conocer el ser no es posible conocer el conocimiento, porque éste implica ya una cierta idea de lo real."[178]

Se analisarmos criticamente, como já o fazia Hegel para explicitar a insuficiência do modelo abstrato, faremos um recuo necessário para superar a questão do sujeito que, agora, deixando de ser abstrato, apriorístico e a-histórico, um sujeito com pretensões universais – com a marca da pretensão de universalidade –, passa a ser concreto, posteriorístico e histórico, o qual vai depender de uma atuação positiva do Estado a fim de assegurar seus direitos. É o que se entende por sistema de necessidades.

> A crise do aparelhamento intelectual do racionalismo ocidental no (breve) século XX trata, ao nosso ver, da culminação violenta de uma revolução silenciosa desde G. W. F. Hegel fornecera, ainda no século XIX, com a radicalização da unidade entre sujeito e objeto como resultado de um projeto investigatório de reconciliação entre razão e tempo – que permitiria a redutibilidade dos conteúdos concretos que o formalismo de Emanuel Kant e a reconciliação entre razão e espaço não seriam capazes de alcançar.[179]

Como vimos dissertando até então, a limitação ao sistema formal, sem embargo do avanço legado, sobretudo para fins de crítica, faz com que notemos a necessidade de sua superação, o que está relacionado com a visão do Direito no quadro das Ciências, com a assunção de que o Direito, enquanto ciência da realidade, não poderia conviver com um sistema formal, estático. Já no manejo da *história* Hegel acentuava a necessidade da construção, defendendo que não se confundia à simples documentação nem à filologia.[180]

---

[177] ADEODATO, João Maurício Leitão. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 69.
[178] *Op. cit.* p. 14.
[179] ROCHA, José Elias Dubard de Moura. **Interesses coletivos:** ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003. p. 41.
[180] ORTEGA Y GASSET, José. *Op. cit*. p. 74.

Se há muito se vem sustentando que o Direito é uma Ciência da compreensão e, por conseguinte, seu método é o hermenêutico, não podemos nos contentar com um mero juízo descritivo que, como visto, em nossa seara trouxe, com Kelsen, em conformidade a uma proposta de depurar do Direito tudo aquilo que não pertencesse ao seu objeto, uma descrição racional das estruturas lógicas das normas.

> [...] o princípio da neutralidade ideológica, além de insubsistente, porque contrário à natureza do direito em sua manifestação histórica, é na verdade, e paradoxalmente, o mais seguro indicador de uma ideologia, insinuada nas entrelinhas da teoria pura; em outras palavras, a neutralidade ideológica não passa de [...] ideologia, a qual se compreende em função da mentalidade positivista que dominou o mundo europeu após a vitória [...] ou capitulação, da burguesia revolucionária do Século XIX.[181]

Recentes pesquisas têm revelado que os pressupostos epistemológicos da ciência moderna são artificiais ou, melhor, não são absolutos como por muito tempo se buscou ostentar. Sem embargo, ainda que a objetividade fosse possível, jamais deverá (deveria) ser tomada como pressuposto epistemológico do Direito.

4. Pensamento, contexto e crítica

Todas as críticas formuladas até então não são levianas, o que guardaria um mecanismo próprio de implosão de sua validade. Preocupamo-nos em situar o contexto histórico em que as idéias foram desenvolvidas.[182] Como acentua J. Elias Dubard de Moura Rocha, acomodados em nossas cadeiras posicionadas no descortino de mais um milênio,[183] a nós seria tarefa sobremodo simples lançar olhos de censura às paisagens antigas, para nos valermos também da contra-crítica de Nelson Saldanha.

---

[181] COELHO, Luiz Fernando. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 47.

[182] "[...]. Cabe ter cuidado não só com as generalizações, mas também com a tendência a projetar nossos conceitos de hoje sobre vivências e mentalidades que situaram em contextos históricos específicos; cabe não compreender as idéias e as normas em conexão com esses contextos. Mas é necessário tentar restaurar o *passado* como um tempo que foi presente, e onde homens de carne e osso sofreram e pensaram". SALDANHA, Nelson. **Ética e história.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 60.

[183] "Na des-continuidade do terceiro milênio parece ser demasiadamente fácil e, até certo ponto, simplificador, sentar-se judiciosamente em nossa perspectiva privilegiada para lançar críticas aos modelos pretéritos apontando os erros das atividades científicas pretéritas.
"Somos de tal modo arrogantes que sequer indagamos sobre os contextos situacionais em que tais experiências foram implementadas e, não por poucas vezes, aproveitamo-nos das crises experimentadas para criticar as construções levadas a cabo."
ROCHA, José Elias Dubard de Moura. *Op. cit.* p. 46.

Assim, não pretendemos, sequer poderíamos, negar os avanços do conhecimento fomentados pelo pensamento kantiano. A complexidade de sua obra é proporcional à importância que suas idéias representaram, não carecendo de atualidade ainda hoje. Muito embora fosse mais filósofo que jurista, a repercussão de sua doutrina na área jurídica fez com que a Escola do Direito Natural cedesse seu lugar à Escola do Direito Racional.[184] Outrossim, suas idéias repercutiram nos pandectistas, nos autores de teorias gerais do direito, e, sobretudo no *Normativismo Jurídico.*[185]

Pontuando a crítica à sua pretensão de universalidade enquanto modelo abstrato não redutível às contingências, necessário acentuar a coerência do pensamento, o que resta claro no cuidado em evitar as *unidades técnicas*, para falarmos com o próprio Kant, o que reafirma sua coerência, e que, indene de dúvidas, foi objeto das reflexões de Kelsen.[186]

---

[184] POLETTI, Ronaldo. *Op. cit*. p. 143.
[185] POLETTI, Ronaldo. *Op. cit*. p. 148.
[186] "[...] se por um lado, podemos negar e, até mesmo, repelir, as pretensões hegemônico-imperialistas do monismo kelseniano e seu padrão uni-versal abstrato da redução do direito à norma de matiz neo-kantiano, tal não impede que se reconheça a pesquisa bem sucedida acerca da norma jurídica e do sistema normativo em sua estrutura lógica." ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 34.

CAPÍTULO II – O ILUMINISMO, O AVANÇO DAS CIÊNCIAS NATURAIS E A CONSTRUÇÃO DE UMA CIÊNCIA JURÍDICA

Reconhecida a importância da existência do *Sistema*, cumpre agora dissertar o esforço racionalista na construção dum *Sistema Jurídico*, fazendo anotações que serão importantes ao aporte na questão do *Sistema Processual*. Assunto do capítulo seguinte.

Para que possamos falar sobre a "construção" de *Sistema*, situaremos a influência do pensamento iluminista na ciência do Direito.[187] Num contexto mais específico, falaríamos do jusracionalismo.[188] É nesta ambiência que se desenvolveu o movimento pela Codificação, o Positivismo Jurídico e os estudos sobre o Ordenamento Jurídico. São estes os assuntos estruturais, os quais, como não poderia deixar de sê-lo, comportarão ramificações.

Sem atropelo da *historicidade*, ressalve-se com Villey que, já na esteira humanista, mormente em Grócio e seus sucessores, começa a tendência pela sistematização. Apontado pelo jusfilósofo francês como o príncipe da ciência jurídica moderna, Hugo Grócio é tido como um dos responsáveis pela febre racionalista. Em Villey: o demônio do pensamento jurídico moderno.[189]

Entretanto, essa tendência manifestada ainda no pensamento humanista teve ressonância na construção de tratados sistemáticos, obras doutrinárias que tinham por primazia, uma função acadêmica, isto é, a formação dos estudantes. Assim, Douneau ou Grócio, e tempos depois, Domat ou Pothieur.[190] Mas, e abrindo um paralelo com o direito romano, não se limitavam a um âmbito doutrinário. Preleciona Villey que de "maneira mais ou menos direta, dominaram a prática. Foram fonte do direito". E então, a prevalência da *jurisprudência* como "fonte criadora do direito foi substituída pelo

---

[187] Influência que já remonta ao pensamento cartesiano. CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXIII.

[188] Na distinção que Wieacker nos fornece: "O jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII não são por natureza idênticos. O jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar da sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política. Mas os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais." WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 353-354.

[189] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 564-565.

[190190] *Ibid.* p. 568-569.

reino da *doutrina*".[191]Adiante remontaremos a essa construção dum mudo jurídico apartado da realidade.

A construção sistemática de cunho doutrinário teve grande repercussão nas Codificações. Seguindo a linha da influência kantiana, já no Iluminismo – dominantemente racional –,[192] centramos nosso estudo a partir delas. Na formação do Estado moderno pelo monopólio da produção legislativa e, por conseguinte, na elaboração dos Códigos.[193]

1. Preliminarmente

Ressoando a preleção kantiana, em semelhante tom peremptório reafirma o Prof. Miguel Reale que: "Não existe ciência sem certa unidade sistemática, isto é, sem entrosamento lógico entre as suas partes componentes".[194] A apreensão do mundo não se afastaria da sistematização. O mesmo se pode afirmar quanto ao fenômeno jurídico.[195] Como sói acontecer, este será o caminho percorrido pelo Direito na afirmação de seu cientificismo, em palavras que já antecipamos no primeiro capítulo que, por ora, aprofundaremos em contexto próprio.

Nas ciências sociais aplicadas, notadamente o Direito, muito se discutiu (e se discute) acerca de seu status *de* ciência, haja vista não atender aos rigores preconizados pelas ciências *naturais* ou descritivas,[196] em virtude da ausência de plasticidade *do* ou

---

[191] *Ibid.* p. 569.

[192] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 189.

[193] "A jurisdição moderna, ao contrário da *iurisdictio*, é a constatação de Chiovenda, ao ligá-la à Revolução Francesa, representa a consumação do longo, de mais de dois mil anos, processo político de formação do Estado, conseguido através do monopólio estatal da jurisdição". SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[194] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 63.

[195] Outro não parece ser o entendimento de Savigny, como bem anota Larenz: "Para que se «possa atingir o pensamento da lei», têm de tomar-se em consideração as circunstâncias históricas do seu aparecimento; além disso, a interpretação necessita de conhecer tanto as particularidades como o significado de cada texto para o conjunto, pois a «legislação só se exprime ao nível de um todo» (pág. 25) e o todo do Direito só em *Sistema* é reconhecível. [...]. A elaboração histórica deve tomar «o *Sistema* no seu todo e pensá-lo como algo progressivo, isto é, como história do *Sistema* da Jurisprudência no seu conjunto»." LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 11.

[196] "De otro lado, nunca han enmudecido las voces que niegan absolutamente a la Jurisprudencia el carácter de ciencia, ya sea porque se estima que algo tan cambiante y casual como el contenido de las normas jurídicas "positivas" no puede ser en absoluto objeto de una "ciencia", ya sea porque el papel del conocimiento se estima secundario frente al momento volitivo y sentimental al tomar decisiones jurídicas y se considera un autoengaño el "método científico" de creación del Derecho." LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. p. 25.

no método de redução ôntica (do legado de Newton e Descartes),[197] calcado nos pressupostos epistemológicos apontados no capítulo anterior.

À aceitação da ciência jurídica deu-se em encalço no desenvolvimento das ciências naturais e a pretensão de universalidade de seu método.[198] O Direito é "contaminado" por um método que nunca lhe foi adequado,[199] e que, gradativamente, deixa transparecer uma postura arrogante dos cultores das próprias ciências ditas naturais.

Comentando por Franco Montoro, a essa altura, impende que seja trazido à colação o entendimento de Pontes de Miranda que – em obra que mereceu inspirados panegíricos de estudiosos nacionais e estrangeiros, e não apenas de juristas –, com o evidente "êxito" das ciências descritivas entendia que o Direito deveria se tornar uma ciência natural, pois que todas o são.[200] Lustros antes, situa-se na história o pensamento do grande nome da Escola do Recife, Tobias Barreto, cuja obra, na passagem de Gláucio Veiga, viria "atravessada pelo delírio em relação às ciências naturais."[201]

A autoridade dos locutores apenas reforça a necessidade de situar, historicamente, o pensamento. A afirmação do jurista alagoano não é ingênua, já que foi inspirada, direta ou indiretamente, nas lições encampadas de Kant e outros autores, nos notáveis avanços da Matemática e Física, em cujo método o Direito deveria se espelhar.

Nada obstante, há algum tempo que os estudos têm revelado – e vêm revelando – a artificialidade dos pressupostos epistemológicos que informam o paradigma moderno de ciência.[202] Sabe-se hoje que não possuem a envergadura ostentada no pretérito. No geral, nota-se não serem absolutos como se acreditava ser. Sobre a

---

[197] *Do* e *no*, recordando a crítica de Cassirer.

[198] "O pensamento cartesiano, a redução ôntica causal-analógica, o vazio de conteúdo das ciências formais, já deram sinais suficientemente claros de que os limites do conhecimento humano não autorizam reivindicar-se o conhecimento universo, simples e objetivo." ROCHA, José Elias Dubard de Moura. *Sistema* processual: do sistemático ao sistêmico. **Direito, Cidadania e Processo.** Recife, 2006. p. 321-322.

[199] "[...]. A abordagem própria das ciências demonstrativas, a que o racionalismo pretendeu submeter o pensamento jurídico, será sempre uma metodologia artificial e inadequada para o Direito, estando fatalmente destinada ao fracasso.
"Embora a "geometrização" do pensamento jurídico, tão visível em Savigny, [...] possa enganar-nos durante os períodos de maior tranqüilidade social, passando-se por epistemologicamente legítima, não sobrevive em épocas de grandes turbulências, como a nossa, perante a qual o artificialismo da assimilação entre ciências da natureza e ciências do espírito revela o extraordinário equívoco desse ideal do Iluminismo". **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 60.

[200] MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 62.

[201] VEIGA, Gláucio. **Jhering, Tobias e a "Nova Intuição do Direito".** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 118.

[202] Na obra de Maria José Esteves de Vasconcellos há inúmeros exemplos dessa artificialidade. Cf. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas – SP: Papirus, 2002.

objetividade, por exemplo, não é incomum serem encontradas acerbas críticas ao preconizado distanciamento do observador "verificável" nas ciências naturais:

> Aliás, até mesmo nas ciências físicas, as leis não representam mera cópia ou fotografia de relações naturais preexistentes, já plenamente dadas, prontas para serem captadas, porquanto os enunciados e leis científicas – consoante é asserido pela totalidade dos epistemólogos – pressupõem a participação criadora do *intellectus agens*, sendo cada vez mais posto em realce o papel da imaginação criadora na compreensão dos fenômenos em seus nexos causais. A bem ver, uma lei científica é uma composição sintética de *dados brutos* (e há quem até mesmo conteste que este termo possa ter algum sentido) e de atos nomotéticos ou reguladores da imaginação e do pensamento.[203]

Muito embora tenha sofrido inúmeras críticas, dentre elas a fulcral da irredutibilidade aos conteúdos, hodiernamente, com as adaptações contextuais que se mostram necessárias, ainda assim, é amplamente utilizado o conceito kantiano,[204] no contributo de Savigny[205] e, sobretudo, do *normativismo jurídico* ou kelseniano, com seu marco *Teoria Pura*.

Considerando a "sistematicidade o principal argumento para afirmar a cientificidade",[206] os estudiosos de nossa área deram início à sistematização em nome da pretensa objetividade.[207] Seus elementos seriam regidos pelas mesmas leis, consagrando-se a harmonia em torno duma mesma unidade, idealizando-se a partir daí, de orientação e compreensão unidirecional.

No capítulo anterior contrapomos o sujeito solipsista de Kant, abstrato, a-histórico e apriorístico, com o modelo de sujeito em Hegel, concreto, histórico e posteriorístico. Ainda antes, subjacente, de bom tom não olvidar a contraposição de idéias entre Vico e Descartes. O contraponto do pensador italiano ao racionalismo ainda será explorado, reservamos tópico próprio, em virtude de que optamos por abordar, em linhas gerais, sua doutrina quando tratarmos da Codificação.

---

[203] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 92.

[204] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 10.

[205] BAPTISTA, Ovídio da Silva. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 801, jul. 2002.

[206] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 16.

[207] Quem noz traz o conceito de ciência é Maria Helena Diniz: "A ciência é, portanto, constituída de um conjunto de enunciados que tem por escopo a transmissão adequada de informações verídicas sobre o que existe, existiu ou existirá. Tais enunciados são constatações. Logo, o conhecimento científico é aquele que procura dar às suas constatações um caráter estritamente descritivo, genérico, comprovado e sistematizado. Constituiu um corpo sistemático de enunciados verdadeiros". **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 15.

Na linha do tempo, no viés historicista de Vico, Hegel e outros, foi registrada a tradicional divisão entre as ciências *naturais* e as *humanas* (ou do *espírito*), enfatizadas na obra de Dilthey, propugnando-se o encontro de um método próprio às últimas, já que a "ciência natural é teoria e, enquanto tal, seu fim é o conhecimento do dado e não a sua valoração. Já a ciência humana, ao estudar seu objeto, pode reproduzir, como vimos alhures, o seu sentido, valorando-o".[208]

Muito embora a corrente historicista tenha contado com grandiosos pensadores, suas lições não obtiveram grande receptividade. Pretendia-se um novo método, mas sob ele recaia a pecha de se furtar as evidências lógico-dedutivas, o que, fatalmente, não era visto com bons olhos, haja vista ser contrário ao paradigma vigente.

A indispensabilidade da *Sistema*tização enfatizada no pensamento kantiano "repercutiu sobre a tentativa de consolidar o saber jurídico como *Sistema*, dentro de um tempo, o que sucedeu a 1804, de estudos analíticos."[209] Sem olvidar a importância do pensamento de Wolff, o qual viria a influenciar o próprio Kant.

No ensejo, impende ressalvar que não pretendemos enveredar pelas possibilidades do conhecimento da coisa em si, num diálogo com os defensores da ontologia e de seus contendores. Relembramos, apenas, que tudo é formado por Sistemas.

O estudo da repercussão do paradigma racionalista no Direito poderá ser mais bem visualizado com o exame dos valores epistemológicos que se consagraram no campo jurídico moderno, quais sejam: o «Positivismo Jurídico», o «Racionalismo Legalista» e a «Codificação Sistematizadora».[210] A proximidade com os pressupostos epistemológicos da ciência (por assim dizer, naturais) não é mera coincidência, já que os primeiros podem ser encarados como uma adequação ou reflexo do paradigma da ciência tradicional ao Direito.

2. A Codificação Sistematizadora

O movimento pela Codificação tem inspiração na filosofia da Ilustração, leia-se, no movimento pós revolução copernicana denominado de racionalismo

---

[208] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 19.
[209] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.
[210] ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. P. 40-41.

antropocentrista.[211] À época, e já na esteira do *Corpus Iuris Civilis*, é desenvolvida a orientação pela Sistematização do direito reconhecido e até aquele momento esparso em inúmeras fontes, inviabilizando-se a sua apreensão. Acreditava-se que este mal poderia ser equacionado mediante a Codificação.[212]

Em França, antes da Revolução de 1.789, a fragmentação do direito era tamanha que se constatava a existência de um Direito próprio do clero, outro para a nobreza, ainda outro destinado ao povo e, em simultâneo, cada região era dotada dum sistema particular de regras, usos e costumes, alterando-se a lei de regência de determinadas relações entre o Direito Canônico e o Direito Estatal.[213]

Sob os influxos do Iluminismo, a *razão* passa a ser considerada a máxima expressão humana, sendo o fundamento para a construção de um mundo jurídico, o qual será erigido a partir das leis. Eis o ponto de partida à Codificação.[214]

Imbuídos dos valores consagrados pelo *racionalismo* os juristas dão início à empreitada de edificar um "mundo jurídico".[215] Esta "geometrização" do Direito, pautada na *simplicidade, objetividade* e *estabilidade*, criará um mundo em franco distanciamento de contingências histórico-temporais, encaradas com olhos de repúdio. Divórcio que já se verificaria tempos antes em Grócio.[216] Com a criação do mundo

---

[211] A criação do código inspirada pelo racionalismo foi a forma de se contrapor ao empirismo, mas também o de legitimar a criação do Direito sob a égide de uma suposta fundamentação pelo Direito Natural, reconhecendo-se na lei escrita, posta pelo Estado e produzida conforme a razão, o único direito. "O direito empírico, aquele que a humanidade vive em casos particulares e concretos e se exprime em leis ou em regras costumeiras, é por sua natureza mutável, variando de lugar para lugar, de época para época. Acima desse direito existiria um tipo ideal de valores jurídicos, como expressão daquilo que é constante, universal na razão humana, sendo correspondente à natureza do homem em sua universalidade. Esta concepção em um Direito Natural é tão antiga como as primeiras cogitações científicas sobre o direito. Se surgiram logo empiristas do direito, também apareceram, paralelamente, racionalistas do direito." REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 97-98.

[212] Mas o *Corpus Iuris Civilis* não pode ser considerado um sistema. Mesmo porque, o termo era desconhecido da época, tampouco se adequando ao sentido que lhe é emprestado pela dogmática atual. Como anota Tércio Sampaio Ferraz Jr: "a palavra introduz-se no pensamento jurídico só no século XVI e torna-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até nossos dias". **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003. p. 178.

[213] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 412.

[214] GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 28, n. 109, jan.-mar. 2003. p. 187-220.

[215] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79.

[216] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 565.

normativo, no esmero matemático e de guinada científica, paulatinamente, o Direito vai se distanciando da realidade social para a qual deveria se voltar.[217]

Sufragando o império da razão, os ventos da Ilustração iam de encontro ao desenvolvimento da Ciência do Direito da época, haja vista que, até então, era impulsionada pelas diferentes soluções de casos concretos. Os "avanços" são postos em xeque, já que modelados com referência a elementos acidentais. As exigências da nova visão de mundo, moderna, era incompatível com o "mundo da casuística e do permanente conflito das autoridades".[218] Surge a necessidade de alguma permanência; de uma certa previsibilidade. É o terreno propício à elaboração dos Códigos.

Antes de enfrentar o assunto, vejamos a doutrina que, por muitos, restou esquecida. Analisemos, ainda que brevemente, a riqueza do pensamento de Vico.

2.1. O contraponto com Vico

Nascido em 1.668, o ideário do pensador italiano Giambattista Vico se chocava aos pressupostos epistemológicos que se consagraram na época, nomeadamente a objetividade. Tal pode ser apontado como uma das razões, quiçá a determinante, de sua doutrina não ter conquistado tantos caudatários.

Buscando conciliar a Filosofia com a Filologia (vista como ciência dos fatos humanos), é com Vico que palpita a questão histórica do Direito, adiante retomada por Hegel e Dilthey. Sem abandonar a Filosofia, o jurista napolitano censura os pensadores que lhe antecederam por terem relegado a Filologia, que não apenas como doutrina meramente literária, como já pontuado.[219]

O autor da *Scienza Nuova* (1.730) atribuía uma importância exponencial à obra jurisprudencial dos romanos.[220] Contrapondo-se ao "abstratismo racionalista dos cartesianos e ao anti-historicismo dos jusnaturalistas",[221] a imponente edificação do Direito Romano era cara ao pensador itálico. Vico enfatizava o elemento concreto, a obra humana, acreditando que somente era passível de conhecimento aquilo que

---

[217] Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 155.
[218] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 371.
[219] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 145.
[220] REALE, Miguel. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 115.
[221] *Ibid.* p. 120.

poderíamos fazer,[222] amalgamando verdade e construção, pois *verum et factum convertuntur*.

Enaltecia o Direito romano, pois cria que não era desenvolvido no plano abstrato racionalista, de modo que não olvidava a história do povo, enquanto manifestação de sua cultura. É por esse motivo que Vico rechaçava o Direito Natural, anti-historicista, enxergando no Direito Romano o desenvolvimento paulatino dum Direito natural concreto. Enquanto o primeiro carecia duma reflexão histórica, ocupando-se do abstrato em detrimento do concreto, o segundo a contemplava, no que harmonizava a verdade com a história.

2.2. Uma emergência científica

Mas o pensamento de Vico e outros não houve de prevalecer. Estava sufocado pelas ciências naturais. A Codificação surge enquanto resposta à emergência jurídica do Direito racional, operando uma "verdadeira revolução na ciência da legislação. Faz com que, ao mesmo tempo, todas as instituições jurídicas seculares e imemoráveis se manifestem. Ela é o triunfo da razão jurídica natural."[223] Inicialmente, teve por escopo garantir a afirmação e a autonomia do Direito estatal frente ao *ius commune*, conforme se depreende na passagem abaixo colacionada sobre o Positivismo Jurídico.

> A codificação corresponde a uma estruturação juscientífica de certas fontes. Pode dar-se um passo: a codificação implica a sujeição das fontes ao pensamento sistemático; joga-se, nela, uma consciência mais ou menos assumida do relevo da linguagem a da dimensão estruturante do todo, na cultura.[224]

De outra banda, a "idéia de código corresponde a uma compilação de normas jurídicas de origem legislativa ou, por vezes, doutrinal, tendentes a um melhor conhecimento do direito e a uma maior segurança jurídica".[225] Um Código é necessariamente informado pelo princípio da *unidade*, coisa que não resulta da mera

---

[222] *Ibid.* p. 122.
[223] PESCATORE, Matteo *apud* BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 80.
[224] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXV.
[225] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 448.

compilação. Tampouco se confunde à consolidação, a qual pode ser colocada como um meio termo entre a compilação e a codificação. Em suma, como nos traz José de Oliveira Ascensão, dizia-se que um código deveria atender aos três *ss*, isto é, ser sintético, *s*científico e sistemático.[226] As mesmas características não se observam nos demais diplomas.

A organização e a conseqüente sistematização do Direito, enquanto absorção[227] do direito vigente facilitaria o conhecimento das leis,[228] permitindo-se antever as conseqüências de cada agir, significando ainda, um avanço no controle da atividade jurisdicional. Reafirme-se que a absorção não se dava como uma mera compilação, vez que o Direito anterior, esparso, agora seria racionalizado.

No particular, a obra pioneira foi o Código Civil francês de 1.804,[229] reputado um marco no movimento da Codificação, inaugurou a fase do direito napoleônico na França.[230] É com a primeira codificação napoleônica que podemos nos referir a um *Código*, tal como descrito nos contornos e profusões racionais oriundos da Ilustração.[231]

A mesma lição se observa em Norberto Bobbio. O jurista italiano critica o código prussiano de 1.794 por se voltar ao passado (acresça-se a crítica de José de Oliveira Ascensão na pretendida abrangência da generalidade do Direito por este diploma, não se limitando a apenas um ramo como sucede nas codificações),[232] e o

---

[226] ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 310.

[227] Absorção que não necessariamente precisa ocorrer. Sem dúvida que um código poder ser elaborado em contraste à realidade social.

[228] "Para um melhor conhecimento das leis (cada vez mais numerosas) e também das regras jurídicas extraídas de outras fontes do direito (costume, jurisprudência, doutrina), procedeu-se em toda a parte à codificação: codificação do conjunto do direito (como na Prússia em 1794, na Rússia em 1832) ou de certos ramos do direito (como em França em 1804-1810: código civil, código penal, etc.)." GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 206.

[229] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 151.

[230] Nas palavras do Prof. Vicente Ráo que destaca três fases principais na história do direito francês: do *direito antigo*, anterior à Revolução; *do direito intermediário* que ocupou o interstício entre a Revolução e a promulgação do Código de 1.804; e a do *direito napoleônico* ao advento da mencionada codificação. **O direito e a vida dos direitos.** 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 108.

[231] "A primeira codificação no sentido próprio do termo – portanto com o alcance e as implicações juscientíficas que acima ficaram expressas – é a francesa, de 1804, ou Código Napoleão. O Allgemeines Landrecht prussiano, de 1794, tinha já traços típicos de uma codificação; por carências várias, designadamente a nível de síntese, não pode, contudo, considerar-se uma verdadeira codificação." CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXVI.

[232] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 317.

código austríaco, sem grande influência na codificação de outros países. Ao final, atesta que não tiveram a mesma importância que o legado por Napoleão.[233]

Ainda que sob a influência do iluminismo francês e com algo em torno de 19 mil artigos, o Código legado por Frederico II revelou-se um "amontoado de regras desajeitado e às vezes ridículo, superado em suas partes principais antes mesmo de ser publicado".[234]

Em recuo histórico, não podemos confundir o *Corpus Iuris Civilis* a um Código, senão identificando-o como o principal antecedente das codificações. E nem precisaríamos aprofundar o estudo do Direito Romano, já da profícua observação de Villey de que a sistematização era inconcebível fora do racionalismo.[235] Ensina-nos o autor francês que os romanos não viam o direito como regras. Assim, não poderia ser deduzido de princípios ou mesmo de uma razão pura. Ao revés, deveria ser buscado na espécie, não estando pronto e acabado de antemão (muito embora pudessem existir regras fixas de ordem pública).[236]

Sem que pretendamos enveredar por análise histórica, necessário registrar que o termo *codex* não apresenta significado unívoco, sendo utilizado, originariamente, como compilação de material outrora disperso.[237]

Por código assumiremos apenas o "corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas".[238] Reafirme-se que, em sentido técnico, a expressão só viria a ser empregada às codificações elaboradas sob a égide do jusracionalismo. Doravante, ater-nos-emos ao sentido técnico.

Restando assente a importância do Código Civil francês de 1.804, é ao berço do Iluminismo que se deve remontar ao estudo dos primeiros códigos. Cenário de importante Revolução, a França legou enorme contributo ao curso de toda a história. Fora no Estado francês que, primeiramente, restaram conjuminados os níveis

---

[233] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 63-64.

[234] SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma.** Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito, n. 07. Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

[235] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 557.

[236] *Ibid.* p. 559.

[237] "O termo *codex* tem origem romana; *caudex* é um conjunto de várias tábuas unidas; daí, tabuinha de escrever, livro; *codex* designa a união material de vários elementos antes dispersos. Os códigos de Teodósio (438) e de Justiniano (529 e 534) são os exemplos mais antigos. Os historiadores do direito deram nome de código a compilações pré-romanas de direito, em virtude da semelhança dos fins prosseguidos – p. e. o código de Ur-Nammu, o código de Hamurabi, código Hitita, código sacerdotal dos Hebreus, a Lei das XII tábuas, etc." GILISSEN, John. *Op.cit.* p. 449.

[238] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 64.

necessários à elaboração dum Código, já que não bastando um esforço científico, a ele deve se conjugar um ambiente político favorável.[239] Desde os séculos XVII e XVIII a doutrina francesa buscava solucionar três problemas fundamentais, quais sejam: o da unificação das fontes; a busca de uma sistemática racional; e a adaptação dos institutos a novas realidades.[240]

O Código Civil napoleônico viria a completar o ciclo da Revolução Francesa, já que a declaração de igualdade entre os cidadãos seria instrumentalizada no texto do código. A isonomia fora ratificada pela própria instrumentalização dum diploma único, de modo que, a partir dele, todos os franceses passaram a ser regidos pela mesma lei.[241]

No que se afina com a vereda científica, o expressivo número de códigos dos tempos de Napoleão Bonaparte se constituiu num "dos mais notáveis esforços de sistematização das regras jurídicas de toda a história",[242] sendo visível sua repercussão para além das fronteiras e do Continente europeu.[243]

Sobre a realidade brasileira podemos citar a obra de Clóvis de Bevilácqua, o Código Civil de 1.916, cujo projeto fora elaborado por aquele jurista em 1.899, permanecendo no Congresso por aproximados três lustros, o que pode ser tributado, dentre outros, à oposição que no Senado lhe era movida por Rui Barbosa.[244]

Na linha das codificações nosso CC/16 foi inspirado no modelo suíço. Ainda que consideremos o final do século XIX, quando o projeto fora terminado, denota-se o lapso temporal que aguardamos para desenvolver a sistematização, nada obstante os projetos anteriores,[245] visto que um código depende de conjunturas políticas e culturais favoráveis que venham a se somar ao esforço científico.[246]

---

[239] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXV.

[240] CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.* p. LXXXVI.

[241] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 414.

[242] GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 448.

[243] "De 1804 a 1810 foram sucessivamente promulgados um Código Civil, um Código de Processo Civil, um Código Comercial, um Código Penal e um Código de Instrução Criminal. A maior parte deles manteve-se em vigor até aos nossos dias, tanto na França como na Bélgica. Além disso, influenciaram a codificação em numerosos países de Europa e da América Latina durante o séc. XIX." GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 448.

[244] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 319.

[245] "[...]. No Brasil, a ideia de codificação remonta aos dias imediatos à independência. Logo em 1823, uma lei previa a elaboração de um novo código (lei 20 de Outubro), enquanto que o mesmo era prometido na Constituição de 1824 (art. 179º, §18). Em 1858, Teixeira de Freitas foi encarregado de elaborar um projecto que, no entanto, acabou por não ser aceite. Novos projectos (Nabuco de Araújo, Felício dos Santos, António Coelho Rodrigues) soçobraram também. E é só em 1916 que um Código Civil, com base

Antes de avançar no assunto, necessário pontuar algumas ressalvas ao escólio de Gilissen, o que faremos arvorados no pensamento do Prof. Miguel Reale. O jusfilósofo paulista sustentava não ser "possível generalizar o nosso alheamento da renovação legislativa resultante da Revolução Francesa, pois é de 1.830 o Código Criminal do Império, segundo projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos", destacando a inspiração desta codificação no ideário de Jeremy Bentham.[247]

No desenrolar do pensamento o Prof. Miguel Reale ainda cita o Código de Processo Criminal de 1.832, o Código Comercial de 1.850, na citação de Waldemar Ferreira, o último elaborado sob a influência do Código português de 1833, bem assim das codificações espanhola de 1.827 e francesa de 1.807. Sem embargo, o que corrobora a colação de Gilissen, enaltece o projeto do Código Civil de Teixeira de Freitas,[248] através do qual,

> pela primeira vez na história das idéias jurídicas, se oferecia, com rigor sistemático, um corpo de normas comuns ao Direito Civil e ao Direito Comercial, precedida de uma Parte Geral introdutória, o que dá bem a medida de seu gênio criador. Não é demais ponderar que o autor desse projeto de codificação, que aliava os valores da tradição às mais atuais conquistas da jurisprudência, não escondia seus pendores pela Escola Histórica, mas sem compartilhar das reservas de Savigny quanto à inoportunidade ou inconveniência da obra codificadora.[249]

No ensejo, impõe-se que seja distinguida a *Consolidação das Leis Civis*, diploma que Teixeira de Freitas foi encarregado de elaborar na qualidade de conselheiro do governo imperial, com o Esboço ou Projeto *de Código Civil* criado entre 1.860 e 1.864. Sobre a Consolidação, tinha por escopo remediar a problemática da dispersão de fontes. Para tal fito, e diante da escassez do tempo necessário à elaboração dum Código, o instrumento eleito aflorou como a melhor alternativa.[250]

Sem embargo, seu *Projeto* de Código Civil, com aproximados cinco mil artigos, atendia as características duma codificação.[251] Obra que, sobejando

---

num projecto de Clóvis Bevilaqua, professor em Recife, acaba por ser aprovado, após 17 anos de discussões em comissão e no parlamento." GILISSEN, John. *Op. cit.* p. 461. Nota de rodapé.

[246] MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Manual de história dos sistemas jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 20.

[247] REALE, Miguel. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185-186.

[248] O qual atendia à disposição programática da Constituição de 1.824, mas que não logrou êxito. Só teríamos um Código Civil em 1.916, pela obra de Clóvis Bevilácqua.

[249] REALE, Miguel. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 185-186.

[250] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 312.

[251] LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos.** Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 298.

originalidade e brilhantismo, distanciou-se do Código Napoleônico e antecipava algumas técnicas por vir do Código Alemão de 1.900. Ainda assim, não logrou reconhecimento direto, senão indireto, já que o jurista argentino Vélez Sársfield nele se inspirou, assimilando "amplos segmentos dessa obra", à construção do Código Civil argentino de 1.869. Este sim, com ampla aceitação.[252]

Em momento oportuno trataremos da oposição de Savigny à Codificação na Alemanha, bem como daquele que iria se sagrar na história por lhe ser opositor. Referimo-nos ao também alemão Friedricht Justus Thibaut, um dos mais conhecidos representantes alemães da tendência racionalista pela Codificação.

2.3. A Escola da Exegese

Se por um lado o movimento pela Codificação representou um importante passo no respeitante ao conhecimento das leis, harmonizando-se o todo no uno, não se deve olvidar que essa mesma sistematização deixou pechas. Apontemos o conhecido vezo – o qual Bobbio, ilustrando com as palavras de Ehrlich, aponta como fator determinante ao aparecimento da *École de l'Exégèse* –, do operador do direito (termo que abarca juízes, administradores públicos e advogados) recorrer prioritariamente ao Código em busca da solução jurídica do caso concreto, relegando as demais fontes do Direito. Para além de ser o caminho mais curto, o Código não apresentava as mesmas complexidades de manuseio.[253]

> A codificação modifica o papel tradicionalmente atribuído aos juristas e introduz uma fractura decisiva no desenvolvimento da experiência jurídica continental. **Tudo assenta numa bem estabelecida hierarquia entre criação e aplicação da lei. Se aquela é uma manifestação do que mais nobre possui o direito, a aplicação é uma actividade subordinada e deve processar-se nos precisos limites e critérios que a própria lei estabelece.** Identificado com o momento da criação, o direito é reduzido à produção de normas, a lei é considerada o direito por antonomásia. O positivismo codificador persegue os ideais do iluminismo, rejeitando, em nome da certeza, a pluralidade das fontes de direito. Todo o desvio legal é visto como uma ameaça a realização do valor da segurança (como certeza).[254] (grifo nosso).

---

[252] *Ibid.* p. 298-300.
[253] **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.
[254] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 17.

A *Escola da Exegese* encontrou um ambiente propício ao seu surgimento em França do séc. XIX. Senão, vejamos com Bobbio: codificação; princípio da autoridade (legislador); a doutrina da separação dos poderes;[255] o princípio da certeza do direito (segurança jurídica); as pressões exercidas pelo regime napoleônico;[256] e o Positivismo Jurídico.[257]

Elaborados sob esmero do racionalismo, os Códigos eram considerados edificações lógicas e simétricas, um todo completo e acabado, ensejando a deificação da lei. Visto isso, sob a "influência das idéias filosóficas de Kant na Alemanha, de Saint-Simon e, sobretudo, de Auguste Comte em França, deu-se o nome de positivismo legal, ou *Gesetzpositivismus*, às teorias da Escola da Exegese."[258]

Seus cultores propugnavam a interpretação literal conjugada à aplicação mecanicista.[259] Ao intento de revelar a vontade da lei, verificava-se a "exatidão das palavras interligadas por preposições de acordo com as regras de pontuação e de estrutura de orações".[260] Chancelar o contrário era admitir que a atividade jurisdicional pudesse desfigurar a vontade da maioria (= vontade da lei). Pior, estar-se-ia endossando uma atividade criativa pelo Judiciário, ao qual não competia elaborar o Direito (= leis).[261] À guisa de ilustração, veja-se que para um dos grandes nomes da Revolução Francesa, falamos de Robespierre, o termo "jurisprudência" deveria ser "banido" da língua francesa, já que num "Estado que tem Constituição e legislação, a jurisprudência dos tribunais não pode ser outra coisa senão, a própria lei".[262]

A nota característica da *Escola da Exegese* é bem sintetizada por Miguel Reale na "convicção de que no sistema legal já estava *implícito* algo que competia ao

---

[255] No ensejo, consigne-se a crítica de Eros Grau no sentido de que Montesquieu jamais teria feito menção à expressão "separação dos poderes", senão à "equilíbrio" e "interpenetração dos poderes". **A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 78.

[256] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78-81.

[257] Para alguns, o fato teria ensejado a forma como a filosofia do direito era negligenciada naquele país. VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 05.

[258] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 516.

[259] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 47.

[260] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit*. p. 68.

[261] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 104.

[262] CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Introdução à edição brasileira". KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

intérprete tornar patente ou *explícito*, respondendo ao estímulo das hipóteses ocorrentes".[263] Subjacente, o dogma da onipotência do legislador.

Não é difícil de entender porque essa escola conquistou tantos juristas, citando-se a título de ilustração: Malleville (um dos redatores do Código Civil de 1.804); Delvincourt; Jean Proudhon; Toullier; Duranton (o primeiro a fazer jus á insígnia de grande comentador do *Code Napoleón*); Aubry e Rau; Demolombe entre outros. Na Bélgica, ilustre-se com um dos maiores defensores da Escola, François Laurent, o qual iria exercer grande influência mesmo em França.[264]

Como a redução do Direito à lei, a mera atividade de aplicação evitava a irrupção de quaisquer elementos subjetivos nas decisões. O Direito estaria blindado e, pois, não se contaminaria das convicções do aplicador. Desse modo acreditou-se na "regeneração da Ciência do Direito (Civil) pela Escola da Exegese".[265]

Não é ocioso recordar que o subjetivismo era antagônico a um dos pressupostos epistemológicos da época. Reitere-se a questão da *segurança jurídica*, consubstanciada na previsibilidade.[266] Esta, na época, poderia ser garantida, na medida em que vigia o princípio da isonomia em sentido formal e do *non facere* por parte do Estado. Somente mais tarde é que o Direito deixa de ser confundido à legislação.[267]

De grande valia notar que, não raro, com o exame da estrutura léxica da oração e a combinação de artigos explicando-se um a partir dos outros, chegava-se a novas teorias que não aquelas vislumbradas pelos próprios idealizadores do Código.[268] Paulatinamente, a atividade dos exegetas terminou por isolar os códigos do plexo social em que seriam aplicados.

Entretanto, como proceder quando superado o suposto período de relativo equilíbrio entre as codificações e as relações da vida?

---

[263] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 417.
[264] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 516-517.
[265] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit.* p. 69.
[266] Consigne-se a crítica de Dimoulis, para quem, no sentido de previsibilidade, a segurança jurídica seria inatingível. *Op. cit.* p. 198.
[267] Em virtude de que mais tarde, pós o período de celebração da lei, e o dogma da vontade do povo consagrada pelo legislador no Código: "[...] surge o afastamento da posição largamente dominante de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos preponderantemente, identificável na lei. Enquanto era esta a opinião corrente, o jurista podia contentar-se com os métodos da interpretação da lei, da aplicação da lei («adequadamente» interpretada) ao caso singular e finalmente com a conformação e aplicação de conceitos extraídos do material que se apresentava. Hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem sua configuração definitiva, e deste modo a sua suscetibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da actividade jurisprudencial, e que muitas proposições jurídicas encontram acolhimento do Direito vigente através da actividade jurisprudencial." LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 2.
[268] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 515.

A solução preconizada pelos partidários da escola era a investigação da vontade do legislador.[269] Determinava-se o recurso à "intenção do legislador" a partir do exame de precedentes legislativos ou, se fosse o caso, presumia-se a sua intenção, isto é, criando-se uma "ficção de intencionalidade" do legislador. Esta "brecha" deu azo à negação dos próprios princípios da *Escola da Exegese*, pois, agora, o mecanismo de aplicação estava aberto à penetração por fatores morais e econômicos.[270] Introduziam-se elementos acidentais, empíricos, na aplicação da lei. Mais tarde, transmudara-se a um "ficcionalismo pragmático", já que o intérprete deveria meditar acerca da solução jurídica que o legislador estabeleceria se contemporâneo fosse daquela situação não prevista.[271]

No magistério de García Máynez, as conclusões alcançadas pela *Escola da Exegese* partiam da falsa premissa sobre a importância e sentido da legislação e da Codificação. Hodiernamente, resta indene de dúvidas a **impossibilidade** de se atribuir ao legislador o monopólio da produção jurídica.[272] São as críticas reservadas ao *positivismo legalista* por Gény, um dos expoentes da *Livre Pesquisa do Direito*, ombreado por Ehrlich (*Escola do direito livre*), Leroy, Büllow, entre alemães e franceses, Benjamin Cardozo e Roscoe Pound (*Jurisprudência sociológica*), norte-americanos.[273]

Sobre o jurista François Gény (1.861), necessário observar, com o Prof. Nelson Saldanha, que a sua notável contribuição à Teoria do Direito ainda não contou com o merecido reconhecimento. O jurista francês foi o responsável em introduzir no direito a distinção entre o dado e o construído, isto é, o que seria pressuposto e o resultado de uma elaboração específica, respectivamente. Prelecionava que à solução dum caso concreto a lei não poderia ser ignorada ou contraditada. No entanto, seria complementada através da interpretação.[274] Em sua doutrina, não defendia que o aplicador do direito deveria se afastar da lei, mas se preocupou em estabelecer um equilíbrio entre a lei e o problema carente de solução. Também ele foi responsável por um estudo de revisitação das fontes. Na sua obra *Méthode d'interprétation et sources em droit privé positif* tencionou a superação da deificação da lei (o dogma da

---

[269] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito.** Recife: Bagaço, 2000. p. 30.
[270] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 417.
[271] *Ibid.* p. 427-428.
[272] MÁYNEZ, García. *Op. cit.* p. 337.
[273] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 429-430.
[274] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 222.

onipotência do legislador), ao buscar demonstrar que a lei não expressava, obrigatoriamente, um princípio lógico-racional, senão uma manifestação de vontade do legislador, a qual, não raro, deixava de expressar aquilo que deveria. Por esse motivo, o aplicador deveria buscar a *mens legislatoris*, nem sempre consubstanciada no texto normativo.[275]

Assumindo posição antagônica à da Escola da Exegese, Gény defendia a aplicação dos costumes, o respeito à autoridade da tradição (quando consagrados jurisprudencialmente) e a livre investigação científica. Em síntese, por hipótese de lacunas ou de variadas soluções ao mesmo caso, o intérprete deveria recorrer à livre investigação, a qual se pautava nos seguintes princípios: i) autonomia da vontade; ii) da ordem e do interesse público e, iii) do justo equilíbrio ou harmonização dos interesses privados opostos.[276]

Por oportuno, registre-se que a crítica da aplicação mecanicista preconizada pelos cultores da Exegese, já do exame das obras de Kelsen,[277] "principal alvo da crítica antipositivista",[278] simplesmente não prospera. Ao enaltecerem a codificação, os ingênuos seguidores da aplicação mecânica, na crítica de Hassemer, enxergavam no código a "função de fonte única de toda decisão jurídica."[279]

O fetichismo ao Código também deita suas raízes no controle da magistratura, já que através dele se intentava combater a tirania togada, na medida em que eram evitadas arbitrariedades por parte dos magistrados, cujas decisões, restariam vinculadas à lei.

O valor da segurança jurídica – aparentemente consagrado, em razão da impossibilidade da concepção mecânica –,[280] assumiu foros de acentuada importância

---

[275] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 57.
[276] *Ibid.* p. 57-58.
[277] "A única abordagem positivista pela qual poderia ser dito que admite esse posicionamento é a doutrina civilista francesa e belga da primeira metade do século XIX conhecida como *École de l'Exégèse*. Esses doutrinadores declaravam, nos prefácios de seus tratados, a intenção de realizar uma simples "exegese", isto é, uma interpretação estritamente gramatical e lógica (ou mesmo "mecânica") do texto normativo – e principalmente do então recém promulgado *Code Civil* francês de 1804. Excluía-se da tarefa interpretativa qualquer consideração subjectiva ou construção conceitual feita pela doutrina. Conforme uma célebre afirmação da época, deveria ser ensinado o Código Civil e não o direito civil". DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 54.
[278] *Ibid.* p. 53.
[279] HASSEMER, Winfried. ***Sistema* jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei.** Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 282.
[280] SICHES, Luis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980. p. 225.

no contexto da época atrelado à preconizada objetividade da ciência, sendo hoje abraçado no Estado Democrático de Direito.[281]

Logo, o controle populacional das decisões poderia ser feito em dois momentos distintos: num primeiro, quanto à sua previsibilidade, o agir do cidadão tinha limites no Código, sendo-lhe possível antever as conseqüências da conduta não permitida; já num segundo, quanto a eventuais correções da jurisprudência, haja vista que as decisões encontravam seus limites na própria lei.[282]

Situando a lição na história, necessário observar que a configuração da "máxima" segurança jurídica na metafórica figura do julgador, "a boca da lei", de Carlos de Montesquieu, tinha ambiência no Estado Liberal, mais propriamente na preocupação com as liberdades públicas.[283] Como já apontado, tuteláveis através do *non facere* por parte do Estado.[284]

Assim, sob a égide da discriminação de tarefas estatais[285] e à exigência de previsibilidade e de segurança jurídica,[286] foram estabelecidas balizas à atuação dos magistrados, cuja função deveria se restringir à proclamação da solução legal à espécie – leia-se, a "missão de estabelecer os fatos pelos quais decorrem as conseqüências jurídicas"[287] – já do conhecimento de todos, visto que estampada no Código.[288]

---

[281] NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 509.

[282] HASSEMER, Winfried. ***Sistema* jurídico e codificação:** a vinculação do juiz à lei. Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 285.

[283] GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Op. cit.* p. 190.

[284] "O direito do Estado Liberal realiza, de um modo superior, o ideal burguês da segurança, estando protegido do entrechoque de valores que atravessa a sociedade pluralista moderna e das vicissitudes do poder político, uma vez que não é um determinado ideal de justiça nem um ato "nu" de poder que decide o que deve ser considerado jurídico. É o próprio direito que determina o jurídico, na medida em que regula o seu próprio processo de produção." BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. cit.* p. 16-17.

[285] Sob o fundamento de que decisões arbitrárias do julgador comprometeriam a tripartição dos poderes. "Assim, segundo Montesquieu, a decisão do juiz deve ser uma reprodução Fiel da lei: ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios eqüitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores: o verdadeiro e próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. *Op. cit.* p. 40.

[286] "Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se acentuado o aspecto sistemático do direito e o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário. Havia-se difundido a idéia de que este último não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das Cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinava, mais nitidamente que nunca, o poder judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito." PERELMAN, Chain. **Lógica jurídica:** nova retórica. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 185.

[287] KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico:** da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 178.

Todavia, por debaixo das aparências os juízes da época não atuavam em consonância ao modelo proposto pela doutrina da Exegese, em virtude da impossibilidade de mera atuação mecânica, na censura de Recaséns Siches, vez que em essência a atividade jurisdicional é criadora. Logo, mimeticamente, extraíam princípios e concepções que não estavam contidas no código, como se a ele pertencessem.[289]

Em posição extrema que reafirmava a figura agrilhoada do magistrado, alguns doutrinadores franceses hastearem a idéia da inexistência do Poder Judiciário, haja vista que como simples aplicador da lei – a decisão jurídica era encarada como uma mera operação silogística –,[290] integraria o Poder Executivo.[291]

Com a profusão de teorias jurídicas embebidas no *racionalismo* e ideologias que com ele se coadunavam (leia-se, a guisa de ilustração, Rousseau e Montesquieu), é compreensível a redução na importância da hermenêutica jurídica. No escólio de Luiz Fernando Coelho a atitude de reserva à hermenêutica pode ser atribuída ao misticismo outrora reinante, já que aos homens não era possível explicar algo que tinha origem divina. Doutro passo, também pode ser tributado em alguma "dose de vaidade" do legislador que, geralmente, não era simpático à idéia de que terceiros pudessem interferir – leia-se profanar – em sua obra. Basta mencionar a nada otimista reação de Napoleão ao surgimento dos comentários ao Código de 1.804: "Mi código está perdido".[292] Ainda antes, registre-se que Justiniano havia determinado o seqüestro e a destruição das obras dos audaciosos comentadores de sua compilação.[293] Por oportuno,

---

[288] "Seria exclusivamente a codificação que garantia, em cada caso, a correcção da decisão. A sentença judicial não teria outra tarefa senão a de concretizar o conteúdo da lei tendo em vista o caso concreto. A vinculação do juiz à lei é imperativa. O ideal da segurança jurídica parece atingido: a norma geral vincula a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme. As decisões jurídicas particulares podem ser, cada uma delas, previstas de antemão, pois decorrem da norma jurídica antecipadamente formulada." HASSEMER, Winfried. ***Sistema* jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei.** Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 282.

[289] **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980. p. 223-224.

[290] GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito.** Recife: Bagaço, 2000.

[291] "El apoderamiento de la Justicia realizado por Napoléon, cuya expresión más clara fue la conversión de los jueces en funcionarios nombrados por el Poder Ejecutivo, resultó tan completa que hasta la doctrina se apresuró a justificarlo. Los procedimentalistas franceses partieron ya de negar la existencia del Poder Judicial, y así Garsonnet hablaba de dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, mientras que el judicial entraba necesariamente en el segundo puesto que su función es sólo aplicar la ley." AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo xx.** Valência(Esp): Tirant lo Blanch, 2000. p. 46-47.

[292] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introduccion al derecho:** Nociones preliminares, teoria general, enciclopedia juridica, historia de las ideas. 12. ed. Buenos aires: Abeledo-perrot, 1980. p. 417.

[293] COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 61.

tal se deu quando a lei, outrora fonte secundária no direito clássico, passa a ser fonte exclusiva ao tempo de Justiniano, bem assim o Imperador como seu único intérprete.[294]

No profícuo magistério do Prof. Nelson Saldanha, colhe-se a impossibilidade de desligar o Direito da idéia de Estado, algo que redundaria num idealismo. Outrossim, tampouco podemos visualizá-lo preso, imerso, na figura estatal, o que mutila a axiologia jurídica.[295] Sufocando-se a dimensão dos valores, obviamente, restará sufocada a hermenêutica jurídica.[296]

Lembremos que em Rousseau a lei era enfeixada pela vontade da maioria, de modo que se fosse admitida a interpretação pelo magistrado, estar-se-ia avalizando uma possível deturpação do sentido primevo, *unívoco*.

> O direito natural racionalista abandona o campo da *interpretatio* do *Corpus Iuris Civilis* e busca na "natureza das coisas" os critérios e os preceitos de direito natural. Ao assumirem o conceito de sistema axiomático, os modernos afastam-se da hermenêutica. Esta, o último reduto da ciência do direito na perspectiva do *ius commune*, é posta em causa. **Para esta corrente, em grande parte, a interpretação é perspectivada como índice patológico da imperfeição da lei.**[297] **(grifo nosso).**

De outra banda, a idéia de código "como corpo completo de normas" que demandava "operações interpretativas de carácter lógico-formal",[298] contribuía para uma evolução mais vagarosa do Direito. O *positivismo legalista* originou o "dogma da soberania absoluta do Estado que se encontra nas teorias nacional-socialistas do século XX e, sobretudo, na concepção soviética do direito".[299]

Não olvidemos as incisivas críticas de Karl Von F. Savigny pela adoção dum Código para a Alemanha,[300] o que poderia se situar em estágio ainda anterior, às leis, pois em ambos os casos acarretava-se a fossilização do direito.[301] O jurisconsulto

---

[294] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, Direito Material e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 264.
[295] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 149.
[296] "Raia pelo absurdo que tenhamos de dizer – ou relembrar – que a interpretação do Direito Moderno (interpretação da lei, da sentença, dos negócios jurídicos etc.) constitui um dos momentos centrais, talvez, o momento nuclear, o epicentro da experiência jurídica." VEIGA, Gláucio. **Lógica da argumentação.** Anuário do Mestrado em Direito, n. 05. Recife: Editora Universitária, 1992. p. 54.
[297] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 367-368.
[298] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit*. p. 07.
[299] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 518.
[300] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit*. p. 7-12.
[301] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 2. p. 208.

alemão afirmava que aquele país não estava historicamente preparado à codificação, o que pressupunha um "nível cultural largamente superior ao das épocas precedentes".[302]

A codificação em contexto desfavorável obstaculizaria o processo de evolução natural do Direito. Em outros termos, vivenciando uma época em que a cultura era decadente, os males da codificação, enquanto perpetuação e cristalização dessa expressão cultural, historicamente, delimitável, seriam manifestos.[303]

No início do século XIX a Alemanha da época foi marcada por interessante embate intelectual e ideológico entre Savigny e Friedricht Justus Thibaut,[304] já que o último, "estimulado pela necessidade de uma unificação nacional e pelas idéias das Luzes",[305] foi um grande defensor e entusiasta da codificação no país.

Não é ocioso recordar que no período de duelo intelectual que originou a famosa polêmica a Alemanha estava fragmentada em territórios. A unificação dos Estados germânicos só viria a ocorrer mais tarde, ao final do terceiro quartel daquele século. Assim, da ausência duma nação, inoportuno seria um Código, pois este não seria o instrumento que a inauguraria.[306]

Muito embora a lei tenha um papel proeminente em nosso *Sistema* Jurídico, haja vista que seguimos uma tradição romanística, quem confunde o Direito ao texto normativo, endossa, ainda que inconsciente, a concepção vigente na ambiência de eclosão do Positivismo Jurídico, quando era assente a idéia dum legislador universal, a quem cabia prever todas as diferentes possibilidades de condutas.

A superação do dogma da onipotência do legislador é decorrência duma visão que não mais o enxerga como um ser iluminado de modo que o produto de sua tarefa fosse algo pronto e acabado, por assim dizer, intangível. Tal dar-se-ia em manifesta

---

[302] E em nenhum contexto estaria. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 61-62.

[303] "Ora, segundo Savigny, também a Alemanha, no início do século XIX, encontrava-se numa época de decadência da cultura jurídica; por isto, a codificação, em lugar de remediar os males universalmente lamentados, os teria agravado e perpetuado. Para remediar o estado de coisas existente era ao contrário necessário, segundo o autor, promover vigorosamente o renascimento e o desenvolvimento do direito científico, isto é, a elaboração do direito por obra da ciência jurídica." BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 62.

[304] Cujos escritos o identificam na "escola filosófica do direito" que, para Norberto Bobbio, poderia ser chamada com mais propriedade de "positivista". *Ibid.* p. 56.

[305] AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 83.

[306] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 423.

limitação do primeiro à *dimensão normativa*, que não é a sua única e que permitiu a visualização do Estado de Direito nas experiências fascistas do século XX.[307]

Erigido sobre os princípios da equiparação do Direito à lei, coerência da ordem normativa, completude das leis e univocidade de seu sentido, para Villey o Positivismo Jurídico teria aflorado com seus dias contados, haja vista a impossibilidade da observância dos princípios hasteados.[308]

Some-se à problemática das lacunas e seu modo de integração, os conceitos indeterminados e as normas em branco, com as quais o positivismo jurídico não sabe lidar, a inoperacionalidade quando de situações de contradição de princípios, bem assim a ausência de soluções alternativas às situações de injustiça, para se constatar, com Menezes de Cordeiro que, paradoxalmente, "o formalismo e o positivismo, tantas vezes preconizados em nome da segurança do Direito acabam por surgir como importantes factores de insegurança".[309]

O *formalismo*, não só enquanto característica do *juspositivismo*, mas como fundamento científico para outras doutrinas, não subsiste quando confrontado à natureza histórico-cultural do Direito e a irredutibilidade dos conteúdos revelados nos diferentes casos concretos em que é invocado a solucionar. A forma em si, bom que se diga, é essencial na complementaridade e essencialidade que existe com o conteúdo. O problema surge, quando há uma excessiva acentuação da forma, leia-se, sua exacerbação. Fala-se, pois, no formalismo.[310]

2.4. A Escola Histórica do Direito

Se podemos, no recurso à obra de Antonio Carlos Wolkmer, identificar que alguns fenômenos culturais, sem embargo de sua universalidade, encontram "em determinado momento e lugar uma maior polarização", assim o Renascimento na Itália,

---

[307] "A partir daí se passou a questionar se não há, no direito, algo mais profundo e arraigado ao *sentido de homem e civilização* do que os simples comandos do poder: os valores fundamentais da juridicidade; também, seria possível reconhecer que ao poder político o arbítrio de impor à comunidade normas com as quais ela não se conforma por não se coadunarem ao seu espírito?". MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* p. 17.

[308] *Op. cit.* p. 394.

[309] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XX-XXIV.

[310] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 68-69.

e o Iluminismo na França e Inglaterra, no que respeita à Alemanha, palco da conhecida polêmica, aponta-se o Romantismo.

Desenvolvendo-se, sobretudo, no estado alemão, o Romantismo se caracterizou por abrir uma significativa frente de combate ao Iluminismo (na Alemanha, o *Aufklärung*),[311] voltando-se à natureza, arte e história.[312] Na onda de digladio com a frialdade da razão é formada a *Escola Histórica do Direito*,[313] inspirada, dentre outros, em escrito de Edmundo Burke, cujos expoentes foram Gustavo Hugo (o qual reduz o direito natural a uma filosofia do direito positivo),[314] Savigny (representante maior da *Escola Histórica* alemã) e Puchta (fundador da *Jurisprudência dos Conceitos*).

Com sensível enaltecimento da tradição (em Burke, o "princípio da continuidade histórica"),[315] a *Escola Histórica* era dotada de uma metodologia preocupada em permitir ao aplicador penetrar o "espírito do povo" (*Volksgeist*) que, acreditava-se, seria revelado através dos costumes,[316] diferentes, enquanto manifestação particular de cada povo, de região para região. Muito embora sufocada pelo sucesso da *Escola da Exegese*, na França a *Escola Histórica* foi representada, principalmente, por Merlim e Olivier Leclercq.[317]

Os adeptos da *Escola Histórica*, o que já foi ilustrado com um dos seus maiores arautos, a despeito do repúdio à idéia dum Código, vão enfatizar a questão da *unidade* e *sistematicidade* do Direito,[318] "esforços no sentido da elaboração dogmática e sistemática, como se vê nos livros de Puchta e do próprio Savigny",[319] o que, eis a nota distintiva, não viria a ser obrado pelo legislador.

---

[311] Neste movimento também chamado de iluminista, mas com peculiaridades próprias da realidade alemã, como o fato de não se voltar tanto contra a religião, houve uma popularização da filosofia de Leibniz, sobretudo pelos esforços de seu conhecido discípulo Christian Wolff. É na linha das idéias de Leibniz e Wolff que mais tarde irá se formar a *Jurisprudência dos Conceitos* de Puchta.

[312] WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19-20.

[313] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.

[314] KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico:** da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 165.

[315] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959. p. 206-207, V. 2.

[316] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 154.

[317] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 514.

[318] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 121.

[319] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 152.

Considerando a recepção que faziam do direito romano – também conhecida por «Escola romanista e costumeira» –,[320] caberia aos artífices da Ciência Jurídica, transformá-lo "num ordenamento jurídico unitário e sistemático".[321] Neste caso, não se fala em *positivismo legalista*[322] como se constata em França com a deificação da lei pela *Escola da* Exegese, mas dum *positivismo científico*, sob a égide do qual as normas jurídicas eram deduzidas e aplicadas exclusivamente a partir do *sistema*, isto é, "dos conceitos e dos princípios doutrinais da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objectivos extra-jurídicos", *v.g.*, sociais e religiosos, a "possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas".[323]

A importância com a *unidade* e *sistematicidade* ainda lhe garantiriam a referência à expressão "Ciência do Direito", que se atribui, pioneiramente, a Savigny.[324] Este fora embebido das idéias de Vico e Montesquieu, os quais poderiam ser apontados como os precursores de idéias daquilo que mais tarde seria a *Escola Histórica* do Direito.[325]

Afigura-se um equívoco, ressalte-se, pensar que a *Escola* de Savigny tinha por preocupação única a história. Desta preocupação não se afastou, senão constituindo sua ênfase, no caráter científico do saber jurídico e de sistema do Direito.[326] Neste diapasão, o "próprio conceito de sistema, que nos séculos XIX e XX assumiu especial relevância, tem uma história: foi elaborado durante a construção da dogmática jurídica, a partir da Escola Histórica e do crescimento do positivismo jurídico."[327] Ademais, a pretensão de objetividade da Escola Histórica já havia sido denunciada por Dilthey, censurando esta que para ele seria uma inconsistência epistemológica.[328]

A recepção do Direito Romano fez com que alguns partidários da *Escola Histórica* formassem a «pandectística» ou «ciência das pandectas».[329] Os pandectistas propugnavam rigores semelhantes para com objeto de estudo ao dos exegetas franceses.

---

[320] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 514.
[321] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 122.
[322] No sentido de Wieacker: "[...] de que todo o direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos". *Op. cit*. p. 493.
[323] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 492.
[324] SALDANHA, Nelson. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 149.
[325] REALE, Miguel. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.
[326] SALDANHA, Nelson. **Observações gerais sobre Jhering.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 184.
[327] SALDNHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 170.
[328] PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999. p. 105.
[329] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 491.

Nada obstante, se os últimos partiam duma idolatria à lei, os primeiros tinham por ponto de partida os textos do *Corpus Iuris*. Se do ponto de vista francês a lei deveria ter proeminência em virtude do princípio racional que lhe era imanente, neste particular da visão germânica, atribuía-se um papel de suma importância aos textos de direito romano.[330]

Também os Pandectistas tinham um traço normativista. Todavia, levando em consideração que surge no seio da *Escola Histórica*,[331] divergiam dos *exegetas* por não afastarem o elemento histórico. Por outro lado, não comungavam da atitude de reserva dos partidários da então *Escola Histórica* para com a lei. Pelas lentes de um de seus expoentes: "É fora de qualquer dúvida que um costume jurídico recebe a sua força obrigatória da vontade do legislador, sem a qual não se pode, em geral, imaginar qualquer direito positivo".[332]

A título de exemplo, basta recordarmos a exposição de Savigny (da segunda fase), no que respeita aos «institutos jurídicos» que – representação do «espírito do povo»,[333] formados, pois, em sua consciência, caracterizando-se pela idéia de sua necessidade e vinculação –, referidos às relações da vida típicas ao Direito, seriam os responsáveis por sua origem e evolução. Sublinhando-se que o somatório das normas não poderia retratá-los na integralidade,[334] em virtude de se transformarem com o tempo. As regras jurídicas buscam seu fundamento na intuição dos institutos jurídicos.[335]

Sobre a consciência, vale dizer, «Consciência Jurídica Popular», é visível a influência de Schelling e Hegel, a ponto de Del Vecchio afirmar que "ela não é senão uma aplicação particular das doutrinas daqueles filósofos no campo do direito".[336]

Contrário à Codificação, para ele o Direito não poderia se confundir à lei, assinalando a falsidade da correspondência ao labor do Legislador.[337]A redargüia ao direito codificado – ainda antes no princípio da exclusividade da lei como fonte do

---

[330] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 51.
[331] VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 322.
[332] GLüCK, *Commentario alle Pandette*, 1, I, § 85, trad. Ferrini *apud* REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 419.
[333] Registrando-se que cada povo tem um espírito.
[334] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 13-14.
[335] KRETSCHMANN, Ângela. *Op. cit.* p. 167.
[336] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 209.
[337] VILLEY, Michel. *Op. cit.* p. 323.

direito –,[338] tinha supedâneo na concepção de sua formação despótica, leia-se, estranha aos costumes. O Direito não poderia ser estabelecido arbitrariamente, senão respeitando os elementos próprios de cada povo.[339]

A formação das regras necessariamente decorria dos institutos, de modo que o intérprete deveria "intuir" o sentido da norma a partir deles.[340] O caminho em que se desenvolve essa perspectiva ainda produziria reflexos no status de fonte do direito consuetudinário que, repensado, será concebido como fonte primária, haja vista que "surge imediatamente da sociedade e é expressão genuína do sentimento jurídico popular [...]".[341]

Nada obstante o rechaço à idolatria da lei, ao dogma da onipotência do legislador, isso não implica em dizer que os alemães da época fossem inteiramente favoráveis ao direito judiciário. Esclarece-nos Bobbio que o mote da *Escola Histórica* não era apenas uma profunda exaltação do direito popular, mas da crença na reforma do direito científico.

Destarte, o melhor caminho não era a codificação, mas o desenvolvimento de estudos sobre o Direito. Conquanto o inconveniente do material jurídico confuso e disperso não fosse um mal vivenciado apenas em França, a tarefa de remediá-lo não deveria, e nem seria, obrada pelo legislador.[342]

Na Alemanha a resistência levantada pela *Escola Histórica* do Direito vai refletir em sua codificação tardia.[343] Enquanto os alemães estudavam e preparavam as bases científicas para o momento por vir – eventual, lembremos em Savigny – de um Código, os franceses e italianos dedicavam-se a explicar as respectivas codificações em vigor.[344] Quiçá este seja o fato que explique o avanço e a influência da codificação

---

[338] GILISSEN, John. *Op. cit*. p. 514.
[339] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit*. p. 78.
[340] Anote-se a distinção que Larenz traça entre a obra da juventude de Savigny, quando concebia o *Sistema* jurídico limitado à regras jurídicas, da obra de sua maturidade, a qual parte da "idéia de nexo «orgânico» entre os institutos jurídicos que vivem na consciência comum." LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 18.
[341] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 44.
[342] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 123.
[343] *Ibid.* p. 121.
[344] "Podría decirse que si en siglo XIX los franceses y los italianos explicaban un código ya promulgado, los alemanes se dedicaban a poner las bases científicas para elaborar el suyo.
[…].
"Esta orientación condujo a los alemanes a plantearse los problemas de fondo, sin quedarse en las formas del procedimiento. Lo expresaba Kohler con gran claridad cuando decía que sin atender a la calidad

germânica de 1.900, o Código Civil Alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), cujo advento faria esmorecer a influência francesa.[345] No período que antecedeu a codificação, tinha-se operado a "recepção do Direito Romano", já que mesmo com usos e costumes próprios, aos poucos os bárbaros cederam diante da superioridade cultural do Direito Romano. E este, paulatinamente, tornava-se germânico, à medida que florescia e era adaptado para atender às necessidades do povo alemão.[346]

Cogitar-se uma "tal adoração do facto consumado contradiz a exigência crítica da nossa consciência e é a negação de todo o progresso jurídico. Se identificarmos sistematicamente o real com o ideal, excluiremos a possibilidade do progresso." No magistério de Del Vecchio este seria um dos erros da *Escola Histórica*, ao passo que seria o fator de superioridade das escolas racionalistas.[347]

Uma segunda crítica repousa no modo como a maior parte de seus caudatários encarava o Direito Romano, tido como o "protótipo de todos os direitos", o que legava a difícil tarefa de conciliá-lo com o «espírito do povo», vale dizer, próprio de cada povo. Conquanto outras críticas ainda pudessem ser alinhavadas,[348] os representantes da *Escola Histórica* se notabilizaram por difundir os princípios da historicidade e da relatividade do direito,[349] nada obstante, o porvir guardasse a formalização de seu *historicismo*, dando-se então preferência à "história dos textos legais".[350]

Neste diapasão, boa parte dos seguidores da *Escola História* se desprendia das bases do pensamento de Savigny, perdendo de vista a valoração direta da "vida social como conteúdo e elemento condicionante das regras de Direito". Logo, afastavam-se daquilo que Reale chama de *historicismo autêntico* e, já sob a égide da formalização do historicismo, empreendiam uma interpretação histórica, "no sentido de ir buscar, para conhecer melhor uma regra, os seus *antecedentes dogmáticos*".[351]

Opondo-se a um direito contingencial, as idéias de Ihering no *Espírito do direito romano,* em especial no último volume, afirmando a universalidade da ciência

---

jurídica de un fenómeno no es posible un tratamiento que corresponda a exigencias científicas". AROCA, Juan Montero. *Op. cit.* p. 26.

[345] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XCII-XCIII.

[346] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 424.

[347] *Op. cit.* p. 211.

[348] Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 414.

[349] VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, V. 1. p. 213-214.

[350] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 425.

[351] *Ibid.* p. 425.

jurídica e que os juristas dos diferentes países e épocas falariam a mesma língua.[352] O Direito com normas intemporais, aptas à validade permanente.

É com Bobbio que finalizamos, colacionando sua síntese acerca dos princípios ideológicos subjacentes ao movimento pela codificação, quais sejam: a "dupla exigência de pôr ordem no caos do direito primitivo e de fornecer ao Estado um instrumento eficaz para intervenção na vida social".[353]

2.5. A Jurisprudência dos Conceitos

Sob os influxos racionalistas, levados ao extremo, vale dizer, a França foi o cenário do surgimento e propagação da *Escola da Exegese*. Atendendo aos imperativos do mesmo paradigma, a Alemanha viu desenvolver a *Jurisprudência dos Conceitos* de Puchta. Se na primeira escola podemos verificar o *positivismo legalista*, e o dogma da plenitude do ordenamento jurídico, na segunda se visualiza o *positivismo científico*,[354] oriundo do formalismo gnoseológico de Kant, o que motivou Wieacker a cognominá-lo de formalismo *científico*.[355]

Sem olvidar a importância do pensamento de Wolff, o qual, ainda antes, com seu coerente sistema lógico "forneceu o fundamento de vários códigos jus-racionalistas".[356] Christian Wolff (1.679) que influenciou ao próprio Kant e ainda seria lembrado por Wieacker como o pai da *Jurisprudência dos Conceitos* que se propagou pela pandectística do séc. XIX de Puchta a Windscheid.[357]

A concepção de *Sistema* jurídico de Puchta pode ser sintetizada como um "**sistema** lógico através de uma pirâmide de conceitos, evoluindo para uma Jurisprudência dos conceitos cada vez mais formal".[358] Encarando sob o formato de uma pirâmide, de modo que "quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva – e vice-versa",[359] sendo que

---

[352] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 123.
[353] *Ibid.* p. 120.
[354] KRETSCHMANN, Ângela. *Op. cit.* p. 182.
[355] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 492-493.
[356] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 362.
[357] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 362-363.
[358] KRETSCHMANN, Ângela. *Op. cit.* p. 181.
[359] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 22-23.

todos os conceitos são deduzidos dum conceito supremo, isto é, a partir de seu conteúdo, este, com um fundamento ético, aproximadamente, diria Tércio Sampaio, do conceito kantiano de liberdade.[360] O *Sistema* jurídico seria constituído da totalidade dos conceitos.[361]

Posto que discípulo de Savigny, o nexo de sua concepção de sistema não estava atrelado aos «institutos jurídicos». Não se tratava, pois, dum nexo orgânico. A relação se dava entre proposições jurídicas, construções conceituais abstratas, transmudando, pois, a um nexo lógico, o que inexistia na doutrina do representante maior da *Escola Histórica*.[362]

Acentuando a formação das proposições jurídicas, umas a partir das outras, Puchta apartou o *Sistema* jurídico cada vez mais das relações da vida. Se por um lado Savigny e os representantes da *Escola Histórica* estavam preocupados na relacionação entre as proposições jurídicas e os institutos jurídicos, em Puchta a ligação se enfraquece, desgarrando-se cada vez mais do plexo social.

> Na verdade, as normas jurídicas não são plenas (i.e., isentas de lacunas). No entanto, o lugar dos conceitos na pirâmide conceitual e as conexões lógicas do sistema permitem imediatamente um preenchimento conseqüente das lacunas da lei positiva através da «construção criadora» (ou «construtiva»). É precisamente para esta exigência que serve o incessante limar e polir dos conceitos jurídico-científicos até uma plena sistemática da justiça.[363]

Os adeptos da *Jurisprudência dos Conceitos* acreditavam que o constante aperfeiçoamento da pirâmide conceitual permitiria que, futuramente, todos os "casos pensáveis" pudessem ser solucionados por meio da subsunção dum conceito ou princípio. Se na Escola francesa exegética o juiz era tido como mero instrumento da lei – nas palavras de Heck, cuja escola fundada, como veremos, abriu uma frente contra a *Jurisprudência dos Conceitos* – na escola de Puchta o juiz seria apenas "um autómato da subsunção".[364]

A *Jurisprudência dos Conceitos* e o preconizado método lógico-dedutivo, afastando-se os demais, sedimentou o terreno ao "«formalismo» jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século, sem que a contracorrente introduzida por

---

[360] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 43.
[361] SICHES, Luis Recásens. *Op. cit*. p. 61.
[362] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 24.
[363] WIEACKER, Franz. *Op. cit*. p. 498.
[364] *Ibid.* p. 498.

JHERING conseguisse por longo tempo sobrepor-se-lhe." Esclareça-se a referência ao Jhering de segunda fase, já que num primeiro momento, enquanto discípulo de Puchta, também no magistério de Larenz, aquele filósofo alemão apoiou e elevou esta *Escola* a seu cume.[365]

O Jhering da maturidade se inclina por uma Jurisprudência pragmática de raiz sociológica.[366] Ao introduzir a "noção de finalidade no direito" foi o responsável por instituir o método teleológico de interpretação. Nesta segunda fase seu pensamento vai se chocar à doutrina de Puchta, perseguindo-a com "sarcasmo mordente".[367] Esse segundo Jhering preconizava que o Direito existia para a sociedade, em sua função, e não o oposto. É o chamado *vitalismo*.[368] A finalidade era vista como criadora de todo o Direito.[369] Da inegável riqueza e variação de pensamento desse autor ainda seria possível identificar um terceiro Jhering, de certa forma, continuador da Escola Histórica do Direito, o qual se revela na obra *O Espírito do Direito Romano*.[370]

Por último, anote-se que o método construtivo sufragado pela escola em questão lhe rendeu a própria crítica já que inviabilizou a decantada pureza, haja vista que deste método era possível originar diferentes conceitos, os quais, por conseguinte, ditariam soluções distintas a um mesmo caso. No cotejo das diversas formas de resolução do mesmo fato, desembocava-se na questão da escolha. A preconizada pureza de antanho, garantida por um sistema conceitual, perdia espaço a uma ponderação dentre as soluções, selecionando-se aquela que fosse a mais "satisfatória".[371]

2.6. Bases para o Positivismo Jurídico

Em linhas antecedentes vimos que, sob um determinado prisma, o positivismo jurídico aflora da premente necessidade de atender a uma emergência científica no Direito, nascendo do "esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas,

---

[365] *Op. cit.* p. 29.
[366] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 30.
[367] *Ibid.* p. 29.
[368] SALDANHA, Nelson. **Observações gerais sobre Jhering.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 184.
[369] GRAU, Eros Roberto. **A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p.70.
[370] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Observações gerais sobre Jhering.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 182.
[371] SICHES, Luiz Recaséns. *Op. cit.* p. 61.

naturais e sociais".[372] O recuo às bases científicas naturais nos permite visualizar a relação com o pressuposto epistemológico da objetividade.

Afigura-se com clareza a orientação no sentido da limitação à análise descritiva do objeto de estudo, avalorativa, pelo observador. Mudando os termos, impunha-se ao Direito o método científico próprio das ciências positivas ou explicativas (ciências naturais).

> Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fatos* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. [...].
> A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade.[373]

O positivismo jurídico irá introduzir no Direito um método desenvolvido pelos estudiosos das Ciências da natureza, sem maiores reflexões de cunho paradigmático-epistemológico à seara jurídica. Trata-se da influência do *positivismo científico*, que se "define pelo propósito de aplicar a todas as questões, mesmo às humanas, às morais, às sociais, os métodos científicos modernos, por se ater ao estudo dos *fatos*",[374] bem ilustrado no escólio supra colacionado de Noberto Bobbio.

Mesmo porque, a revolução encetada por Giovanni Battista Vico, retomada na obra de Dilthey, enfatizando-se a divisão entre as Ciências da Natureza e Ciências do Espírito (assim entendido o conjunto das ciências que tem por objeto a realidade histórico-social),[375] bem assim à necessidade dum método próprio às últimas, não foi suficiente ao soerguimento do Direito, tal e qual às demais Ciências do Espírito, com um método que lhes fosse adequado.

---

[372] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.
[373] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135. Cf. PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 91.
[374] VILLEY, Michel. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 183.
[375] DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu:** ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Trad. Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986. P. 39.

No contexto da época, veja-se o que grafa Dilthey já nas linhas iniciais de sua *Introducción a las ciencias del espíritu* que, mencionando a obra de Francis Bacon se contrapõe influenciado pelas idéias de Vico:[376]

> Desde la célebre obra de Bacon, los libros que discuten el fundamento y el método de las ciencias de la naturaleza e introducen así en su estudio han sido compuestos especialmente por investigadores de la naturaleza, y los más conocidos entre ellos son los de Sir John Herschel. Parecía necesario prestar un servicio análogo a los que se ocupan de historia, de política, jurisprudencia o economía política, de teología, literatura o arte.[377]

Nada obstante, na conjuntura vigente, seria ingênuo acreditar que a insuficiência ou não adequação do método "natural" ao Direito, tenha impedido o Positivismo Jurídico de se espraiar, já que conquistou e conquista tantos adeptos. Posto que não infenso às críticas, o Positivismo Jurídico não foi; está sendo. Mesmo após a 2ª Guerra Mundial, quando a visão adstrita à dimensão normativa teria demonstrado sua insuficiência, é lançada em 1.961 a obra de Hebert Hart, *The concept of law*, renovando "os fundamentos do positivismo jurídico" e que vai originar um debate amplo sobre essa teoria, o que perservera na atualidade.[378]

Fora de nosso empenho esmiuçar uma das grandes dicotomias do Direito, Direito natural e Positivismo Jurídico, como pudesse parecer sugestionado, em que seria examinada a própria existência dum direito preexistente ao produto do homem.[379] Mesmo porque, como anota o Prof. Nelson Saldanha, hoje em dia a discussão acerca da existência dum direito superior e anterior à ordem jurídica se encontra esvaziada.[380] Impõe-se um corte para tratar sobre o último, já que se rebela contra o primeiro em

---

[376] "Se Francis Bacon havia procurado lançar as bases metodológicas das ciências naturais, seu trabalho veio a ser completado, ainda na primeira metade do século XVIII, por um pensador italiano, Giovanni Battista Vico, que sentiu a imprescindível necessidade de determinar os fundamentos de um e outro tipo de ciências, o das ciências do espírito ou do "fato histórico". REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 47.

[377] DILTHEY, Wilhelm. *Op. cit.* p. 37.

[378] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 51.

[379] De sua época Tobias Barreto já se rebelava contra a doutrina dum direito natural. Admitia, no entanto, a existência de leis naturais que não se confundiriam à ilusão do direito natural. Vejamos a crítica: "E' precizo uma vez por todas acabar com semelhantes antigalhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um effeito do desenvolvimento humano. A historia do direito é uma das formas da historia da civilisação.

"Os teimosos theoristas de um *direito natural* são figuras anchronicas, estão fora de seu tempo. Se elles possuissem ideias mais claras sobre a historia do *tal direito*, não se arrojariam á tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente á humanidade e ao planeta que ella habita". BARRETO, Tobias. **Questões vigentes de philosofia e de direito.** Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888. p. 132-133.

[380] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 200.

nome da objetividade.[381] Não haveria como dissertar o esforço científico no campo do Direito, a Codificação Sistematizadora, o conceito de *Sistema* Jurídico, sem perlustrar o Positivismo Jurídico enquanto valor epistemológico consolidado no "campo disciplinar jurídico moderno".[382]

O Direito natural que tendo triunfado no séc. XVIII repercutindo em declarações de direitos do homem na América e na França, e alimentando as codificações austríaca, prussiana e francesa, teria depositado o próprio germe de sua decadência quando, saindo do misto em que repousava entre idéia e realidade, teria se convertido na segunda. Abandonando a pretensão de universalidade, transmudou-se nos códigos referidos.[383]

Muito embora com uma polarização mais acentuada em França, Inglaterra e Alemanha, é necessário estudar o Positivismo Jurídico como um todo, já que é uma doutrina una, variando, para além de delimitações geográficas, da forma como é concebido por alguns autores.[384]

Seguindo o traço de historicidade que temos adotado até então, abordaremos a doutrina de seus mais famosos pensadores. Excepcionalmente, abriremos um tópico específico para tratar de Kelsen, já que foi um dos, senão o principal, responsável em disseminar o conceito puro de *Sistema*, em cujo estudo obrou a descoberta das estruturas lógicas das normas, instituindo uma Ciência formal do Direito.[385]

> A consolidação das premissas do positivismo jurídico se deu em paralelo à monopolização do poder político pelos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, relacionando-se com as idéias racionalistas sobre a criação e aplicação do direito. Isso se verificou no século XIX sob o impulso das "grandes codificações" em muitos países europeus e em suas colônias e ex-colônias. Nos países sem direito codificado, como acontecia no século XIX na Inglaterra e, em certa medida, na Alemanha, a visão juspositivista se consolidou graças à forte presença do Estado que conseguiu monopolizar a

[381] Como anota Bobbio, essa foi a bandeira hasteada pela Teoria Pura do Direito no combate ao Direito Natural e à Sociologia Jurídica: "A polêmica contra o Direito Natural foi conduzida em nome da *objetividade* da ciência, a qual tem a tarefa de conhecer a realidade e não de avaliá-la, ao passo que o Direito Natural é o campo de todas as ideologias que, tempos em tempos, pretenderam avaliar o Direito positivo para afirmar a conformidade a certos ideais de justiça [...]. A polêmica contra a Sociologia, ao contrário, é levada mais longe em nome da distinção entre a esfera do ser, à qual pertencem os fenômenos sociais, e a esfera do dever ser, à qual pertence o Direito...". BOBBIO, Norberto. **Direito e poder.** Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008. p. 23.

[382] ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 40-41.

[383] WELZEL, Hans. **Introduccion a la filosofia del derecho:** derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1977. p. 170.

[384] O que vai justificar a distinção entre positivismo jurídico *stricto sensu* e *lato sensu.*

[385] LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. por Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. p. 25.

> produção jurídica, fazendo com que os costumes fossem consolidados e parcialmente reformulados pelos tribunais estatais.[386]

No mesmo passo, levando em conta que o estudo enfrenta a necessidade de construção dum *Sistema Processual*, notar-se-á que é direcionado pela linha da Codificação, advertindo-se quanto aos esforços concentrados à sua proximidade.

2.6.1. A criação do Positivismo Jurídico

O Positivismo Jurídico ou juspositivismo surgiu como negação do Direito Natural,[387] leia-se, dum respaldo normativo em um direito ideal, fundado em leis perenes e universais; a recusa de um paradigma externo;[388] e, por conseguinte, com a assunção de que, por Direito, somente se poderia admitir aquele que fosse posto pela autoridade.

Desta feita, num momento ainda anterior, guarda enlace com o surgimento do Estado moderno e a dissolução da sociedade medieval-pluralista. Em outras palavras, está referido ao processo de "monopolização da produção jurídica",[389] a partir do qual será reputado Direito tão-somente aquilo que decorresse da produção normativa do

---

[386] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 70.

[387] Dimitri Dimoulis identifica já no pensamento de Jean Bodin algumas idéias de cunho juspositivista. Mas, conquanto sustentasse que as leis são fruto tão-somente da vontade do soberano, propugnando com o rompimento do pluralismo jurídico da época, Dimoulis destaca que o autor francês não negava o direito natural. Vejamos: "Sem entrar em pormenores da história das idéias jurídicas, observamos que idéias de cunho juspositivista encontram-se já no século XVI na obra de Jean Bodin (1529-1596). O autor considera que as leis dependem única e exclusivamente da vontade do soberano que possui o poder para impor seus mandamentos aos súditos [...]. Não há dúvida de que Bodin insiste na submissão do soberano às leis divinas e naturais e, por essa razão, seu positivismo foi considerado "impuro". *Op. cit.* p. 68.

[388] "Filosoficamente, pode-se dizer que o positivismo jurídico caracteriza-se por aceitar que o direito resulta de um ato de poder competente, podendo assumir qualquer conteúdo. Ele é auto-referente, é procedimental, é de certo modo irracional quanto ao conteúdo, à medida que recusa um paradigma externo que configuraria a possibilidade de uma matéria ética "necessária"". ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 131.

[389] "A teoria estatista do direito é o produto histórico da formação dos grandes Estados modernos, que surgiram com a dissolução da sociedade medieval. A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, ou seja, formada por vários ordenamentos jurídicos, que se punham ou se integravam: havia ordenamentos jurídicos universais acima daqueles que hoje são os Estados nacionais, como a Igreja e o Império; e havia ordenamentos particulares abaixo da sociedade nacional, como os feudos, as corporações e as comunas. Mesmo a família, considerada na tradição do pensamento cristão como uma *societas naturalis*, era um ordenamento à parte. O Estado moderno formou-se por meio da eliminação ou da absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores à sociedade nacional, mediante um processo que poderia ser chamado de *monopolização da produção jurídica*. [...]. Se hoje ainda há uma tendência a identificar o direito com o direito estatal, essa é a conseqüência histórica do processo de centralização do poder normativo e coativo que caracterizou o surgimento do Estado nacional moderno." BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 11.

Estado. Falar-se-á, então, em monismo jurídico,[390] concepção que prega a ordenação do Estado como sendo dotada de maior expressão da normatividade jurídica.[391]

A concepção positivista do direito será caracterizada pelo *formalismo*, abstração do conteúdo; e *imperativismo*, entendido como a possibilidade de se fazer cumprido coativamente. Estes aspectos vão favorecer o surgimento do "dogma da onipotência do legislador", ainda que, posteriormente, a discussão acerca da existência de lacunas[392] no direito positivo reste por enfraquecê-lo.[393] Cuida-se de mais um fator que se soma aos já declinados para que uma interpretação "criativa" fosse repudiada.[394]

Com a formação do Estado moderno, o juiz que outrora poderia recorrer às diferentes fontes ao deslinde dum caso concreto que lhe era submetido, tais como a lei, os costumes, ou mesmo julgar pautado em equidade, passa a integrar um órgão do Estado, o Judiciário, o qual estava "subordinado" ao Legislativo,[395] de modo que se impôs ao magistrado a aplicação do Direito elaborado pelo legislador ou pelas fontes reconhecidas.[396] Orbe em que o direito positivo é considerado como o único e verdadeiro a ser aplicado. Mitiga-se o pluralismo, na medida em que a aplicação de outras fontes que não a lei posta estava condicionada à sua recepção legal.[397]

Um importante precedente desse processo de monopolização se deu com a compilação de Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*.[398] Foi sensível a influência que o Direito Romano exerceu na cultura jurídica de outros povos, o que, em parte, pode ser atribuído à extensão de seu Império.

---

[390] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 27.
[391] COELHO, Luiz Fernando. *Op. cit*. p. 115.
[392] Dentre outros, veja-se a crítica de Gény. Cf. CAMARGO, Maria Margarida Lacombe. *Op. cit.* p. 70-75.
[393] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 36.
[394] "[...] segundo aquela idéia ingênua de que, sendo o legislador um ser iluminado, capaz de produzir normas de sentido transparente, deveria ficar vedada a seus aplicadores a tarefa de interpretá-las". SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 97.
[395] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.
[396] *Ibid.* p. 29.
[397] O processo de monopolização da produção jurídica é estreitamente conexo à formação do Estado absoluto. "A principal função do Estado Moderno, na sua versão absolutista, foi precisamente esta: fornecer um padrão objetivo de resolução de conflitos, a lei, a uma sociedade cujo pluralismo poderia levar à dissolução. A lei é simplesmente um comando do soberano. Ela é identificada como jurídica pela sua origem, e não pelo conteúdo. Ou seja, ela pode ser "justa" ou "injusta" sem que isso afete sua qualificação jurídica. O *jus* deixa de identificar-se com o *justum*, e passa a ser identificado como o *jussum* (comando) do soberano." BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 14.
[398] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 30.

Por oportuno, é digno de nota que isso não explicaria sua disseminação a territórios jamais dominados pelos romanos. No magistério de Noberto Bobbio é apontada como causa a ingênua admiração nutrida pelo Direito Romano, na crença de que não seria contingencial, mas fundado na natureza e na razão,[399] o que ficaria bem ilustrado em seu ensino ministrado nas universidades.[400] O registro do fenômeno da recepção do *Corpus Iuris Civilis* pela Alemanha da época, com algumas adaptações na sua aplicação pelo Tribunal Alemão, embasa a perspectiva.[401] Certamente que a ingenuidade acerca do direito romano não contaminou o pensamento de Thibaut. A influência e recepção do direito canônico, bem assim a romana, mereceu críticas contundentes de sua parte, entendendo se tratar dum grande infortúnio do povo alemão.[402] Recordemos que o Direito romano era caro aos sequazes da *Escola Histórica*.

O fato de, aos poucos, reinos como a França começarem a buscar sua autonomia, declarando-se dotados do poder de criar seu próprio direito, reforça as impressões do jurista peninsular fazendo emergir um conflito entre o *ius commune* e o *ius proprium*, do qual houvera de prevalecer o último.[403]

A recepção do direito romano, paulatinamente, perde terreno à elaboração dum Direito que atendesse às necessidades culturais do povo a ser regido. Contraste que findaria com o surgimento das codificações (final do séc. XVIII e início do séc. XIX),

---

[399] *Ibid.* p. 31.

[400] POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 02.

[401] "O vocábulo código especializou-se como nome de uma nova forma jurídico-organizatória concreta destinada a criar uma equilibrada ordem de convivência encorajada pela afirmação do pensamento racionalista. A cultura jurídica que o direito codificado substitui é justamente o *ius commune*, uma cultura que se forjou em redor de textos canonizados a partir dos quais de procurou disciplinar uma rede robusta de direitos particulares. O epicentro desta cultura situa-se no *Corpus Iuris Civilis.*"
MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 5-6.

[402] "[...]. El Derecho canónico, en cuanto sale de la Constitución de la Iglesia católica para entrar en otras instituciones civiles, nos es digno de mención; no es más que un montón de disposiciones oscuras, mutiladas e incompletas, debido en parte a los pésimos criterios de los antiguos expositores del Derecho romano, y tan despótico en la consideración de la influencia del poder espiritual en los asuntos seculares que ningún gobernante prudente puede sujetarse por completo al mismo. La última y principal fuente del Derecho que nos queda es, pues, el código romano, **obra de una nación extranjera muy diferente a nosotros, realizada en el período de su más profunda decadencia, cuyas huellas presenta por doquier!** Hay que adolecer de una parcialidad completamente apasionada para considerar dichosos a los alemanes por la recepción de esta malograda obra y recomendar en serio su conservación." **[grifo nosso]. La codificacion:** una controversia programatica basada en obras de Thibaut y Savigny. Madrid: Aguilar, 1970. p. 13.

[403] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 32.

"através dos quais o direito comum foi absorvido totalmente pelo direito estatal. Da codificação começa a história do positivismo jurídico propriamente dito".[404] Com a

> codificação pretende-se edificar um direito ideal, racional e superior aos direitos historicamente vividos. Como é reconhecido, o processo histórico desta concentração textual é conivente com a formação e desenvolvimento da sociedade burguesa impulsionada pelas idéias do liberalismo político e econômico.[405]

Fundado, sobretudo, no ideal de segurança jurídica, ao Positivismo Jurídico é indiferente se uma lei é justa ou injusta; se possui aceitação social e, conseqüentemente, é cumprida por seus destinatários.[406] Tais questões pertencem a outros enfoques do Direito, diferentes horizontes jurídicos, que não positivistas. Estes critérios não farão parte de um *Sistema* que tem, em si mesmo, sua fundamentação.[407] A dimensão normativa é o horizonte em que a juridicidade é "tratada aqui como *ordem de validade*, sem vinculação imediata e direta à sua realização no plano das realidades sociais".[408]

Como veremos em Kelsen, tido como um grande símbolo do positivismo, para a validade da norma basta que ela seja identificada no Ordenamento Jurídico. Em outros termos, basta que tenha sido elabora pela autoridade competente (autoridade com poder legítimo de emanar normas jurídicas) – o que impele uma retrocessão à norma fundamental; se não foi ab-rogada por outra norma, leia-se, se continua sendo válida; e, ainda, se a norma não apresenta incompatibilidade com qualquer outra do mesmo *Sistema*, pois que duas normas incompatíveis não podem ser ambas reputadas como válidas,[409] como consectário do princípio do terceiro excluído.

---

[404] *Ibid.* p. 32.
[405] MARQUES, Mário Reis. *Op. cit.* p. 15.
[406] É pautado nesses elementos que se faz a tradicional divisão do fenômeno jurídico em três dimensões: *dimensão política*, plano em que a sociedade valora os fatos da vida, trabalha-se, pois, com os valores jurídicos; *dimensão sociológica*, na qual os fatos deverão ser subordinados à lei, isto é, a efetiva aplicação da norma, consoante sua incidência; e a *dimensão normativa*, que trabalha com a norma enquanto abstração lógica. Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15.
[407] "Recusada a justiça e a eficácia como critérios de juridicidade, o positivismo vai ter de elaborar o seu próprio critério. Este será a "validade". Norma jurídica não é a norma justa ou a norma eficaz, mas a norma válida." BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. cit.* p. 20.
[408] MELLO, Marcos Bernardes de. *Op. cit.* p. 15.
[409] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 27.

A concepção positivista reduz o problema da justiça ao problema da validade.[410] Quanto à eficácia o problema se resolve com a possibilidade do Direito Positivo ser imposto coativamente.

3. O Ordenamento Jurídico

A distinção entre *norma jurídica* e *ordenamento jurídico*, este um conjunto estruturado de normas jurídicas é de origem kelseniana.[411] De acordo com o pensamento do jurista austríaco, o Direito não seria uma norma jurídica, senão um arcabouço de normas que se entende por ordenamento jurídico.[412] Que a norma, pois, não deveria apenas ser estudada isoladamente, mas dentro de sua ambiência própria. De antanho, os contornos iniciais desta linha de idéias podem ser visualizados em Santi Romano, na famosa obra *L'ordinamento giuridico* (1.917).[413]

A genialidade do pensamento kelseniano ainda vai desvincular o conceito de norma do conceito de lei, operando verdadeiro soerguimento do papel do magistrado – no pretérito colocado em patamar de somenos importância, sobretudo pelos cultores do positivismo legalista – agora, através da sentença, responsável em pôr a norma – bem assim dos particulares quando do contrato –, produto não exclusivo do Legislador.[414] Mudando os termos, por Direito não concebia apenas as normas gerais, consistindo também em normas individuais, o que pode ser ilustrado com a sentença. Estas sempre possuem algo de novo em relação às normas.[415] Colacionemos as palavras do Prof. Luiz Fernando Coelho, após o comentário de Reale, sobre a palestra proferida pelo primeiro:

> [...] em Kelsen, a norma se desprende do legislador e, portanto, da ideologia política com a qual foi criada e, uma vez formulada, essa norma possui um sentido que deve ser captado na *norma em si* e, então, visto na conexão do sistema.[416]

---

[410] Positivista aqui encarado em sentido estrito e mais limitado, como anota Bobbio. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 34.
[411] BOBBIO, Norberto. "Prefácio". **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
[412] *Ibid.* p. 173.
[413] *Ibid.* p. 175.
[414] REALE, Miguel. "Debates". **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 63.
[415] SICHES, Luis Recaséns. *Op. cit*. p. 214-215.
[416] COELHO, Luiz Fernando. "Debates". **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 67.

Para os adeptos do Positivismo Jurídico o Ordenamento é um todo coerente e completo, não se admitindo duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias), o que afetaria, inexoravelmente, a validade de uma delas; tampouco se admite a existência de lacunas no Direito,[417] já que para todo caso concreto o Ordenamento oferece uma solução, isto é, a partir da extração da "*regula decidendi*", explícita ou implicitamente, das regras que integram o Ordenamento. Em suma, as teorias da *coerência* e *completitude* do Ordenamento Jurídico.[418] São estes os motivos pelos quais se erigiram como postulados os seguintes preceitos: o desconhecimento da lei não se presta como escusa; o juiz não pode se eximir de julgar a pretexto de lacuna ou de obscuridade legal.[419]

Ao estudo do Ordenamento impõe-se um prévio ensaio sobre o termo "ordem". Valendo-nos dos ensinamentos de Reale: "[...] como o demonstra Vittorio Frosini, que a palavra "ordenamento" remonta, com várias acepções, à Idade Média, na época de Dante Alighieri, estando sempre em correlação com a palavra "ordem"".[420] É o que faremos a seguir.

3.1. Ordem e Ordenamento

Se buscássemos a aproximação dos conceitos e não a via oposta, a constatação inicial seria do fundo semântico comum, assentados que o são, na intuitiva idéia de estruturação e disposição de elementos subordinada a um "princípio útil de harmonia e eficiência".[421]

Outrossim, intui-se que ambos singularizam uma noção plural, dado que a idéia de Ordem ou Ordenamento tem por corolário a existência de mais de um elemento a ser organizado ou ordenado, pois, no escólio de Gofredo Telles Jr. extraído da obra de Luiz

---

[417] No ensejo, consigne-se que para Couture, também não admitindo a existência de lacunas, o problema residiria na infelicidade da expressão. O direito não teria lacunas, senão "omissões de previsão expressa". COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 4. ed. Trad. Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

[418] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 132-133.

[419] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 415.

[420] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

[421] NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 72.

Fernando Coelho: “ordem é a disposição que alguém faz dos objetos, em função de um objetivo, e que a desordem é a ordem que não convém”.[422]

Sem embargo, outro é nosso intento.

Como o espírito humano repudia o caos, o conceito de *ordem* foi imposto para todas as coisas, sejam elas materiais ou espirituais.[423] Em linhas gerais, pode-se afirmar que há *ordem* quando as coisas sucedem de acordo a um princípio ou programa que as regula. Por conseguinte, considerando que os fenômenos se repetem com alguma regularidade na natureza, concebe-se uma *ordem natural*. Por outro lado, voltando-nos para a conduta humana, verificar-se-á uma *ordem social* sempre que os comportamentos atenderem ou se ajustarem a um conjunto de princípios.[424] Existe ainda outras diferentes *ordens*¸ como a *cósmica,* a *moral,* a *política*¸ sendo que no presente, releva-nos o estudo da *ordem jurídica*.

Alhures, vimos que a construção de *Sistema* sob o paradigma que informa a ciência moderna não convive com a idéia de desordem. Nesta senda, a *ordem* é apanágio do primeiro. Noutro passo, consigne-se que a *unidade* do *sistema* só é possível se existente a ordem, sendo que o raciocínio inverso não é verdadeiro.[425]

O conceito de ordem é visivelmente mais amplo que o de Ordenamento Jurídico, uma vez que poderá existir *ordem* sem que estejamos dissertando a existência dum Ordenamento Jurídico. Insistindo no ponto, a depender do pensamento seguido, em Kelsen, por exemplo, o Ordenamento Jurídico é algo que se refere às normas jurídicas.[426]

O tema da *ordem* se impôs ao pensamento jurídico-filosófico na obra *L’ordinamento giurídico* (1.918) de Santi Romano.[427] Defensor da teoria do Direito enquanto *instituição*, o pensador itálico o concebeu como a junção de três elementos, quais sejam: *sociedade, ordem* e *organização*. Estes podem ser entendidos da seguinte maneira: base de fato necessária à existência do direito (sociedade), sua finalidade

---

[422] “Debates”. *Op. cit.* p. 67.
[423] MACEDO, Silvio de. “Ordem”. **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 56. p. 216.
[424] TORRÉ, Abelardo. *Op. cit.* p. 249.
[425] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 132.
[426] "[...] pode-se dizer, com efeito, que o termo ordem tem uma abrangência bem larga, sendo um termo geral, enquanto que o termo ordenamento será sempre encarado em consideração às normas jurídicas que dão substância a toda estruturação do Direito, ao complexo de elementos normativos que o conformam e lhe conferem unidade.” NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Op. cit*. p. 72.
[427] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 155.

(ordem) e o meio (organização) para que o fim possa ser atingido.[428] Dito isso, falando com Santi Romano, haverá Direito quando se constatar a existência de uma *ordem social organizada*, que ele denomina de *instituição*.

Sem incorrer num atropelo histórico necessário registrar que a concepção do Direito enquanto ordem já data dos escritos de Del Vecchio que, não segue nem o pensamento de cunho pluralista de Santi Romano, tampouco a visão mais restritiva de Kelsen.

> [...] aceitando, de um lado, a pluralidade dos ordenamentos jurídicos como realidades sociais autônomas, e não apenas permitidas ou consentidas pelo Estado, e, de outro lado, reconhecendo que há uma "graduação da positividade jurídica", com predomínio do ordenamento jurídico-estatal, que atuaria como "lugar geométrico" dos demais sistemas de normas.[429]

O Prof. Nelson Saldanha também identifica essa preocupação, em sentido diverso, nos escritos de Carl Schmitt.[430] Mas Santi Romano tinha um diferencial, pois nele "se abrangia na noção de ordenamento o problema do Estado, e se alterava a relação entre Direito e norma – isto é, alterava-se em relação ao normativismo." E continua, o "mestre italiano entendia a norma como um componente do Direito, situando-a em função deste, e não ao inverso".[431]

Em suma, Santi Romano pretendeu superar a concepção formalista sustentando que o ordenamento não se limitaria a um conjunto de normas positivas. Como decorrência das normas serem entendidas em função do ordenamento, entende-se que o ordenamento é formado não apenas de normas, mas, igualmente, de princípios, valores e vigências, "aos quais se atribui uma substancialidade específica, e aos quais as normas vêm completar como instrumento ou como desdobramento".[432]

Ainda na doutrina de Romano, comentada por um autorizado conterrâneo, a *organização* seria o caractere decisivo, ao passo que a *sociedade* e a *ordem* seriam necessários, mas não suficientes.[433] A passagem da fase inorgânica ou não-organizada à

---

[428] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 09.
[429] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 89.
[430] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 155.
[431] *Ibid.* p. 155.
[432] SALDANHA, Nelson. **"**Ordem Jurídica". **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 56. p. 269.
[433] "Só o terceiro é a razão suficiente do direito, é a razão pela qual o direito é aquilo que é, e sem a qual não seria aquilo que é. Isso significa que o direito nasce no momento em que um grupo social passa de

orgânica é cognominada de institucionalização: "Diz-se que um grupo social se institucionaliza quando cria a própria organização, e por meio da organização torna-se, segundo Romano, um ordenamento jurídico".[434] Assim, *ubi ius ib societas*, mas não o inverso, *ubi societas ibi ius*.[435]

Mais tarde, a crítica encontraria seu ensejo no "inconveniente" de, sendo verificada a presença dos três elementos indicados numa associação voltada à prática de atividades ilícitas, forçoso reconhecer a configuração dum Ordenamento Jurídico. Isto, pelas lentes de Santi Romano. Por ora, podemos contornar através do pensamento de Kelsen, apontando a coercibilidade – o Direito como ordem coativa[436] – como distinção do ordenamento jurídico em cotejo aos demais ordenamentos sociais.[437]

Também em Kelsen o tema mereceu atentas reflexões. Inicialmente, preocupado em determinar conceitualmente o objeto do Direito, o jusfilósofo austríaco verifica que os variados fenômenos designados por "Direito" em diferentes povos e épocas, nele, pois, abrangidos, apresentam um elemento comum, qual seja, de se apresentarem como "ordens de conduta humana".[438] Já por "ordem", entende o "sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade", cujo fundamento – norma fundamental –, tem caráter inclusivo, abarcando todas as normas que valida.[439]

Como não poderia ser diferente, a concepção de Ordenamento Jurídico de Kelsen goza de perfeita coerência com suas idéias, enxergando sua configuração apenas do conjunto das normas que "resultam dos atos decisórios do Estado".[440] Logo, por Ordenamento Jurídico somente poderíamos conceber o Ordenamento estatal.

> [...] o Direito se reduz a um ordenamento unitário e escalonado de normas, interligadas segundo uma subsunção lógico-formal, que se eleva desde as normas particulares até as regras superiores, dependendo a validade do sistema normativo global de uma *norma fundamental*, que, de início, o grande mestre concebia como uma *norma hipotética transcendental*, no

---

uma fase inorgânica para uma fase orgânica, da fase de grupo inorgânico ou não-organizado para a fase de grupo organizado." BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 09.

[434] *Ibid.* p. 09-10.

[435] *Ibid.* p. 10.

[436] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 37.

[437] BARZOTTO, Luiz Fernando. *Op. cit.* p. 36.

[438] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

[439] *Ibid.* p. 33.

[440] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 88.

> sentido kantiano deste termo, para, em livro póstumo inacabado, surgir como mera *ficção* de caráter empírico pragmático.[441]

Mas o conceito de *ordem jurídica* não poderia ser confundido ao de *sistema normativo estatal*. Comentado por Silvio de Macedo, García Maynez – na linha de Romano – resistia à idéia de identificação dos conceitos, haja vista que para o jurista mexicano o *sistema normativo* seria apenas um dos elementos da *ordem jurídica*.[442] Na estrutura da *ordem jurídica* poder-se-ia identificar os seguintes elementos: i) um *conjunto de objetos*; ii) uma *pauta ordenadora*; iii) a *sujeição dos objetos à pauta ordenadora*; iv) as *relações derivadas da sujeição aos objetos ordenados*; v) e a *finalidade perseguida pelo ordenamento*.[443]

Não olvidamos que para a teoria da instituição o Estado não é o único centro produtor de normas. E tal como o faz Bobbio, limitamo-nos a analisá-la como teoria científica e não como ideologia.[444] Ainda caminhando seguro no magistério do último, observa-se que a teoria do Direito como instituição se contrapõe à normativista. De outra banda, que a teoria pluralista de ordenamentos é antagônica à teoria monista ou estatal. Não há, no alerta de Norberto Bobbio, um nexo necessário entre a teoria do ordenamento e o pluralismo, tampouco entre a teoria da norma e o monismo. Outrossim, não há incompatibilidades entre a primeira e a quarta ou entre a segunda e a terceira.[445]

O grande mérito da teoria da instituição foi o de enaltecer a visão do todo. A partir dela o pensamento jurídico haveria de se render a encarar o Direito não como uma norma, mas como um conjunto coordenado delas, ou seja, suas relações com outras normas com as quais concorre à formação do sistema normativo.[446] Desloca-se o foco principal do estudo das normas ao estudo e compreensão do todo que as agrega: o Ordenamento Jurídico.

Ainda sob a ótica pluralista, analisando uma segunda teoria que visa criticar a teoria normativa, fala-se na teoria da *relação jurídica*, capitaneada, dentre outros, por

---

[441] *Ibid.* p. 88.
[442] MACEDO, Silvio de. "Ordem". **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 56. p. 220.
[443] *Ibid.* p. 220.
[444] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 13.
[445] BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 158-159.
[446] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 16.

Kant, a qual repousa na distinção entre a liberdade externa e a liberdade interna.[447] Com Bobbio, para que uma relação intersubjetiva possa ser considerada jurídica deve existir uma norma anterior que assim o preveja, estatuindo de um lado direito e d'outro obrigações,[448] pois que em essência e, naturalmente, seu caráter jurídico advém da regulação por uma norma jurídica pertencente ao *Sistema* normativo.[449]

Em análise comparativa da teoria da *instituição* e da teoria da *relação jurídica*, observa-se que em ambas a teoria normativa é um pressuposto de validade,[450] constatando-se ainda que, se a "intersubjetividade e a organização são condições *necessárias* para a formação de uma ordem jurídica; o aspecto normativo é a condição *necessária* e *suficiente*."[451] Como soa intuitivo, o Ordenamento Jurídico (ordem jurídica) pressupõe a organização.

A construção acerca do Ordenamento Jurídico se liga ao constitucionalismo e ao Estado-de-Direito, leia-se, em razão da difusão, com a pretensão de universalidade, de seus modelos e valores. É o Prof. Nelson Saldanha quem nos relata o panorama histórico. Assim, no período do classicismo pré-napoleônico dissertava-se sobre as leis e o Direito Natural. A partir de Savigny se falou sobre os códigos. No curso dos oitocentos, por influência francesa, discutiu-se sobre leis constitucionais e ordinárias. Desta diferenciação vai aflorar a idéia de hierarquia das leis e, em seguida, somando-se a outros componentes, a temática do ordenamento.[452]

---

[447] "[...]. Do conceito de liberdade externa deriva a característica do dever jurídico de ser um dever pelo qual somos responsáveis frente aos outros; desta característica do direito como liberdade externa de gerar uma responsabilidade frente aos outros deriva que os outros podem exigir de mim o cumprimento de minha obrigação (o que se chama direito subjetivo); finalmente, do direito dos outros de exigir o cumprimento da minha obrigação, deriva a característica própria da experiência jurídica de oferecer espaço para relações intersubjetivas de direito-dever, ou seja, para relações jurídicas." BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UNB, 1997. p. 61.

[448] "[...]. Uma relação jurídica, como vimos, é uma relação entre dois sujeitos, sendo que um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, e o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma direito-dever. E o que significa ter um direito? Significa, como veremos melhor a seguir, ter o poder de realizar determinada ação. Mas de onde deriva esse poder? Só pode derivar de uma regra, que no mesmo momento em que atribui a mim esse poder, atribui a um outro, a todos os outros, o dever de não impedir a minha ação. E o que significa ter dever? Significa sermos obrigados a nos comportar de determinado modo, quer essa conduta consista em um fazer, quer consista em um não-fazer. Mas de onde deriva essa obrigação? Só pode derivar de uma regra, que determina ou proíbe". BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21-22.

[449] *Ibid.* p. 23.

[450] *Ibid.* p. 23.

[451] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 24.

[452] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 93.

A essa altura podemos colacionar as três acepções da palavra Ordenamento apresentadas por Vittorio Frosini, pinçadas da obra de Reale. Vejamos: a) em sentido "definitório teorético" seria tomado em sinonímia ao direito, "isto é, o campo compreensivo da experiência jurídica nas relações humanas é o ordenamento, como organização ou como estrutura normativa"; b) em sentido "definitório técnico", a partir da qual o ordenamento é mais amplo que o direito, "ou seja, o ordenamento representa um modelo de experiência jurídica, que não basta, porém, a efeixá-la e a exauri-la porque o ordenamento é somente um componente da realidade jurídica considerada na sua complexidade; c) num sentido "denifitório prático", em sentido antagônico da segunda acepção, o ordenamento passa a ser menor que a experiência jurídica, o "ordenamento é um princípio interpretativo da realidade social na sua globalidade, que é delimitada mediante o direito em um campo de revelação ao lado de outros campos diversos" assim, o campo "sociológico, o econômico, o moral, o político, para cada um dos quais se pode estabelecer um ordenamento".[453]

No entender de Miguel Reale, pluralista, haveria diversos ordenamentos, mas o Ordenamento estatal seria dotado de maior positividade jurídica, isto é, prevaleceria em relação aos demais. O jusfilósofo paulista encampava o sentido técnico, no que faz um breve estudo sobre as fontes do Direito, discriminando aquelas que são inerentes ao Poder estatal, "quer em razão de atos originários estatais (fonte legislativa e jurisdicional), quer derivadamente em virtude de atos, cuja autonomia normativa é reconhecida com validade jurídica própria (fontes costumeira e negocial)".[454]

Contrapondo-se às idéias de Kelsen o Prof. Reale faz menção à necessidade dum princípio de não-contradição que informe não só as normas jurídicas escalonadas, mas também em relação aos fatos que "compõem a experiência jurídica, à medida que esta se torna *objetiva* ou se *positiva*" transformando-se em *Direito Objetivo* ou *Direito Positivo*, sendo condicionante ao Direito Positivo enquanto ordenamento jurídico, "só consistente se e quando não contraditório, o que pressupõe sucessivas correções e o superamento de conflitos pelos legisladores, pelos juízes e pelos próprios juristas através da história".[455]

---

[453] "**Ordinamento giuridico (filosofia).**" *in* Enciclopedia del Diritto, Varese, 1980, vol. XXX, p. 640 *apud* REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 90.
[454] *Ibid.* p. 90.
[455] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94.

O saudoso jurista brasileiro adotava, às claras, via divergente de Kelsen, introduzindo um elemento valorativo a se jungir ao das estruturas lógicas das normas do ordenamento, advogando uma *unidade lógico-axiológica*. Em síntese: "O Direito, sob qualquer prisma que se considere, é sempre uma expressão de ordem, mas de ordem a que é inerente uma intencionalidade: a de ser ordem justa".[456]

E dissemos às claras, pois o direito está sempre referido a valores, isto é, "envolve e expressa valores éticos", sendo acertada, como atesta o Prof. Nelson Saldanha, a idéia do "mínimo ético". Assim, ainda com supedâneo no magistério do jusfilósofo pernambucano, não haveria direito sem ética, estando presente nos fundamentos de cada sistema, mas que também pode estar em cada norma vigente.[457]

Deflui que a concepção de Ordenamento Jurídico varia se adotarmos o monismo ou o pluralismo, o que daria ensanchas a uma reflexão sobre as fontes do Direito, que não será enfrentada na oportunidade. Por ora, basta consignar que como seguidores da tradição romanística, a lei tem papel de proeminência em nosso Ordenamento, de modo que as demais fontes de produção do Direito estão subordinadas à sua prévia recepção legal. Dessarte, em nossa realidade não é admitido o costume *contra legem*.

Caso o paradigma ainda seja aquele albergado pelo Positivismo Jurídico, nossa concepção de Ordenamento Jurídico se limitará à produção normativa estatal, o que, a depender do viés, ainda sofrerá uma nova restrição no monismo jurídico. A questão pode ser colocada em outros termos:

> [...] o positivismo jurídico do século XIX, que somente tem à sua disposição, naquele contexto, o método da redução ôntica causal-analítica proveniente dos sucessos obtidos pela Física de Isaac Newton, vê-se sob a exigência de uma redução do direito como fenômeno observável levando-o à redução do direito à experiência observável da coercibilidade estatal.[458]

Subjacente à concepção de Ordenamento Jurídico foi desenvolvida a idéia de *estrutura*. Como observa o Prof. Nelson Saldanha, o termo entra em voga com o neokantismo, diferenciando-se, aos poucos da noção de forma. A expressão *estrutura* é

---

[456] REALE, Miguel. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 292.
[457] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 104.
[458] ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Crise Cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 16-17.

compreendida como as relações que se estabelecem entre o todo e as partes, tendo por termos "afins ou análogos", a ordem – ordenamento –, organização, sistema.[459]

Nesta perspectiva, o Ordenamento não se constituiria como um simples agregado de normas, senão se manifestando por meio de uma *estrutura*, pois cada elemento do todo, condiciona os demais, a partir de relações de coordenação e subordinação.[460] O Ordenamento não é estático, sendo dotado de uma capacidade de auto-regulação. Antes de analisar o Sistema Jurídico, impende colacionar outras lições acerca do Ordenamento.

O Ordenamento se constitui a partir das fontes de produção das normas, assim as fontes que originam o Ordenamento, dês que previamente reconhecidas como tal por ele. Se em Kelsen o juiz cria a norma, assim como as partes podem fazê-lo mediante um contrato, nota-se que o Ordenamento Jurídico está em intermitente constituição. Destarte, ao Ordenamento poderia corresponder um sistema fechado, na medida em que deverá – ou dele vem ser extraídas – oferecer soluções para todos os casos, mas jamais estático, pois estará sempre se transformando.

Por Ordenamento devemos conceber o elo de ligações entre o vértice e a base da pirâmide jurídica. Enceta na nomogênese prevista na Constituição, ocupando o cimo da pirâmide, escalonada em normas jurídicas, subordinantes e subordinadas consoante se trate de normas primárias ou normas secundárias, até chegar à sua base, formada pela individualização das normas e atos negociais. Como não poderia ser diferente, a cadeia irá se exaurir na observância destas normas, o que poderá ocorrer espontânea ou coativamente.[461]

3.2. Sistema Jurídico e Ordenamento Jurídico

Aludindo à influência do conceito de *sistema* kantiano, Canaris perlustra as doutrinas de Eisler, Savigny, Stammler, Binder, Hegler, Stoll e Coing, identificando duas características constantes do conceito de *Sistema*, quais sejam, a *ordenação* e a *unidade*.[462] Sendo a ordem um apanágio necessário, de logo já é possível aferir que o *sistema* jurídico não se confunde ao Ordenamento Jurídico.

---

[459] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 80.
[460] LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 65-66.
[461] LUMIA, Giuseppe. *Op.* cit. p. 75.
[462] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 9-12.

A assunção do inegável intercâmbio entre a *ordenação* e a *unidade* não impede sua separação. Separando-as será possível visualizar o *sistema* sob dois prismas distintos. Com supedâneo na doutrina de Eisler, comentado por Canaris, traçaremos uma distinção entre o sistema *lógico*, que Canaris vai cognominar de *científico*, e o sistema *objetivo* ou *real*.

Considerando a relação incontestável entre as características, o mesmo sucede com os prismas, senão os considerando duas formas de conceber a mesma realidade. Desta feita, o sistema científico deve ser fidedigno, o mais próximo do possível ao sistema objetivo, a fim de que a "elaboração científica de um objecto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade. Segue-se imediatamente daí, para a formação jurídica do sistema que, só será possível quando o seu objecto, isto é, o Direito, aparente tal sistema «objectivo»."[463]

O tema reclama outras considerações. Antes, porém, devemos abordar o pensamento de Heck.

3.3. A Jurisprudência dos Interesses

A escola em questão se caracterizou por sufragar um pensamento antitético ao canalizado pela *Jurisprudência dos Conceitos*, buscando "suplantar a lógica formal pelo estudo e pela avaliação da vida, ou seja, pela pragmática",[464] voltando-se, igualmente, contra a doutrina do Direito Livre.[465]

Considerado o mais destacado representante dessa escola, Philipp Heck (1.858) abriu um antagonismo aos seguidores da *Jurisprudência dos Conceitos* de Puchta ao defender que as normas jurídicas não poderiam se assentar em "conceitos". Para o primeiro a origem da norma residia nas necessidades da vida e na valoração e ajustes recebidos por estas necessidades.[466] Em suma, opondo-se ao conceptualismo, cuidou de aproximar a ciência jurídica do plexo social, subtraindo-a do reino abstrato da lógica.[467]

Já em Jhering (1.818) se esboça a crítica à excessiva valorização dos conceitos extraídos das normas jurídicas, direcionando-se o pensamento para a investigação dos

---

[463] *Ibid.* p. 13.
[464] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit*. p. 95.
[465] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. XIV-XV.
[466] SICHES, Luis Recásens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980. p. 60.
[467] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Op. cit*. p. 790.

interesses no fito de suprir as lacunas do Ordenamento. Por esta razão, Heck o aponta como o fundador da *Jurisprudência dos Interesses*.[468]

A doutrina fomentada pela *Jurisprudência dos Interesses* pregava que a solução de um caso concreto não seria extraível do sistema por intermédio de simples operações lógicas. A despeito da importância da Dogmática, o Direito tem por finalidade tutelar interesses da vida, de modo que no exame do fato posto sob a apreciação, o deslinde seria obtido a partir da interpretação das fontes ou pela integração de lacunas,[469] conformando-se os interesses em testilha. Assim, a primazia da lógica deveria ser substituída pela "primazia do exame e da valorização da vida".[470]

Perceba-se, no entanto, que a missão do juiz não seria criar, livremente, uma ordem jurídica, senão a de colaborar, dentro da própria ordem, à concretização dos ideais que fundam sua instituição.[471] Considerando que a atividade legislativa também era vista como uma ponderação de interesses, a ponderação levada a efeito pelo magistrado não poderia ir além daquela efetuada no pretérito pelo legislador.[472]

Afastando-se dos seguidores do *Direito Livre*, tal não implica em desembocar na influência do pensamento abstrato racionalista. Sem atribuir o mesmo prestígio aos conceitos universais como outras das escolas do século XIX, a *Jurisprudência dos Interesses* enfatizava a necessidade de serem perquiridos os diferentes interesses em conflito, os quais eram subjacentes aos problemas jurídicos.[473]

Deste modo, sustentava-se a desvinculação do julgador à subsunção nos rígidos conceitos legislativos, vindo a ser substituída pelo método da ponderação dos interesses, através do qual eram avaliados os interesses em jogo.[474] Como soa intuitivo, foram fixadas as bases ao princípio da proporcionalidade.

É, sobretudo, com a escola de Heck que enceta o movimento contra a ciência jurídica racionalista até então imperante, propugnando-se a aproximação da *jurisprudência* às relações da vida. Movimento que vai caracterizar as *escolas modernas* em geral.[475]

---

[468] HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. Coimbra: Arménio Amado, 1947. p. 315-316.
[469] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.* p. 501.
[470] GRAU, Eros Roberto. **A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996. p. 76.
[471] SICHES, Luis Recásens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980. p. 59.
[472] *Ibid.* p. 62.
[473] *Ibid.* p. 59.
[474] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 77.
[475] AFTALIÓN, Enrique. *Op. cit.* p. 790.

À Heck devemos ainda a dupla significação do *sistema* em interno e externo. Trabalhava com a existência de conceitos preceptivos (ordenadores), formados pela ciência jurídica; e conceitos de interesses, consubstanciados em lei pela síntese levada a cabo pelo legislador, o qual visa conformar os interesses sociais através de juízos de valores, mirando um ideal social.[476]Afirmando a indispensabilidade dos conceitos ordenadores ao jurista, negava-se a possibilidade destes conceitos se tornarem fontes geradoras de outras normas, pois a sua finalidade se esgotava na exposição e ordenação das mesmas.[477]

Como consectário da dupla via de conceitos que se fundamenta a diferenciação entre o sistema externo, científico, formado pela aglomeração dos conceitos ordenadores e, doutro lado, o sistema interno, resultante "do nexo objectivo de soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses".[478]

Consoante o juízo crítico de Canaris, também o conceito fornecido por Heck carece de serventia ao Direito. Anote-se que a crítica encontrou um terreno fértil na fragilidade da idéia de unidade que a *Jurisprudência dos Interesses* concebia. Nada obstante, legou enorme contributo na distinção supra-indicada, destacando-se, em sua doutrina, o caráter teleológico do *sistema* interno.[479]

De outra banda, rompendo com o Iluminismo, defendia-se uma atividade criativa pelo juiz,[480] já que lhe cabia, por analogia, a criação de normas sempre que houvesse lacunas, o que seria realizado a partir da valoração de interesses e não da literalidade da lei.[481] Acresça-se ao juiz as funções de correção de normas deficientes e a possibilidade de se sub-rogar na função de legislador quando autorizado por lei. Se na França da *Escola da Exegese* alguns juristas sustentaram o Judiciário como apêndice do Executivo, agora, o juiz, ao lado do desempenho do mister jurisdicional, assumiria a função de auxiliar do legislador.[482]

3.4. O *sistema* como ordem teleológica de princípios gerais do Direito

---

[476] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 65-68.
[477] SICHES, Luis Recásens. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980. p. 67.
[478] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 74-75.
[479] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 65-66.
[480] CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Op. cit*. p. 96.
[481] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 63.
[482] SICHES, Luis Recaséns. *Op. cit*. p. 63.

Não é difícil constatar que o *Sistema* não se confunde ao Código.[483] Tampouco podemos confundir o Ordenamento Jurídico ao *Sistema* jurídico. Se a norma jurídica não pode ser encarada isoladamente, o que seria, na feliz metáfora de Bobbio, analisar a árvore perdendo de vista a floresta,[484] havemos de notar a intermitente relação das normas entre si, bem assim das normas com o Ordenamento.

Para Lumia, o Ordenamento Jurídico não se resumiria a um simples agregado de normas, senão constituindo-se num Sistema, isto é, uma totalidade, uma estrutura. Esta totalidade estruturada decorre do fato de que todas as normas encontram seu fundamento de validade na norma fundamental.[485]

Desse modo, uma norma não deve ser examinada isoladamente, senão nas suas diferentes relações com normas de mesmo, inferior e superior grau, bem como na sua relação com o todo.[486] Insistindo-se em análise individual ou particularizada seriam alcançadas significações dissonantes.

Concluindo pela suscetibilidade de alteração do significado nessa conjuntura, notaremos que se o todo não se confunde à norma, dela sendo um conjunto; a norma não se confunde com o todo, dele sendo integrante. Destarte, assumindo a necessária relação de elementos – como visto já no conceito de ordem – da combinação entre Ordenamento Jurídico e norma haveríamos de visualizar outra possibilidade semântica. Do resultado da integração que surge entre o todo e as normas abstrai-se o conceito de *Sistema*.[487]

Em outros termos, as normas não estão simplesmente justapostas umas às outras, como se entre elas não houvesse qualquer vínculo. Como se as normas não concorressem à solução dum caso qualquer. Assumindo que das normas resulta um todo ordenado e hierarquizado, deflui a concepção de *sistema*.[488]

---

[483] Conquanto se refira ao Código alemão, as palavras encontram ressonância na realidade brasileira: "[...] é um facto geralmente conhecido e admitido o de que ele se encontra numa mudança permanente e que, por exemplo, o nosso sistema de Direito privado surge, no essencial, diferente do imediatamente posterior à promulgação do BGB ou do ainda há trinta anos existente." CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 104.
[484] **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 174.
[485] LUMIA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 86.
[486] LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. p. 437.
[487] "O *Sistema*, portanto, é o elemento novo que surge da integração de infindos elementos fragmentários em constantes e ininterruptas relações por força do nexo vinculante que os interliga, de tal sorte que a retirada de qualquer deles, comprometendo o relacionamento entre o todo – *Sistema* e as partes (elementos), bem assim com o eventual acréscimo de elemento estranho à sua natureza, descaracteriza o todo como unidade orgânica e, assim, propriamente sistêmica ou sistemática." NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Op. cit.* p. 76.
[488] TORRÉ, Abelardo. *Op. cit.* p. 214.

Mas não é suficiente que se reconheça a relação entre as normas, pois o *sistema* seria, nos dizeres de Bobbio, um estágio qualificado da ordem jurídica. No particular, necessário verificar se para além de constituir uma unidade, o Ordenamento também se apresentaria como uma unidade sistemática.[489] Esta diferenciação repousa na potencial existência de antinomias jurídicas. Por conseguinte, para além do exame da compatibilidade das normas com o todo, sem perder de vista a norma fundamental, insta que se verifique se as normas são compatíveis entre si e sob quais condições seria possível essa relação de compatibilidade.[490] A temática foge ao nosso intento.[491]

No ensejo, oportuno destacar que a unidade é tão fundamental ao conceito de *Sistema* que o Prof. Roberto Wanderley Nogueira defende que a ordenação jurídica ficaria despida de sua obrigatoriedade aos destinatários da norma, caso dela fosse carente.[492]

Em Kelsen, artífice maior do tema, há uma distinção de sistema em *estático* e *dinâmico*. Na primeira acepção as normas estão ligadas entre si com base em seu conteúdo, pois são deduzidas umas a partir das outras. A seu turno, no sistema *dinâmico*, o elo repousa na *autoridade* que estabelece as normas, derivando-se a partir de sucessivas delegações de poder.[493] Respectivamente, um vínculo material e outro formal.[494] Como novo critério de distinção do direito e da moral, Kelsen anota que os sistemas jurídicos são dinâmicos, ao passo que como exemplo dum sistema estático, cita o sistema moral.[495]

E eis que desabrocha o busílis. Assumindo que o Direito possa ser enxergado como um sistema dinâmico, em que se denota uma preocupação de ordem formal, surge

---

[489] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 187.
[490] *Ibid.* p. 219.
[491] Quem deseja enveredar pelo assunto deve consultar as já citadas obras de Kelsen, Bobbio e, entre nós, as *Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo* de Lourival Vilanova.
[492] No original: "De fato, não se pode fazer com que uma ordenação jurídica tida como incongruente, que se desdiga a si mesma em face da contradição de seus elementos normativos excludentes e nulificantes, opere o efeito de obrigar ao universo de seus destinatários." *Op. cit*. p. 77.
[493] PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92.
[494] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 220.
[495] "Entenda-se por sistema estático uma organização das normas que leva em conta sua estrutura ou matéria normada (relação autoridade/sujeito, a *facti species* e a conseqüência jurídica, as relações que se formam entre os sujeitos). O caráter estático do sistema significa que se prescinde do processo contínuo de formação, atuação e desaparecimento das normas, o qual caracteriza uma dinâmica. O sistema estático concebe o conjunto normativo como um dado, abstração feita de seu câmbio permanente. Não se indaga, por isso, da emissão de normas, sua revogação e da emissão de normas: o quadro é estático." FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit*. p. 133.

alguns questionamentos como: bastaria que as normas fossem colocadas pela autoridade para que pudéssemos identificar um sistema? A autoridade delegada poderia emanar qualquer tipo de norma, ainda que por seu conteúdo fosse de encontro a uma norma emanada por outra autoridade? Havendo contraste entre normas, ainda assim poder-se-ia sustentar um sistema? Trabalhemos com alguns conceitos de sistema.

Uma primeira e mais conhecida acepção de sistema nos conduz ao sistema *dedutivo*. Neste sistema, como a nomenclatura sugere, todas as normas são deduzidas a partir de princípios gerais, *in casu*, princípios gerais do direito, visualizados nos mesmos moldes ao dos postulados nos sistemas científicos. Assim, em Leibniz.[496]

Com a expressão *jurisprudência sistemática*, remontando à Savigny, falaremos numa segunda acepção de sistema. Desta feita, o sistema não é erigido *more geometrico* com arrimo em reiteradas deduções. No particular, a construção é idealizada em bases empíricas. Relembre-se a doutrina do mestre alemão, o *volksgeist* e suas raízes no historicismo. Basicamente, a construção de *sistema* da *Escola Histórica* empreende o caminho inverso. Do acúmulo de dados obtidos na experiência serão elaboradas as normas gerais. Gradativamente, seriam alcançadas normas generalíssimas, quando então seria unificado o material fornecido.[497] Cuida-se do sistema *empírico* ou *indutivo*.

Um terceiro e último significado – as três acepções que são identificadas por Bobbio ao longo da filosofia e da jurisprudência – versa acerca da exposição desenvolvida alhures quando afirmamos quanto à impossibilidade de normas incompatíveis no interior dum mesmo sistema, da relação de compatibilidade das normas não só com o todo, senão, igualmente, entre si.

Todavia, não confundamos a última acepção ao sistema *dedutivo*, no qual a existência de incompatibilidade entre duas normas implodiria todo o sistema. Na terceira acepção não se exige uma coerência do sistema como um todo. Como ensina o insigne jurista italiano, o ângulo de análise é negativo, não sendo necessário que todas as normas sejam compatíveis, haja vista que não estão todas implicadas umas nas outras, como ocorre no sistema *dedutivo*. Assim sendo, na última acepção de sistema jurídico: "a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por conseqüência,

---

[496] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 224.
[497] *Ibid.* p. 226.

em caso de incompatibilidade de duas normas, não o colapso de todo o sistema, mas apenas de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas.[498]

Outra importante característica é não tomar o Direito como um sistema *fechado*, como se destacado da realidade, pudesse simplesmente sobrepairar o plexo social, infenso a qualquer influxo cultural.[499] Muito pelo contrário, o sistema jurídico está constantemente se abeberando da riqueza da vida, em cujo contexto se reclama sua aplicação.

Reconhecidamente, a essa altura, que o *sistema* jurídico **não** possa ser formado por categorias puramente formais.[500] e preceitua Canaris que também não o poderia ser encarado de modo *lógico-formal*, valendo a mesma recusa ao *sistema axiomático-dedutivo*, já que é impossível reconhecer no Direito a ausência de contradições [algo que seria possível num sistema de normas, mas não num sistema de valores e princípios], bem assim o de sua plenitude [donde seria possível deduzir todas as soluções].[501] De antanho já sinalizava Larenz:

> Hasta ahora en la Ciencia del Derecho sólo se han realizado inicialmente las posibilidades aquí expuestas de una formación del sistema que no se sirve, o no se sirve exclusivamente, del concepto "abstracto" y del procedimiento lógico a él asociado de la abstracción o de la subsunción, sino de otros modos de pensamiento.[502]

Outros modos de pensamento que eram desconhecidos pelos juristas. Razão pela qual costumavam identificar a idéia de sistema com o modelo abstrato-conceitual.[503] E continua:

> También hoy pocos juristas, incluso si son partidarios de la "Jurisprudencia de valoración", son aún capaces de librarse de la fascinación por el sistema abstracto-conceptual. Fascinados por el concepto cientificista de ciencia tenían miedo de abandonar, a la vez que el sistema abstracto-conceptual, la pretensión de cientificidad de la Jurisprudencia. A este respecto pasan por alto que la Ciencia jurídica, por pertenecer a las Ciencias "comprensivas" en sentido estricto, sólo puede justificar su pretensión mediante el desarrollo de

---

[498] *Ibid.* p. 227.
[499] PERELMAN, Chaïn. **Lógica jurídica**: nova retórica. 4. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 115.
[500] Em sua época, Thibaut já refutava uma idéia nesse sentido, isto é, que um sistema jurídico pudesse ser deduzido de princípios racionais estabelecidos *a priori*. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 56.
[501] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 37-40.
[502] **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. p. 439.
[503] *Ibid.* p. 439.

> modos de pensamiento adecuados a su objeto y hermenéuticamente garantizados, no mediante el intento inútil de una acomodación a los métodos de las Ciencias "exactas".[504]

A questão faz revolver a discussão desenvolvida alhures acerca da influência da ciência natural no Direito, e da problemática da *irredutibilidade* e *indedutibilidade* aos conteúdos, exposta no primeiro capítulo. O próprio apogeu da *Jurisprudência dos Conceitos* desmentiria a possibilidade dum sistema formado, unicamente, por conceitos abstratos.[505]

Por ora, ilustremos com o magistério de Gláucio Veiga: "Num mundo que está se despedindo do conceito de Totalidade, do conceito de Sistema e vai se segmentando, fatiando-se, não há espaço para a lógica formal dedutiva." Arrematando que a ciência jurídica não poderia servir a esse mundo, "operando uma estrutura lógica axiomática-dedutiva, inclusive, expressa num processo de aritimetização, como pretendem alguns."[506]

Por fim, Canaris enxerga o sistema como uma "ordem teleológica de princípios gerais de Direito",[507] nos quais se assenta o apanágio da unidade. Ainda compulsando sua obra, verifica-se que os princípios não podem ser estabelecidos *a priori*, e também que nem todos os princípios são sistematizadores, isto é, portadores de unidade. É a partir daí que se formarão subsistemas, os quais também são formados por princípios, que estarão em conexão com os princípios responsáveis por garantir a unidade do *sistema*.[508]

Outras duas características são fundamentais ao conceito de *sistema*, estando presentes em recentes discussões sobre seu conceito, quais sejam, a *abertura* e a *mobilidade.* Para compreender os apanágios em alusão é preciso traçar sua relação com a dupla significação do *sistema*. Assim, dada a "*incompleitude* e a *provisoriedade* do *conhecimento científico*", acentuada por Canaris, em evidente divergência à doutrina kantiana, tal implica na impossibilidade do *sistema científico* ser fechado. Mas o raciocínio não autoriza a hipótese inversa, já que o *sistema* não será embebido apenas pela evolução científica, o que, nas palavras do mesmo autor, seria utópico.[509]

---

[504] *Ibid.* p. 439.
[505] LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980. p. 442.
[506] VEIGA, Gláucio. **Lógica da argumentação.** Anuário do Mestrado em Direito, n. 05. Recife: Editora Universitária, 1992. p. 44.
[507] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 103.
[508] *Ibid.* p. 79.
[509] *Ibid.* p. 106-107.

Conseguintemente, também o *sistema* objetivo será aberto, já que são naturais as mudanças na unidade da ordem jurídica, algo que está afeto ao surgimento de outros princípios constitutivos que inexistiam em décadas anteriores, visto que a "ordem jurídica concreta no seu modo de ser", aliando-se à dinamicidade do real, jamais poderia ser estática, "assumindo pois a estrutura da historicidade".[510]

As modificações do sistema objectivo, necessariamente implicam em alteração no sistema científico, mas o inverso não é verdadeiro. O sistema objectivo se altera em razão de reformas na lei, nos costumes, mas também em virtude da "concretização de normas carecidas de preenchimento com valorações e à erupção de princípios gerais do Direito extra-legais, que têm o seu fundamento de validade na ideia de Direito e na natureza das coisas".[511] Já no que concerne ao sistema científico, suas alterações decorrem não só das modificações do sistema objectivo, como anotado supra, mas, igualmente, dos "progressos do conhecimento dos valores fundamentais do Direito vigente".[512]

A questão do Direito enquanto sistema é fundamental. Não há como pensar um problema sem um referencial sistemático. O conceito de Sistema em Canaris avança com alguma carga de superação do racionalismo. Considerando que o nosso intento é desnudar a influência do paradigma racionalista, reservamo-nos de aprofundá-lo.

3.5. O Normativismo Jurídico

O *Normativismo Jurídico* ou kelseniano é o ponto alto do racionalismo no Direito. Como marco histórico-temporal da modernidade, o racionalismo infundiu no Direito três grandes manifestações reluzentes ainda hoje, que são, no rigor da técnica, os três valores epistemológicos que tratamos.

Como a nomenclatura sugere o normativismo kelseniano buscou limitar a apreensão do fenômeno jurídico à sua *dimensão normativa*. É o que Hans Kelsen grafa já no pórtico de sua *Teoria Pura do Direito*. Sua proposta é clara no sentido de assegurar um conhecimento dirigido apenas ao Direito, excluindo-se tudo que não pertença ao seu objeto, isto é, tudo aquilo que não seja possível, rigorosamente,

[510] *Ibid.* p. 108.
[511] CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit.* p. 125-126.
[512] *Ibid.* p. 126.

determinar como sendo Direito. Eis o princípio metodológico fundamental de sua teoria.[513]

O passar de olhos sobre o desenvolvimento da ciência jurídica tradicional, sécs. XIX e XX despertava a repreensão do jusfilósofo austríaco. Condenava a incipiência dos estudos até então existentes, pois que permitiam a confusão da *jurisprudência* com a psicologia, a sociologia, com a ética e a teoria política.[514]

Ao propor o referido corte epistemológico Kelsen se tornou alvo de muitas críticas, dentre elas, a de que através de suas lentes seria possível verificar a existência dum Estado de Direito em regimes de exceção como foi o caso das experiências totalitárias do século XX.[515] Com um princípio legitimador em si mesmo, como veremos adiante, desinteressado de conteúdos ou cargas éticas, num primeiro momento da obra de Kelsen, uma ordem jurídica injusta, ainda assim poderia estar legitimada.[516]

A pureza do método jurídico, adstrito às normas, garantiria o status científico do Direito. Em outros termos, a Teoria pura do Direito seria equivalente à concepção de Direito que satisfazendo à exigência de pureza do método asseguraria sua dignidade científica.

Tal como em Kant, a teoria entabulada por Kelsen não se preocupava com o conteúdo das normas, no que difere da Ciência dogmática do Direito, a qual, insta mencionar, Kelsen negava caráter científico.[517] Seu ponto de partida também é apriorístico no sentido de que é Direito apenas aquilo que está previsto em alguma norma, não entrando elementos acidentais. É, justamente, no ranço de estrita dimensão normativa que se espraia a contundente crítica à pedagogia jurídica, quando empregada sem maiores preocupações de relacionação da norma com o plexo social.[518] Desnudamos os fundamentos dessa perspectiva em linhas anteriores. Em esforço de

---

[513] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 01.

[514] *Ibid.* p. 01.

[515] ROCHA, José Elias Dubard de Moura. Processualística sistêmica. **Revista da Pós-graduação em Direito da Unicap.** Recife, ano 1, n. 01, 2002. p. 152.

[516] "E o fato é que o próprio Kelsen o confirmou, quando, ao fugir do regime nazista que o perseguia por ser judeu, foi constrangido a reconhecer que o direito nazista era válido e [...] *legítimo*, eis que dimanava da mesma forma fundamental, constituição primeira, hipotética e formal, que qualquer ordem jurídica democrática". COELHO, Luiz Fernando. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 50.

[517] KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Pref. e trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 21.

[518] "[...]. Por eso que este carácter teórico de las ciencias del derecho enfrenta escépticamente a los estudiantes de derecho con la realidad práctica, el problema es la aplicación de los normas a las situaciones vitales concretas, y en la escuela se estudian en su abstracción las proposiciones normativas y no aplicando-las a una sentencia o a un recurso." TERAN, Juan Manuel. *Op. cit.* p. 45.

síntese, repise-se o ideal de *neutralidade* cartesiano (a necessidade de serem alcançadas certezas irrefutáveis com a objeção do pensamento de autoridade), a quebra das amarras ao pensamento abstrato por Kant (a conciliação entre as origens do conhecimento e a demonstração da inexistência de fronteiras empíricas ao conhecimento racional) e a construção do mundo jurídico por Savigny.[519]

As críticas ao normativismo foram contundentes após a Primeira Guerra, retomando seu fôlego no período que sucedeu a Segunda. Ainda assim, no prefácio da segunda edição da *Teoria Pura*, diria Kelsen aos seus opositores que a prescrição de conteúdo ao Direito redundava em confundir ciência com política. Para Kelsen a crença na possibilidade de definição do justo enquanto parâmetro valorativo ao Direito positivo fazia renascer a metafísica do Direito natural.[520]

Relembre-se o afirmado no primeiro capítulo quanto à relação entre forma e conteúdo. A aplicação da proposta kantiana ao Direito demonstrou a insuficiência do manejo estrito das formas (espaço), como se pudessem ser ignorados os conteúdos (tempo). Sem admitir que no Direito possam penetrar elementos empíricos, a construção sistemática estaria fadada à carência de relacionação.

O jurista austríaco, em seguida radicado nos Estados Unidos, foi um dos maiores defensores da Ciência jurídica, o que logrou com a criação da Ciência pura ou normativa.[521] Nesta, assoma a influência kantiana, vale dizer, seu rasgo neokantista.[522]

Com efeito, há quem critique essa associação entre Kant e Kelsen, vaticinando que qualquer busca da influência do filósofo alemão no jusfilósofo austríaco seria "empreender a inglória de procurar o que se diluiu".[523] Ora, reconhecida a sua formação matemática, anotando-se sua obsessão pela matemática pura, Kelsen se tornou um grande expoente do racionalismo de viés cartesiano no século XX.

Kelsen retoma a distinção filosófica entre o *ser* e o *dever* ser, introduzindo-a no Direito. Enquanto a análise do primeiro diz respeito àquilo que efetivamente ocorre (juízo de fato), o qual pode ou não ser correto, a segunda versa sobre a existência do

---

[519] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 95.
[520] "Prefácio à segunda edição". **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
[521] "[...] las ciencias del derecho son normativas, no porque se componen de normas, sino porque estudian *Sistema*s de normas. Es decir, son normativas no por su método o por su forma de construcción, sino por su objeto." TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho.** 7. ed. México: Editorial Porrua, 1977.
[522] ROCHA, Leonel Severo *et al.* **Introdução à teoria do *Sistema* autopoiético do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.
[523] DUARTE, José Florentino. "Palavras do tradutor". KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

preceito, isto é, se o *dever ser* decorre de um preceito existente, reputa-se válido. Destarte, quanto ao terreno do *ser* (*Sein*), é regido pela teoria da causalidade (lei da natureza). No concernente ao mundo do *dever ser* (*Sollen*), pela teoria da imputação, criada por Kelsen.[524] A última fora instituída no seio do Direito a fim de depurar da Ciência Jurídica juízos de cunho valorativo.[525] A distinção entre o que ocorre e aquilo que deva ocorrer reclama maiores considerações.

Conquanto haja uma separação entre o *ser* e o *dever ser*, ela não poderá ser rígida. Do mundo do *ser* não se passa ao mundo do *dever ser*, mas a recíproca não se confirma, pois se do campo do *dever ser* nunca se passar ao mundo do ser, o que há é uma quimera, um sonho, uma ilusão, e não um *dever ser* propriamente dito. Em síntese, um "*dever ser* que nunca se realize parcialmente é uma abstração sem sentido". Com o cuidado de não radicalizarmos a assertiva, uma vez que o *dever ser* não poderá se esgotar no *ser*, o que implicaria na própria inexistência do primeiro.[526] Por isso que a pretensão é a de que se realize parcialmente.

O jusfilósofo austríaco nos ensina que a imputação e a causalidade são dois modos distintos de se ligarem duas questões de fato entre si num nexo de condição e conseqüência. A distinção entre os nexos ou modos de atrelamento repousa no ato de vontade como pressuposto da imputação. Outrossim, da independência de ato volitivo (inevitabilidade),[527] em se tratando da causalidade, já que estaremos no campo da natureza. Acresça-se ainda como nota distintiva o número ilimitado de elos que se forma a partir da verificação de determinada causa na natureza. Ao passo que a imputação tem, fundamentalmente, dois membros, causa e efeito, em que o último não é necessariamente nova causa para um novo efeito e, assim, sucessivamente, como ocorre na natureza.[528]

---

[524] **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 32.

[525] PRADO, Luiz Regis. **Hans Kelsen:** vida e obra. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 09.

[526] REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 469-470.

[527] É um dos pontos chave da obra de Pontes de Miranda. O falecido jurista alagoano entendia que para o Direito alcançar seu status científico, deveria ser uma Ciência Natural. A teoria da incidência atende, justamente, à causalidade que se verifica na natureza. De certa forma, o que Pontes de Miranda realizou foi uma adaptação e desenvolvimento dum princípio da natureza ao Direito. Assim, a estrutura da norma, por exemplo, não contempla uma relação "dado "a", deve ser "b"". Para ele: "Se ocorrem *a*, *b* e *c* (ou se ocorrem *b* e *c*, ou se ocorrem *a* e *b*, ou se ocorre *a*, ou se ocorre *b*), acontece *d*." **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. Atual. por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, T. I.

[528] **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 32-33.

É o que vai fundamentar a separação entre Ciência Natural Causal, assim a Física, Química, Biologia etc., e as Ciências Sociais Normativas, assim a Ética e Ciência do Direito. "É o dualismo lógico-fundamental de ser e dever-ser que aqui se manifesta."[529]

Assim, situava no contexto jurídico a problemática do conhecimento do conhecimento ou conhecimento de segunda ordem, buscando formular uma teoria do conhecimento jurídico ou epistemologia jurídica,[530] pois como assinala Miguel Reale, justamente nesse ponto que o pensamento kantiano teria seduzido Kelsen.[531]

Para ele, a ciência do Direito "não tem a ver com a conduta efectiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente". Assim, não é uma "ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objeto não é o que é ou que acontece, mas sim um complexo de normas".[532] De modo que a observação do direito é distinta da social,[533] rompendo, de certa forma, com a influência das Ciências da Natureza.[534] O **objeto** da Ciência Jurídica será o estudo das normas em seu conjunto.

Seria possível visualizar uma analogia entre os enunciados da «jurisprudência normativa» e as leis da natureza, uma vez que ambos seriam hipotéticos gerais. Em síntese, a distinção assentaria na forma em que a conseqüência se relaciona à condição. Se nas leis da natureza, a "condição se relaciona com a conseqüência por meio de um "é"; nos enunciados da jurisprudência normativa, nas regras de Direito, o termo sendo usado num sentido descritivo, a condição se relaciona com a conseqüência por meio de um deve".[535] Esse seria um ponto de vista externo de descrição. Posto que objetivo, não se confunde ao que é o Direito.

---

[529] *Ibid.* p. 33.
[530] PRADO, Luiz Regis. **Hans Kelsen:** vida e obra. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 09.
[531] REALE, Miguel. **Visão integral do direito em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 19.
[532] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 93.
[533] "Fazendo-se o devido desconto à tautologia, a teoria do Direito, a teoria do Direito aqui apresentada é uma teoria jurídica. Ela mostra o Direito como sendo um *Sistema* de normas válidas. O seu objeto são as normas, gerais e individuais. Ela considera fatos apenas na medida em que eles sejam, de um modo ou de outro, determinados por normas. Os enunciados com os quais a nossa teoria descreve o seu objeto são, portanto, não enunciados sobre o que é, mas enunciados sobre o que deve ser. Nesse sentido, a teoria também pode ser denominada uma teoria normativa". KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 165.
[534] KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Pref. e trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 22.
[535] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 167.

É com Kelsen que surge a importância do estudo do Ordenamento Jurídico, assim entendido como sistema de normas, informado pelo princípio dinâmico,[536] do qual a coercibilidade é o parâmetro de distinção em cotejo a outros ordenamentos sociais,[537] e que tem seu sentido de *unidade sistemática* pautado na validade das normas.

Para que uma norma possa pertencer ao Ordenamento Jurídico ela tem que ser válida. Reputam-se válidas as normas que sejam elaboras consoante o procedimento estatuído em outra norma, desta feita, superior. Na leitura de Kelsen a validade ora é equiparada à existência – já que normas inexistentes não poderiam ser, igualmente, válidas, fator que comprometeria a unidade do *sistema* –, mas também assume outros significados. Vejamos com Barzotto:

> Kelsen também usa o termo "validade" para significar a pertinência a um ordenamento jurídico. Não existem normas isoladas. Toda norma existe enquanto elemento de um sistema normativo. A norma que pertence a um ordenamento é "válida", do ponto de vista deste ordenamento. Predicar a validade de uma norma jurídica aqui nada mais é que afirmar a sua pertença a um determinado ordenamento jurídico.[538]

De modo que nessa estrutura piramidal que pode ser visualizada ainda antes na *Jurisprudência dos Conceitos* de Puchta, a validade de uma norma tira seu fundamento em outra, o que estatui a hierarquia entre elas. Reconduzindo ao topo (ou início), chegaríamos ao fundamento lógico do *Sistema*: a *norma fundamental* (*Grundnorm*).

A *norma fundamental* não é posta pelo legislador, mas pressuposta, inclusive, da atividade de nomogênese pelo legislador constituinte. Cuida-se de uma norma não escrita que é o fundamento implícito, subentendido, de legitimidade do *Sistema*.[539] A *Grundnorm* é responsável por atribuir poder ao legislador constituinte para a produção das normas constitucionais, impondo, em correlação necessária, que todos observem as normas postas.[540] Trata-se de norma atributiva e imperativa a depender do prisma de análise.

Assim, a norma jurídica vale, não pelo seu conteúdo, mas porque foi produzida de uma determinada maneira. Em último termo, pela *norma fundamental*. Esta, como

---

[536] BARZOTTO, Luiz Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 38.
[537] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 96. BARZOTTO, Luiz Fernando. *Op. cit*. p. 36.
[538] BARZOTTO, Luiz Fernando. *Op. cit*. p. 38.
[539] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 209.
[540] LUMIA, Giuseppe. *Op. cit*. p. 76.

anota Barzotto, atende a uma dupla função: num primeiro momento de ordem epistemológica, já que é "condição lógico-transcendental de possibilidade do conhecimento jurídico", vale dizer, "uma hipótese necessária a uma ciência do direito de corte positivista"; e a segunda, ontológica, pois é fundamento de validade do ordenamento jurídico.[541]

Ao mesmo tempo em que convalida todo o Ordenamento Jurídico, a *norma fundamental* também lhe confere unidade,[542] tornando as "normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário que se pode chamar a justo título de "ordenamento".[543] Ao que nos parece esta dupla função pode ser sintetizada em uma única, pois a convalidação já implica em conferir unidade, em virtude do apanágio ser assegurado na medida em que as normas sejam válidas, reputando-se enquanto tais, se e somente se, puderem retroceder à *norma fundamental*.[544]

Por mais complexo que seja o Ordenamento – complexidade encampada no sentido de que as regras não emanam dum único órgão ou poder –, por variadas que sejam as fontes, haverá uma unidade sempre que for possível, direta ou indiretamente, a *reductio ad unum*, isto é, a recondução a uma única norma como fundamento.[545] E se o *Sistema* é uma unidade arquitetônica, necessariamente informada pela unidade e coerência, no *Sistema* normativo, a unidade ou a coerência formal repousa, justamente, na possibilidade de todas as normas que façam parte do Direito Positivo poderem se reconduzir a uma única norma como fundamento último de validade.[546]

Tanto em Kant quanto em Kelsen o fundamento lógico do *Sistema* é destituído de conteúdo, repisando que é estabelecido *a priori* no intento de ser garantida a unidade arquitetônica, dado que repudiada a unidade técnica. Dessarte, jamais poderíamos confundir a Constituição com a *norma fundamental*. Reiteramos: a *norma fundamental* é o assento lógico abstrato através do qual se legitima o Poder Constituinte à criação da própria Constituição.[547]

---

[541] BARZOTTO, Luiz Fernando. *Op. cit.* p. 41.
[542] LUMIA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 76.
[543] BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 199.
[544] *Op. cit.* p. 76.
[545] BOBBIO, Norberto. *Op.* cit. p. 200.
[546] LARENZ, Karl. *Op. cit.* p. 98-99.
[547] Assim: "Se a pergunta dirige-se à validade da lei penal, somente se pode responder que ela é considerada uma norma válida porque foi produzida de acordo com os procedimentos estabelecidos pela constituição. Esta, por sua vez, só pode ser considerada válida se for *pressuposta* uma norma que estabelece o dever de se obedecer à constituição. Esta última é a norma fundamental." BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. cit.* p. 40.

E qual seria o alicerce da norma fundamental? Kelsen tencionou negar influxos éticos ao *Sistema* normativo. Para tanto, não recorreu a uma fundamentação moral ou fática, algo que, fatalmente, iria comprometer a cientificidade de sua teoria. Conquanto o fundamento de validade de cada norma resida em outra norma, sendo válida na medida em que a "nomogênese" observe o procedimento traçado na lei superior, o mesmo raciocínio não se aplica à norma fundamental, pois não é posta, mas pressuposta. Dessa forma, segundo ele, o Direito é um *Sistema* que se "autoproduz".[548]

Caso a *Grundnorm* tivesse seu fundamento em outra norma, inevitavelmente, deixaria de ser fundamental. Nos sistemas normativos a norma fundamental assume a mesma função dos postulados nos sistemas científicos. Sobre os postulados cumpre notar que ora são convencionados, ora são aceitos por sua suposta evidência. O mesmo poderia ser afirmado quanto à norma fundamental. Ainda assim, insistir no questionamento acerca de seu embasamento seria perquirir não o início do *Sistema*, mas o que havia antes dele. Logo, o caminho que se abre é anterior a própria construção do *Sistema*.[549]

Se o fundamento de validade da norma tem assento em uma norma de escalão superior, e se bem que a *Teoria pura do Direito* não se preocupe com o conteúdo das normas como objeto de estudo, seu autor registra que o conteúdo de uma norma inferior pode estar predeterminado em outra que lhe é superior.

Todavia, posto que a norma superior possa determinar o conteúdo da norma que lhe vem abaixo na estrutura escalonada de pirâmide,[550] não poderá fazê-lo por completo, de maneira que sempre existirá uma margem de discricionariedade ao órgão provocado à sua individualização. Esta indeterminação, tanto pode ser intencional, quanto inerente a própria estrutura escalonada do Ordenamento Jurídico, podendo ainda decorrer de "uma contradicción entre preceptos contemporáneos de un mismo sistema."[551] É daí que emerge a idéia de moldura, em cujo interior estariam as possibilidades de aplicação do Direito.

---

[548] *Ibid.* p. 41.
[549] BOBBIO, Norberto, **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 211.
[550] "Al escalonamiento de las situaciones jurídicas que permiten la integración de una variedad de preceptos o situaciones en una unidad o en todo, es a lo que ha llamado metafóricamente "pirámide jurídica"; porque desde un punto de vista estático, en la Constitución está el remate unitario de un *Sistema*; ella da fundamento a todas las determinaciones jurídicas posteriores". TERAN, Juan Manuel. *Op. cit.* p. 149.
[551] MÁYNEZ, Eduardo García. **Introduccion al estúdio del derecho.** 35. ed. México: Editorial Porrua, 1984. p. 352.

> La norma que ha de aplicarse es un marco que encierra diversas posibilidades, por lo cual la decisión en que una de éstas es elegida constituye un acto jurídico enteramente válido. **Es, pues, erróneo creer que la ley tiene siempre un sentido único y, por tanto, que sólo puede autorizar una interpretación.**[552] (grifo nosso).

O entendimento do jusfilósofo austríaco é inconfundível ao viés limitado à aplicação mecânica da *École de l'Exégèse*. Em Kelsen a aplicação do Direito é um processo de constante criação, de modo que o juiz desempenha um papel criativo dentro das possibilidades da moldura normativa, leia-se, elege uma dentre as diferentes hipóteses, em consideração ao caso submetido à sua apreciação. Nesta atividade não concorre apenas com sua inteligência, senão, sobretudo, com a sua vontade. Ao derradeiro, a questão desembocará na justiça, discussão que foge ao âmbito da Ciência jurídica.[553]

A validade é um dos temas mais importantes na teoria kelseniana sobre a norma jurídica. Em seu conceito está estribada a unidade do Ordenamento, pois a assunção de que uma norma *exista* sem ser *válida* iria comprometer sua visão unitária.[554] De outra banda, a idéia de que a *norma fundamental* atribui poderes dum lado, correlacionados à observância pelos cidadãos das normas postas pelo legislador doutro, faz com que no vértice da pirâmide, *validade* e *eficácia* sejam confundidas, de forma que o Ordenamento só será válido se também o for eficaz. Podemos admitir que uma norma seja válida sem ser eficaz – com temperamentos já que o próprio Kelsen defendia a necessidade dum mínimo de eficácia para que a norma pudesse ser considerada válida, pois uma norma que nunca foi aplicada ou respeitada careceria de validade (vigência)[555] –, o que não poderia acontecer em relação ao Ordenamento, pois sua condição de existência é ser eficaz.[556]

---

[552] MÁYNEZ, Eduardo García. *Op. cit.* p. 352.
[553] *Ibid.* p. 353.
[554] "Por "validade" queremos designar a existência específica de normas. Dizer que uma norma é válida é dizer que pressupomos sua existência ou – o que redunda no mesmo – pressupomos que ela possui "força de obrigatoriedade" para aqueles cuja conduta regula. As regras jurídicas, quando válidas, são normas. São, mais precisamente, normas que estipulam sanções." KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 36. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 03.
[555] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.
[556] LUMIA, Giuseppe. *Op. cit.* p. 76.

A norma fundamental só se refere a ordenamentos jurídicos eficazes. Surgindo a relação entre validade e eficácia,[557] e uma aproximação necessária entre a «jurisprudência normativa» e a «jurisprudência sociológica»,[558] mas que não podemos conceber essa eficácia como efetividade ou eficácia social.[559] Para que seja entendida essa relação, impõe-se um recuo na distinção entre *ser* e *dever ser*.[560] Quando Kelsen alude à eficácia em íntima relação com validade, refere-se a normas cuja eficácia seria impossível, como a de que "nenhum humano deve morrer", o que comprometeria sua validade, e, conseguintemente, sua existência.

Como visto alhures, a jurisprudência normativa seria uma análise do Direito dum ponto de vista externo que, conquanto objetivo é despretensioso na afirmação daquilo que irá acontecer, como a exigência de alguns juristas de que à teoria normativa fosse necessário determinar a forma como os Tribunais decidirão um determinado caso. Kelsen centra a questão na ocorrência de sanção.

Alhures restou consignada a coercibilidade como traço distintivo da Ordem Jurídica das demais Ordens Sociais. Muito embora nem todas as normas possuam uma

---

[557] "Eficácia é uma condição de validade, desde que uma norma isolada e toda uma ordem normativa perdem a sua validade, deixam de valer, quando elas perdem sua eficácia, ou a possibilidade de uma eficácia; tanto quanto interessem normas gerais, se habitualmente cessam de ser cumpridas e se não cumpridas deixam de ser aplicadas." KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 178.

[558] "O que a jurisprudência sociológica está apta a prever é, fundamentalmente, apenas a eficácia ou não-eficácia da ordem jurídica; a sua eficácia, porém, é uma condição essencial para a sua validade, e a sua não-eficácia para a sua não-validade, no sentido da jurisprudência normativa. *Esse é o motivo pelo qual é quase impossível qualquer discrepância entre os resultados da jurisprudência sociológica e da normativa, exceto no que diz respeito ao sentido dos seus enunciados.* Não fosse a ordem jurídica, de um modo geral, eficaz, ela tampouco seria válida, no sentido da jurisprudência normativa; e então, nenhuma previsão quanto ao funcionamento dos órgãos aplicadores de Direito seria possível. *O fato de a ordem jurídica ser eficaz constitui a única base para previsões possíveis.* A jurisprudência sociológica não pode considerar provável qualquer outra decisão, que não aquela que a jurisprudência normativa declara como lícita." (grifo nosso). KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 175.

[559] "Neste sentido: que uma norma com perda de sua eficácia, ou da possibilidade de uma eficácia, perde sua validade, o ser-eficácia é condição do dever-ser-validade, mas não no sentido de que uma norma para valer precisa ser eficaz, pois ela já entra em validade antes de ser eficaz, e só pode ser eficaz s se já entrou em validade. Mas ela precisa entrar em validade com a *possibilidade* de ser eficaz, pois uma norma que determina como devido o impossível, acaso a norma segundo a qual as pessoas não devem morrer, não pode ter nenhuma validade porque ela, desde o princípio, não pode ser eficaz." KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986. p. 179.

[560] "O estabelecimento de uma tal norma efetua-se sob o pressuposto de que seja *possível* um ser correspondente à norma, vez que um ser não correspondente à norma é *possível*. Pois é inútil fixar numa norma algo como devido que, necessariamente, também *tem de ser* sem o estabelecimento da norma, ou necessariamente *não pode ser*, apesar do estabelecimento da norma, de modo que é *impossível*, na primeira hipótese, uma violação da norma e, na segunda hipótese, um cumprimento da norma. Pois o fim do estabelecimento de uma norma, que põe como devida uma certa conduta humana, é produzir uma conduta correspondente à norma, que a idéia da norma chegue ao motivo de uma conduta que lhe corresponda." *Ibid.* p. 71-72.

sanção, todas elas seriam dotadas de coercibilidade. A discussão em torno de qual sanção seria aplicável em virtude do descumprimento de uma determinada regra, leia-se, a previsão do entendimento a ser externado pelo Tribunal, não seria própria da jurisprudência normativa.

Logo, ocorrendo um delito de homicídio é *provável* que seja aplicada a sanção de prisão. No enfoque da teoria jurídica, limitar-nos-íamos a reconhecer a existência duma obrigação de não matar co-respectiva a um dever de respeitar a vida. Em Kelsen: "existência de um dever é a necessidade jurídica, não a probabilidade real de uma sanção. Da mesma maneira, Direito significa a possibilidade jurídica de causar uma sanção e não a probabilidade de que alguém vá causá-la".[561]

Nesta hipótese, o órgão deverá aplicar a sanção, já que também ele se encontra ""obrigado" por uma segunda proposição jurídica, que o coloca na perspectiva duma sanção caso não aplique a sanção que deveria aplicar."[562] Com efeito, na censura de Kaufmann, "desta maneira o dever jurídico teria de se dissolver no regresso ao infinito de tais actos coercitivos condicionados". Na linha da exposição de Kaufmann, surge a explicação pela *Grundnorm*, afirmando, em tempos tardios, que ela valeria como uma norma de direito natural. Este mínimo de metafísica seria imprescindível ao conhecimento direito, dessarte, mesmo em Kelsen, o dever é "uma categoria ética".[563]

3.6. Outras considerações sobre o Sistema Jurídico

A concepção de *Sistema* Jurídico está intimamente relacionada à de Ordenamento Jurídico. Em consulta à obra de Karl Larenz, observa-se que ao longo da história renomados juristas envidaram esforços ao aprofundamento da temática, identificando seu objeto de estudo e pretendendo desenvolver um método adequado ao Direito.[564]

Hodiernamente, o que se observa da bibliografia, ao menos brasileira, o tema "careceu" de importância. Em decorrência, não raro, o termo *Sistema* Jurídico é

---

[561] KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 170.
[562] KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.* p. 24.
[563] KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.* p. 24.
[564] Registrando a dificuldade em se estabelecer um conceito preciso de *Sistema*, o Prof. Roberto Wanderley Nogueira, para quem o *Sistema* deve ser intuído, obtempera: "[...] da essência vigorosa do ordenamento jurídico é que resulta toda a estruturação do Direito; não há assim, Direito Positivo que não seja, e tanto por isso não resulte, fundamentalmente, um *Sistema*: um *Sistema* normativo." *Op. cit.* p. 75-76.

empregado sem qualquer rigor científico ou apreço aos estudos desenvolvidos no pretérito, sequer investigando o porquê de se falar num sistema.

Posto que a Codificação seja uma resposta à necessidade de sistematizar o Direito, tal não implica em assumir que os países que optaram pela adoção dum Código possuiriam um *Sistema* Jurídico. Recorde-se que mesmo recusando a proposta codificadora, outras escolas carregavam uma proposta científica ao Direito. É oportuna a menção à *Escola Histórica*.

Santi Romano, em sua obra *L'ordinamento Giurìdico*, admite tanto a existência de um *Sistema* Normativo como dum *Sistema* Judiciário. Basta imaginarmos que durante um bom período da tradição inglesa, inexistia um código, mas nem por isso poder-se-ia argumentar acerca da inexistência de um *Sistema*.

Nos países de tradição anglo-saxônica contrapunha-se o direito legislado ao direito aplicado pelos juízes, o *common law*. É justamente nesses países que vai se desenvolver a *Escola Realista*, cuja concepção do direito diz respeito àquilo que é efetivo, eficaz, o *ser*, e não o *dever ser* do juspositivismo. Veja-se o excerto de Bobbio:

> O problema de se dever considerar o direito do ponto de vista da validade (do dever ser) ou da eficácia (do ser), pode portanto ser reformulado assim: qual é o verdadeiro ordenamento jurídico? O do legislador, embora não aplicado pelos juízes, ou o dos juízes embora não seja conforme às normas postas pelo legislador? Para os realistas deve-se responder afirmativamente à segunda alternativa: é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juízes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas um mero *flatus vocis*.[565]

Sendo certo que a onda de sistematização também alcançou aquele país, demandaria uma análise aprofundada de seu modelo para traçar as nuances e o modo como é concebido.[566] Claramente, a empresa foge aos nossos propósitos. Por ora, deixemos consignado que os esforços de sistematização remontam à *Analytical School* de Austin,[567] o qual, criticando o casuísmo do "Common Law" recomendou a "adoção

---

[565] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 143-144.

[566] É o que assevera Mario Losano, o qual, tratando sobre sistema e estrutura no Direito, houve de suprimir o capítulo pertinente ao sistema jurídico da *common Law*. Ainda assim, cuidou de afirmar que se tratava dum sistema jurídico "menos rigoroso, mas não menos engenhoso" que aqueles desenvolvidos no *civil Law*. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito:** das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1. p. XX.

[567] DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 50.

de processos lógico-analíticos na interpretação e aplicação do direito costumeiro e do direito derivado das decisões da Corte da Chancelaria (*Equity*).”[568]

No ensejo, em abril de 1.999 entrou em vigor o *Civil Procedure Rules*, codificando regras de processo civil naquele país e operando reformas substanciais daquele modelo, tal como a atribuição de um papel de maior relevo ao julgador, outrora figura passiva na condução do processo, pois que até então informado pelo *adversary system*.[569] Outrossim, impende anotar, com Barbosa Moreira, que são expressivos os avanços dessa “reviravolta cultural”.[570]

---

[568] COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 97.

[569] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 74.

[570] “É interessante notar que a guinada ocorre num dos dois principais ordenamentos do universo do *common law* ao mesmo tempo em que se assiste, em países da família romano-germânica, à emergência (ou à ressurreição) de certa tendência antipublicística. Seja qual for o juízo – favorável ou desfavorável – que se faça ao propósito, uma coisa é certa: o caso inglês não abona o argumento, com freqüência brandido pelos porta-vozes de tal corrente, de que é *autoritária*, no pior sentido da palavra, a idéia de atribuir ao órgão judicial papel de maior relevo no processo. Ninguém de juízo são sustentará que a Inglaterra dos anos 90 se haja assinalado pela adesão a qualquer espécie de autoritarismo político.” *Ibid.* p. 84.

PARTE II

CAPÍTULO III – REFLEXOS DO RACIONALISMO E DA SISTEMATIZAÇÃO NO PROCESSO

> [...]. A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história.
> **Como é igualmente compreensível, o Direito Processual foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático.**[571] (grifo nosso).

É no excerto da obra de Ovídio Baptista que se abre o presente. Suas palavras ilustram com plasticidade aquilo que abordamos nos capítulos antecedentes. O escólio do pórtico de seu livro – *Processo e Ideologia* – é um atento alerta à necessidade de que o Direito Processual Civil possa, nas suas palavras, superar o paradigma "racionalista", e, pois, não ser reduzido à *dimensão normativa* a fim de que o jurista seja capaz de lidar com a realidade.[572]

De há muito se formou a consciência de que a autonomia do processo não se desfigura com uma maior aproximação do direito material. No processo, nomeadamente civil, a influência do positivismo legalista da *Escola da Exegese* provocou uma confusão entre a autonomia e uma pretensa neutralidade,[573] o que estava animado pela excessiva preocupação de precisar os contornos do direito material e do direito de ação, no fito de não incorrer no erro doutrinário dos tempos em que eram confundidos.[574] Já de algum tempo é sabido que a serventia do processo às diferentes necessidades da vida, sem subserviência, impede que se cogite tal indiferença.[575]

Cuida-se da renovação operada pelo processualismo científico, da inegável influência de Oskar Büllow ainda no final do século XIX, imbuído da comentada

---

[571] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 01.
[572] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 801, jul. 2002.
[573] MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.
[574] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 4. p. 19.
[575] DINAMARCO, Cândido Rangel. Sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira no processo civil. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 27-32. MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 34.

preocupação de dignificar o Direito e, mais restritamente, o Direito Processual Civil, obra que é apontada por conferir a "certidão de nascimento da ciência processual" por ter carregado a proposta de "superação do empirismo vigente na fase sincrética";[576] do contributo de Adolf Wach, dando os primeiros passos à sistematização; alcançando uma propulsão no plano abstrato-científico com a Escola Italiana do séc. XX, com seu nome destacado em Chiovenda, e que chegaria ao Brasil, sobretudo, com a vinda forçada de Enrico Tullio Liebman.[577] As linhas gerais dessa influência serão traçadas no capítulo. É na fase científica, iniciando com a publicação da obra de Büllow em 1868 até os fins da década de 1950, que se desenvolvem os institutos fundamentais do processo.[578]

Em nosso esforço de contextualizar a influência do paradigma racionalista no Direito Processual brasileiro devemos perpassar alguns assuntos como a Teoria Geral do Processo, abordando as teorias unitária e dualista. Para tanto, impõe-se um recuo para examinar o surgimento e configuração da Teoria Geral do Direito (*rectius:* Teoria do Direito).[579] São estes os temas que abrem o capítulo.

1. Uma Teoria Geral do Processo

1.1. Os partidários da visão dualista

Antes de iniciar o estudo nos ramos processuais, importa que enfrentemos a questão da existência de uma Teoria Geral do Processo – a concepção unitária que a afirma, e a dualista que a rechaça – doutrina da qual um dos mais conhecidos expoentes fora o italiano Francesco Carnelutti, ora num sentido, ora noutro, como adiante será demonstrado. No Brasil, dentre outros, João Mendes Jr.[580] e José Frederico Marques.

Todavia, já no limiar do raciocínio, consigne a ressalva de Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes em referência à obra de Fernando Luso Soares, alertando para o fato

---

[576] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1. p. 277.
[577] MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23-24.
[578] BUENO, Cassio Scarpinella. Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil. **Bases científicas para um renovado direito processual.** Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (orgs.). Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1. p. 411.
[579] "…o termo é pleonástico – toda teoria é geral, abrangendo a totalidade de seu objeto, no caso do direito." DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 22.
[580] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135.

de que o famoso jurista peninsular, lustros depois, teria reconhecido seu "engano".[581] A observação não passa despercebida ao leitor mais atento das *Instituições do Processo Civil*.[582] O entendimento primevo, cuja ação do tempo e estudos o fez abandonar, enxergava a existência duma lide também no processo penal. Com Jorge Figueiredo Dias:

> No que toca ao processo, os resultados de uma teoria geral em nada conseguiram esbater ou minorar as extensas divergências entre cada um dos principais tipos processuais, respeitantes ou à sua estrutura ou, sobretudo aos seus fundamentos e princípios e às suas formas concretas de realização. Daí que o próprio Carnelutti (sempre tão propenso à grandes construções e teorias generalizadoras), tendo começado por ver no conceito de «lide» o elemento comum a todos os tipos processuais, que só por si permitiria a construção de uma «teoria geral do processo», tenha acabado por reconhecer em absoluto a profunda diversidade e autonomia, mesmo «científica», do direito processual penal.[583]

Para Carnelutti a lide seria uma desordem de menor gravidade que o delito frente ao Ordenamento, muito embora ambos sejam aptos a justificar a intervenção jurisdicional.[584] No processo de partes poder-se-ia verificar uma lide entre os contendores, ao passo que no processo penal, não se caracterizando um conflito entre o imputado e o Ministério Público, o conflito seria intra-subjetivo.[585]

Também Rogério Lauria Tucci faz menção ao abrir de olhos em tempos tardios de Carnelutti. Sufragando a única visão abordada até então, dualista, em tom de crítica, defende a superação do ideário de, dentre outros, Frederico Marques que, buscava

---

[581] SOARES, Fernando Luso *apud* GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 40.

[582] "Pertence à experiência comum, não só a distribuição, como também a separação do processo civil em relação ao processo penal, que culmina na existência de dois códigos, um dos quais está dedicado ao primeiro e o outro ao segundo. Além disso, com o progresso dos estudos, primeiro os cultivadores do direito processual Civil, e logo também os do direito processual Penal, trataram de se encarregar das posições respectivas de ambos os processos, com o resultado inevitável, embora negado cegamente por alguns, de ter iniciado, se não já cumprido, a construção de uma *teoria geral do processo*.
"Não só a essa finalidade, que transcende os limites deste livro, como também para o melhor esclarecimento da figura do processo civil, é necessário conhecer as características funcionais e estruturais do processo penal, nas quais está a verdadeira razão da distinção. Por essa breve indagação ficará explicado como o processo penal ocupa uma posição intermediária entre o processo contencioso e o processo voluntário, para o reconhecimento do que me foi possível acrescentar, depois de tê-lo afirmado decididamente, que também o processo penal atual em relação à composição de uma lide; algumas das objeções opostas a esse ponto de vista me induziram a modificá-lo, liberando o núcleo de verdade das escórias de um erro." CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** 5. ed. rev. e atual. Trad. por Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. p. 103-104.

[583] DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 54.

[584] CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo.** Napoli: Morano Editore, 1958. p. 55-56.

[585] *Ibid.* p. 61.

“civilizar” o processo penal. Ao fim, defende que o processo penal seja estudado sob uma ótica própria de modo a galgar a merecida dignidade científica.[586]

No mesmo viés de rechaço à TGP, Aury Lopes Jr. afirma que a defendida existência de uma teoria geral tem dificultado a compreensão do processo penal, rechaçando a importação de institutos “próprios” de direito processual civil à seara criminal.[587]

Repousa igualmente na impossibilidade de configuração duma lide no processo penal uma das mais conhecidas críticas à Teoria Geral do Processo, formulada por Luiz Eulálio de Bueno Vidigal. Ademais, citando Chiovenda, não reconhecia a marca de substituição na jurisdição penal e, repisando a lição de Carnelutti, não visualizava no processo penal a composição de um conflito de interesses. Segue analisando alguns institutos processuais, como a competência, a coisa julgada, a instrução processual em cada ramo etc., para concluir pela impossibilidade de unificação do processo.[588]

Ainda outros diferentes autores perfilam a corrente unitária. No entanto, é suficiente o escólio trazido à baila, vez que se constitui numa síntese dos principais argumentos contrários à TGP. Sem nos render ao argumento de autoridade, damos continuidade ao estudo compulsando o entendimento de outros doutrinadores. Desta feita, vejamos os argumentos alinhavados pelos caudatários da existência de uma TGP.

1.2. Os partidários da visão unitária

Adepto da teoria unitária Frederico Marques não enxergava maiores inconvenientes em se encarar o processo de forma *una*, ainda que o canal da jurisdição tivesse seu ensejo a partir duma lide penal ou duma lide civil. Frise-se que concebe a existência duma lide também no processo penal.[589]

---

[586] **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54.
[587] LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal:** e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, V. 1. p. 33-34.
[588] Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 40-48.
[589] **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. p. 25.

O saudoso processualista brasileiro, em sua linha argumentativa, escorava seu entendimento em analogia com a atividade legiferante. Afirmava então que ninguém advogaria uma distinção na atividade do Congresso quando é aprovada uma lei civil ou uma lei de natureza penal. Guardadas as devidas proporções, o mesmo raciocínio poderia ser aplicado à atividade jurisdicional. Enfático, verbera que "seria tão absurdo falar em dualismo processual, como esdrúxulo seria bipartir-se a função legislativa".[590]

Continuando a expor seu posicionamento, argumentava que tão-somente razões práticas informariam a separação do Direito Processual em Civil e Penal.[591] O lente da Faculdade de Direito de São Paulo criticava alguns dos fundamentos em que se firma a visão dualista, tal como o da obrigatoriedade do processo penal – *nulla poena sine iudicio*[592] – e da não-obrigatoriedade do processo civil.

De se ressalvar que mesmo no processo penal, para os crimes em que o Estado reserva a iniciativa da ação ao particular, sua propositura estará subordinada ao juízo de oportunidade e conveniência da vítima. Assim sendo, tanto num quanto noutro existem exceções ao princípio da *inafastabilidade* da Jurisdição. Outrossim, hodiernamente, recordando a fase pré-processual das infrações de menor potencial ofensivo, existe a possibilidade do conflito se resolver antes mesmo do exercício de qualquer ação, seja pela composição civil, seja pela transação penal, podendo, ademais, haver a imposição de pena.[593] Foi a inauguração das soluções consensuais entre nós, ao advento da Lei nº 9.099/95, dentro da previsão constitucional estampada no art. 98, inc. I, da CF. São os chamados institutos "despenalizarores" ou "desencarcerizadores".[594] Como se vê, cuida-se de matéria que diz respeito ao Direito positivo, restando ao alvedrio do legislador.

---

[590] MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, V. 1. p. 44.

[591] "[...] certo é que ambos os ramos apresentam um fundo comum. *Uno*, portanto, é o Direito Processual, pelo que pode ser construída uma *teoria geral do processo* com os postulados e linhas mestras construídos segundo a metodologia da Dogmática do Direito". *ibid.* p. 44-45.

[592] "Nos estados submetidos à lei e ao direito, a pena só se aplica "processualmente". A atividade punitiva dos órgãos estatais encarregados de restaurar a ordem jurídica violada pelo crime submete-se a um controle jurisdicional *a priori*, em que o Poder Judiciário aplica a norma penal objetiva mediante a resolução de uma lide consubstanciada no conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade. [...].
"Se não existe crime sem prévia cominação legal, também não há pena sem sentença condenatória. O *nullum crimen sine lege* e o *nulla poena sine iudicio* são princípios que se completam nos estados em que impera o direito. o *ius puniendi*, portanto, é um direito de coação indireta, podendo a norma penal ser aplicada apenas jurisdicionalmente e por meio do processo". **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. p. 26.

[593] FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 280.

[594] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 564.

Também as distinções de ordem procedimental não seriam, suficientemente, relevantes a alicerçar a distinção,[595] o que é possível de identificar já no bojo do processo civil, haja vista que de há muito se encontra superado o dogma dum procedimento universal.[596] Verifica-se, pois, a existência de figuras procedimentais completamente diversas, ditadas que o são, como já afirmado, pelas diferentes situações carentes de tutela.

Arrematando o raciocínio, aos caudatários da teoria dualita, reconhecida a base comum do Direito Processual, nela teria assento a Teoria Geral do Processo.[597] Quanto à configuração da lide penal, colhe-se dissidências à doutrina de seu próprio criador. Para Tourinho Filho, o mero aparecimento da *pretensão punitiva*, isto é, com transfiguração do *ius puniendi* em abstrato para concreto se desenharia a "lide penal".[598] Complementa o raciocínio ilustrando que no processo penal a pretensão deve ser resistida, já que o autor da conduta punível não poderá sofrer qualquer sanção sem opor defesa ou reação, pois a defesa técnica independe de sua vontade.[599] Sem tecer considerações diretas sobre uma *teoria geral do processo*, também Luiz Fux admite a existência duma "lide penal".[600]

Outro não é o entendimento de Moacyr Amaral Santos que também admitia a existência dum Direito Processual que constitui o "sistema de princípios e normas legais

---

[595] "Em suas linhas mestras, a estruturação processual da justiça penal não difere daquela que envolve a jurisdição civil. O processo, como instrumento de atuação da lei, é um só. Regras procedimentais diversas que, em um e outro, possam existir, não constituem motivo suficiente para fazer-se do processo civil e do processo penal categorias estanques. Ambos se filiam a um tronco, comum, que é a teoria geral do processo. O poder jurisdicional e o processo em nada diferem, quer se projetem sobre uma lide de direito privado, quer atuem no campo da pretensão punitiva em conflito com o direito de liberdade". MARQUES, José de Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, V. 1. p. 29.

[596] No que também não sufragamos posição diametralmente oposta. Com Marinoni: "Parece fácil concluir que é utópico admitir que o legislador pode construir tantos procedimentos quantos forem às situações de direito substancial carentes de tutela. Aliás, ainda que isso pudesse ser idealmente concebível, estaria esquecida a circunstância de que a evolução da sociedade, quando não faz surgir novas situações de direito material, constantemente impõe uma nova compreensão das situações pretéritas, o que impediria a sustentação de procedimentos diferenciados pela simples razão de que o legislador sempre estaria atrasado em relação às necessidades de tutela do direito material". MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, V. 1. p. 437.

[597] MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 49, V. 1.

[598] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. p. 11.

[599] "Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o *ius libertatis* do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a lide penal por meio do binômio direito de punir *versus* direito de liberdade. É, portanto, *sui generis* o litígio penal". *Ibid.* p. 11.

[600] FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 04.

regulamentadoras do exercício da função jurisdicional",[601] que se divide, nas palavras do autor, em dois grandes ramos processuais: *civil e penal.* A classificação ainda poderia ser ampliada para abarcar um *direito processual trabalhista*, *processual eleitoral* e *processual penal militar*, pautada, não "pela natureza das lides, muitas vezes fronteiriça, mas com mais segurança pela especialidade da jurisdição".[602] Esta classificação atenderia a exigências práticas, não negando a sistematização anterior do direito processual e seus dois grandes ramos.

Da opinião de Vicente Greco Filho também conta a corrente favorável à tendência unificadora do Direito Processual, no estudo da base comum instrumentária a todos os ramos do processo. A seu juízo, a concepção unitária decorre da percepção de que "o poder jurisdicional, como um dos poderes do Estado, é único, e sua estruturação básica encontra-se ao nível da Constituição Federal", assim, "resulta inevitável a conclusão de que há algo comum a toda atividade jurisdicional".[603]

Um exame detido voltado ao reconhecimento duma área comum aos diferentes ramos processuais deve partir da identificação das normas e princípios plurivalentes e daqueles monovalentes, respectivamente, os que são aplicáveis a todas as ramificações do processo e aqueles de aplicação setorizada.[604] Também Fazzalari identifica um "direito processual geral", pautando na unidade e no conhecimento sistemático.[605]

A essa altura, devemos colacionar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem a Teoria Geral do Processo é um "*sistema de conceitos e princípios elevados ao grau máximo de generalização útil e condensados indutivamente a partir do confronto dos diversos ramos do direito processual*."[606] A colação de suas palavras deixará claro mais adiante a relação entre a Teoria Geral do Processo e a construção no século passado duma Teoria Geral do Direito. De logo, observe-se que não se trata dum conhecimento dissociado da experiência, isto é, *a priori*. Em outras, palavras, haveria uma relatividade histórica da teoria do processo.[607]

---

[601] SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, V. 1. p. 28.
[602] *Ibid.* p. 29.
[603] GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 01.
[604] *Ibid.* p. 01.
[605] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 104-105.
[606] DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 68.
[607] MARINONI, Luiz Guilherme. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 1. p. 09.

Novamente com Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes, posto que reconheçam a predominância de partidários da doutrina unitária, asseguram que os argumentos levantados pela corrente unificadora do direito processual não são convincentes. Cuidar-se-ia dum equívoco.[608] Analisemos criticamente os argumentos alinhavados.

1.3. Análise crítica dos argumentos contrários e favoráveis

Quanto aos argumentos articulados em defesa da teoria dualista, o que se colhe são inúmeras críticas à visão unitária. Façamos uma síntese das principais: a maturação científica tende à especificidade do conhecimento, criando e reconhecendo-se a autonomia de novos ramos; a unidade da função jurisdicional não implicaria na impossibilidade de serem reconhecidas diferentes manifestações e formas de desenvolvimento; a identidade de institutos de direito processual civil e penal não seria verdadeira, o que ilustra com a necessidade existente no processo penal da ação se firmar com bases mínimas de direito material, o que não ocorreria no processo civil.[609]

Ademais, a exposição também se funda na concepção de defesa no processo penal e no civil, a imprescindibilidade de sua realização efetiva no processo penal, por advogado constituído ou nomeado [defesa técnica], cuja atuação está subordinada a um controle jurisdicional, de modo que se o réu for considerado indefeso sua representação será destituída; na impossibilidade de configuração da revelia no processo penal,[610] mormente seu efeito material, haja vista que importaria em inversão do ônus da prova a afrontar o princípio de dignidade constitucional da presunção de inocência [da não culpabilidade]; numa "acentuada" flexibilização da coisa julgada no processo penal, cuja ação de impugnação autônoma, cognominada de revisão criminal, não se sujeita a

---

[608] GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Op. cit.* p. 37.
[609] *Ibid.* p. 38.
[610] Na exposição de motivos do CPP, fala-se em revelia, mas também se fala na contrariedade ao processo. Preferimos acreditar que não exista revelia no processo penal, já que sempre haverá a apresentação de defesa técnica: "[...]. Nenhum réu, ainda que ausente do distrito da culpa, foragido ou oculto, poderá ser processado sem a intervenção e assistência de um defensor. A pena de revelia não exclui a garantia da contrariedade do processo". Item II.

prazo,[611] podendo ser interposta, inclusive, após o óbito do "autor do fato".[612] No particular, visa restaurar o *status dignitatis* do condenado.[613]

Ao rechaço descrito, some-se o de Jorge de Figueiredo Dias para quem a superação "do processo unitário dos tempos primitivos" em que surgem "*diferentes tipos de processo*" é determinada pela "especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo de direito material". A configuração dum processo penal, diverso do processo civil, e ainda dum processo administrativo e constitucional "constituem o produto da exigência teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito".[614]

Ninguém nega que deva existir uma serventia do direito processual ao direito material. Repise-se que, a autonomia científica consolidada de há muito, não implica em neutralidade do processo ao direito material.[615] Na mesma toada, sabido que os procedimentos são idealizados em vistas das peculiaridades do direito material.[616] Ainda, através do princípio da adaptabilidade ou da adequação,[617] *principio di elasticità*, são conferidos poderes ao juiz para proceder às alterações de ordem procedimental no caso concreto,[618] dês que fundadas na orientação de conferir efetividade à tutela do direito material.

Pontuem-se ressalvas também na discussão em torno da atuação jurisdicional do Estado numa contenda civil e numa infração penal. Ora, diz-se que na segunda hipótese o Estado-juiz é provocado para restaurar a Ordem Jurídica, o que não aconteceria, *v.g.*, num processo de conhecimento marcado pela necessidade de eliminação duma incerteza, na constituição (positiva ou negativa), e mesmo numa tutela preventiva.

---

[611] PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 199.
[612] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Recursos no processo penal:** teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.
[613] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, V. 2. p. 333.
[614] *Op. cit.* p. 52-53.
[615] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Bahia: JusPodivm, 2008, V. 1. p. 24.
[616] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006. p. 73.
[617] OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.
[618] Segundo Carnelutti, conforme as exigências das diferentes lides. **Diritto e processo.** Napoli: Morano Editore, 1958. p. 157-158.

No entanto, poder-se-ia visualizar a mesma manifestação jurisdicional de restauração do Ordenamento Jurídico no processo de execução que, nas palavras de Luiz Fux, "*restaura efetivamente* a ordem jurídica afrontada pela lesão, realizando a sanção correspondente à violação. A atividade judicial que atua essa sanção denomina-se "execução"".[619] No mesmo sentido o saudoso Moacyr Amaral Santos, para quem a ação de execução é aquela destinada à "*realização de sanção*", prevista no título, seja ele judicial ou extrajudicial,[620] cujas palavras ressoam a lição de Liebman sobre o assunto.[621]

A essa altura, parece-nos que a especificidade procedimental também não é uma linha de argumentação idônea a apoiar a inexistência ou imprestabilidade duma Teoria Geral do Processo como se posiciona o autor português. Jorge Dias Figueiredo encerra o raciocínio afirmando que o "tempo das grandes teorias parece ser, para o pensamento jurídico, um tempo definitivamente passado, por nelas estar latente o perigo de quebrarem a relacionação" do sistema normativo com o plexo social. Insistindo nas suas palavras: "a relacionação que cada vez se quer mais próxima e estreita, da ordem jurídica com a vida e a realidade social que aquela procura servir."[622] E aqui o autor português toca um ponto chave de nossa exposição. O tema reclama ainda outras considerações.

1.4. Forçoso reconhecimento da Teoria Geral do Processo?

Segundo boa parte da doutrina, a assunção duma Teoria Geral do Processo repousaria, sobretudo, na distinção entre conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos, estando intimamente relacionado, num primeiro momento, às categorias puras, e, igualmente, ao pensamento sistemático. Enquanto os primeiros são estabelecidos *a priori* com a pretensão de universalidade que marca a concepção formal,[623] os segundos são instituídos pelo Ordenamento Jurídico, de modo que podem ser delimitados

[619] FUX, Luiz. **O novo processo de execução:** o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 04.
[620] **Primeiras linhas de direito processual civil.** 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, V. 3. p. 398.
[621] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 41.
[622] DIAS, Jorge Figueiredo. *Op. cit.* p. 54.
[623] TERAN, Juan Manuel. *Op. cit.* p. 81.

geográfica e temporalmente, haja vista a suscetibilidade de variação de Ordenamento para Ordenamento.[624]

Tomemos emprestadas as palavras de Juan Manuel Teran prelecionando que todos os conceitos jurídico-positivos são aplicáveis numa esfera de validade limitada, isto é, determinável no espaço e no tempo em sentido histórico, deixando assente que a sua validade está sujeita à vigência do direito em que se escoram.[625]

A fixação de conceitos lógico-jurídicos, infensos às limitações de tempo ou espaciais, estabelecidos em abstrato, isto é, de forma dissociada da experimentação, faz volver a questão da unidade em *Sistema* do Direito, reforçando, supostamente, a importância do estudo da Teoria Geral do Direito, cujos conceitos seriam plenamente aplicáveis à Teoria Geral do Processo.

Destarte, a separação dos direitos em ramos enquanto um imperativo de ordens prática e didática, jamais descaracterizaria o Direito enquanto uno, pois o Direito é um só. A TGD forneceria os conceitos fundamentais, cuja aplicação não estaria limitada a um ramo específico. Logo, deste raciocínio não se afasta o Direito Processual, o qual trabalharia com variados conceitos lógico-jurídicos como os de existência jurídica, validade, eficácia, relação jurídica, obrigação, direito, dever, situação jurídica, tipo, forma etc., conceitos que, repita-se, independem do direito positivo. Por derradeiro, o Direito Processual, como os demais ramos, deve ser estudado à luz da TGD.[626]

No ensejo, não podemos ignorar que a configuração dos ramos, com suporte remoto na imagem renascentista da árvore do saber,[627] tem sua fundamentação no pensamento reducionista, na crença de que o conhecimento era proporcional à sua especialização.

O verbero dos que confrontam conceitos jurídico-positivos sem dúvida que não merece acolhida. Sustenta-se que, caso não existisse uma Teoria Geral do Processo não se construiria um terreno inicial voltado ao delineamento, precipuamente, dos contornos que, numa espécie de afunilamento, do geral ao particular, são preenchidos nos diferentes ramos processuais. O que ocorreria, primeiramente, a partir de induções. Na

---

[624] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 37.
[625] TERAN, Juan Manuel. *Op. cit.* p. 81.
[626] DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 04.
[627] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 153.

esteira, o conceito de jurisdição, ação, defesa etc., conceitos que se relacionam a uma "forma" de Estado, não poderiam ser compreendidos foram dum contexto histórico[628], duma pré-compreensão da judicatura. Ocorre que, conceitos e institutos plasmados dentro duma realidade liberal-individualista, instituídos, supostamente, *a priori*, não poderiam nos fornecer uma adequada compreensão da realidade do Estado Democrático de Direito.

Sem embargo, há uma confusão, pois também se constata na doutrina um posicionamento por uma Teoria Geral do Processo que se escora na existência duma Teoria Geral do Direito,[629] afirmando-se que estas disciplinas partiriam de conceitos lógico-jurídicos e, pois, transcenderiam "a dogmática processual, não lhe sendo própria a indagação ou formulação de regras, ou normas de direito positivo."[630]

> En conclusión: uno es el plano de los conceptos jurídico-positivos y otro el plano de las nociones o fundamentos lógico-jurídicas. Los conceptos jurídico-positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda conceptuación jurídica.
> […].Así, se funda en la definición del derecho la exposición de las categorías o fundamentos lógicos para sistematizar cualquier situación jurídico-positiva.[631]

Como soa intuitivo, um estudo sobre a TGP, necessariamente perlustra a Teoria Geral do Direito. Quem pretenda afirmar a existência de uma TGP, deve, antes, analisar o que seria e como surgiu a Teoria Geral do Direito. É o que faremos adiante.

1.4.1. A Teoria Geral do Direito

A ideologia positiva e o "deslumbre" de alguns juristas pelo "sucesso" das Ciências naturais, incutiu em alguns autores a idéia de que deveria ser introduzida no

---

[628] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 1. p. 09.

[629] "Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica. Entre esses pressupostos essenciais estão as noções de direito subjetivo, dever jurídico, objeto, relação jurídica etc. Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Conseqüentemente, não são exclusivas de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico." BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 94.

[630] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 69.

[631] TERAN, Juan Manuel. *Op. cit.* p. 82.

Direito – substituindo a Filosofia do Direito,[632] faça-se o registro –, uma disciplina científica cujos métodos seriam aqueles desenvolvidos nas ciências naturais. Foi assim que, na Alemanha, pelos esforços de Bergbohm, Merkel e Bierling – "y más modernamente, el húngaro Félix Somló" –,[633] foi elaborado um programa para uma Teoria Geral do Direito idealizada como um conjunto de generalizações acerca do fenômeno jurídico,[634] e apta a consubstanciar um "parte geral e comum a todas as formas de conhecimento positivo do direito".[635] Também em outros países se formariam movimentos análogos de cunho positivista. Assim, a Enciclopédia Jurídica (Itália), de Francesco Guelfi; a Escola Analítica do Direito (Inglaterra), de John Austin;[636] e *Le Droit Pur* (França), de Edmond Picard.[637]

Da Teoria Geral do Direito (TGD) seriam afastadas as reflexões de cunho filosófico, bem assim as de caráter metafísico. Num panorama geral, a tentativa de delimitação da TGD em relação à Filosofia do Direito se afinou com uma tendência moderna em querer separar a Ciência da Filosofia, numa atitude antimetafísica[638] de afastar a primeira do "gênero da especulação desinteressada".[639] Ilustre-se com a Física, precursora em se desprender da Filosofia e alçar o *status* científico, o que reforçou a importância de que o paradigma nela desenvolvido fosse observado pelas demais ciências.[640] Com Poletti:

> De certa forma, essa possibilidade resulta da influência ideológica positivista, nascida do progresso das ciências naturais e exatas. Seria a aplicação ao direito dos métodos da ciência e o repúdio à filosofia e a qualquer metafísica. Aplicar-se-iam sempre a indução (do particular para o geral), os métodos empíricos e de observação.[641]

---

[632] "[...] a expressão Filosofia do Direito, vinda dos dias de Kant e de Hegel, atravessou como dissemos o século dezenove, no meio dos empirismos e dos positivismos, e no século vinte entrou (como quase tudo) em crise. Os positivistas, no século dezenove, confundiram a temática da Filosofia do Direito com a doutrina jusnaturalista (a "Escola Filosófica" como oposta ao juspositivismo), e tentaram retirar a Filosofia dos currículos, substituindo-a, como disciplina acadêmica, pelo que denominaram "Teoria Geral do Direito". SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 31.
[633] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. *Op. cit*. p. 817.
[634] MÁYNEZ, Eduardo García. *Op. cit*. p. 120.
[635] POLETTI, Ronaldo. *Op. cit*. p. 62.
[636] TORRÉ, Abelardo. **Introducción al derecho.** 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1965. p. 87.
[637] MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966. p. 20.
[638] "De modo geral o objetivo doutrinário dêsse enderêço teórico era suprimir a Filosofia Jurídica graças a uma ciência indutiva generalíssima, sob influxo da atitude antimetafísica inspirada no positivismo reinante". *Ibid.* p. 20.
[639] VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 590.
[640] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 85.
[641] POLETTI, Ronaldo. *Op. cit*. p. 63.

Através da observação dos fatos seriam perquiridos os elementos comuns do fenômeno jurídico. Ato seguinte, a abstração, quando seriam elaborados princípios gerais substanciados pela identificação das constantes de cada fato, mas que, igualmente, acobertariam as situações do porvir. Elegia-se o método indutivo.[642]

Num primeiro momento, segunda metade do séc. XIX, a TGD consistia numa visão ampla do Direito, combinando diferentes ângulos como o histórico, o sociológico e o comparativo. No séc. XX, por influência do normativismo kelseniano, sofreu nova configuração para assumir um sentido basicamente formal.[643] Nas linhas iniciais de sua obra Kelsen já registrava que a Teoria Pura era uma teoria do Direito positivo em geral, não se limitando a uma ordem jurídica qualquer.[644] Em Kelsen a TGD é igualada à própria Ciência do Direito.[645]

Na Inglaterra, como correspondente do movimento pela Teoria Geral que surgia na Alemanha, instituiu-se a *Escola Analítica do Direito*, cujo maior expoente fora John Austin (1.790). Vale anotar, com Bobbio, que Austin foi um dos primeiros pensadores ingleses a não permanecer estreitamente ligado à tradição cultural inglesa.
Pelo contrário, Austin nutria grande admiração por juristas alemães, sobretudo por Savigny, sendo em parte influenciado pela doutrina da Escola Histórica.[646] Sem embargo, afastam-se quanto aos pressupostos filosóficos, já que o jurista britânico era um utilitarista e um empirista, afastando-se de posturas historicistas e românticas. Do mesmo modo, o jurista inglês era favorável à legislação, assumindo na lei a forma típica do direito, o que o coloca na linha de pensamento de Hobbes e Bentham.[647]

Catedrático da disciplina de *Jurisprudence* na Universidade de Londres e apontado como o jurisconsulto inglês mais notável do séc. XIX,[648] é com John Austin que surgiria a expressão Teoria Geral do Direito (TGD), remontando a um estudo publicado em 1.832, *The province of jurisprudence determined* (*A determinação do*

---

[642] *Ibid.* p. 120-121.
[643] SALDANHA, Nelson Nogueira. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.
[644] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 01.
[645] MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966. p. 24.
[646] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 101.
[647] *Ibid.* p. 103-104.
[648] TORRÉ, Abelardo. **Introducción al derecho.** 5. ed. Buenos Aires: Perrot, 1965. p. 88.

campo da jurisprudência), em que alude aos termos *general jurisprudence* e *particular jurisprudence*, os quais só viria a definir mais tarde, em estudo publicado em 1.863.[649]

Os seguidores da Teoria Geral do Direito e os da Escola Analítica, e aqui não estamos mais nos referindo a expressão Teoria Geral, tinham por intento formular uma base geral de conceitos que pudessem ser válidos não apenas como *parte geral* do direito civil ou do direito penal, senão aplicável a todas as diferentes partes e ramos do Ordenamento Jurídico. Buscavam, por assim dizer, o conhecimento do universal jurídico.

> El método preconizado por ambas escuelas para la obtención de tales conceptos es la *inducción* empíricopositiva efectuada sobre los ordenamientos jurídicos reales existentes. Sin embargo pretenden para los conceptos así obtenidos no una mera validez *general* (empírica) sino una validez *universal* (filosófica), es decir sostienen que los conceptos así obtenidos son aplicables a *todo* ordenamiento (real o posible) y no sólo a los ordenamientos sometidos a examen. En esto radica a la vez la fuerza científicopragmática de estas escuelas (pues se aplicarán los conceptos a nuevos ordenamientos que de este modo serán clarificados) y la endeblez filosóficateorética de las mismas que lo que es válido para muchos casos experimentados sea, sólo por ello, válidos para *todos* los casos posibles).[650]

Que não passe despercebido a problemática da pretensão de universalidade do saber enquanto oriunda da filosofia, de modo que optando por uma tal diretiva, os caudatários das escolas acima mencionadas, "se elevan, en rigor, de lo meramente *científico* a lo estrictamente *filosófico*". A problemática não pára por aqui, pois em ambos os casos, da TGD e da Escola Analítica, houve uma tentativa de manutenção no plano puramente científico.[651]

Por último, contemporaneamente, na Itália surgiria a já referida Enciclopédia Jurídica de Guelfi. Este autor conferia um duplo caráter à Enciclopédia: de Ciência do Direito e de caráter introdutório do conhecimento jurídico. Sobre a Ciência seria responsável em realizar a maior síntese possível do material jurídico, abarcando os aspectos *filosófico, histórico* e *dogmático* do Direito. Já seu caráter introdutório era voltado justamente para o conhecimento inicial do vasto campo da Jurisprudência.[652]

Como originariamente proposto, o programa duma Teoria Geral do Direito, assinala Machado Neto comentando Recaséns Siches, estaria fadado ao insucesso, haja vista que para ser possível alcançar a universalidade do conhecimento jurídico, sem

---

[649] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 20.
[650] AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. p. 815.
[651] *Ibid.* p. 816.
[652] TORRÉ, Abelardo. *Op. cit.* p. 87.

quaisquer limitações, faz-se necessário que os conhecimentos sejam estabelecidos *a priori*.[653] Mas, e como já deixamos claro, os cultores duma Teoria Geral do Direito trabalhavam com elementos empíricos, os quais, posteriormente, seriam submetidos a sucessivas abstrações. Diria então Siches:

> [...]. **No se dieron cuenta de que en la arquitectura del conocimiento, el concepto universal del Derecho y las nociones fundamentales, son previas a toda experiencia o inducción histórica de lo jurídico: porque cabalmente la condicionan; constituyen las condiciones de sua posibilidad**: y así, la "Teoria General del Derecho" de esas escuelas tenía que contentarse con catalogar los múltiples sentidos de una noción en los diversos sectores del Derecho, sin poder hallar un vértice común de referencia. Pretendían superar la confusión y variedad, sin elevarse a un punto de vista por encima de aquéllas.[654] (grifo nosso).

Superada essa atitude pretensiosa de instituir uma TGD enquanto ciência empírica e, em simultâneo, idônea a substituir a "necessária e prévia investigação ontológica, e, pois, filosófica, acêrca do Direito", hoje a assunção de uma TGD remeteria, segundo Machado Neto, a outro direcionamento: identificá-la à Ciência Jurídica ou incluí-la na Filosofia do Direito. Como exemplo do primeiro e segundo intentos temos Kelsen e Recaséns Siches.[655] O tema será analisado com mais vagar adiante, mas ainda carece de algumas considerações prévias.

Como vimos em Dimitri Dimoulis o termo Teoria Geral do Direito é pleonástico, já que uma teoria é sempre generalista, mas consigne-se no escólio do Prof. Nelson Saldanha que o termo *geral* teria por objetivo enfatizar a expressão.[656] Refeita a menção ao alerta, no próprio texto e não apenas em nota, enfrentamos a problemática acerca da "Teoria Geral do Direito".

Por oportuno, façamos o registro de que também sobre a "Teoria Geral do Direito", ao lado da Filosofia, Sociologia e a História do Direito, recai a pecha da pouca utilidade prática. Por este motivo haveria um tratamento diferenciado nas faculdades, já que são consideradas como "perfumaria", leia-se, um saber dispensável ao operador do Direito, em virtude de sua aparente irrelevância ao êxito na vida profissional.[657]

---

[653] MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966. p. 22.
[654] DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, **Filosofia del Derecho.** México: Uetha, 1946, V. 1. p. 67. *Apud* MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966. p. 22.
[655] MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966. p. 23-24.
[656] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 32.
[657] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 41.

Dissertar a "Teoria Geral do Direito" é uma tarefa das mais árduas, em virtude das dificuldades de delimitação dum campo próprio, isto é, estabelecer os limites entre a "Teoria Geral" e a Filosofia do Direito. Em suas *Lições de Filosofia do Direito*, por exemplo, Del Vecchio aborda temas como direito subjetivo, fontes do direito, relação jurídica, negócios jurídicos, entre outros assuntos que, propriamente, não pertenceriam ao campo da Filosofia do Direito.[658]

Na obra *Teoria Geral do Direito* de Francesco Carnelutti, ainda a título de ilustração, o autor peninsular, intencionalmente, permitiu uma "confusão" entre os campos científico e filosófico. Quem nos alerta é Norberto Bobbio, pois para Carnelutti haveria numa necessária mescla entre as disciplinas. Registre-se que o aclamado processualista esclarecera sua intenção em correspondências trocadas com Bobbio, oportunidade em que sustentou a impossibilidade de se fazer ciência sem fazer filosofia.[659]

Descortinam-se duas correntes a serem seguidas: entender a teoria geral como matéria *filosófica* e, por conseguinte, distingui-la das ciências jurídicas particulares; ou encarar a teoria geral como matéria *científica* e, pois, separá-la da filosofia do Direito. Na ordem entabulada, teríamos os que a vêem como uma teoria voltada ao estudo das formas da experiência jurídica ou, aos caudatários da segunda corrente, como uma teoria vocacionada ao estudo de conteúdos empíricos, generalizados ao extremo.[660]

Todavia, as referidas perspectivas, já apontadas com Machado Neto, não contam com a adesão de Norberto Bobbio, para quem a teoria geral é um estudo *formal* sem deixar de ser científico, pertencente, pois, à ciência, e não à filosofia. Também diverge da segunda corrente, pois que "no es estudio de contenidos sino investigación formal". No ensejo, advoga uma terceira via, cuja análise segue nas linhas abaixo.[661]

Preliminarmente, consigne-se que para o jurista itálico a *forma* diz respeito às regras constante do Ordenamento, as quais possuem um determinado conteúdo, já que regulam condutas concretas. Nada obstante, são duas perspectivas que não se confundem o estudo das regras e o dos comportamentos regulados.[662] A mesma distinção já se verifica em Kelsen, para quem o objeto da ciência jurídica é não apenas o

---

[658] BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 72.
[659] *Ibid.* p. 72-73.
[660] *Ibid.* p. 75.
[661] *Ibid.* p. 75.
[662] *Ibid.* p. 76.

estudo das normas jurídicas, também o sendo da conduta humana, dês que seja o conteúdo de alguma norma.[663]

Para Bobbio a TGD não teria a mesma abrangência que Kelsen conferiu à sua *Teoria Pura do Direito*. Assim: "Como estudio de los elementos estructurales constitutivos del Derecho, la teoría general es una teoría del Derecho positivo y vale en el ámbito de un determinado sistema." O que não implica em assumir que uma Teoria Geral formulada com base num determinado sistema, não pudesse ter valia ao estudo de outros sistemas. Justificar-se-ia, inclusive, um confronto das teorias gerais a fim de permitir, num nível ainda maior de generalização, a elaboração duma Teoria Geral do Ordenamento Jurídico, agora sim, comum a todos os ordenamentos.[664]

Como sabido, a ciência trabalharia com dados obtidos da experiência. O mesmo não ocorrendo com o saber filosófico. Dum lado um saber universal, *a priori*¸ ao passo que doutro teríamos um saber temperado pela observação de contingências, *a posteriori*. Calcado nesta distinção, cria-se que uma Ciência formal do Direito deveria ser um estudo filosófico.[665]

> Ante todo, la identificación de "formal" con *a priori*, identificación que sirve (mientras sirve) en el sistema de la crítica kantiana, no rige ya cuando se entiende el término "forma", tal y como se entiende generalmente en el sistema de la ciencia jurídica, no ya como condición de toda posible experiencia sino como calificación de una experiencia dada y, en particular, de la experiencia jurídica. […]. El conocimiento de la regla de comportamiento – que es la función propia de la teoría general – se puede decir muy bien que prescinde del conocimiento de los comportamientos regulados y por tanto, podemos añadir, de todas aquellas esferas de experiencia social, económica, etcétera, en las que se incluyen los distintos comportamientos. Pero no se puede decir de ningún modo que sea *absolutamente* independiente de toda experiencia.[666]

Como já deixamos entrever, as construções (ou tentativas) universais são decorrência do pensamento sistemático. Duma visão que em sua afirmação de universalidade, busca se desenvolver no plano abstrato, destituindo-se, para tal, de qualquer conteúdo. A distinção entre conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos, exposta no item anterior, deixa ilustrada a perspectiva. Mas não há forma sem que, minimamente, haja algum conteúdo. A polêmica sobre como seria construída uma teoria

---

[663] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 79.
[664] *Op. cit.* p. 80.
[665] BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980. p. 81.
[666] *Ibid.* p. 81.

“geral” do direito se estruturada por conceitos dissociados da experiência nos recorda o embate entre Thibaut e Savigny, já que para o último, era impossível ser realizado o projeto de codificação sem que antes fosse conhecido o direito em vigor nas diferentes partes da Alemanha, a fim de se extrair a essência das instituições da época.[667]

Sem embargo, finalizando com Dimitri Dimoulis, não é raro ver as pessoas recorrerem à Teoria do Direito. Cuida-se de “um saber onipresente na prática jurídica, ainda que os operadores do direito não estejam sempre conscientes disso.”[668]

1.4.2. O racionalismo e a construção de uma Teoria “Geral”

Ainda que permeada por dificuldades, desde sua origem, é comumente aceita a existência de uma Teoria “Geral” do Direito, e, por suposto, uma Teoria “Geral” do processo.

Quem deseja sustentar uma Teoria Geral deve centrar seus estudos na superação dos empecilhos levantados pelos sequazes da visão unitária. Após, a partir de generalizações, seguidas, caso necessário, chegar-se-ia a elementos comuns aplicáveis aos diferentes ramos do processo. Entretanto, uma tal construção tem os olhos presos no paradigma racionalista. Dentro do pensamento sistemático. No particular, tem plasticidade a lição de Jorge de Figueiredo Dias no respeitante ao tempo das grandes teorias.

A famosa indagação lançada por Bueno Vidigal em artigo da década de oitenta, poderia ser reformulada hoje da seguinte forma: a que interessa a unificação do processo?

Por último, saliente-se a complementaridade entre forma e conteúdo, já que “não existe matéria sem forma nem forma sem matéria”.[669] Desta feita, necessário que os sectários duma TGP saibam que o fazem sob a ótica do paradigma da ciência moderna, pensamento sistemático, o que é insustentável numa perspectiva sistêmica,

---

[667] AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 55.
[668] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit.* p. 43.
[669] KAUFMANN, Arthur. *Op. cit.* p. 20.

leia-se, da ciência neo-paradigmática, em que os pressupostos epistemológicos são outros.

2. Os sistemas nos ramos processuais

2.1. O Direito Processual Penal

No processo penal o estudo de *sistemas* tem suas raízes no contributo histórico dos modelos de processo existentes no pretérito, mas também no presente. Cuida-se, num esforço sistemático, da identificação de alguns elementos como a atuação das partes na relação jurídica, os poderes do juiz, a atividade acusatória etc., a fim de reconhecida uma unidade, agrupá-los dentro dum determinado modelo.[670]

Afigura-se, pois, como uma premissa básica de raciocínio que todo estudioso busca enfrentar a fim de, uma vez exposta sua posição, permitir que a análise dos institutos seja coerente com o modelo de *sistema* que entende adotado, em que se impõe no estudo aportes históricos.

Por oportuno, cumpre ressalvar que o enfrentamento do tema na seara processual penal não segue a concepção formal desenvolvida por Kant. A unidade sistemática é estabelecida *a posteriori*. Tampouco, foi desenvolvido com olhos na redutibilidade do conceito formal aos conteúdos que vão surgindo, leia-se, às situações jurídicas de direito penal pendentes de solução jurídica. Subjacente ao estudo do processo penal, no particular, está o basilar princípio da legalidade, o qual inaugura as disposições do Código Penal.

No primeiro capítulo, na parte reservada ao trato da irredutibilidade do sistema, pudemos ver a crítica destinada à construção duma acepção de sistema adstrita à dimensão normativa do fenômeno jurídico. Impende desde logo ressaltar que no direito processual penal a ênfase é dada à dimensão política, consoante afirmado acima, e que

---

[670] "Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias. Assim é que a menção a sistema acusatório, por exemplo, indica a existência de um círculo no qual são encontrados vários aspectos processuais penas que se inter-relacionam de tal modo que seu agrupamento é possível sob aquele rótulo. E este círculo, note-se, poderá ser contraposto e comparado a outros, desde que tenham se valido de critérios logicamente assemelhados para sua formação. É fundamentalmente por essas razões que o sistema acusatório poderá ser examinado isoladamente, ou mesmo, em cotejo com outros dois sistemas que a ele podem ser contrapostos, quais sejam: o inquisitório e o misto". ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35.

se confirma nas palavras de Frederico Marques no proêmio de suas lições sobre sistemas processuais em Direito Processual Penal, vejamos:

> A ciência processual moderna fixou e delimitou, por meio de útil e laboriosa generalização, os princípios fundamentais que dão forma e caracterizam os sistemas de processo.
> A construção desses postulados está subordinada aos objetivos e fins do processo penal, porquanto eles se destinam como é óbvio, a nortear a atividade processual para que o Estado consiga atingir a *causa finalis* a que se propôs quando jurisdicionalizou a persecução penal submetendo-a à disciplina normativa do Direito Processual.
> **Por outro lado, o aspecto político e ideológico que é imanente a todas as atividades da Justiça Penal ligam esses princípios, muito estreitamente, à Constituição Federal. Donde se vê que o sistema processual deve ser plasmado em função dos fins do processo e das normas constitucionais que dão os fundamentos políticos e institucionais.**[671] (grifo nosso).

Antes de passar ao exame dos sistemas processuais que a história nos fornece, basicamente, inquisitório, acusatório e misto – com o cuidado para não discriminar apenas características que os tornem *sistemas processuais puros* –,[672] faremos uma breve análise do contexto de elaboração do Código de Processo Penal, sua inspiração e principais aspectos.

Aliás, a construção de *sistemas processuais puros* (*tipos ideais*, em alusão que Mauro Fonseca Andrade faz ao pensamento de Max Weber) remonta à idéia de *objetividade* por nós já tratada, no intento de alguns doutrinadores de espancar elementos acidentais dos sistemas processuais, chegando a conceitos de sistemas não fidedignos aos exemplos fornecidos pela história.[673] Luigi Ferrajoli ilustra nossas palavras marcando que a distinção entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, tanto pode ocorrer no plano teórico quanto no plano histórico, acentuando que não são, necessariamente, coincidentes.[674]

Aquilo que devia ser encarado como um meio ao conhecimento, inclusive para fins de estudo e comparação a um tipo ideal específico, é tratado como a própria

---

[671] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998. p. 67-68, V. 1.
[672] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 45-46.
[673] "Ora, os sistemas processuais penais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado. Mas, apesar dessa obviedade, infelizmente vemos que a quase totalidade dos doutrinadores que escrevem sobre esse assunto jamais se deu ao trabalho de analisar a fonte primária que os regulamentou. Pior que isso, muito chegam ao ponto de propor o conceito de um ou outro sistema processual penal sem, ao menos, haver buscado qualquer texto histórico em que tal sistema apareceu regulamentado." *Ibid*. p. 37.
[674] FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione:** teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 574.

materialização do conhecimento.[675] O erro, pois, não repousa na criação de *tipos ideais*, mas na assunção que alguns doutrinadores, contextualizando, fazem dos *sistemas processuais puros* como objetos históricos e reais. Como se de fato tivessem existido. A sistematização, pois, impele a supressão de algumas características presentes historicamente do sistema em análise que, no entanto, quando agrupadas num modelo ideal, não guardam conexão lógica.[676]

2.2. A Codificação Processual Penal

Não é preciso uma reflexão detida para causar espanto que o nosso Código Processo Penal (CPP), modelado num regime de exceção, Decreto-Lei 3.931, de 11 de Dezembro de 1941, quando o chefe do Poder Executivo era o então Presidente Getúlio Vargas, ao fim e ao cabo de mais de seis décadas, permaneça em vigor. Uma anotação curiosa diria que ser oriunda dum contexto ditatorial não é privilégio do CPP, haja vista que também o Código de Processo Civil – CPC – é originário doutro regime de exceção, a Ditadura Militar.

Sem efeito, os ramos se diferenciam sobremodo em suas codificações. Não só as mais de três décadas de defasagem do CPP as distanciam, mas também a finalidade de ambas, já que o processo penal diz respeito ao *status libertatis*, no que se relaciona com o braço repressor do Estado, o exercício do *ius puniendi*, legitimado que está, sempre que bens jurídicos tutelados pela legislação penal são ameaçados ou violados, em consonância aos tipos previstos em lei.

Há quem considere que o acinte da lei penal é uma violação direta ao próprio Estado. Muito embora o Estado possa permitir que a iniciativa das investigações e da própria ação penal fique à mercê da vontade do particular, a explicativa vem a lume sopesando os valores em jogo, leia-se, no fito de evitar o *streptus iudicii* (escândalo do processo), o que não afeta a titularidade estatal do direito de punir mediante a *persecutio*

---

[675] ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit*. p. 39-40.

[676] "Ovviamente la costruzione teorica dei due modelli e la decisione su ciò che in essi è essenziale e ciò che invece è contingente sono ampiamente convenzionali, essendo vincolate soltanto alla tendenziale presenza degli elementi assunti come costitutivi nelle rispettive tradizioni stroriche e soprattutto come alla loro compatibilità lógica". FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* p. 575.

criminis, desdobrada numa fase preliminar de apuração do fato e identificação do possível autor da infração, da ação penal e, havendo condenação, uma terceira fase para a execução da pena prevista.

O contexto fala por si só. Um código elaborado no seio de um regime ditatorial não poderia prosperar por tanto tempo. O esforço científico parece pueril, considerando que a orientação ideológica da época era marcada pela finalidade punitiva, sem maiores cuidados de ordem sistemática.

Vejamos com o Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida:

> A observação da história demonstra que, embora vagarosamente, o interêsse coletivo de evitar certos atos ou afastar certos homens do convívio social por causa de sua conduta se vai dissociando, à consideração do Estado, do interêsse do ofendido sobre a restituição, a reparação, a indenização pelos prejuízos experimentados. À medida, porém, que a distinção se acentua, o poder público cogita de dar satisfação efetiva a esse interêsse geral. Dispoê ele do próprio funcionalismo e dos membros do corpo social; pode incumbí-los da ação repressiva, aproveitar-lhes as energias, recorrendo a um sistema de estímulos, cujas engenhosas modalidades cada país e cada época adotam conforme sua preferência.[677]

Se apenas a exposição do contexto não fosse suficiente, cumpre anotar que o CPP/41 foi inspirado no Código de Processo Penal italiano de 1.930, legislação trazida pelos ventos da Itália fascista de Benito Mussolini.[678]

Antes de apontar as características que enfeixam a legislação consoante sua redação primitiva, impende registrar que na linha do surgimento das codificações exposto no segundo capítulo, o CPP veio a lume para unificar o material outrora "esparso", mais propriamente, unificar o Direito Processual Penal do Brasil num único instrumento, já que antes de 1.941 cada Estado possuía um código próprio.

Com Pacelli, vejamos as características que despontam da redação primitiva: o acusado era tratado como potencial e virtual culpado, inexistindo o princípio da presunção de inocência; prevalecia a tutela da segurança pública sobre a tutela da liberdade individual,[679] de fato não é difícil de visualizar essa pecha do CPP, já que

---

[677] **Ação penal.** São Paulo: Saraiva e Cia, 1938. p. 27.

[678] "Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem. E nem poderia ser de outro modo, a julgar pelo paradigma escolhido e justificado, por escrito e expressamente, pelo responsável pelo projeto, Ministro Francisco Campos, conforme se observa em sua *Exposição de Motivos*". OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 05.

[679] Hoje, cediço que: "A proteção da liberdade jurídica, no processo penal, é imposta como regulamentação do poder-dever de punir, é protegida como direito público subjetivo à legalidade e à

originário dum contexto autoritário;[680] a verdade real legitimava práticas abusivas e autoritárias por parte dos Poderes Públicos; o interrogatório era tido tão-só como meio de prova.[681] Em ânimo inquisitivo, o silêncio era interpretado em prejuízo do acusado, o que ainda consta da parte final da redação do art. 198 do CPP, obviamente, não recepcionada pela CF/88.[682]

Ainda que com abrandamentos propugnados pelo Iluminismo o processo penal não acompanhou os mesmos avanços científicos do processo civil.[683]

2.2.1. O Sistema Inquisitivo

Segundo Mirabete é possível identificar as raízes históricas do sistema inquisitivo no Direito Romano, "quando, por influência da organização política do Império, se permitiu ao juiz iniciar o processo de ofício",[684] disseminando-se, sobretudo, a partir de sua adoção pelos tribunais eclesiásticos. Mais propriamente, o sistema inquisitivo surge (ou ressurge) pela "convergência de interesses entre a igreja católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, e os estados nacionais sob regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal".[685]

O sistema inquisitivo ou inquisitorial é marcado pelas seguintes características: a função de acusar e de julgar reunidas na mesma pessoa ou órgão (Tornaghi, Frederico Marques e Tourinho Filho ainda acrescem a função de defender na mesma pessoa ou órgão);[686] procedimento escrito e sigiloso, não raro se desenvolvendo em segredo, em

---

jurisdição e projetada sobre a idéia de garantia, contra violações e abusos de poder". PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. *Op. cit.* p. 127.

[680] "Nas palavras do redator do código: [...]. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum." Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Item I.

[681] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007 p. 06-07.

[682] Hoje em dia o interrogatório é encarado, precipuamente, como meio de defesa. Essa interpretação surge com a garantia constitucional de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (*privilege against self incrimination*), o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF) e que foi reforçada com a Lei 10.792/03.

[683] DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82.

[684] **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 21.

[685] FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 55.

[686] TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 1. p. 200. MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, V. 1. p. 70. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. p. 92.

vista da necessidade, eventualmente, das decisões serem revistas por quem delegava o poder de julgar[687] (mas anota Helio Bastos Tornaghi que estas não são características essenciais);[688] ausência de contraditório e direito de defesa (ou defesa meramente decorativa);[689] a confissão era tida como rainha das provas, apta, pois, a fundamentar uma condenação;[690] permitia-se a tortura – num flagrante vício epistemológico em que a crença da confissão como rainha das provas, acesso privilegiado aos acontecimentos, leia-se, pelo relato da pessoa, *a priori*, tida como culpada –[691] como o caminho necessário à obtenção da confissão; e os julgadores não estavam sujeitos à recusa.

Tem-se notícia que na França, na época em que vigorou o sistema inquisitivo, era proibida a defesa. Daí o dito: "se o imputado era inocente, não precisava de defensor, e, se culpado, era indigno de defesa".[692] Ou ainda, quando inocente, "um juiz inquisidor honesto o descobriria".[693]

2.2.2. O Sistema Acusatório

Doutrinariamente, discute-se se a aparição do sistema acusatório seria anterior ao sistema inquisitivo. Sem enveredar pela celeuma, consigne-se apenas que para Mauro Fonseca Andrade, em obra monográfica sobre o tema, no estudo de Roma e Atenas se constata a existência dum modelo com características inquisitórias prévias ao surgimento do acusatório. Para o autor, muito embora Atenas seja apontada como o berço do sistema acusatório, não foi o primeiro a nela vigorar.[694]

---

[687] FEITOSA, Denilson. *Op. cit*. p. 56.
[688] Mesmo porque, nas palavras do autor, muitas "vêzes o sigilo se faz em benefício do acusado. Não repugna aos interesses da defesa". TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 1. p. 201.
[689] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
[690] Dissertando a inquisição, Antônio Magalhães Gomes Filho noticia que: "Corolários dessas exigências eram o segredo, face ao perigo de propagação das condutas heréticas ou contestadoras do poder real, bem como o caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação; se culpado, o acusado tem certamente um conhecimento preciso da realidade e a confissão se obtida, constitui a melhor de se alcançar a *verdade real* [...]; assim, acabava por transformar-se toda a atividade probatória em uma desenfreada busca da confissão, inclusive com a admissão do recurso à tortura". GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 21-22.
[691] *Ibid.* p. 22.
[692] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. p. 86.
[693] FEITOSA, Denilson. *Op. cit*. p. 55.
[694] **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 50.

Originário, pois, de Atenas, mas também de Roma, o sistema acusatório não convive com a possibilidade de acúmulo de funções por parte do julgador, o que, fatalmente, comprometer-lhe-ia a imparcialidade,[695] muito embora ressalve João Mendes, no relato histórico, quanto à possibilidade de nele ser admitida a iniciativa *ex officio* pelo magistrado.[696]

Nesse modelo se verifica que o acusado deixa de ser objeto do processo, passando a ser considerado um sujeito de direitos.[697] Por conseguinte, nele os procedimentos são informados pela publicidade, a qual passa a ser regra, admitindo-se sua restrição em casos excepcionais; o processo é informado pelo contraditório e a garantia da ampla defesa, o que vai permitir um tratamento isonômico entre acusação e defesa; não há hierarquia entre as provas, inexistindo regime de vinculação do juiz a quaisquer delas, de modo que inexistem grilhões ao seu livre convencimento; e também, o hoje consagrado *ne procedat iudex ex officio,* leia-se, o processo não poderá ter início, oficiosamente, senão a partir de um órgão acusador, função que hoje é atribuída precipuamente ao Ministério Público, mas que em Roma era atribuída à vítima ou a seus parentes. Não se olvide a concepção privatística ainda dominante na época. Aos poucos que se "vai entranhando a idéia de que o delito ofende toda a coletividade", quando então se desenvolveu a "ação de qualquer pessoa do povo (*quivis de populo*)."[698]

Outra importante característica, inclusive como fator de críticas desse sistema, diz respeito à atuação do juiz no concernente à instrução processual. No modelo em exame há a imposição de que o juiz se mantenha inerte na iniciativa probatória das partes, como ditame da imparcialidade, devendo se conformar por eventual iniciativa deficitária pelas partes. Mesmo que este material se revele precário ao julgamento do processo.[699] Eis a justificativa histórica que guiou a atribuição de poderes de instrução ao julgador, tendo se revelado, a partir da inquisição, um "gravíssimo erro".[700] Diga-se de passagem, o erro persiste entre nós, já que a luz da legislação vigente, agora nas

---

[695] TORNAGHI, Helio Bastos. **Instituições de processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 1. p. 200.
[696] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brazileiro.** Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, V. 1. p. 222.
[697] FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 54.
[698] TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, V. 1. p. 10.
[699] LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 159.
[700] *Ibid.* p. 159.

palavras de Nucci, o magistrado teria amplos poderes à determinação de provas, como veremos adiante.

No sistema acusatório adota-se o procedimento verbal e seus consectários: imediatidade, concentração e identidade física. Outrossim, recepciona-se a possibilidade de recusa do julgador; e ninguém é considerado culpado, se não após o trânsito em julgado de sentença condenatória, consagrando-se a presunção de inocência ou não culpabilidade.

2.2.3 O Sistema Misto

Na interessante advertência de João Mendes o sistema inquisitivo não haveria de todo de ser repelido, já que possui elementos vantajosos, tanto é que teria prevalecido como garantia de justiça e de verdade nos sécs. XIII a XVIII. Dentre alguns elementos que poderiam ser aproveitados, ainda nas palavras daquele autor, poder-se-ia destacar a possibilidade de uma pessoa humilde realizar acusações sem temer represálias por parte de poderosos.[701]

Os abusos que foram cometidos sob a égide do sistema inquisitivo não desnaturam sua importância histórica, justificando-se apenas que aos excessos sejam redobradas as cautelas. Segundo João Mendes, justamente daí teria surgido o sistema misto.[702]

O sistema misto surgiu após a Revolução Francesa, sob a inspiração do Iluminismo, nomeadamente a partir do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808,[703] expandindo-se com a propagação dos ideais iluministas e a dominação napoleônica, tem ampla aceitação nos demais ordenamentos continentais, servindo de inspiração a maior parte das legislações.[704] Na definição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: "Os tipos mistos são aqueles em que a forma acusatória não absorve a inquisitoriedade

---

[701] ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brazileiro.** Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, V. 1. p. 223.

[702] "[...]. Foi por isso que, desde o século XVIII, as nações em sua maioria, trataram de adoptar um systema mixto, em que os direitos individuaes se harmonisassem com as exigencias da defesa social, em que nenhum destes systemas, quer o inquisitório quer o accusatorio, ficasse entregue a suas proprias tendencias." *Ibid.* p. 223.

[703] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. *Op. cit.* p. 93.

[704] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.* p. 31.

judicial".[705] Hélio Bastos Tornaghi o define como "a encruzilhada entre as necessidades da repressão e as garantias individuais".

Das definições colhidas fica patente que o Sistema misto combina características do inquisitivo e do acusatório, motivo pelo qual também é chamado de *inquisitivo garantista* ou *acusatório formal*. A mescla dos sistemas infundiu sua separação em etapas da persecução penal.[706] Nesse modelo se consagraram três fases: "de la policie judiciaire, de l'instruction et du jugement",[707] pois o "procedimento inquisitório é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto o acusatório oferece maiores garantias ao acusado".[708]

Outras características que comprovam a assertiva da combinação dos modelos ainda podem ser discriminadas: em primeira instância, tribunais com participação popular; em regra, acusação pública, a cargo do Ministério Público; separação das funções de acusar, defender e julgar; o acusado é sujeito de direitos, mas na etapa de investigação tem "direito a pouca ou nenhuma atuação"; procedimento preliminar inquisitivo, escrito e sigiloso; valoração das provas pautada no sistema da íntima convicção (juízes não-profissionais ou populares) ou da livre convicção motivada (juízes togados).[709]-[710] Outrossim, a contraposição iluminista não deixou esconder uma contradição em seu seio, já que o juiz, outrora preso ao sistema tarifário, mas com grande latitude na aplicação da pena, com o advento das Luzes, por força da íntima convicção, ficou desvinculado de regras probatórias, mas, na contrapartida, ficava "submetido a prescrições legais no tocante à definição dos crimes e respectivas sanções", isto é, "à afirmação da certeza do direito, alternava-se o arbítrio do juiz em relação às questões de fato".[711]

1.2.5 O Modelo brasileiro

---

[705] **Ação penal.** São Paulo: Saraiva e Cia, 1938. p. 28.
[706] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op.cit.* p. 103-104.
[707] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. p. 89.
[708] TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, V. 1. p. 17.
[709] FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 56-57.
[710] "No que diz respeito às provas, a reação ao sistema inquisitório e à doutrina das provas legais correspondia também a um novo estágio do pensamento filosófico, **resultante da substituição do abstratismo escolástico e cartesiano pela observação direta e crítica dos fatos, própria das escolas experimentais e indutivas...**" (grifo nosso). GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.* p. 26.
[711] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Op. cit.* p. 26.

No que respeita ao sistema inquisitivo, não há nenhum autor que defenda sua consagração pelo modelo brasileiro, algo que seria indefensável, "por absoluta inadequação" ao Estado Democrático de Direito.[712]

Sem embargo, uma parcela minoritária da doutrina brasileira defende que nosso sistema é o misto. Essa é a opinião de Edilson Mougenot Bonfim, sustentando-a na existência de uma fase preliminar de investigação inquisitiva, não informada pelo contraditório,[713] no que está afinado com o entendimento de Tornaghi,[714] e também de Rogério Lauria Tucci. Doutrinadores de escol, partidários do sistema acusatório, criticam o argumento invocado, afirmando que a análise deve se circunscrever ao processo, uma vez que a fase inicial da persecução penal teria natureza administrativa.[715]

Guilherme de Souza Nucci comunga da opinião quanto ao sistema, mas outros são os argumentos articulados como escoro de sua opinião. Assim, fundamenta na existência de amplos poderes instrutórios do juiz, permitindo a determinação de diligências de ofício não só durante a instrução processual, mas também na fase de investigação; a possibilidade de que seja determinada a prisão preventiva de ofício pelo magistrado etc.[716]

No ensejo, registre-se que a concentração de poderes na figura do magistrado está relacionada à *Escola Positiva* e outras correntes que lhe sucederam, todas com ênfase numa visão do direito penal e do processo penal à defesa da sociedade contra os criminosos, ideologia, portanto, voltada à repressão, a qual foi a base da codificação fascista de 1930 e de nosso diploma de 1941.[717] Ademais, a concessão de poderes de instrução ao magistrado está diretamente relacionada ao surgimento da figura do juiz-inquisidor. Estático por imposição da imparcialidade, a inércia do juiz passou a ser fonte de acerbas críticas ao modelo acusatório. Mas a aparente solução foi desmentida pela história. Comungamos da opinião de Aury Lopes Jr. ao defender um fortalecimento da

---

[712] CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público:** fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.
[713] **Curso de processo penal.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 30.
[714] TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, V. 1. p. 18.
[715] OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Op. cit.* p. 10.
[716] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 558.
[717] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Op. cit.* p. 33-34.

estrutura dialética do processo, bem representada no serviço público de acusação, o Ministério Público, mas que persiste deficiente no serviço público de defesa.[718]-[719]

De outra banda, a interpretação ditada pelo modelo acusatório é o de conceber os poderes de instrução do magistrado como residuais. Conquanto também não sufraguemos a solução diametralmente oposta, isto é, da livre disponibilidade das partes na instrução, acredita-se que o caráter residual dos poderes do juiz se manifesta na possibilidade de determinação dos mesmos ou outros meios não utilizados pelas partes para dirimir dúvida acerca de ponto relevante.[720]

Insistamos no raciocínio de Nucci, haja vista que defende a configuração mista do sistema brasileiro. Para o referido autor, o deitar de olhos na Constituição Federal de 1988 faz com que seja visualizado o sistema acusatório, em vistas, sobretudo, do extenso catálogo de garantias enumerados no art. 5º da Carta. Sem embargo, da análise restrita do CPP, outra conclusão não se chega, que não a da orientação inquisitiva da legislação ordinária. Em outras palavras, a CF estabelece o sistema acusatório. Ao passo que o CPP, cujo contexto foi por nós abordados em linhas anteriores, foi informado pelo sistema inquisitivo. Da conjugação da Constituição com o Código de Processo Penal resultaria o sistema misto.[721]

Outro argumento não levantado por Nucci, mas que também poderia ser invocado para reafirmar seu entendimento é o da existência de procedimento escrito, o que se contrapõe a uma das características do sistema acusatório, de acordo com as que arrolamos em linhas anteriores. Para Frederico Marques este seria um dos principais defeitos da legislação codificada (originariamente), haja vista que não adotando a

---

[718] LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 160.

[719] "A comparação do processo acusatório com o inquistório demonstra, inegavelmente, que há maior probabilidade de uma decisão justa quando a prova se forma na dialética processual, em vez da solitária pesquisa do órgão instrutor, seja ele o juiz ou o Ministério Público. Um saber depurado pelo contraditório oferece garantias maiores do que um saber buscado unilateralmente". BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Do ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 218.

[720] GOMES FILHO, Antonio Magalhães. "Provas". **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Maria Theresa Rocha de Assis Moura (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

[721] "O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir.

"Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. [...]." *Op. cit.* p. 104.

oralidade, vigorariam "princípios opostos ao do sistema oral em nossa Justiça Penal, isto é: procedimento escrito, descontínuo e sem vinculação do juiz da prova ao pronunciamento da sentença na causa cuja instrução presidiu".[722] Mas a lição do mestre deve ser situada no tempo. Com as alterações infundidas no Código pela Lei nº 11.719/08, dentre outros, revogando o art. 502, p. u., e instituindo a vinculação do juiz que presidiu a instrução ao julgamento do processo (art. 399, §2º, CPP), o princípio da identidade física do juiz passou a vigorar no processo penal.

Mas retornemos ao pensamento de Nucci. Desta feita, com base na profícua observação de Paulo Rangel discordamos daquilo que parece ser o cerne de seu pensamento. Peremptório, entende que a única forma de se sustentar que o sistema adotado é o misto seria invertendo a pirâmide de Kelsen.[723] Na mesma esteira, fundamentar a existência do sistema misto na separação da persecução penal em três fases, sendo que a primeira, de investigação, seria inquisitiva, é uma forma mimética de, novamente, deitar a Constituição ao patamar da lei ordinária.

Por oportuno, a assertiva carece de um reparo. No escólio de Kelsen a *norma fundamental* era um pressuposto lógico, *norma hipotética* e, posteriormente, ao repensar sua teoria, passa a ser uma *ficção*.[724] Nem na primeira ordem de idéias, nem na segunda, pode ser confundida à Constituição, como já deixamos registrado alhures. Se a Constituição ocupa o vértice da estrutura piramidal, com absoluta razão, o Sistema não pode ser compreendido sem que sua leitura principie na Carta.[725] Sobremodo simples, a assertiva não desafia embaraços. Na lapidar lição de José Frederico Marques que damos por liquidado o assunto:

> O chamado sistema misto ou francês, com instrução inquisitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir esse procedimento escalonado, com *iudicium accusationis* e *iudicium causae*, necessário se torna que o primeiro tenha também força acusatória. Daí ter sido abolida a

---

[722] **Elementos de direito processual penal...** p. 75.

[723] RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

[724] Num segundo momento da doutrina kelseniana, o Prof. Miguel Reale entende que teria havido um abrandamento do normativismo puro preconizado de antanho, quando então Kelsen, não abandonando o estudo da estrutura escalonada, também passa ao de sua aplicação prática. Daí, dentre outros, a distinção entre proposições jurídicas e normas jurídicas; a norma jurídica como "o sentido objetivo de um ato de vontade", a acentuação na distinção entre as teorias estática e dinâmica no Direito etc. Cf. REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 471-473.

[725] "Normalmente se quer entender os postulados constitucionais à luz da lei ordinária, quando, em verdade, deve-se partir da Constituição para as demais normas inferiores. Ou seja, ou se respeita a pirâmide de Hans Kelsen ou se inverte a ordem jurídica". *Op. cit*. p. 56.

> instrução preparatória, por inútil, salvo para os procedimentos em que o julgamento final é proferido pelo Júri.[726]

Desnecessário um levantamento bibliográfico exaustivo para notar que a doutrina brasileira se inclina, majoritariamente, por considerar o nosso sistema como acusatório. Para fins de ilustração, essa é a posição defendida por: Tourinho Filho,[727] Pacelli,[728] Afrânio Silva Jardim,[729] Paulo Rangel,[730] Mirabete,[731] entre outros.[732]

Os argumentos levantados pelos partidários do sistema inquisitivo são frágeis, não resistindo às críticas já levantadas. Muito esforço não é necessário para compreender nosso sistema como sendo acusatório. Neste sentido, Marcellus Polastri Lima destaca que a Constituição consagra o modelo acusatório, mas o CPP ainda é marcado por algumas impurezas inquisitivas, o que motiva alguns doutrinadores na defesa do sistema misto.[733] A nosso sentir é o que ocorre com Nucci e Zilli.[734]

Conquanto o legislador ordinário insista em pisar em ovos com algumas das alterações recentes na legislação processual penal, entendemos que o caminho indicado pelo Ordenamento Jurídico para tanto seria o da inconstitucionalidade. A título de exemplo, os poderes investigatórios conferidos à Autoridade Judiciária: "No modelo misto, o sujeito que investiga é o mesmo que aprecia a legalidade de cada um dos atos praticados (o juiz investigador é um *juiz de si mesmo*)". Cumulando a função de investigador, não há como exercer a missão constitucional de *garante* nessa fase, leia-

---

[726] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. p. 71.
[727] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1. p. 94.
[728] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. p. 12.
[729] **Direito Processual Penal.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 189.
[730] RANGEL, Paulo. *Op. cit*. p. 49.
[731] *Op. cit.* p. 22.
[732] Em interessante monografia sobre a questão da investigação criminal pelo Ministério Público, Bruno Calabrich assevera que: "Somente no sistema acusatório podem ser maximizadas as garantias do acusado e do investigado, sem nenhum desprestígio à efetividade da persecução penal. Isso se dá, de um lado, pela aplicação plena de todos os princípios indissociáveis e definidores do sistema acusatório: imparcialidade, contraditório, ampla defesa etc. De outro, pela impossibilidade, ao revés do que ocorre no sistema misto (ou ainda mais gravemente no sistema inquisitivo), de que ao juiz investigador sejam conferidos poderes que suprimam ou limitem ao extremo os direitos do investigado, sob a justificativa da eficiência da fase de instrução preliminar". *Op. cit.* p. 47.
[733] **Curso de processo penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1. p. 33.
[734] "De qualquer modo, uma inserção sistemática do Código de Processo Penal não é tarefa das mais simples. Se, por um lado, a intenção original, ou ao menos aquela propalada, foi a de adotar premissas essenciais do sistema acusatório, muitas das quais somente alcançadas com a Constituição Federal de 1988, é certo que a manutenção estrutural da persecução penal em duas fases, sendo a primeira de contornos nitidamente inquisitórios e a segunda estruturalmente acusatória, melhor conduz à inserção da legislação processual penal no campo denominado inquisitório reformado ou, simplesmente, misto". ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. cit.* p. 175.

se, de controle da legalidade dos atos praticados.[735]-[736] Mas o percalço ainda se encontra ao nível da Constituição, já que o Constituinte vinculou os poderes das Comissões Parlamentares de Inquéritos aos poderes investigatórios do magistrado.[737]

Também poderíamos ilustrar com a possibilidade do juiz fundamentar uma sentença condenatória em meios de prova colhidos na fase administrativa de investigação ou mesmo de sua iniciativa instrutória durante essa fase da *persecutio criminis*. Algo que, por motivos epistemológicos, deveria ser repensado, haja vista que as provas colhidas durante a fase de investigação não são fruto da participação em contraditório. Isto é, são colhidas, mas não produzidas. Por este motivo, há sim relevância na distinção encartada pelo art. 156 do CPP, quando faz menção à cautelar e a produção antecipada de provas, pois no primeiro caso temos uma medida voltada a assegurar a prova, *ad perpetuam memoriam*. Por sua vez, no segundo, a própria prova tem sua produção antecipada.[738]

No ensejo, recordemos dispositivo do Código de Processo Penal do Distrito Federal, anterior à unificação, que determinava que os autos de inquérito não deveriam acompanhar a peça acusatória quando de sua apresentação em juízo, de modo a evitar que elementos colhidos durante a fase preliminar pudessem determinar ou influir no desfecho processual.[739]

Para fins de esclarecimento, consigne-se que em nossa opinião, nas atuais circunstâncias em que não se admite a participação do investigado durante a fase preliminar (art. 14 do CPP), o inquérito deveria assumir apenas a função de resguardar o investigado de suportar o constrangimento duma acusação penal desprovida de *justa causa*, isto é, um filtro voltado contra acusações levianas.[740]

---

[735] CALABRICH, Bruno. *Op. cit.* p. 47.

[736] "Daí por que o novo texto do inc. I do art. 156 do CPP só pode ser lido à luz da Constituição e, em especial, no quadro do modelo de processo acusatório que ela consagra. E isso afasta, sem dúvida, a figura do juiz inquisidor". GOMES FILHOS, Antonio Magalhães. "Provas". **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Maria Theresa Rocha de Assis Moura (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

[737] É o que dispõe o art. 58, §3º, Constituição Federal.

[738] Em sentido contrário, colhe-se a doutrina de Antonio Magalhães Gomes Filho. "Provas". **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Maria Theresa Rocha de Assis Moura (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 253.

[739] FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 96-97.

[740] Veja o teor do novo art. 156 do CPP, cuja redação foi modificada pela Lei nº 11.690/08: "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."

De há muito Eduardo Espínola Filho nos dá notícia que a jurisprudência vinha se firmando no sentido de permitir a condenação com base em elementos do inquérito policial se não fossem contrariados por provas produzidas durante a instrução criminal.[741] E o mesmo doutrinador acenava favorável à hipótese de, sem embargo do esforço despendido pelo magistrado, por fatores diversos, não serem coligidos elementos de prova durante a instrução a apurar se realmente procede a versão da acusação ou a da defesa, hipótese em que o julgador poderia se basear tão-somente nos elementos constantes dos autos de inquérito.[742] Todavia, anota ressalvas ao valor probatório da confissão realizada durante a fase administrativa.

No que pese o brilhantismo de seu expositor, cediço que, hodiernamente, o raciocínio não merece guarida. Entendemos que alguns dos artigos do CPP não subsistem às críticas, de modo que a questão desemboca em duas vertentes: se anteriores à CF/88, opera-se a não recepção;[743] se posteriores, sobre eles recairá a pecha de inconstitucionalidade.

3. O Direito Processual do Trabalho

Não é incomum verificar na doutrina processual trabalhista defensores da tese da autonomia do direito judiciário laboral frente ao processo civil. Cuida-se, a nosso sentir, de entendimento equivocado e que vai refletir na interpretação do texto normativo constante do art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho.[744]

O artigo em comento versa sobre a relação de complementaridade do processo civil com o direito processual trabalhista, sempre que a última for omissa, e desde que não haja incompatibilidade. Para os defensores da visão dualista, o mencionado

---

[741] **Código de processo penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, V. 1. item 41. p. 253.

[742] "Se, porém, pela ação dispersiva do tempo decorrido, pelo desaparecimento ou mudança dos fatores materiais, de que puder dispôr, pela invencível má vontade ou pelas grandes falhas das pessoas, a cuja colaboração tiver de recorrer, não vir coroado de êxito os seus mais denodados esforços, no sentido de alcançar, produzida no sumário, a prova de que necessita, para proclamar a bôa razão da defesa ou a procedência da acusação, nada obsta, antes tudo aconselha a que, sem a menor reserva, se valha da prova existente apenas no inquérito, com o convencimento de ser ela a verdade e que não foi anulada por fatos ou circunstâncias mais fidedignos, conseguidos na instrução criminal." *Ibid.* item 41. p. 256-257.

[743] É a clara hipótese do art. 5º, inc. II, CPP. A instauração de inquérito por requisição do juiz não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Exemplo contundente disso é o de que o art. 58, §3º, da CF, quando trata das CPIs e dos poderes investigatórios próprios das autoridades judiciárias, na parte final desse dispositivo, coloca como destinatário o Ministério Público. Guardadas as devidas proporções, do mesmo modo deve proceder um magistrado, aplicando-se o art. 40 do CPP.

[744] "Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".

dispositivo seria uma espécie de "cláusula de contenção" justamente para assegurar a desejada autonomia.

Nesse orbe, não é de causar espanto que alguns doutrinadores desta seara processual sejam contrários à aplicação desta onda renovadora do processo civil, fruto da 3ª Grande Reforma do CPC, sob pena de comprometer a autonomia científica.

De outra banda, importante ressaltar que a CLT não é um código, pois não é fruto da combinação dos fatores históricos do Racionalismo Legalista e do Positivismo Jurídico. Nossa Consolidação das Leis Trabalhistas não foi erigida em torno de uma unidade sistemática.

> A codificação não se confunde com uma compilação. Uma compilação implica sempre um conjunto de fontes, submetido a determinada ordenação. Pode ser envolvente e, teoricamente, mesmo total, surgindo acompanhada da expressa menção da revogação de todas as fontes nela incluídas: nem por isso ela se confunde com uma codificação. [745]

Filiamo-nos ao entendimento de dentre outros, Edilton Meireles que, esgrimindo os principais argumentos levantados pela doutrina que sustenta a autonomia, como a existência das sentenças normativas no processo do trabalho, os procedimentos diferenciados, uma estrutura orgânica própria, não são idôneos a embasar a perseguida distinção.[746]

4. O Direito Processual Civil

Atendendo aos imperativos da codificação, o diploma processual civil de 73 buscou um redimensionamento dos mecanismos de tutela frente às novas necessidades do plexo social existente. Uma reforma, em forma de novo diploma, acreditava-se, nas instituições fundamentais.[747]

---

[745] CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. LXXXIV–LXXXV

[746] "Esse distanciamento do processo do trabalho em relação ao processo civil tem suas raízes na equivocada doutrina juslaboralista que sustenta sua autonomia, buscando distanciar o feito trabalhista das formalidades excessivas da demanda civil, bem como no não menos equívoco dos processualistas civis, que têm, em geral, ojeriza do processo laboral." MEIRELES, Edilton. **O processo do trabalho no âmbito do direito processual civil brasileiro.** Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Coord. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 185.

[747] "Ao iniciarmos os estudos depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase-totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo

A tarefa foi incumbida a um dos grandes nomes da "Escola Processual de São Paulo", o Prof. Alfredo Buzaid, dileto discípulo de Enrico Tullio Liebman, no que já seria possível antever a influência italiana. Como diria o primeiro em relação ao último: "Antes dele houve grandes processualistas, *mas não houve escola*; depois dele houve escola, *no seio da qual floresceram grandes processualistas*."[748]

Por oportuno, consigne-se que já na obra "Ação Rescisória contra as Sentenças" de 1.934 e, ao depois, referendados nos Comentários ao CPC/39 (1ª edição de 1.947), o processualista alagoano Pontes de Miranda esboçava muitas das teorias que mais tarde se consagrariam no CPC, como a classificação das ações (de direito material?) e as respectivas sentenças de procedência, ainda hoje pouco compreendida pela doutrina processual brasileira. Quiçá por sua afinidade com a doutrina germânica e rechaço à doutrina italiana, verberando, por exemplo, a doutrina das condições da ação.

Quanto à importância de Liebman à formação de renomados doutrinadores do processo civil brasileiro se prestam as palavras já transcritas. Evidenciando a sua influência na elaboração do CPC/73, impõe-se a colação das seguintes: "[...] o Código de Processo Civil é um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto do seu sábio magistério no plano da política legislativa".[749]

Premido da necessidade de um novo Código, dado que tarefa sobremaneira mais árdua revisar o antigo, ainda assim o CPC/73 foi recebido com críticas, que não as saudosas do novo revolucionário, quando caracterizadas na ignorância e receio ao desconhecido, mas do pejo do acanhado, leia-se, carente de ousadia.[750]

Elaborado e promulgado em um contexto liberalista, nosso código de processo civil, tal como muitos outros, foi embebido pelos valores do *Iluminismo racionalista*, mormente o valor da segurança jurídica. É dessa conjuntura que despontam as seguintes

---

quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retarda o andamento dos feitos.

"Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções." Exposição de Motivos. Item 1.

[748] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.

[749] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.

[750] Vale a crítica de José da Silva Pacheco acerca do Anteprojeto: "A vala comum é o procedimento ordinário, que por ser o geral, passará, como ocorreu no passado, a predominar, a absorver e a impor-se, com toda a sua moleza. E tudo continuará na mesma: um belo código e uma justiça tarda, cara e enervante." SILVA PACHECO, José da. **Evolução do processo civil brasileiro:** desde as origens até o advento do novo milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 270.

características do CPC/73: i) neutralidade do juiz; ii) defesa da autonomia da vontade; iii) incoercibilidade (intangibilidade) da vontade; iv) repúdio às formas sumárias de tutela processual.[751]

O CPC/73 é dividido em 05 livros, os quais, respectivamente, dizem respeito aos processos de conhecimento, execução e cautelar, procedimentos especiais de jurisdição voluntária e contenciosa e as disposições finais e transitórias.[752] Em sua redação original foi idealizado de modo a coexistirem três compartimentos estanques: conhecimento, execução e cautelar;[753] que, a rigor, não se intercambiavam à efetiva prestação da tutela.

E quanto a inúmeros procedimentos alijados da Codificação, tais como a ação de alimentos, a alienação fiduciária em garantia, a ação popular, a ação de despejo, o mandado de segurança, para ficarmos apenas com alguns exemplos, o que fez o redator do Código? Da ausência dum único diploma, cediço, que surgem inúmeras controvérsias acerca do alcance das regras da codificação à legislação que lhe é extravagante. Entretanto, no esforço de velar pelo tratamento unitário e de sistema do Código, o relator entendeu que o melhor caminho seria respeitar o tratamento em instrumento específico dos referidos procedimentos. Conquanto houvesse, num primeiro momento, a intenção de incorporá-los no Livro IV do Código, a idéia foi abandonada quando o já Ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, encaminhou o Projeto ao Congresso Nacional.[754] A circunstância não passou imune do juízo crítico de Barbosa Moreira, para quem, a preocupação de cunho científico-sistemático, impunha a solução oposta, isto é, que toda a matéria processual deveria ter como sede natural e própria o CPC.[755]

Não é difícil visualizar a influência do avanço das ciências naturais e do pensamento reducionista. Façamos um paralelo com a biologia e a sua sistematização. Nesta, numa visão simplista, o Sistema é entendido por conjunto de órgãos. Fala-se,

---

[751] Cf. GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Op. cit.* p. 190-194.

[752] Da redação original não constava a existência dos Livros IV e V. cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 10.

[753] "A partir do tipo de proteção (tutela) que se pretenda, podem ser identificados três tipos de tutela jurisdicional: a) de certeza, ou de conhecimento, ou declaratória: busca-se do Poder Judiciário a certificação, com a coisa julgada, de determinada relação jurídica; b) de efetivação ou executiva: pretende-se a efetivação de direitos subjetivos; c) de segurança ou cautelar: busca-se do Estado juiz uma providência que assegure/garanta a efetivação da prestação jurisdicional de certificação ou de execução, tendo em vista a circunstância inexorável de que todo processo jurisdicional necessita de tempo – e o tempo pode fazer que direitos sejam lesados ou perdidos." DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria de execução civil. **JusPodivm.** Disponível em: <www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 28 set. 2008.

[754] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 30-31.

[755] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 32.

pois, num sistema nervoso, um sistema respiratório, um sistema digestivo etc. A distinção dos sistemas teria sua razão de ser, dentre outros, na impossibilidade de serem encontradas células "próprias" dum sistema noutro. Cria-se, pois, que no sistema digestivo não seriam encontradas células nervosas.

Mutatis mutandis, atendendo aos rigores do raciocínio cartesiano, em ação cognitiva não eram praticados atos executivos;[756] em execução, supostamente, não eram praticados atos tendentes ao conhecimento; no que respeita à ação cautelar, por suposto, não conviveria com a tutela satisfativa, no sentido de Ovídio Baptista, "*realização* concreta e objetiva".[757] Do ponto de vista abstrato, ainda assim, inquestionavelmente, a obra de Buzaid sobejaria esmero. Ademais, destacou-se por ser o primeiro código no mundo a disciplinar o processo cautelar em livro próprio [o Livro III que, segundo Barbosa Moreira, seria uma das partes mais felizes da legislação],[758] no que logrou nivelar a ação cautelar às ações de conhecimento e de execução,[759] agrupando e sistematizando as disposições acerca das cautelares constantes do CPC/39, outrora "perdidas no oceano tormentoso dos processos acessórios".[760]

No ensejo, cumpre questionar cientificidade de critérios na distinção entre tutela de conhecimento, executiva e cautelar. Aplaudida por muitos, sendo originária de Wach, mas difundida por Chiovenda, a recepção por nosso legislador infundiu na criação dum livro próprio às cautelares, compondo uma tríade junto aos processos de conhecimento e de execução.[761] A ausência de uniformidade de critério em que se pauta a classificação das tutelas não passaria imune ao exame de Ovídio Baptista.

Destaque-se que pelas lentes do pai da "Escola de São Paulo", nome que surgiria pioneiramente num trabalho de Alcalá-Zamora,[762] não haveria cognição no processo de execução. Tampouco admitia a existência dum contraditório, não

---

[756] Mas a pureza pretendida, já era desmentida em ações como as de proteção processual da posse e do mandado de segurança, nos quais previam atos executivos em seu bojo. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, v. 1. p. 202.

[757] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2. p. 25.

[758] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 26.

[759] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 03.

[760] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 52.

[761] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 54.

[762] DINAMARCO, Cândido Rangel. Sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira no processo civil. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 27-32.

concebendo um equilíbrio entre exeqüente e executado.[763] Entre nós, por exemplo, Misael Montenegro Filho sustenta a existência dum contraditório mitigado.[764] Também a presença da cognição no procedimento executivo era vista com ressalvas, pois a atividade executiva seria tendente apenas à efetivação do título, como se a cognição não fosse inerente à própria atividade jurisdicional.[765]

Voltando os olhos às cautelares não podemos olvidar a ressalva do relator do CPC quando da escolha da nomenclatura, mormente quando da aglutinação de medidas no rol dos procedimentos cautelares específicos, o que consta do item 7 da Exposição de motivos como alertam Marinoni e Arenhart:[766]

> Como se vê, o Código de Processo Civil não ligou o *qualificativo* "cautelar" às tutelas de *natureza* cautelar. O Código confessa ter reunido procedimentos de natureza diversa – "preventivos, conservatórios e incidentes" – e utilizado para qualificá-los o nome "cautelar" à falta de outros melhores. Ou seja, o Código de Processo Civil, ao tratar da tutela cautelar, *não teve qualquer preocupação em se fundar em uma dogmática séria e adequada às necessidades de tutela do direito material*.[767]

A influência do paradigma racionalista, a concepção de jurisdição do Estado Liberal, repercutiu, decisivamente, no processo cautelar. Assim, em Calamandrei a cautelar era tida como instrumento do instrumento (a chamada instrumentalidade ao quadrado) –[768] entre nós é adepto dessa corrente o Prof. Humberto Theodoro Jr. –,[769] ou de garantia do resultado útil, em Liebman, de uma ação da qual era dependente, a ação principal, fosse ela de conhecimento ou de execução.

---

[763] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 37-38.

[764] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V. 2. p. 237.

[765] BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** execução. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 5. p. 42.

[766] Item 7 da exposição de motivos: "Ainda quanto à linguagem, cabe-nos explicar a denominação do livro III. Empregamos aí a expressão *processo cautelar*. Cautelar não figura, nos nossos dicionários, como adjetivo, mas tão-só como verbo, já em desuso. O projeto o adotou, porém, como adjetivo, a fim de qualificar um tipo de processo autônomo. Na tradição de nosso direito processual era a função cautelar distribuída, por três espécies de processos, designados por preparatórios, preventivos e incidentes. O projeto, reconhecendo-lhe caráter autônomo, reuniu os vários procedimentos preparatórios, preventivos e incidentes sob fórmula geral, não tendo encontrado melhor vocábulo que o adjetivo cautelar para designar a função que exercem. A expressão processo cautelar tem a virtude de abranger todas as medidas preventivas, conservatórias e incidentes que o projeto ordena no Livro III, e, pelo vigor e amplitude do seu significado, traduz melhor que qualquer outra palavra a tutela legal."

[767] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 4. p. 202.

[768] CALAMANDREI, Piero. **Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares.** Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945. p. 45.

[769] **Curso de direito processual civil:** processo de execução e processo cautelar. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, V. 2. p. 351.

Destarte, a tutela cautelar "*assegura* a *realização* dos direitos subjetivos. *Assegura*, porém não *satisfaz* o direito assegurado";[770] a cautelar preservava sem a preocupação de satisfazer. Como pode ser aferido, a tutela cautelar foi direcionada para dar efetividade ao processo principal, donde emergiu a sua nota essencial de *provisoriedade*, isto é, de proteção do processo ("instrumento do instrumento").[771] Desta se originou a subordinação do tempo de vida da tutela cautelar com o tempo de vida da sentença condenatória.[772] Por oportuno, com o emblemático caso do arresto, Ovídio Baptista demonstraria o equívoco dessa teoria, propugnando que o advento da sentença condenatória em arresto não inibe, senão reforça, a necessidade da medida.[773]

Tardou-se a reconhecer sua autonomia, negada de antanho por Calamandrei – já nas linhas iniciais de sua obra é possível constatar isso[774]–, o qual se referia apenas em "providências cautelares" –, mas que ocorre com alguma relutância ainda hoje. No direito pátrio, Pontes de Miranda foi um dos primeiros a hastear a tese da autonomia das cautelares,[775] haja vista não perderem sua natureza preventiva, sequer deixarem de ser ações exercidas acessoriamente, quando destituídas de preparatoriedade ou incidentalidade. A instrumentalidade não é uma constante[776]. O equívoco tem sua raiz na doutrina italiana, reproduzida por muitos, em se tomar por "preparatório o que previne, e não prepara", pois o que "prepara, põe, *antes*, o mesmo...", já o que "previne chega, *antes*, de algo distinto".[777]

Futuramente, com a eloqüência das lições e exemplos aventados por Ovídio Baptista, ninguém mais poderia duvidar de sua autonomia. A título de ilustração, podemos citar o caso do inquilino que, ao tempo do término do contrato de locação, e no escopo de se resguardar contra uma eventual conduta temerária do proprietário do imóvel em destruí-lo para buscar ressarcimento do locatário, entra com uma ação

---

[770] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2. p. 25-26.
[771] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2. p. 50.
[772] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 4. p. 24.
[773] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 2. p. 58.
[774] CALAMANDREI, Piero. **Introduccion al estudio sistematico de las providencias cautelares.** Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 32.
[775] MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 12, p. 27-28.
[776] Em sentido diverso. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada:* tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 147.
[777] MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*, op. cit., p. 07-08.

cautelar de vistoria *ad perpetuam rei memoriam*[778]. Como é intuitivo do exemplo, sendo um dos possíveis casos em que melhor é demonstrada a autonomia das cautelares, o inquilino apenas deseja constituir a prova, não havendo qualquer ação futura a ser proposta. O exemplo é dos mais felizes, haja vista que o locatário deseja se proteger de eventual demanda que venha a ser proposta em seu detrimento, algo que, pode ou não vir a acontecer. A nosso ver, o grande embaraço à aceitação da autonomia das cautelares é a idéia de causa eficiente que, como dantes afirmado, informa nosso paradigma científico. Limitando-nos a idéia de causa eficiente, algo que ainda está por vir, insista-se, não poderia explicar o que já está acontecendo. A eloqüente situação aventada por Ovídio nos fornece isso e, sem dúvidas, dá um nó na cabeça daqueles que ainda estão presos ao paradigma racionalista.

Mais tarde, com o surgimento da antecipação de tutela genérica (1.994), seria instituído mecanismo idôneo à satisfação do direito, sem a preocupação de preservar.[779] No ensejo, ainda hoje, sob a influência do ranço racionalista, a doutrina reluta em admitir que estas decisões liminares que podem entregar ao autor "*precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir*" possam ser consideradas julgamento. Melhor dizer, possam ser consideradas como sentenças, pois a entrega da prestação jurisdicional, tradicionalmente, se dá ao final do processo, agora sim, enquanto sentença. Fiéis à "ordinariedade" é-nos difícil admitir julgamentos com base em verossimilhança.[780] Por este motivo, ainda hoje se reluta em assumir a autonomia das cautelares, sempre dependente, como quis parecer nosso legislador.

O processo de conhecimento – com um claro hiperdimensionamento pelo legislador, dado que rompeu com a tradição brasileira e universal, seguida por outras codificações, em estabelecer prescrições de caráter genérico num livro inicial, razão pela qual há nele inúmeros dispositivos que não se vinculam especificamente –,[781] em seu "carro chefe", o procedimento comum ordinário, como o próprio nome indica, foi

---

[778] SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, op. cit., p. 105.

[779] FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 79.

[780] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 195-197.

[781] Na precisa observação de Barbosa Moreira: "O legislador de 1973 adotou outra solução; preferiu, digamos assim, se me permitem uma expressão talvez não muito erudita, inflacionar o Livro dedicado ao processo de conhecimento, no qual se pode notar certa tendência imperialística a anexar matérias que não lhe pertencem com exclusividade. Daí o enorme vulto, as dimensões do Livro I, que abrange praticamente a metade dos dispositivos do no Código. Esse fenômeno se explica exatamente porque nele existem numerosas disposições que a rigor não estariam situadas com toda a propriedade no seu contexto, já que não lhe dizem respeito exclusivamente." MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 50.

modelado para a tutela da maior parte dos direitos, na crença dum procedimento universal. Reputado o arquétipo dos procedimentos civis,[782] "na qual se eliminou de seu horizonte conceitual as formas de contraditório *diferido* e, especialmente, de contraditório *eventual*, para consagrar o contraditório *prévio*, como única forma legítima de contraditório".[783]

No processo cognitivo caberia ao juiz tão-somente tornar o fato em direito, leia-se, a certificação de determinada relação jurídica a partir do encontro da regra jurídica concreta que regula o caso. Ato contínuo, caso não estivéssemos falando de sentenças auto-satisfativas, num processo posterior, de execução autônoma, caberia a transformação do direito em fato, a transformação da realidade através da efetivação do conteúdo da regra outrora revelada.[784]

A própria noção de jurisdição esposada por Buzaid se afina com o pensamento de Chiovenda,[785] desenvolvido decênios antes, para quem a atividade jurisdicional tinha por finalidade a atuação da vontade concreta de lei.[786] Para o relator do código, cuja coerência não se pode questionar, somente a decisão sobre a lide tinha caráter jurisdicional. Para ele a atividade de reconhecimento de pressupostos processuais, por exemplo, não teria natureza jurisdicional, adquirindo tal caráter apenas em razão de ser uma premissa necessária ao julgamento da lide,[787] considerado o trinômio: pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Inegável a influência de Liebman.[788]

---

[782] FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 159.

[783] "Dissemos que o sistema "ordinarizou-se", eliminando a possibilidade de que haja eventuais decisões de mérito em provimentos liminares. Com efeito, é essencial ao *procedimento ordinário* o contraditório *prévio*, segundo o qual o juiz somente poderá julgar depois de ter ouvido ambas as partes, porque somente assim estará habilitado a "descobrir a vontade da lei", apreciando o *meritum causae*, o que pressuporia "cognição exauriente" dos fatos da lide". SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 113.

[784] LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 37.

[785] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.

[786] CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1942, V. 2. p. 11.

[787] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.

[788] "... no processo de cognição somente a sentença que decide a lide tem plenamente a natureza de ato jurisdicional, no sentido mais próprio e restrito. Todas as outras decisões têm caráter preparatório e auxiliar: não só as que conhecem dos pressupostos processuais, como também as que conhecem das condições da ação e que, portanto, verificam se a lide tem os requisitos para poder ser decidida. Recusar o julgamento ou reconhecê-lo possível não é, ainda, propriamente, julgar: são atividades que por si próprias nada têm de jurisdicionais e adquirem esse caráter só por ser uma premissa necessária para o exercício da verdadeira jurisdição." LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, n. 104, p. 224-225.

O processo de execução, inicialmente, preocupou-se em uniformizar o trato dos títulos executivos, pondo fim ao dualismo da *ação executiva* e *ação executória*, leia-se, a ação voltada à execução de título extrajudicial e a de título executivo judicial, respectivamente.[789] Salvante algumas peculiaridades de pequena monta, o legislador conferiu tratamento unitário à execução, dando marcha-à-ré, diria Barbosa Moreira, na evolução histórica da disciplina no processo brasileiro.[790] Assim, ainda que estivéssemos falando da realização da norma jurídica individualizada na sentença, a execução pressupunha a formação de uma nova relação jurídica à sua efetivação. Era o dogma do processo autônomo de execução, o qual seria enfraquecido com a instituição da tutela antecipada genérica do art. 273 e §3º do art. 461, do CPC.[791]

Não estava em voga se falar em "sincretismo" processual, o que viria a ocorrer mais tarde com a reforma operada na sistemática de cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer (art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e art. 461 do CPC).[792] Hodiernamente, registre-se que todas as ações prestacionais são sincréticas.[793] Sem embargo, registre-se que no direito medieval, a partir da revisitação de institutos de Direito romano, idealizou-se a execução como que em continuação ao processo de conhecimento, isto é, *per officium iudicis*.[794] Com a sentença como meio hábil a permitir por si só a execução, dispensando-se nova ação e contraditório, falava-se em *sententia habet paratam executionem*.[795] No entanto, sob a influência do formalismo a maior parte dos Ordenamentos concebeu a autonomia da execução, o que já existia entre os romanos com a *actio iudicati*.[796] Essa herança romanista já era denunciada há tempos por Humberto Theodoro Jr. propondo a reunião entre os processos de conhecimento e execução, quando não aparecessem em sua forma pura.[797]

---

[789] BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.
[790] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974. p. 33.
[791] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, V. 1. P. 202.
[792] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 151.
[793] DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, V. 1. p. 202.
[794] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Op. cit*. p. 38.
[795] *Ibid.* p. 11.
[796] CARNEIRO, Athos Gusmão. Do "Cumprimento de Sentença", conforma a Lei nº 11.232/05. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 38, p. 17-42, mai. 2006.
[797] THEODORO JR., Humberto. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal.** Rio de janeiro: Aide, 1987. p. 193 e ss.

Na esteira da autonomia e na preocupação em limitar os poderes do juiz, o formalismo ditou a necessidade de ser açambarcada a tipicidade dos meios executivos. A tipicidade representou uma garantia ao devedor contra arbítrios do juiz, pois que, no futuro, caso fosse agredido em seu patrimônio, sê-lo-ia dentro dos moldes estipulados em lei.[798]

O CPC/73 possuía uma bela arquitetônica que, no entanto, se provou ineficiente às diferentes carências da vida,[799] tutelas de direito material, a começar pelo procedimento ordinário que era inidôneo a evitar que um ilícito cujos contornos iniciais já estivessem desenhados fosse evitado no início ou já no curso do processo.

Insistindo no procedimento ordinário, agora como técnica processual, cria-se no dogma dum procedimento universal, sagrado à proteção da maior gama de direitos, o que também pode ser apontado como influência do Iluminismo, dado que o procedimento em tela é marcado pela *plenitude de cognição*, consubstanciando, pois, o ideal de *segurança jurídica*.[800]

Não havia uma preocupação com a tutela específica, em virtude de se acreditar que toda e qualquer tutela poderia ser convertida em tutela ressarcitória.[801] Trata-se de mecanismo que herdamos do Código napoleônico, cujo art. 1.142 era vazado nos seguintes termos: "Toda obligación de hacer o de no hacer se resuelve com indemnización por daños e intereses, en caso de incumplimiento del deudor".[802] Mesmo porque, ainda não havíamos superado o dogma de que ninguém poderia ser coagido à prestação dum fato. A título de ilustração, de seu tempo, o Prof. José de Moura Rocha já afirmava acerca da impossibilidade de execução de sentença de obrigação de fazer e de não fazer contra a Fazenda Pública, o que, para o processualista pernambucano encontraria óbice na separação e harmonia dos poderes.[803] Mas a assertiva de Moura

---

[798] MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 228-229.

[799] DIDIER JR., Fredie. Esboço de uma teoria de execução civil. **JusPodivm.** Disponível em: <www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 28 set. 2008.

[800] "Así, en el âmbito del proceso civil, la ideología liberal impuso como principio ordenador y sistematizador de la actividad judicial a la *seguridad jurídica.* Esta opción se manifestó en la consagración normativa del proceso de conocimiento pleno, llamado también ordinario, viejo saurio gestado durante el periodo justinianeo con el nombre de proceso extraordinario (*cognitio extra ordinem*), de donde pasó al derecho común con el nombre de *solemenis ordo judiciarus* y, finalmente, llegó a través de España a los países sudamericanos con el nombre de *juicio ordinario.*" GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Op. cit.* p. 190.

[801] MARINONI, Luiz Guilherme. **Il diritto di azione nella costituzione brasiliana.** Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 06. out. 2008.

[802] GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Op. cit.* p. 200.

[803] ROCHA, José de Moura. **Sistemática do novo processo de execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 458.

Rocha não pode ser desprendida de seu contexto. Este, que nos oferece é o Prof. Ovídio Baptista relatando que o processo de conhecimento fora elaborado tendo por corolário o contexto histórico que Moura Rocha adotara como premissa de sua assertiva. A colação se impõe:

> Se o direito, como qualquer outra manifestação do espírito, no domínio da criação científica, ou em qualquer outra expressão cultural, é função de ideologias comunitárias dominantes, ou ao menos por estas em grande medida influenciadas, como pretender que o Processo de Conhecimento – instituição forjada sob o pressuposto da separação de poderes entre Sociedade e Estado, concebido para impedir a criação jurisprudencial do direito – possa ainda servir a uma sociedade de massas, sacudida permanentemente por conflitos ideológicos profundos e por constantes transformações sociais e políticas?[804]

A questão poderia ser colocada em outros termos. É possível que instituições plasmadas em outra realidade, sob a profunda influência de outros valores, deificação da certeza (segurança), quando se cria que o Direito estava açambarcado na lei, e, acreditava-se poder se prosseguir com relativa estabilidade entre as previsões normativas e os acontecimentos da vida, possam se perpetuar no tempo e se consolidarem em sociedades complexas como a nossa? Para Ovídio Baptista não.[805] Tampouco para nós.

O gradativo distanciamento entre a realidade e o sistema normativo não passaria despercebido pela doutrina. Na observação de Marcelo Lima Guerra, a Codificação e a "secular hegemonia das *obrigações de prestação de coisa*" haveriam de ser superadas pela complexidade da vida e a "multiplicação das *formas de prestações de serviço*", algo que está intricado com a evolução tecnológica levada a efeito, sobretudo empós a 2ª Grande Guerra. A partir de então, houve a necessidade de serem repensadas as execuções das obrigações de *prestação de fato*, as quais, hoje em dia, assumiram papel de proeminência nos ordenamentos. Outrossim, a configuração destas obrigações seria revista pelo surgimento dos "novos direitos",[806] os quais, cediço, não comportam mensura pecuniária.

---

[804] **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 202.
[805] *Ibid.* p. 202.
[806] GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.113-115.

Influenciado pelo liberalismo, nosso Código de Processo não foi estruturado para evitar ilícitos,[807] já da equação que "lo ilícito conduce al daño y este a su reparación patrimonial de manera inexorable".[808] Não foi elaborado sob os cuidados de técnicas processuais adequadas à prestação jurisdicional preventiva. O direito de ação não era enxergado como o direito de acesso à ordem jurídica justa, mas como o simples direito de provocar a atividade jurisdicional. Esta, encarada na finalidade de declarar o direito, leia-se, em Montesquieu, de "ventríloquo" da lei, de modo que o processo seria apenas um prolongamento, o braço normativo que é estendido ao caso concreto;[809] em Chiovenda, de atuação da vontade concreta da lei. A "ação", pois, mais se aproximava dum direito de reagir à violação do direito, não se voltando, adequadamente, contra a sua ameaça.[810] Com as devidas proporções, algo que nos remonta à teoria clássica ou imanentista.

O CPC não fora aparelhado contra o ilícito, sequer era instrumentalizado contra o dano. Não foi idealizado à prestação da tutela preventiva, haja vista que isso era contrário aos pressupostos epistemológicos da época, do legado racionalista em que se buscava a certeza, de modo que nela deveriam estar calcados os pronunciamentos jurisdicionais. Novamente com Ovídio Baptista, o processo cognitivo foi construído no escopo de atender a *juízos de certeza*, o que, ainda nas palavras do processualista, pressupõe a univocidade da lei, e, conseguintemente, a existência duma única solução correta,[811] já que a realidade é uma só (universo ou versão única, permita-se o paralelo).[812] No influxo do Estado Liberal, ao magistrado cabia apenas revelar a vontade

---

[807] "Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea." MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 31.

[808] GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. *Op. cit.* p. 203.

[809] COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 54.

[810] "Ora, bem se sabe que o processo não tem como causa apenas a "não-ordem". Também se pode incluir aí a "ameaça" à ordem. Isso serve para explicar o problema das tutelas preventivas, que a doutrina tradicional reluta em aceitar. Esse modo de proceder dos juristas deve-se ao fato de que o seu raciocínio ainda está calcado na velha idéia da "boa-lógica", ou seja, "causa" e "finalidade". Nesse sentido, o próprio conceito de "ação" como reação a um direito violado (Savigny e João Monteiro) é uma amostra do que se afirma, uma vez que nesse paradigma a tutela preventiva é completamente desconhecida". HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 116.

[811] SILVA, Ovídio A. Baptista. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

[812] VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Op. cit*. p. 69.

da lei, de modo que juízos de probabilidade, pautados em *verossimilhança*, não foram e nem poderiam, originariamente, serem recepcionados.[813]

Mutatis mutandis, conquanto já não estejamos falando em tutela satisfativa, ilustre-se com a exigência contida no inc. I do art. 814 do CPC, "prova literal da dívida líquida e certa", o que se revela em contra-senso, já que estamos falando de exigência legal à concessão de medida de natureza cautelar.[814] Ora, onde restaria o juízo de verossimilhança, o *fumus bonis iuris*, que informa toda medida cautelar?

Ao melhor esclarecimento: partindo da premissa vigente a época de que o juiz não deveria interpretar a lei, tão-somente identificando a vontade que regula o caso concreto, é de se notar que não estaria habilitado a fazê-lo no nascedouro do processo, senão após a resposta da parte adversa e após a instrução probatória – caso necessário a fase própria de instrução –, a fim de elucidar os fatos para, ao final, sentenciar. Destarte, apenas quando da sentença a atividade jurisdicional poderia ser desempenhada sem que um Poder estivesse invadindo a área de atuação do outro, isto é, sem que o magistrado estivesse desfigurando a vontade da lei, por assim dizer, unívoca.[815]

Da lacuna numa tutela preventiva – e faça-se o registro no veto de dispositivo do Código de Defesa do Consumidor que permitia a propositura de mandado de segurança contra ato de particular –, a argúcia dos causídicos emprestou uso desmesurado às cautelares, surgindo, num evidente atropelo de conceitos, as assim cunhadas como "cautelares satisfativas".[816] A ausência do desenvolvimento duma tutela, genuinamente, preventiva, como é o caso da tutela inibitória, pode ser tributado à impossibilidade do juiz, no direito liberal clássico, não poder constranger a vontade do demandado,[817] consoante destacado alhures.

No ensejo, a rigor, as "cautelares satisfativas" não poderiam existir, visto que acautelar não é satisfazer. Na época, ocorrera a utilização do procedimento cautelar, em vistas de ser instrumentalizado com pedido de liminar, para a prestação das tutelas

---

[813] SILVA, Ovídio A. Baptista. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 801, jul. 2002. p. 35.
[814] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 4. p. 209.
[815] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 111.
[816] CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 08.
[817] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 4. p. 39.

inibitória e de remoção de ilícito – que não poderiam ser prestadas dentro da classificação trinária das sentenças –, quando não da própria tutela satisfativa.[818]

[818] MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 4. p. 53 e ss.

CAPÍTULO IV – UM EXERCÍCIO PRÁTICO E DE REFLEXÃO DO RACIONALISMO NO DIREITO PROCESSUAL

No último capítulo é enfrentado um aspecto específico da vereda (des)constitutiva nos processos penal e civil. Não o faremos no processo do trabalho, por acreditar que as conclusões extraídas do tema no processo civil também sejam válidas ao processo laboral. Ao derradeiro, a temática se resolveria nas disposições de lei sobre o assunto.

Não é de nosso intento abordar a coisa julgada como um todo, algo que não prescindiria de monografia própria. Posto que na análise dum tema sempre seja necessário enfrentar aqueles que lhe são "preliminares" e/ou "prejudiciais", o estudo estará centrado em um dos permissivos ao ajuizamento da ação rescisória, qual seja, quando a decisão for de encontro ao texto de lei, *ex vi* do art. 485, V, do CPC e co-respectivo no processo penal, art. 621, inc. I, do CPP.

Sabido que a ação rescisória e a revisão criminal não se confundem aos recursos, já que suas impugnativas não ocorrem no bojo da mesma relação jurídica processual. Na feliz metáfora de Pontes de Miranda, "em vez de ser dentro, como a reclamação do soldado contra o seu cabo, é *por fora*, como o ataque da outra unidade àquela de que faz parte o cabo".[819]

O tema está atrelado à chamada tentativa de "relativização" da coisa julgada. A existência de elenco taxativo de hipóteses à rescisão já denota que a decisão, imantada pela coisa julgada, poderá ser flexibilizada. Conforme o caso, inclusive para que um novo julgamento lhe suceda no mundo jurídico. É o que comumente ocorre, cumulando-se ao pedido de rescisão o de um novo julgamento.[820]

Rigorosamente, como afirma Barbosa Moreira, não faria sentido em relativizar algo que já é relativo. Pela técnica, falar-se-ia na ampliação ou alargamento do terreno de relativização.[821] No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., rechaçando a idealização de uma "cláusula aberta de revisão das sentenças" sempre que houver injustiça,

---

[819] **Comentários ao código de processo civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, T. X. p. 150.
[820] SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 720.
[821] MOREIRA, J. C. Barbosa. "Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 199.

desproporcionalidade e/ou inconstitucionalidade.[822] Doutro giro, doutrinadores como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr. e Juliana Cordeiro de Faria capitaneariam a corrente pela relativização, pois pior que prolongar uma incerteza, seria cristalizar uma injustiça. Enfrentaremos o ponto no que toca à temática violação à disposição de lei em nível ordinário e constitucional, com fundamento no permissivo aludido.

1. O inciso V do art. 485: "literal disposição de lei"

A fim de direcionar o estudo do tema iniciemos com algumas ressalvas. A primeira delas, pontificada por Ovídio Baptista, consiste na excepcionalidade da rescisória, já que não objetiva a reparação de injustiças. Ao lado dos recursos extraordinários e juízos de cassação europeus, a rescisória é um instrumento idealizado, precipuamente, à proteção do *Sistema* normativo. Coube ao próprio legislador estipular, em abstrato, um rol fechado de situações em que o valor da segurança jurídica deveria perder terreno à proteção do *Sistema* jurídico.[823]

A segunda delas foi extraída obra de Bueno Vidigal estando direcionada ao inciso em comento, configurando na defesa de uma interpretação restritiva da expressão *violar literal disposição de lei*, já que, do contrário, estar-se-ia recepcionando a negativa da própria coisa julgada, e tornando ociosas as demais disposições constantes do rol do art. 485 do CPC.[824] Mesmo porque, na linha de Couture, quando a sentença assume a autoridade da coisa julgada, surgiria algo novo no sistema do direito: a certeza. O direito, antes incerto, após a coisa julgada se torna certo.[825] A coisa julgada, pois, realiza e consubstancia a certeza.

Ademais, a coisa julgada está albergada constitucionalmente como direito fundamental – inc. XXXVI do art. 5º da CF –, fator que motiva Leonardo Greco a entender como suficiente a manter a coisa julgada intocável por decisões em sentido

---

[822] "Nota do Organizador à 2ª edição". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 05.
[823] SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 358.
[824] VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, V. 6. p. 96.
[825] **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 55.

contrário supervenientes, ainda que versem sobre matéria constitucional.[826] Na mesma toada, Nelson Nery Jr. preleciona que, no concernente às atividades do Judiciário, o princípio do *estado democrático de direito* se expressa através da coisa julgada. Dito de outra forma, ela seria seu próprio *"elemento de existência*".[827]

Por fim, a última ressalva é extraída da obra de Pontes de Miranda, particularizada à empresa que nos propomos, sendo vazada nos seguintes termos: "Quanto à 'literal disposição de lei', que está no art. 485, V, temos sempre mostrado que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado".[828]

Em cotejo aos demais permissivos da rescisória, cuida-se daquele de maior abertura ao manejo da rescisória, viabilizando o ajuizamento desta ação sempre que a decisão transitada em julgado violar a "literal disposição de lei" ou, nas palavras de Pontes de Miranda, do "direito em tese".[829] Desta feita, cumpre-nos dimensionar o alcance do fundamento invocável à pretensão (des)constitutiva, sem olvidar as demais ressalvas. Como nos propusemos, na seara civil e penal.

A doutrina entende que o inciso em comento possibilita a via da rescisória para além da literalidade da lei, não estando condicionada à demonstração de afronta textual ou de simples redação a dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais. Chancelar o contrário seria, às claras, insistir no positivismo legalista. O termo *lei* empregado na redação do artigo, teria sentido amplo, não se limitando à dimensão *normativa* (formal) – nesta abrangendo a Constituição, bem assim todas as espécies legislativas nela prevista (art. 59)[830] –, senão abarcando ainda as outras fontes do direito.[831]

Ainda nesse sentido: "A lei é um instrumento de aplicação da justiça, portanto, não há de se exigir que a decisão rescindenda tenha ofendido expressamente a norma

---

[826] GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 223.

[827] **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 38.

828 MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado da ação rescisória.** Campinas: Bookseller, 1998. p. 267.

[829] *Ibid. passim.*

[830] TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 158.

[831] "Há quem defenda que o termo *literal* está empregado ali no sentido de *expresso, revelado*, sendo cabível a ação rescisória quando o juiz tiver violado o direito expresso ou revelado no caso concreto. Em outras palavras, tendo o juiz violado um costume, um princípio geral de direito, uma lei expressa, ou, até mesmo, normas interpretativas, caberia a ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 485, do CPC. Enfim, qualquer direito expresso ou violado, seja escrito ou não escrito, uma vez violado, poderá ser protegido pelo ajuizamento e posterior acolhimento da ação rescisória." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPODIVM, 2006, V. 3. p. 279.

jurídica, ou que o juiz tenha expressamente mencionado esta",[832] de modo que se colhe o entendimento de que a violação que dá ensejo à ação rescisória é ao direito escrito.

O acinte pode se configurar por diferentes maneiras, que não por uma aplicação equivocada da lei. Mas também pela não coincidência entre incidência e aplicação,[833] um enquadramento fático destoante da suposta realidade dos autos ou mesmo na aplicação de tese jurídica desarmônica às fixadas pelos Tribunais Superiores e/ou Supremo.[834] E é justamente a última hipótese que mais nos interessa.

Grande parcela da doutrina admite que também poderia ser objeto de rescisão a sentença prolatada em dissonância à interpretação dada ao texto de lei pelas Cortes responsáveis a tanto. Assim, no respeitante às normas constitucionais, cediço que o hermeneuta por excelência é o Pretório Excelso, ao passo que se estamos discorrendo sobre leis infraconstitucionais, naquilo de nossos propósitos, será o Superior Tribunal de Justiça. Desta feita, sustenta-se o cabimento da ação rescisória quando a decisão atacada for divergente ao entendimento dominante e recente desses tribunais.

Como sabido, a superação do positivismo legalista se deu, sobretudo, pela assunção de que o Direito não se confunde à lei, isto é, que a aplicação não se resume a uma suposta interpretação literal do texto normativo ou que o magistrado não é um autômato da lei. Atualmente, cediço que o sentido da lei não se esgota com a atividade do legislador.

> [...]. Hoje sabemos que a maior parte das leis sofre sua configuração definitiva, e deste modo a sua suscetibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da actividade jurisprudencial, e que muitas proposições jurídicas encontram acolhimento do Direito vigente através da actividade jurisprudencial.[835]

---

[832] PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr-jun. 1997. p. 127.

[833] Aqui, caso se adote a distinção preconizada por, dentre outros, Pontes de Miranda, para quem a incidência ocorre no plano lógico (rememore-se a causalidade dentro do próprio ordenamento), ao passo que a aplicação depende da atuação humana, leia-se, quando a lei será aplicada pelo juiz ao caso concreto.

[834] "Ao que tudo indica, o termo "violação a *literal* disposição de lei" deve ser interpretado como não apenas no sentido já apontado, ou seja, quando se viola a norma, quando se aplica a lei onde não cabe, quando se diz vigente dispositivo já revogado, quando se diz revogado dispositivo ainda vigente, quando se erra na qualificação jurídica de um fato ou, ainda, e sobretudo, quando se diverge da interpretação dada à lei pelo respectivo tribunal superior. Se a *lei* violada for uma norma constitucional, haverá tal violação, quando a decisão rescindenda tiver destoado da interpretação dada àquela norma pelo Supremo Tribunal Federal. Caso, entretanto, a norma seja infraconstitucional, haverá a violação, quando a interpretação conferida pela decisão rescindenda afastar-se daquela ministrada pelo Superior Tribunal de Justiça." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.* p. 280.

[835] LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 02.

Não caindo no equívoco do outro extremo, isto é, de atribuir um sentido de "criatividade absoluta" ao momento hermenêutico, como se norma alguma existisse até a ocasião da decisão judicial. Sem embargo da distinção entre o "texto da norma" e a norma, que, como anota o Prof. Nelson Saldanha é evidente, mas que não sustenta o raciocínio dos que apenas assumem a existência da norma com a formação da decisão jurisdicional.[836]

O tema não é infenso à polêmica. Bernardo Pimentel de Souza, por exemplo, nega a possibilidade do manejo dessa ação por ofensa à enunciado de súmula, em virtude de não serem dotados de força normativa,[837] como de fato não o são, já que a jurisprudência,[838] no sistema romanístico, é fonte interpretativa do direito.[839] Ora, a súmula nada mais é que a cristalização em forma de verbete do entendimento dominante na respectiva Corte. Assim, não visualiza a caracterização da "violação" a que alude o inciso V se a decisão hostilizada for contrária ao entendimento jurisprudencial.

Outra não é a opinião do Ministro Luiz Fux que, muito embora admitindo a semântica do termo *lei* como qualquer fonte do direito, afirma que "o elastério necessário que se emprega a palavra "lei" inadmite que se o amplie a ponto de admitir a rescisória de decisão contrária a jurisprudência e a súmula dos tribunais".[840]

Bem assim, aventando-se a propositura de rescisória por violação à literal disposição de lei, tampouco é pacífica a necessidade de *prequestionamento* da matéria. Ou seja, se a eventual rescisória estaria condicionada "à prévia apreciação da respectiva matéria jurídica no julgado rescindendo".[841] Por oportuno, veja-se a orientação seguida na justiça trabalhista, consubstanciada no enunciado 298 do TST: "a conclusão acerca da ocorrência de violação literal de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada".[842]

---

[836] SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 223.
[837] SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 740.
[838] Não mais empregado em seu sentido clássico, qual seja, de ciência jurídica.
[839] Apesar disso, é inegável o papel da jurisprudência romanística na constituição do direito. Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão *contra legem* constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada *jurisprudência pacífica* dos tribunais, que não obriga, mas de fato acaba por prevalecer. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit*. p. 246
[840] FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 849.
[841] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Op.* cit. p. 743.
[842] "O TST tem exigido pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a violação literal de lei (Súm. nº 298, I), porém, não é absoluta a exigência de prequestionamento na ação rescisória: ainda que a ação rescisória tenha por fundamento violação de dispositivo legal. É prescindível o prequestionamento quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença *extra*, *citra* e *ultra petita* (Súm. nº 298, V).

Conquanto o enunciado nos guie em sentido contrário, na órbita do Superior Tribunal de Justiça é remansosa a jurisprudência pela desnecessidade sequer do dispositivo ser mencionado na decisão rescindenda. Como julgamos ter demonstrado, agora nas palavras do Prof. Humberto Theodoro Jr., para que ocorra uma afronta, não se faz mister que a lei tenha sido invocada, interpretada e aplicada erroneamente, sendo suficiente a descrição dos fatos com a subsunção equivocada.[843]

Ainda pela desnecessidade do *prequestionamento*, não haveria maiores dificuldades em pactuar com esse entendimento se assumirmos que a ação rescisória seria veiculada, precipuamente, à proteção do direito da parte. Algo que não acontece com os recursos extraordinários, os quais se prestam à tutela do direito objetivo.[844] Todavia, não olvidemos a primeira ressalva consignada.

Outra problemática seria a fixação do momento ou intervalo em que poderia configurar a violação, isto é, poderia ocorrer após o trânsito em julgado da decisão, respeitando-se, como não poderia ser diferente, o biênio da ação rescisória? Em outros termos, medita-se acerca da admissibilidade dessa ação quando uma tese se consolide nos pretórios em momento posterior ao trânsito em julgado.

Sobre o assunto, impende que seja trazido à colação o teor do enunciado nº 134 da súmula do extinto Tribunal Federal de Recursos, vazado nos seguintes termos:

> Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor.

Intuitivamente, para que possamos discorrer sobre uma eventual violação é corolário a existência de algo passível de agressão. Se ao momento da prolação da sentença ou em qualquer outro anterior ao trânsito em julgado, inexistia jurisprudência "consolidada" das Cortes soberanamente responsáveis, como restaria caracterizada qualquer afronta?

"O prequestionamento exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não necessariamente ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada como violada tenha sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto do prequestionamento (Súm. nº 298, II)." CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito processual do trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, T. II. p. 1.382-1.383.

[843] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, V. 1. p. 599.

[844] TALAMINI, Eduardo. *Op. cit*. p. 160.

Admitir que dentro do biênio ainda possa acontecer a violação é chancelar uma espécie de "acinte em latência", não compatível com o manto da *coisa julgada*. Tecnicamente, falar-se-ia em ação rescisória com base em direito superveniente,[845] o que o Pretório Excelso vem admitindo, mas que não tem embasamento normativo. O entendimento coaduna-se com o enunciado 343 da Súmula do STF que será analisado com maior vagar oportunamente.[846]

Antecipe-se desde já que para o Supremo é pacífico o entendimento quanto ao afastamento do verbete 343 de sua Súmula quando se tratar de violação à norma constitucional.[847] Voltaremos ao assunto oportunamente, quando então serão examinados os precedentes que fomentaram o enunciado, bem assim algumas decisões atuais sobre a matéria.

De logo, não há como pactuar com a configuração da violação sem um entendimento referencial anterior, isto é, sem que antes exista algo, potencialmente, violável. Nada obstante, vem se sustentando que "a existência de interpretações divergentes, diante de norma constitucional, não é óbice à ação rescisória." Ademais, que o entendimento superveniente do Pretório Excelso seria idôneo à "desconsideração das decisões transitadas em julgado que lhe são contrárias, **pouco importando se, a respeito da interpretação da questão constitucional, havia controvérsia nos tribunais".**[848] (grifo nosso).

Como visto, não importando a interpretação conferida à lei pelo magistrado, pois advindo novo entendimento do STF a coisa julgada que porventura lhe seja

---

[845] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 115-116.

[846] "Não é um outro acórdão isolado, fora da interpretação pacífica e unívoca de certa norma, que pode configurar a divergência pretoriana capaz de impedir a configuração de ofensa à literal disposição de lei. Para que tal ocorra é indispensável a formação de correntes exegéticas diversas entre os julgados dos tribunais, cada qual com fundamentos sérios para sustentar sua tomada de posição diante do mesmo dispositivo legal. A incidência do princípio contido na Súmula 343 reclama, portanto, a profundidade ou seriedade da divergência." THEDORO JÚNIOR, Humberto. "A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional". **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, jul-set., 1995, p. 170.

[847] Não segue esse entendimento o Min. Marco Aurélio, sendo de grande valia trazer à balha a sua observação no julgamento do RE-ED 328812. Vejamos: "[...]. Se, à época do pronunciamento existiam interpretações diversas – e poderia haver até interpretação, em número maior, no sentido da decisão rescindenda majoritária –, como concluir pela violência à literalidade da lei?". BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[848] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 99.

contrária poderá ser, simplesmente, desfeita. Esta perigosa orientação jurisprudencial resgata a mentalidade que analisamos em linhas antecedentes quando dissertando sobre a repercussão do paradigma racionalista no Direito. Falamos então da impossibilidade do juiz interpretar a lei, dado que o produto do legislador não poderia ser deturpado pela atividade judicante. A novidade é que agora os grilhões interpretativos não são impostos pela onipotência do legislador, mas pela mais elevada Corte de justiça, podendo ser imposta, inclusive, ao passado.[849] Passa-se da submissão do juiz ao legislador, preconizada por Hobbes, do "juiz subordinado" às teses fixadas no cimo.[850]

1.1. O sentido do termo *lei* empregado no inciso V

> É ponto incontroverso na doutrina e na jurisprudência que lei, tal como empregada no dispositivo, **constitui expressão ampla**, abrangendo tanto a lei estrangeira como a nacional, tanto a material como a processual, tanto a infraconstitucional como a constitucional. A expressão *lei* está, aí, abrangendo a lei complementar, a ordinária, a delegada, a medida provisória, o decreto e qualquer outro ato de conteúdo normativo.[851] (grifo nosso).

Ponto controverso diz respeito ao não cabimento da ação rescisória de "sentença proferida contra costume, analogia e jurisprudência, ainda que a decisão adote posicionamento contrário a Súmula, pois Súmula não é lei, e portanto, não exerce nenhuma função vinculativa".[852] A colocação deve ser obtemperada, melhor dizer, atualizada.

De se observar que hoje, pós Reforma do Poder Judiciário – EC 45/04, é possível falar em função vinculativa de enunciados de súmula do STF, observados os

---

[849] "... tenho que aqui a melhor linha de interpretação do instituto da rescisória é aquela que privilegia a decisão desta Corte em matéria constitucional. Estamos aqui falando de decisões do órgão máximo do Judiciário, estamos falando de decisões definitivas e, sobretudo, estamos falando de decisões que, repito, concretizam diretamente o texto da Constituição". BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[850] "O leitor desprevenido poderá supor que Hobbes, ao contrário do que ficou dito antes, considerava não apenas possível mas legítima a atividade interpretativa exercida pelos juízes. Entretanto, somente o soberano, esse "homem artificial" (em nosso sistema, somente o último degrau da escala judiciária), poderá interpretar a lei, nunca o "juiz subordinado". Fica, portanto, explicada a teoria dos recursos e a função eminente dos tribunais superiores. Apenas eles são a voz do "homem artificial". Este é o caminho que aproxima a Jurisdição do Poder!". SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 98.

[851] CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPODIVM, 2006, V. 3. p. 277.

[852] PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. O art. 485, V, do Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** p. 127.

requisitos do art. 103-A da CF, Lei 11.417/06 e o RISTF naquilo que disponha sobre o tema. Registre-se que da proposta inicial de Reforma do Poder Judiciário (hoje na PEC paralela) constava previsão semelhante ao STJ e ao TST de extraírem enunciados vinculadores de suas respectivas jurisprudências, o que é endossado por parcela autorizada da doutrina.[853] Destarte, no concernente à súmula vinculante (*rectius:* vinculadora), é indubitável que também está abarcada no termo *lei* e, por conseguinte, sua não observância descortina a via da pretensão desconstitutiva.[854]

De outra banda, o legislador falou em "lei". Não falou em fontes do direito.[855] E ainda que o houvesse feito, não devemos olvidar que o nó górdio reside mais abaixo, sendo da mais alta relevância e de repercussão na Ciência Jurídica. A questão deve ser tratada a luz da temática enfrentada nos capítulos anteriores. Proceder de outra forma seria tratá-la como de somenos importância.[856] Assim, a nosso viso, a temática desafia um enfrentamento sério e profundo das fontes do direito, se for o caso, repensando o local da jurisprudência nela.[857]

---

[853] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de direito processual civil.** 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, V. 2. p. 95.

[854] "Decisão que se afaste da jurisprudência não terá de ser vista, só por isso, como necessariamente violadora da lei, ainda que o entendimento adotado divirja de proposição constante de *Súmula*: a mera inclusão em *Súmula* – mesmo na da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, aqui também com a ressalva do disposto no art. 103-A da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45 – não torna vinculativa a proposição [...]. Poderá o órgão julgador da ação rescisória, segundo o seu livre convencimento, declarar improcedente o pedido conquanto divergentes a interpretação dada à norma pela sentença e a consagrada em *Súmula*, ou dar pela procedência a despeito de coincidentes as interpretações." MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 132-133.

[855] Em sentido amplo, tal como costume jurídico, há quem admita jurisprudência também como lei. Cf. MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 305.

[856] "É verdade que o jurista absorve-se na busca de *soluções*. Para explicar "*o que é*" o direito, definir o objeto de sua ciência relativamente à moral, à política, à economia, às diversas ciências sociais, discutir seu método, as *fontes* do conhecimento do direito, ele não teria nem tempo nem competência. Trata-se de um homem demasiadamente ocupado em resolver casos e dar consultas para se prestar a este tipo de especulações; e sem dúvida a técnica que lhe é própria e a estreiteza de seus horizontes dificilmente permitiriam que lidasse bem com esses problemas." VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 16.

[857] "[...]. A resposta só se obtém quando se pergunte por que razão aqueles valores, apesar de não constarem da lei, devem ser ainda parte do Direito, isto é, quando se coloque, de novo, a questão do seu fundamento de validade. E porque a lei e o costume, tendo em conta a especialidade do enquadramento do problema, se colocam, de antemão, de parte, surge, obrigatoriamente, a necessidade de uma reformulação das tradicionais fontes do Direito, a qual pode, no essencial, seguir apenas duas direcções: ou se decide elevar a jurisprudência à categoria de fonte autónoma do Direito, junto da lei e costume, ou se devem reconhecer critérios de validade «extra-positivos», oferencendo-se então, como tais e antes de tudo, a «idéia de Direito» e a «natureza das coisas».

"A primeira solução é, porém, inconciliável com a posição do juiz na nossa ordem jurídica: a proposição colocada pelo tribunal como fundamento de uma decisão não vale por ter sido exteriorizada pelo juiz, mas sim por estar convincentemente fundamentada, isto é, porque deriva de critérios de validade bastantes, exteriores à sentença judicial. [...]. De facto, fica apenas o segundo caminho e este parece ser inteiramente

Se o sentido advém da atividade do intérprete que, da interpretação do texto normativo revela a norma, já que a atividade interpretativa sempre lega uma contribuição,[858] seria possível admitir a rescisória da violação de normas jurídicas. Falando com Kelsen, rememore-se a moldura e a impossibilidade da lei determinar o conteúdo da sentença. Por conseguinte, para manter a coerência do entendimento esposado, deve se admitir que a afronta a enunciados de súmula persuasiva, haja vista serem extraídos a partir da jurisprudência dominante, também possa ensejar a rescisória com espeque no inciso V.

A essa altura urge que se faça um esclarecimento: conquanto estejamos insistentemente falando em sentença, é-nos tranqüilo sufragar o entendimento da possibilidade da pretensão desconstitutiva de decisão interlocutória, quando esta versar sobre o mérito, muito embora nosso Sistema não tenha sido idealizado nesse sentido. De se notar que pela redação original do CPC de Buzaid, que ainda persiste no particular, decisão interlocutória (§2º do art. 162 do CPC), diz respeito ao julgamento de questões incidentes, tais como pressupostos processuais, requisitos de validade etc.

A criação da antecipação de tutela com a primeira grande reforma do CPC (1.994) e a falta de adaptação textual do art. 162 como um todo, que trata dos pronunciamentos do juiz, e não de seus atos,[859] tornou vetusto o conceito de decisão interlocutória, pois a decisão que antecipa a tutela pretendida, nada obstante a roupagem interlocutória possui inegável conteúdo meritório.[860] Mas, fiéis à ordinariedade, as "medidas de antecipação de tutela" foram abraçadas como meras interlocutórias.[861]

---

praticável, apesar da problemática estar ainda pouco pensada: os princípios gerais de Direito podem ter também o seu fundamento de validade para além da lei, na ideia de Direito, cuja concretização histórica eles largamente representam, e na natureza das coisas." CANARIS, Claus-Wilhelm. *Op. cit*. p. 119-120.

[858] REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72.

[859] "Apesar de não se tratar do objeto da reforma, teria sido de bom alvitre o legislador aproveitar a oportunidade de mudança do art. 162 do CPC para esclarecer que sentenças, decisões interlocutórias e despachos são pronunciamentos do juiz, mera espécie de atos jurisdicionais." NEVES, Daniel Assunção Amorim. **O novo conceito de sentença.** Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/06. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.

[860] "[...]. Por isso, é preciso ter a coragem de interpretar os dizeres do *caput* do art. 485, de modo a descobrir o que teria disposto o legislador se lhe houvesse passado pela mente a prolação de decisões interlocutórias portadoras de pronunciamento sobre o mérito da causa. Teria ele fechado categoricamente as portas para a ação rescisória dessas decisões? Teria pretendido permitir a rescisão de sentenças e impedir a de decisões interlocutórias, só porque interlocutórias? Só pela lógica do absurdo chegar-se-ia a essa conclusão..." DINAMARCO, Candido Rangel. **A nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 286.

[861] SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, V. 2. p. 13.

Por fim, apenas para fins de ilustração, veja-se que para Pontes de Miranda, no que não foi seguido por boa parte da doutrina, também seriam passíveis de rescisão as sentenças "proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito ("literal"), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de se considerar regra jurídica".[862] Consigne-se que seu entendimento não encontrou coro nos tribunais.

2. O sentido do enunciado 343 da Súmula do STF e sua aplicação

O verbete 343 da súmula persuasiva do STF, aprovado na Sessão Plenária realizada aos 13 de Dezembro de 1.963, estatui a impossibilidade da rescisória com espeque no inciso V do art. 485 do CPC quando, concomitantemente, à decisão prolatada, a jurisprudência não seja remansosa sobre a matéria.[863] Em outros termos, a divergência interpretativa sobre a lei, afasta o cabimento da rescisória. A professora Teresa Arruda Alvim Wambier é quem nos explica o "fenômeno", justificando-o na existência dum lapso temporal existente entre a vigência da lei e a, por assim dizer, "estabilização" de seu sentido.[864]

O fato se justifica ainda pela estruturação de nossa Organização Judiciária. Esta foi idealizada no sentido de que a competência originária das Cortes responsáveis pela uniformização é excepcional, de modo que a maior gama de matérias está destinada aos juízes de primeiro grau (base). Nesta senda, somente após reiterados julgamentos sobre a matéria posta em juízo, em que seja exaurida a instância ordinária, será descortinada a via extraordinária (do REsp e RE),[865] possibilitando ao STF ou STJ uniformizar mais aquela questão controvertida a partir da fixação das teses jurídicas pertinentes.

---

[862] **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998. p. 267.

[863] "*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*"

[864] "É comum que, por exemplo, no início do período de vigência de certo texto legal, haja certa dose de insegurança dos tribunais, que gere indesejáveis e às vezes fundas discrepâncias entre decisões jurisprudenciais. Depois de certo tempo, todavia, a matéria, por assim dizer, "amadurece" e a jurisprudência começa a se firmar num determinado sentido. Isso ocorre com bastante freqüência, mesmo quando não se trata de leis cuja interpretação possa variar ao longo do tempo, em função de alterações no plano sociológico, capaz de influir nos costumes. Só neste caso é que as decisões anteriores, embora diferentes, estão corretas e não são rescindíveis." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a súmula 343. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr-jun. 1997. p. 150.

[865] Sem olvidar, obviamente, a provocação direta do STF mediante o controle objetivo de constitucionalidade.

Ao leitor mais atento, já sucede a reflexão quanto à univocidade da lei e o paradigma *racionalista*. Se a crítica que grassa na pretensa construção de uma Ciência jurídica é a instituição do mundo normativo em gradativa apartação da realidade que regula e, ademais, a visualização deste mundo enquanto uma pirâmide escalonada de normas – anotando-se que à Organização Judiciária também podemos visualizar uma estrutura piramidal[866] –, chega-se à conclusão de que esta Organização reafirma e sustenta o paradigma racionalista, ao impor que, num determinado momento, a lei se estabilize alcançando um sentido *unívoco*.

Conforme o entendimento da Prof. Theresa Wambier, o enunciado viola os princípios da legalidade e isonomia, art. 5º, inciso II e *caput* do art. 5º, da CF, ao tornar defesa a via rescisória àqueles que, conquanto vivenciem "casos concretos idênticos", os tribunais não lhe tenham consagrado sortes coincidentes. A despeito de ter sido cristalizada em enunciado de súmula do STF, sua inteligência tinha aplicação somente à legislação infraconstitucional, o que hoje é entendimento majoritário no STJ.[867]

É de se buscar alguma ponderação sobre uma ampla aceitação ou profundo rechaço do enunciado, a fim de evitar que se some a outros fatores de insegurança jurídica, uma vez que as decisões judiciais careceriam de estabilidade, senão após o vencimento do biênio da rescisória, isto é, tão-só com a "preclusão soberana". É a temida transformação da rescisória em recurso ordinário de prazo dilatado,[868] para a qual o Min. Victor Nunes já acenava na década de 60. Segue o trecho de seu voto no julgamento do RE 50.046:

> Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta, houvermos de julgar procedente ação rescisória teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos [um recurso] ordinário com prazo de cinco anos na maioria dos casos decididos pela Justiça.[869]

---

[866] Sem se pronunciar sobre o tema que ora nos propomos a examinar, senão enfrentando temática sobre a competência ao julgamento de pessoa que detinha o privilégio de foro anterior e que, tendo deixado o cargo, passou a exercer novo cargo com prerrogativa de função, o Min. Carlos Britto acentuou a correspondência existente entre o sistema jurídico e a Organização Judiciária, também sob a forma piramidal. Pet. QO/DF 3211, rel. Min. Marco Aurélio.

[867] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, V. 2. p. 674.

[868] CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.* p. 280.

[869] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RE 50.046, Recorrente: Cooperativa Central dos Produtores de Leite Ltda., Recorrido: Marcos de Almeida Guerra e outros, Relator Min. Victor Nunes, j. 05/04/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

O exame dos precedentes do enunciado 343 revela que uma decisão contrária ao entendimento jurisprudencial não se enquadraria no permissivo da rescisão. Uma decisão que rompe com o "conformismo dos Tribunais", posto que "reformável", estaria dentro do direito de qualquer juiz de interpretar e aplicar o direito.[870]

Em uníssono, tampouco a decisão que elegesse uma das interpretações possíveis do texto normativo causaria afronta à literal disposição de lei. O acinte somente se desenharia se a "má interpretação" fosse "aberrante". Do contrário, pugnava-se por prestigiar o princípio da estabilidade das decisões. Registre-se que no voto do Min. Victor Nunes não há qualquer indicação daquilo que seria uma interpretação "aberrante" do texto de lei.[871]

Por fim, na terceira e última decisão indicada como precedente do Enunciado 343 (embargos de declaração na ação rescisória nº 602), em seu voto, o Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira, declarava que a nova orientação jurisprudencial não fincaria um fundamento à rescisão, o que, a prevalecer, tornaria todos os julgamentos passíveis de rescisão. Cuida-se de caso muito interessante – dos três, sem dúvida o que melhor espelha um enfrentamento da temática –, mesmo porque versa sobre a consolidação do entendimento pretoriano acerca da contagem de prazos, cuja jurisprudência da Corte se altera após o julgamento de recurso extraordinário em ação renovatória de locação. Posteriormente, firma-se em sentido diverso, o que ensejou a propositura de ação rescisória do julgado com espeque em violação da literal disposição de lei.[872] Outrossim, sustentava que a ação rescisória não poderia ser encarada como um recurso, de modo que seu julgamento não poderia ser levado da forma como um instrumento manejado [faz menção ao recurso de revista] à uniformização jurisprudencial.[873]

Nos mesmos embargos, comparando aos demais julgados precedentes, verifica-se a equiparação do entendimento do tribunal com a própria lei. Esse foi o norte do voto do então Min. Ribeiro da Costa, o qual foi vazado nos seguintes termos: "[...]. Mas em

---

[870] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RE 41.407, Recorrente: União Federal, Recorrido: Fernando de Abreu Teixeira, Relator Min. Villas Bôas, j. 02/09/1959. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[871] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RE 50.046, Recorrente: Cooperativa Central dos Produtores de Leite Ltda., Recorrido: Marcos de Almeida Guerra e outros, Relator Min. Victor Nunes, j. 05/04/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[872] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, EclAR 602, Embargante: Martins Jorge, Embargada: Sarcone e Cia. Ltda., Relator Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22/11/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[873] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, EclAR 602, Embargante: Martins Jorge, Embargada: Sarcone e Cia. Ltda., Relator Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22/11/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

matéria de fluência de prazo, para interposição de recurso, aquilo que a lei diz e que o Tribunal adota é a própria lei; aquilo que o Tribunal, no pleno, adota tranquilamente – digamos assim – é a própria lei".[874]

Marinoni e Arenhart ponderam um "tudo ou nada" para o enunciado 343 da Súmula do STF, isto é, "ou a Súmula 343 não vale para nada – nem mesmo para leis infraconstitucionais – ou deve ser aplicada também à matéria constitucional." E continuam, afirmando que a eliminação do referido enunciado importaria em atribuir "extensão desmedida" ao inc. V do art. 485, "equivalente não à necessidade de uma exceção à coisa julgada material, mas sim à negação da sua própria essência." E arrematam:

> A tentativa de eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional *não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio –*, como também parece ser uma tese fundada na idéia de impor um controle *sobre as situações pretéritas.*[875]

A nosso juízo, descremos no manejo da rescisória para sanar eventuais mazelas da estrutura piramidal, quando não se perfilharem em sentido uníssono, distribuindo o mesmo direito onde impera a mesma razão – *ubi eadem ratio, ibi idem ius* –, isto é, respeitando-se o critério de paridade. A questão merece outras considerações.

Em sentido semelhante, mas que não parte da mesma premissa, traga-se à ribalta mais uma vez a lição de Luiz Fux: "Ao revés, se a decisão rescindenda elege uma dentre as interpretações cabíveis, a ação rescisória não merece prosperar", pois o ato de interpretar não seria, na linha de seus ensinamentos, violar.[876] Sufragando, pois, o texto do verbete da súmula em alusão, afirma que "se a decisão rescindenda isoladamente acolhe pela vez primeira tese inusitada, sugere-se a violação".[877] Comunga desse entendimento o processualista Misael Montenegro Filho.[878]

---

[874] Esse foi o norte do voto do então Min. Ribeiro da Costa: "[...]. Mas em matéria de fluência de prazo, para interposição de recurso, aquilo que a lei diz e que o Tribunal adota é a própria lei; aquilo que o Tribunal, no pleno, adota tranquilamente – digamos assim – é a própria lei". BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, EclAR 602, Embargante: Martins Jorge, Embargada: Sarcone e Cia. Ltda., Relator Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22/11/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[875] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, V. 2. p. 675-676.

[876] *Op. cit.* p. 849.

[877] *Ibid.* p. 850.

[878] **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V. 1. p. 575.

Por fim, consoante o magistério de Leonardo Greco, ambos os enunciados estariam fadados ao sepulcro, não oficializado no que respeita ao enunciado 400, e de curiosa ressurreição no concernente ao enunciado 343, o qual teria jazido como um cadáver durante décadas.[879]

2.1. O afastamento do Enunciado 343

À medida que avançamos no tema, vemo-nos forçados a reservar algumas linhas à "coisa julgada inconstitucional", sobre o qual a doutrina está longe de se organizar em consenso. Como afirmado dantes, é pacífico que o enunciado 343, tal como ocorre em relação ao de nº 400 (analisado adiante), ambos da súmula do STF, não teriam aplicação à "norma de índole constitucional".[880]

Cuida-se de entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal que, na opinião de Luiz Guilherme Marinoni se trata de uma sensível falta de coerência. Ora, ainda nas palavras do autor, o que justificaria um tratamento diferenciado entre as leis constitucional e infraconstitucional? Para ambos os casos haveria o mesmo ato de interpretar, de modo a ser injustificável a referida diferenciação. Sem sucesso, buscaram distinguir a natureza da interpretação para um caso e para o outro.[881]

Fazendo um recuo aos precedentes que originaram o verbete em alusão se constata que o raciocínio esposado pelos pretórios abraça a falsa premissa da existência duma interpretação correta, aquela que é fixada pelo STF, e, por derradeiro, a única a ser seguida.[882] Da lavra do Min. Teori Albino Zavascki colhe-se a linha de raciocínio suso mencionada, asseverando que não haveria interpretação razoável no que respeita à matéria constitucional.[883]Algo que já vem sustentando desde o ano de 2001.[884]

---

[879] GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 222.
[880] CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.* p. 281.
[881] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 96.
[882] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 97.
[883] STJ, 1ª Seção, EDiv no REsp 608.122, rel. Min. Teori Zavascki, j. 09.05.2007.
[884] "f) relativamente às normas constitucionais, que têm supremacia sobre todo o sistema e cuja guarda é função precípua do Supremo Tribunal Federal, não se admite a doutrina da "interpretação razoável", mas apenas a da melhor interpretação, não se lhes aplicando, por isso mesmo, o enunciado da Súmula 343."

Outrossim, novo debate se instala para fins de se verificar se somente as decisões oriundas do controle concentrado ou se a rescisória poderia ser manejada com fundamento em decisões extraídas do controle difuso. Compulsando artigo da professora Ada Pellegrini Grinover reforça o entendimento, apontando, a partir da análise de acórdãos do STF sobre a matéria, o preciso alcance da regra:

> A cuidadosa análise dos julgados, dos quais resultou o entendimento no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 343 a textos constitucionais de interpretação controvertida, demonstra que sua *ratio* não é genérica, mas sim específica para os casos em que a sentença rescindenda considerou a lei constitucional, vindo posteriormente o Supremo Tribunal Federal a declarar sua *inconstitucionalidade*, com efeitos *erga omnes*.
> Casos, portanto, que nada têm em comum com aqueles em que a situação seja exatamente oposta, nos quais o Supremo Tribunal Federal tenha declarado a *constitucionalidade* da Lei *incidenter tantum*.[885]

Hodiernamente, considerando a tendência de alguns Ministros do Supremo de rever o alcance do inc. X do art. 52, a questão merece outros temperamentos. O Min. Gilmar Mendes, por exemplo, encabeça o entendimento por uma nova compreensão do inciso X do art. 52 da CF, consoante a qual, as decisões tomadas pelo plenário da Corte já teriam eficácia vinculadora e efeitos *erga omnes*.

Neste quadro, seria prescindível a suspensão da lei acoimada de vício de inconstitucionalidade pelo Senado Federal, cujo papel a ser desempenhado a teor do dispositivo constitucional, por razões históricas que não mais subsistiriam,[886] mais se aproximaria de solenidade com o sentido primordial (quiçá, único) de dar publicidade à decisão.

Hodiernamente, o que acontece é que mesmo no controle difuso de constitucionalidade, haja vista a aproximação dos modelos de fiscalização, têm sido conferidos efeitos pretéritos às decisões tomadas em sede de recurso extraordinário de modo a alcançarem situações já consolidadas. Outro argumento que se alinha diz

---

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 155.

[885] GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 8. No mesmo sentido, o prof. Humberto Theodoro Júnior, apontando em uma de suas conclusões que: "c) o cabimento da rescisória *in casu*, com afastamento do princípio contido na súmula 343, só seria aceitável, segundo os precedentes da jurisprudência disponíveis, se o pronunciamento ulterior do Supremo Tribunal fosse negativo, ou seja, de inconstitucionalidade da lei que o acórdão rescindendo admitiu como constitucional;" "A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional". **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, jul-set., 1995.

[886] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.082.

respeito à extensão do intervalo de tempo, naturalmente, levado para que um recurso extraordinário desemboque na Corte Suprema.[887] Assim, veja-se o voto do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE-ED 328812.[888]

Mimeticamente, agora velando pela segurança jurídica, o Min. Gilmar Mendes assevera que o "acinte em latência" deve respeitar o biênio da rescisória. Necessário ressaltar que no mesmo julgamento, seu voto contraria a primeira premissa que levantamos sobre a ação rescisória quando, amparados na doutrina de Ovídio Baptista da Silva, asseveramos que a rescisória não visa a reparação de injustiças. Para ele, o permissivo do inc. V abarca normas constitucionais – algo que já enfrentamos –, de modo que a sua violação pode ser considerada "qualificada". Por oportuno, sustenta um tratamento diferenciado entre a interpretação possível da lei ordinária, havendo controvérsia e que seja razoável, e a interpretação ao nível constitucional, a qual, necessariamente, deve se adequar à CF.[889]

De algum tempo que o Min. Gilmar Mendes vem defendendo que a aplicação do Enunciado 343 em matéria constitucional afrontaria a força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais,[890] sendo, inclusive, irrelevante, como sublinha Teori Zavascki que exista controvérsia sobre a matéria, bastando que seja contrária à precedente do STF.[891]

É na observação de Marinoni que fechamos o tópico: "Se ulterior precedente torna a coisa julgada rescindível, não há decisão, tomada em controle difuso de constitucionalidade por juiz ordinário, que tenha alguma utilidade." E continua afirmando que a decisão em controle incidental efetuado por magistrado sempre será precária, deixando o jurisdicionado em espera. A decisão, longe de gerar a estabilidade

---

[887] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 104.

[888] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[889] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[890] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, AI-AGR 460439, Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF, Agravado: Alcides Marciano e outros, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.03.2007. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

[891] ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

da relação, "amplifica a litigiosidade latente",[892] restando espezinhado o primado da segurança jurídica. No julgamento do RE-ED 328812, o Min. Gilmar Mendes assevera que o cabimento da ação rescisória não estaria passando por cima do controle difuso, mas apenas buscando corrigir um equívoco do sistema (aqui, no sentido de Organização Judiciária), que acaba por prestigiar as decisões em matéria constitucional das demais instâncias, em detrimento do entendimento do STF. Tal, segundo ele, decorre do longo intervalo de tempo necessário para que o Pretório Excelso possa ser provocado nas questões constitucionais.[893]

3. Ainda na jurisprudência do STF: o enunciado 400 da mesma Súmula

O enunciado 400 foi aprovado na Sessão Plenária de 03 de Abril de 1.964, com o seguinte teor: "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra 'a' do art. 101, inciso III, da Constituição Federal".[894] O verbete se aplicava tão-somente às normas formalmente constitucionais, isto é, aquelas que adquirem o status constitucional em decorrência da inserção na Carta.

Atente-se que quando o enunciado em questão foi extraído da súmula do STF, tal qual o verbete dantes examinado, tempo superior a 20 anos ainda distanciava a instituição do STJ, época em que a Suprema Corte acumulava a competência recursal também para matéria infraconstitucional.

Impõe-se que tracemos suas relações com o já estudado enunciado 343. Ambas as disposições agasalhadas em súmula tinham por fito obstar o inconformismo da parte, seja dentro do mesmo processo (400) ou mediante impugnação autônoma (343), quando

---

[892] MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 108.

[893] STF, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008.

[894] À época, vigente a CF de 46, cuja alínea *a*, do rol de permissivos ao extraordinário, dispunha que: "quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal"

houvesse diferentes interpretações ou orientações acerca dum texto normativo. A mesma linha de rechaço com que foi "recepcionado" o enunciado 400 foi destinada ao verbete 343.[895] Vejamos:

> Essa súmula tem sido objeto das mais acerbas críticas por prestigiar a possibilidade de remanescerem decisões variadas, oriundas da aplicação do mesmo texto de lei a situações idênticas. Na verdade, a regra contida **nesta Súmula desdiz a própria função do STF e hoje do STJ, que é a de dar a correta interpretação da lei.**[896] (grifo nosso).

A nosso ver, agasalhar o referido posicionamento sem quaisquer ressalvas é travestir a ação rescisória em recurso ordinário com o prazo nada exíguo de 02 (dois) anos. Anote-se a coerência de seu pensamento, já que para a referida processualista a aplicação uniforme da lei é corolário do princípio da isonomia. A doutrina diverge. Somado ao posicionamento da Prof. Theresa Wambier, totalmente avessa à sua aplicabilidade, vejamos outros posicionamentos.

Bernardo Pimentel de Souza, fazendo menção ao enunciado 343, *sub examine,* reafirma sua intenção: "quando o texto legal dá ensejo a mais de uma exegese, não é possível desconstituir o julgado proferido à luz de qualquer das interpretações plausíveis".[897] No entanto, fazendo referência ao enunciado 63 da súmula do TRF/4ª Região ("*Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional"*), preconiza a aplicação do verbete 343 tão-só ao controle difuso da constitucionalidade.[898]

Numa terceira linha, ainda identificamos a opinião dos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart verberando a posição de alguns

---

[895] "No regime constitucional anterior, quando o STF tinha a dupla tarefa de guardião da CF e intérprete derradeiro da lei federal, foi editado o **STF 400**, que dizia não caber RE por violação da lei federal, quando a interpretação dada a ela pela decisão recorrida tivesse sido "razoável". Dando margem ao arbítrio porque de aplicação subjetiva, além de conspirar contra princípios constitucionais como os do estado democrático de direito, da legalidade e da igualdade, foi severamente criticado esse verbete pela doutrina nacional e pela jurisprudência dos tribunais. Com o advento da CF vigente, dividiu-se a competência do STF e criou-se o STJ, que passou a ser o guardião da lei federal no País, tarefa que realiza por meio do REsp (CF 105 III). O STJ não repetiu o critério da "interpretação razoável" e deixou de aplicar o conteúdo do **STF 400** em suas decisões. Em conseqüência disso, conhece do REsp por ofensa à lei federal, independentemente de haver sido ou não razoável a decisão recorrida, quando interpretou e aplicou (ou não) a lei federal. O mesmo se espera que ocorra com o **STF 343**, primo-irmão do **STF 400** e tão nefasto quanto ele." NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** Atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. n. 23, p. 681.

[896] WAMBIER, Theresa Arruda Alvim. *Op. cit.* p. 154.

[897] *Op. cit.* p. 741.

[898] *Op. cit.* p. 743

doutrinadores de admitir que o STF possa instituir um controle de constitucionalidade de situações pretéritas.[899] Sobeja de importância nesse ponto, a possibilidade de que ocorra a modulação dos efeitos da decisão, se retroativos ou somente prospectivos, também no controle difuso da constitucionalidade das leis, como anotam, entre outros, os constitucionalistas Gilmar Mendes[900] e Dirley da Cunha Júnior.[901]

Que não caia no esquecimento o dispositivo contido no art. 475-L, §1º, do CPC (regra que tira fundamento do art. 741, par. único, do CPC, revogado pelo advento do diploma Legal 11.232/05) que para Marinoni e Arenhart tem por base a "falsa suposição de que os embargos do executado, e hoje, a impugnação ao cumprimento de sentença, devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se coisa julgada fosse um valor menor e insignificante".[902]

---

[899] "Mas note-se que, se a Súmula 400 do Supremo Tribunal Federal – que dispõe que a "decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário" – não deve prevalecer, pois a função do Supremo Tribunal Federal é a de ditar a interpretação da Constituição, i*sso não pode levar à tese extrema de que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade da lei, deve se voltar ao passado para fazer prevalecer o seu entendimento em relação a todos aqueles que já tiveram os seus litígios solucionados pelo próprio Poder Judiciário. Semelhante idéia levaria à instituição de um "controle da constitucionalidade da decisão transitada em julgado", ou melhor, na aceitação de que o controle de constitucionalidade da lei pode levar ao uso da ação rescisória como mecanismo para uniformizar a interpretação da Constituição, o que é pouco mais que absurdo.*" MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, V. 2. p. 674-675.

[900] "[...] não parece haver dúvida de que a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quando no incidental". **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 322.

[901] "Assim, nada obstante a regra dos efeitos retroativos ou *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, o modelo difuso-incidental de controle de constitucionalidade admite a limitação dos efeitos dessa declaração, podendo esta se mostrar *ex nunc* ou prospectiva. No direito brasileiro, tal circunstância se avulta em face das Leis nºs. 9.868 e 9.882/99, que dispõem, respectivamente, sobre o processo e julgamento da ADIN, ADC e ADPF, relativamente aos arts. 27 e 11...". CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle difuso de constitucionalidade:** teoria e prática. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2007. p. 145-146.

[902] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, V. 2. p. 676. Na mesma linha, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, que reputam o §1º do artigo 475-L do CPC, materialmente inconstitucional. *Op. cit.* n. 35, p. 648-649. E veja-se a colocação seguinte dos mesmos autores: "Abstraindo-se da inconstitucionalidade da norma, apontada no comentário precedente, o que fazemos apenas para argumentar, não seria materialmente inconstitucional a norma ora comentada quando aplicada apenas numa situação: somente a decisão *anterior* do STF, proclamando a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo em ADIn (v. comentários seguintes) é que poderia atingir o título executivo judicial que transitasse em julgado *posteriormente* à decisão do STF. Apenas e unicamente nesse caso é que teria aplicabilidade a norma sob análise – reiteramos que o raciocínio é *ad argumentandum tantum.* Ainda assim, essa aplicação poderia ser feita, desde que observado o prazo do CPC 475-J §1º (quinze dias) para que o devedor possa opor impugnação ao cumprimento da sentença alegando a inexigibilidade do título executivo judicial (CPC 475-L II) pelo fundamento da inconstitucionalidade da norma legal que embasou o referido título. Passado esse prazo, ainda restaria ao devedor, se cabível, o prazo de dois anos para que possa desconstituir o título por violação de literal disposição de lei (no caso, da CF), conforme autoriza o CPC 485 V. Passados os dois anos da ação rescisória, a coisa julgada inatacada, que se formou *depois* da declaração de inconstitucionalidade pelo

Nesta senda, discordar-se-ia da possibilidade de efeitos retroativos em processo objetivo de constitucionalidade contra sentenças proferidas sob o pálio da lei reputada inconstitucional no biênio da ação rescisória, de modo que somente em controle difuso a coisa julgada seria respeitada,[903] vez que seus efeitos são prospectivos.

Assim, quando uma lei é declarada inconstitucional em controle concentrado, seu regime de invalidação apenas ratificaria a impossibilidade de sua existência no Ordenamento Jurídico.[904] O artigo em alusão deverá ser analisado com maiores cautelas.

4. A nova orientação jurisprudencial e o cabimento da ação rescisória: sentenças rescindíveis e o termo inicial do biênio

Relembre-se o teor do enunciado nº 134 da súmula do Tribunal Federal de Recursos: "Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos Tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor".

Já declinamos nosso entendimento a respeito, quanto ao não cabimento da ação rescisória à situação aventada, haja vista o receio de que a referida ação seja travestida em recurso ordinário com prazo dilatado. Ainda antes, cuida-se de uma forma mimética de insistir na *univocidade* da lei.

Oportunamente, tratando da interpretação do termo *lei* alertamos quanto ao indesejado retorno ao positivismo legalista, às claras, pois não se deve insistir na superada confusão entre Direito e lei. Com as novas considerações trazidas, é intuitivo

---

STF, não mais poderá ser contestada ou impugnada e o devedor terá de, inexoravelmente, submeter-se ao comando desse título executivo judicial transitado *soberanamente* em julgado." n. 36, p. 649.

[903] É o entendimento perfilhado por Luiz Fux. Para ele haveria a distinção se dissertamos o controle difuso ou o concentrado. *Op.cit.* p. 850.

[904] "Quando o STF declara, via ação direta, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ele atua dentro de sua vocação de dizer aquilo que está, ou não, de acordo com a ordem constitucional. A declaração de inconstitucionalidade nesse casso tem o condão de retirar do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição da República. É por essa razão que o título judicial (= sentença ou acórdão) fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais através de ADIn pelo Supremo Tribunal Federal será considerado título *inexigível*, e inexigível o será exatamente em razão de a lei ou ato normativo que lhe deu suporte não mais existir no sistema jurídico do País. E mais: se a norma foi declarada inconstitucional é porque desde a sua origem ela já era incompatível com a Constituição e, como tal, não tinha validade." RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC:** leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/06. Impugnação ao cumprimento de sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 248.

que a assunção da rescisória quando a jurisprudência se consolide num determinado sentido, seria admiti-lo às escuras. Linhas e entrelinhas...

Ao que nos parece o *status pratimonialis* presente nas contendas de natureza civil não tem o condão de, tal qual no processo penal, permitir que uma nova interpretação de um texto normativo autorize a propositura de ação desconstitutiva dos efeitos da sentença.[905] Dentre as variadas distinções que poderíamos enumerar como sustentáculo do raciocínio, sublinhe-se apenas que a lei penal poderá ter eficácia retroativa dês que para beneficiar o agente. Bem assim, o fato da pretensão desconstitutiva na seara do processo penal (revisão criminal) não estar sujeita à prazo. Deste modo, diferentemente do processo civil, poderá ser ajuizada a qualquer tempo, ainda que posterior ao óbito do condenado.[906]

No processo penal o tratamento diferenciado se impõe. O valor liberdade é subjacente à aplicação da lei. No diálogo com Heck, e a tutela dos interesses pelo Direito, recorde-se que o aplicador deve verificar os interesses no caso concreto, de modo que lidando com o valor maior da liberdade, torna-se insustentável não admitir que a lei possa retroagir e a coisa julgada ser desfeita para beneficiar pessoa que no passado havia sido condenada ou para lhe trazer alguma vantagem. O mesmo raciocínio não seria aplicável ao processo civil. Outras considerações serão realizadas a contento quando tratarmos, especificamente, da revisão criminal.

A nosso juízo, é falsa a premissa da uniformidade da lei a fim de garantir o tratamento isonômico: a uma, pois a isonomia tal como a concebemos, reafirma o pensamento sistemático e importa uma visão arraigada no Estado Liberal, leia-se, a isonomia em sentido formal e a não intervenção do Estado; a duas, o sentido uníssono de uma interpretação apenas reforça e distancia o mundo jurídico do plexo social, na medida em que retrata a busca da interpretação "correta".

---

[905] "Tomemos como exemplo, para fins de concreção do raciocínio, o que aconteceu com a nova interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a aplicação da Sumula 174, que entendia que a arma de brinquedo poderia ser considerada como causa especial de aumento de pena do delito de roubo. Percebendo o equívoco dessa interpretação completamente ofensiva do princípio da legalidade, aquela Corte mudou seu posicionamento. E, agora, o que fazer com todas as condenações onde foi aplicada a majorante do emprego de arma, quando o agente havia se valido tão-somente de um brinquedo? Nos termos da nova interpretação, deverá o agente ingressar com a necessária revisão criminal, a fim de ver afastada a mencionada causa especial de aumento de pena." GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 134.

[906] GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Recursos no processo penal:** teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 305.

> Se definirmos a previsibilidade do direito como possibilidade de saber com antecedência e de forma exata quais serão as conseqüências jurídicas de qualquer conduta humana ou situação social, percebemos que a segurança-previsibilidade relaciona-se estritamente com a igualdade formal (tratar as pessoas iguais de forma igual) que impede mudanças de decisão [...].[907]

A severa crítica do Prof. Ovídio Baptista aos recursos extraordinários, o "viés autoritário da jurisdição",[908] ganha fôlego pela pretensão de alguns doutrinadores em emprestar à ação rescisória a finalidade de *recurso ordinário*, isto é, travesti-la em novo instrumento a velar pela *univocidade da lei*. É o ranço do paradigma racionalista que obnubila a visão daqueles que insistem na miragem de sentido unívoco, correto, legada pelo Iluminismo.[909]

A investigação de precedentes sobre a matéria no STF revela uma argumentação pouco convincente. Argumenta-se que em razão de ocuparem um papel destacado na pirâmide jurídica, as leis constitucionais, leis fundamentais do sistema, demandariam um tratamento distinto.[910]

Essa tentativa de que a rescisória possa varrer julgamentos anteriores sobre matérias complexas e controversas nos pretórios, novamente com o processualista gaúcho, "insere-se na perspectiva racionalista que ainda insiste em aproximar o Direito das matemáticas, como se o problema jurídico fosse uma questão de cálculo."[911]

Por oportuno, colacionamos a feliz metáfora de Gláucio Veiga, assinalando que: "O Direito é orquestra de vários instrumentos prontos a interpretar variada pauta de notação musical." Desta feita, "aplicar ao Direito a lógica dedutiva, exclusive ou preponderantemente é interpretar a pauta musical com um único instrumento. O Direito é polifônico".[912]

Em parecer escrito sobre o tema o Prof. Ovídio Baptista conclui pela aplicação geral do Enunciado 343, isto é, para impedir a ação rescisória seja em matéria de lei

---

[907] DIMOULIS, Dimitri. *Op. cit*. p. 198.

[908] "Essa ideologia é mais uma expressão do componente autoritário da cultura jurídica da modernidade, incapaz de lidar com a *diferença*, com a riqueza do individual e, conseqüentemente, com os casos concretos; é o testemunho que nos conservamos fiéis a Savigny, praticando a recomendação que ele nos dera de fugir das complexidades da vida real, para ocultar-nos nas certezas das figuras geométricas, cujas verdades, sendo universais e eternas, podem ser normatizadas, ao passo que o caso concreto...". SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia.** p. 240.

[909] SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 375.

[910] MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, V. 1. p. 96.

[911] SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 362.

[912] VEIGA, Gláucio. *Op. cit*. p. 50.

ordinária, seja em matéria constitucional. O respeitado doutrinador afirma que ainda não foi provada qualquer distinção ontológica entre as normas jurídicas dos diferentes graus hierárquicos, acentuando a importância da hermenêutica no plano constitucional, de modo que não faria sentido seu afastamento para disposições constitucionais em que a amplitude da interpretação seria ainda maior. Assentado nestas premissas arremata que a aplicação do verbete em alusão é uma imposição de cunho epistemológico.[913]

5. Da aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade e os efeitos das decisões

Até aqui a maior parte nossas afirmações se situaram no plano infraconstitucional. Cumpre agora dissertar as leis de patamar hierárquico privilegiado no Ordenamento, situadas que são nas proximidades do vértice da pirâmide jurídica.

Foge ao nosso intento a temática do controle de constitucionalidade das leis. O ecletismo de nosso controle conjumina os modelos estadunidense e austríaco. Mesmo porque, atualmente, insta registrar, há uma tendência clara de aproximação entre eles, de maneira a se afirmar que o controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, quando desempenhado pelo Supremo Tribunal, estaria assumindo contornos do modelo abstrato-concentrado. Valendo-se de técnicas, tais como a modulação dos efeitos (art. 27 da Lei 9.868/99) e a eficácia *erga omnes* sem que haja a necessidade de aplicação do inc. X do art. 52 da CF, que não lhe são próprias.[914]

Na opinião de Leonardo Martins, cuida-se de uma indevida importação do modelo de controle concreto ("difuso"), ambientado em um país de tradição do *common Law*, a qual vem dando sinais claros de incompatibilidade em nossa tradição romanística.[915]

A aproximação em tela parecia ser questão de tempo, já que a adoção do modelo difuso sem que também se acolha o princípio do *stare decisis* – em que se consubstancia a força dos precedentes –, segundo nos mostra Cappelletti, gera alguns inconvenientes, como o fato de que uma lei pode deixar de ser aplicada por alguns

---

[913] SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 375.
[914] DIDIER JR., Fredie. **Panorama sobre o *novo* sistema de controle *difuso* de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.
[915] MARTINS, Leonardo (leonardomartins1@yahoo.de). **Sistema Romano-germânico e controle difuso de constitucionalidade.** Email to SÁ FILHO, Fábio Menezes de (fabio_20@hotmail.com). 27 nov. 2008.

juízes, os que a reputem inconstitucional, e aplicada por outros. Fator, sem dúvida, de grande insegurança jurídica. É o que nos informa o jurista italiano sobre a realidade japonesa.[916]

Para reduzir ou minorar tais inconvenientes, adaptando ao nosso contexto, a partir da Constituição Federal de 1.934 foi instituída a competência do Senado Federal para suspender a execução da lei decretada inconstitucional pelo STF.[917] Na mesma linha a Ação Declaratória de Constitucionalidade e, hoje em dia, a eficácia *erga omnes* dos fundamentos das decisões proferidas pelo plenário do STF – "mutação constitucional" do inc. X do art. 52 da CF que, para Nelson Nery Jr. é, tecnicamente, impossível de ser levada a efeito por encontrar empeço no próprio texto do artigo em comento da CF/88 –,[918] criando-se um controle que se firma como meio caminho entre o "difuso" e o "concentrado".[919] Muito embora o precedente não tenha a mesma estabilidade do modelo abstrato.

A referida "mutação constitucional" também não passa imune à crítica de Lênio Streck, Marcelo Cattoni e Martonio Barreto Lima. Para esses doutrinadores o que alguns Ministros do Pretório Excelso vêm realizando não é a atribuição de uma nova norma ao texto, senão a substituição do último por um novo texto que construíram.[920] E onde ficaria a importância da atuação do Senado Federal, prevista constitucionalmente, e fundada em longa tradição histórica? No fundamental mecanismo de proteção à supremacia da Constituição, a Casa Alta poderia ser reduzida a "uma secretaria de divulgação intra-legistativa das decisões do Supremo Tribunal Federal"? Para os mencionados autores, sem dúvida que não.[921]

A título de curiosidade, com base em profícuo estudo de Gilmar Mendes, anote-se que, num primeiro momento, a eficácia *erga omnes* também não havia sido contemplada no controle abstrato de constitucionalidade. Muito embora constante da proposta de emenda à Constituição n. 16/95, em específico no art. 5º, o dispositivo não fora aprovado pelo Congresso. Desta feita, já ao controle abstrato havia a necessidade

---

[916] **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 78-79.
[917] CUNHA JR., Dirley da. *Op. cit.* p. 86.
[918] Modulação dos efeitos da decisão do STF em sede de recurso extraordinário: aspectos polêmicos. In: ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. 30 ago. 2008, Recife – PE.
[919] CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit*. p. 78-79.
[920] LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lênio Luiz. **A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.
[921] *Ibid.*

de que as decisões de inconstitucionalidade fossem levadas ao Senado à suspensão da execução da lei reputado inconstitucional.[922]

Posteriormente, o Tribunal passaria a admitir que suas decisões proferidas no controle concentrado já fossem dotadas de eficácia *erga omnes*, o que veio a se consolidar em 1977, quando então a matéria deixou de ser posta em dúvida, sendo recepcionada em dispositivo do RISTF e, futuramente, albergada na Lei 9.868/99.[923]

Mas não estamos questionando a eficácia *erga omnes* das decisões em sede de controle concentrado. O que se questiona é a possibilidade de que o referido *plus* seja incorporado à fundamentação das decisões oriundas do caso concreto, quando a inconstitucionalidade é suscitada em sede de preliminar em recurso extraordinário ao Supremo. Sem olvidar que no controle abstrato, de regra, os efeitos serão retroativos, salvo se houver a modulação prevista na Lei 9.868/99. Ao passo que, no controle incidental, os efeitos são *ex tunc* entre as partes. Todavia, com a atuação do Senado Federal (CF 52, X), aos fundamentos da decisão se agrega a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex nunc* para todos.[924]

5.1. Da inexequibilidade do título fundado em lei ou ato normativo inconstitucional

Voltemos à análise do §1º do art. 475-L, pois o tema merece acuradas considerações. Tal regra foi inserta pela Lei 11.232/05, tirando seu fundamento do antes vigente p. u. do art. 741, CPC, o qual, urge registrar foi importado do §79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, mas apenas parcialmente. Assim, conquanto a execução possa ser bloqueada, não foi garantida a manutenção dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Outrossim, não foi importada a regra da impossibilidade de repetição de importância recebida com fundamento na lei que no futuro é declarada inconstitucional.[925]

---

[922] **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 319.
[923] *Ibid.* p. 320.
[924] LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; STRECK, Lênio Luiz. **A nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional.** Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.
[925] GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 230.

A seu tempo, o p. u. do art. 741 do CPC teve por finalidade suprir uma lacuna legislativa sobre o tema, já que antes de seu advento, a despeito do "desaparecimento" de todos os atos realizados sob o pálio da lei inconstitucional, o STF se posicionava pela necessidade de ajuizamento de ação rescisória.[926]

Inicialmente, no rigor da técnica, anote-se que não se trataria de inexigibilidade, mas de causa que inibe a exeqüibilidade do título.[927] À semelhança dos diferentes posicionamentos acerca do cabimento de ação rescisória com base em alteração de jurisprudência, o preciso alcance do inc. V do art. 585, releva notar que também no particular sobejam posicionamentos divergentes sobre o tema. Podemos sintetizar os principais deles em: os que perfilham a corrente de "sobrevalorização da coisa julgada", daqueles que seguem a orientação quanto à "supremacia da constituição" e ainda dos que adotam posicionamento moderado entre as duas correntes, por assim dizer, *in medio virtus*.[928]

Ao revés, defendendo a constitucionalidade do artigo, Teori Albino Zavascki defende sua compatibilidade sob o fundamento de que teria por finalidade afinar a garantia da coisa julgada com a primazia da CF. O preceito acoplaria ao CPC mecanismo com eficácia rescisória de algumas sentenças, ditas inconstitucionais, restringindo-se a situações específicas, delineadas pelo legislador no texto normativo. Assim, podem ser extraídas três situações: aplicação de lei inconstitucional, aplicação de lei à situação considerada inconstitucional, bem assim sua aplicação com interpretação tida por inconstitucional.

Para todas as situações aventadas, ainda nas palavras do processualista gaúcho, verificar-se-ia o elemento comum da "*inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença*", discernindo cada uma delas de acordo com a técnica empregada à resolução da inconstitucionalidade. Assim, e, respectivamente, teríamos a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, com redução parcial e a interpretação conforme.[929] Donde já podemos presumir que somente a declaração pelo Pretório Excelso seria idônea a ensejar a utilização do mecanismo em alusão, reafirmando-se a proeminência da Constituição, no que também soergue a função do seu guardião máximo.

---

[926] ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1.075.
[927] ZAVASCKI, Teori Albino. **Sentenças inconstitucionais:** inexigibilidade. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.
[928] *Ibid.*
[929] *Op. cit.*

Na exposição de seu raciocínio, Zavascki ainda sustenta a irrelevância do momento da declaração, se anterior ou posterior à prolação da sentença, já que estamos falando sobre a proteção da Constituição e a valorização dos precedentes do Supremo. Outrossim, considerando o silêncio do legislador, seria indiferente o modelo de controle realizado. Ao final, e com base no princípio da incidência imediata da lei processual, afirma que o preceito não poderia ser aplicado às decisões com trânsito em julgado anterior à sua vigência.

Ao revés, pela inconstitucionalidade, colhe-se a doutrina de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, reputando o §1º do artigo 475-L do CPC, materialmente inconstitucional, pois violador da coisa julgada, princípio albergado no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF), sendo erigida à garantia constitucional fundamental – art. 5º, XXXVI. Em suma, para esses doutrinadores a eficácia retroativa da decretação de inconstitucionalidade encontraria limites na própria coisa julgada.[930] Em sentido semelhante, como já registrado, também se coleta o entendimento de Leonardo Greco.[931]

Muito embora também sejam partidários da inconstitucionalidade do artigo em alusão, sob o fundamento de sua negativa à autoridade da coisa julgada, Marinoni e Arenhart explicam o preceito e sua extensão, comungando dos argumentos de Zavascki quando à indiferença da cognição, se *principaliter* ou *incidenter tantum*, bem como da desnecessidade de haver a suspensão da executoriedade da lei declarada inconstitucional, consoante diretiva estampada no inc. X do art. 52 da CF. Mesmo porque, voltando ao magistério de Zavascki, não haveria como ser aplicada a suspensão pelo Senado nas hipóteses de redução parcial e de interpretação conforme.[932] Doutro prisma, renove-se a aproximação dos modelos.

Igualmente, careceria de relevância que a declaração de (in)constitucionalidade fosse anterior ou posterior à formação da coisa julgada.[933] Todavia, os processualistas da Universidade Federal do Paraná ressalvam a existência de controvérsia sobre a interpretação de norma constitucional ao tempo do trânsito em julgado de uma sentença, sem que o STF tenha se pronunciado a respeito. Neste particular, não haveria como,

---

[930] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** Atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. n. 35, p. 648-649.

[931] GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 223-224.

[932] *Op. cit.*

[933] **Curso de processo civil:** execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, V. 3. p. 299-300.

sustentam, que o Supremo, em ato seguinte, uniformizando a matéria, pudesse cancelar a eficácia das sentenças transitadas outrora.[934]

Por oportuno, não há uma exposição clara acerca de justiça ou qualquer outro valor que imponha a necessária rescisão da coisa julgada, o que nos faz recordar o alerta de Perelman.[935] Como se fosse suficiente invocar um valor para espezinhar qualquer argumento em contrário.

6. Da excepcionalidade da Revisão Criminal

Se ao tratarmos da rescisória nos pautamos na lição de Ovídio Baptista quanto à excepcionalidade desta ação, podemos afirmar de plano que a revisão criminal é um instrumento marcado por ainda maior excepcionalidade. Isto porque, ao lado de recursos como os embargos infringentes e de nulidade e o agora revogado protesto por novo júri, a revisão criminal é informada pelo princípio do *favor rei* ou *in dubio pro reo*,[936] também conhecido por princípio da prevalência do interesse do réu, de modo que é meio de impugnação autônoma exclusivo da defesa. Um breve escorço e sua justificativa podem ser extraídos das obras monográficas de Jorge Romeiro e Sérgio de Oliveira Médici.[937]

Em outras palavras, ainda que dentro do rol de permissivos entabulados pela lei, não será possível a revisão criminal *pro societate*. Cuida-se de princípio que se infere do catálogo de garantias previstos na Constituição, donde resulta que essa ação (des)constitutiva, constitutiva negativa,[938] só pode ser ajuizada em benefício do réu.[939] Havendo absolvição não será cabível a revisão do julgado.[940] A situação do réu jamais

---

[934] *Ibid.* p. 300.

[935] "*Todas as vezes que se trata se uma palavra com ressonância emotiva, de uma dessas palavras que se escrevem com maiúscula para mostrar bem claramente todo o respeito que se por elas, trate-se da Justiça, da Virtude, da Liberdade, do Bem, do Belo, do Dever etc. é mister ficar alerta. Com demasiada freqüência, nosso interlocutor, conhecendo o apreço que temos pelos valores que ela nos apresentam como a única verdadeira, a única adequada, a única admissível, da noção discutida. Às vezes, ele se empenhará em nos levar diretamente a aquiescer ao seu raciocínio, o mais das vezes usará de longos rodeios para nos conduzir ao objetivo que se propõe a atingir.*" PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito.** Trad. Maria Ermantina Glavão. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 04.

[936] ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 891.

[937] ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão.** Rio de janeiro: Forense, 1964. MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[938] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, t. IV. p. 683.

[939] PACELLI, Eugênio. *Op. cit*. p. 729.

[940] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 2. p. 328.

poderia ser exasperada,[941] mesmo para fins de reparação de injustiça, erro judiciário ou qualquer outro vício que tenha concorrido à absolvição.[942] Adotamos tão-somente a revisão *pro reo*,[943] filiando-nos ao sistema francês, cognominado de restrito.[944]

Boa parte das considerações tecidas sobre a rescisória também são aplicáveis ao processo penal. A título de ilustração, o sentido e o alcance da expressão contida no inc. V do art. 485 pode ser estendido ao inc. I do art. 621 do CPP. Assim, também não se prega um apego ao adjetivo sendo "mistér despreze a sentença o que vem disposto de maneira terminante no conteúdo da lei, contrariando a sua matéria, a sua razão de ser, o seu objetivo ou finalidade".[945]

Contextualizando, diríamos apenas que restará configurada a violação quando houver a aplicação de sanção não cominada em abstrato pelo tipo penal, aplicação de pena além da máxima permitida, erro na dosimetria, enquadramento legal equivocado, desconsideração de justificativas ou dirimentes etc. Em suma, para todas as hipóteses em que houver uma ampliação indevida do poder repressivo estatal, em prejuízo do *ius libertatis*.[946] Com efeito, também aqui não se admitiria a revisão se o texto de lei possuir interpretação controversa, invocando-se, inclusive, o Enunciado 343 da Súmula do STF.[947]

Normalmente, o permissivo estampado na primeira parte do inc. I do art. 621, contrariedade ao texto expresso de lei, ocorre em razão de nova orientação jurisprudencial, pois que para alterações legislativas bastaria um *habeas corpus* ou uma simples petição endereçada ao juízo de execução.[948]

Por outro lado, curioso notar que a única menção expressa constante do texto da CF/88 é quanto ao cabimento de revisão criminal dos julgados do Supremo Tribunal (art. 102, inc. I, al. "j"). Sem dúvida, porém, que isso não implica em somente serem passíveis de revisão os acórdãos do Pretório Excelso. Na advertência à Carta anterior já

---

[941] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, V. 6. p. 306.
[942] PACELLI, Eugênio. *Op. cit*. p. 33.
[943] RANGEL, Paulo. *Op. cit*. p. 839.
[944] "No sistema legislativo brasileiro, a revisão é meio de corrigir o erro da sentença condenatória. Não pode, em hipótese alguma, ser utilizada para rever absolvição decorrente de sentença irrecorrível. O legislador pátrio optou pela instituição deste instrumento jurídico somente em favor do condenado, seguindo a orientação restrita, de origem latina ou francesa". MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Op. cit*. p. 229.
[945] ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, V. 6. p. 326.
[946] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, V. 2. p. 347.
[947] NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit*. p. 878-879.
[948] PACELLI, Eugênio. *Op. cit*. p. 730-731.

se pronunciava Frederico Marques que, se a CF prevê o cabimento quanto aos julgados da mais alta Corte de Justiça, obviamente, acórdãos condenatórios de outras instâncias também podem ser rescindidos. A aparente celeuma se resolveria pela isonomia.[949] Ainda assim, o legislador ordinário supriu a "lacuna" no art. 624 do CPP.

Sem embargo, e contrariamente às nossas afirmações iniciais, o Pretório Excelso vem admitindo o cabimento da revisão criminal *pro societate* para remediar um caso específico. Cuida-se da hipótese em que há a juntada de falsa certidão de óbito para que, operando os efeitos do art. 107, inc. I, do Código Penal, seja decretada a extinção da punibilidade.[950] Nesse particular, aproxima-se da previsão constante do Código de Processo Penal italiano, em que consta ressalva expressa da hipótese.[951] Jorge Romeiro ainda nos noticia da revisão criminal *pro societate* em outros ordenamentos como o alemão, o sueco, o norueguês, o húngaro, o austríaco, entre outros.[952]

A vedação da *revisão pro societate*, como regra, também está prevista no Código-Tipo de Processo Penal para a América Latina.[953] No entanto, excepcionam-se duas situações: "absolvição antecipada (*sobreseimiento*) e extinção da punibilidade pela morte do acusado, quando se demonstra que ele vive".[954]

Para Nucci, com quem nos filiamos, ainda que para esta situação excepcional, a coisa julgada deveria permanecer incólume. Por outro lado, no que respeita ao subterfúgio criado pelo réu vivo, este deverá responder pelo tipo de falsidade.[955]

---

[949] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, V. 2. p. 347. p. 328.

[950] "Assim, seja porque a hipótese não era, à evidência, de *absolvição* (em que efetivamente se julga e são analisadas mais extensamente as questões de fato e de direito), e sim de *extinção de punibilidade*, seja por não ter havido participação ou responsabilidade do Estado na constituição do erro, a revisão do julgado parece-nos inteiramente correta". PACELLI, Eugenio. *Op. cit.* p. 33.

[951] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 4. p. 635.

[952] ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão.** Rio de janeiro: Forense, 1964. p. 77.

[953] "O Código-Tipo de Processo Penal para a América Latina estabelece que "la revisión procederá contra las sentencias firmes, sin limitación temporal, y solo en favor del condenado o de que aquel a quien se hubiera impuesto una medida de seguridad y correción". MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal.** 2. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 230.

[954] *Ibid.* p. 230.

[955] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 878-879.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Os principais filósofos apontados como os responsáveis pela formação do paradigma da ciência moderna, também conhecido por paradigma racionalista, são Descartes e Newton. O paradigma da ciência moderna pode ser compreendido através do exame dos pressupostos epistemológicos que o informam: objetividade, a simplicidade e a estabilidade.

2. A questão de sistema já existe há séculos no pensamento filosófico, mas desponta com a superação do pensamento reducionista de viés cartesiano, ganhando ênfase com a preleção kantiana enquanto imposição científica do conhecimento se constituir num sistema, sob o apanágio da unidade sistemática.

3. Na superação do embate entre empiristas e racionalistas, Kant demonstrou a complementaridade dos elementos empírico e racional para o conhecimento, provando que a experiência fornece o impulso, mas não impõe um limite. Dentro da proposta kantiana é construído um sistema abstrato, o qual, futuramente, revela-se incapaz de acompanhar a intermitente mutação da vida, ocasionando a crítica da irredutibilidade aos conteúdos.

4. Na contraposição ao pensamento abstrato, desenvolve-se o historicismo, corrente em que se destacou a doutrina de Vico, Hegel e Dilthey, todos com ênfase na história, sobretudo em Hegel para não apartar o homem da historicidade. Ao modelo de sujeito abstrato, a-histórico e apriorístico de Kant se contrapõe o sujeito concreto, histórico e posteriorístico de Hegel, demonstrando-se que, conquanto o primeiro tenha resolvido a questão do espaço enquanto intuição pura, sua doutrina se curvaria diante da problemática do tempo. O modelo de sujeito adotado repercute na concepção de Estado, originando a fim de se adequar ao sujeito o Estado Liberal para o sujeito abstrato, cuja observância se estabelece através de prestações negativas, e o Estado Social para o sujeito concreto, o qual demanda prestações positivas, clamando por uma atuação do Estado.

5. O racionalismo infundiu valores próprios das ciências naturais ao Direito, sobretudo com o advento do Iluminismo, disseminando-se os ideais iluministas pelo pensamento jurídico e as Escolas da Jurisprudência que se formaram calcadas sobre eles, com a preocupação de sistematizar a jurisprudência.

6. A Codificação Sistematizadora é um reflexo da preocupação científica em dignificar o Direito enquanto ciência, nascendo da importância em conferir unidade às

leis, mas, igualmente, para remediar a problemática das fontes e garantir alguma previsibilidade às decisões jurídicas. O Código Civil francês de 1.804, ao lado de outros do legado de Napoleão, é apontado como a primeira codificação que atende aos rigores sistemáticos. Ao advento dos códigos se vislumbrou um controle populacional das decisões jurídicas, o qual poderia ser desempenhado em dois momentos distintos, quais sejam, da previsibilidade e de eventuais correções da jurisprudência.

7. Na França surge a Escola da Exegese com a deificação das leis, obra irretocável do legislador, a qual não poderia ser interpretada pelo aplicador do Direito. Em seu positivismo legalista os cultores da Escola da Exegese preconizavam que o juiz deveria ser apenas um autômato da lei, a boca que pronuncia suas palavras, no escopo de impedir que no momento de aplicação o Direito fosse contaminado por juízos de valor. Posto que contrário à codificação, ainda assim o fundador da Escola Histórica do Direito, Savigny em seu positivismo científico, é apontado como um dos grandes artífices da criação duma ciência jurídica.

8. Na linha de pensamento jurídico o racionalismo teve seu ponto alto com o jurista austríaco Hans Kelsen, o qual ao transplantar a proposta gnosiológica de Kant ao Direito desenvolve o estudo das estruturas lógicas das normas. Com o deslocamento do eixo do conhecimento jurídico do Ethos para o Logos, a teoria pura do Direito desenvolveu, mas também encontraria limites, o estudo das estruturas lógicas das normas, suas relações entre si e com o todo. É por influência de Santi Romano e de Hans Kelsen ganha relevância o estudo do todo, passando-se da norma jurídica para a análise do conjunto por elas formado, o Ordenamento Jurídico.

9. A concepção de sistema jurídico varia conforme o enfoque de redução à dimensão normativa ou não do Direito. Em Kelsen, artífice maior da criação dum sistema jurídico, cuida-se dum estágio qualificado do Ordenamento Jurídico, quando destituído de antinomias entre normas, dentro das possibilidades e critérios de resolução que o próprio sistema fornece. Orientado para depurar do Direito tudo aquilo que não pertencesse ao seu objeto, o que lhe consagraria o status de ciência, mesmo em Kelsen a aplicação do Direito é uma atividade criativa, para a qual o juiz concorre com sua vontade dentro das possibilidades da moldura normativa.[956] Com a desvinculação dos conceitos de lei e Direito, Kelsen opera o soerguimento da figura do juiz. Com Heck e a

[956] Rompe-se com a doutrina de Hobbes, para quem o Judiciário seria um poder subordinado, cuja finalidade era apenas uma atividade *intelectiva*, sem que por parte do julgador fosse adicionada qualquer carga *volitiva*. cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. "o paradigma racionalista e a tutela preventiva". **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 92.

doutrina da tutela dos interesses é sedimentado o terreno que propicia o surgimento da proporcionalidade, havendo nova reafirmação da importância da atuação do magistrado.

10. Os ideais racionalistas repercutiram na construção de uma teoria geral do direito, movimento que surgiu na Alemanha, com análogos na Inglaterra e Itália, disciplina que se prestaria a substituir a filosofia do direito e incutir na jurisprudência o método desenvolvido nas ciências naturais. A criação de uma teoria geral do processo tem enlace com a influência racionalista que desencadeou o movimento pela criação duma teoria geral do direito.

11. Pelo paradigma da ciência moderna é possível a construção de uma teoria geral do processo. Com sucessivas abstrações é possível encontrar um terreno comum de aplicação aos diferentes ramos do processo. A teoria geral não se assenta em conceitos lógico-jurídicos, como constava, inicialmente, da sua proposta. Sem antes conhecer o material jurídico, não é possível a sua realização. Pressupondo um contato com o fenômeno jurídico, tal implica em sua limitação espacial. O debate não deve se centrar na existência duma teoria geral, mas naquilo que se presta ou qual a finalidade de se estabelecer essa teoria.

12. Sob a influência sistemática e a confusão entre a autonomia e a neutralidade o processo, nomeadamente civil, se destacou da realidade, dela perdendo contato, revelando-se inidôneo à tutela de direitos. A preocupação de ordem sistemática motivou o idealizador do CPC/73 a estabelecer compartimentos estanques – conhecimento, execução e cautelar –, desprovidos dum efetivo intercâmbio à prestação da tutela jurisdicional. A idealização dum procedimento universal consagrado à tutela da maior parte dos direitos revela a influência iluminista e a preocupação com a segurança jurídica, dado que o procedimento ordinário se diferencia pela plenitude de cognição, em cuja certeza, restaria consagrada com a superação de todas as etapas procedimentais, o ideal de segurança jurídica.

13. A nota de *provisoriedade* dos procedimentos cautelares remonta à concepção de jurisdição que enxergava na função do magistrado a de mera aplicação da vontade concreta da lei. A inexistência de uma antecipação de tutela genérica pautada em juízos de probabilidade na redação original do CPC/73 é uma nítida influência da perspectiva racionalista e a necessidade dos pronunciamentos judiciais se pautarem na certeza.

14. No processo penal, muito embora os estudos sobre sistema estejam centrados em modelos históricos, em nome da objetividade são criados sistemas

processuais puros que, na característica de artificialidade, não guardam fidelidade ao pretérito, mas que, ainda assim, são tomados em substituição ao real.

15. A pretensa autonomia do processo do trabalho em relação ao processo civil redunda na distinção procedimental e na aplicação do princípio da adaptabilidade consoante a diferenciação das tutelas.

16. A uniformização da lei ao nível infraconstitucional decorre duma influência do paradigma racionalista com a crença de que haveria tão-somente uma interpretação correta da lei. A Organização Judiciária foi idealizada no fito de que o sentido da lei advenha das Cortes Superiores e da Suprema, substanciando o paradigma racionalista em que se busca a interpretação correta, assim entendida como sendo aquela fixada pelas cortes de uniformização e que, por essa razão sua observância se impõe às instâncias inferiores. O manejo de ação rescisória para buscar alinhar a lei ao entendimento esposado pela corte de uniformização tem amparo no Código, haja vista que superado o tempo em que a lei era concebida como um produto acabado do legislador, mas configura uma reafirmação do paradigma racionalista.

17. Não ocorre violação à literal disposição de lei quando ainda não há decisão a ser violada. A coisa julgada substancia a segurança jurídica, não podendo ser desfeita com a superveniência de decisões noutro sentido pelo Pretório Excelso. A assunção do cabimento de ação rescisória para a hipótese de "acinte" à literal disposição de lei, posterior à prolação da decisão, não encontra respaldo legal. Mesmo na linha do racionalismo, não há fundamentos para o tratamento diferenciado entre a lei infraconstitucional e a lei constitucional conferido pelo Supremo Tribunal Federal, em que a última é apta a desfazer a coisa julgada. O "acinte" em latência, consoante vem ocorrendo em precedentes do Supremo Tribunal Federal, instituiu um novo permissivo à rescisória, que não dentro do rol normativo, mas fundado em direito superveniente.

18. A mutação constitucional deve respeitar o texto da lei, de modo que a "mutação constitucional" levada a efeito pelo STF do art. 52, inc. X, da CF, não teria amparo normativo. A aproximação dos modelos de controle difuso e concentrado com a possibilidade de que as decisões do plenário do STF sejam dotadas de efeitos *erga omnes*, sem que para tanto concorra a Casa Alta com a suspensão de sua executoriedade, sinaliza quanto à incompatibilidade de ser importado um modelo de controle de constitucionalidade ambientado em um país de tradição do *common Law* à nossa realidade e de tradição romanística.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Filosofia do direito:** uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

AFTALIÓN, Enrique R; GARCA OLANO, Fernando; VILANOVA, José. **Introduccion al derecho:** Nociones preliminares, teoria general, enciclopedia juridica, historia de las ideas. 12. ed. Buenos aires: Abeledo-perrot, 1980.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Guilherme de Assis; BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de filosofia do direito.** São Paulo: Atlas, 2001. p. 273.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Ação penal.** São Paulo: Saraiva e Cia, 1938.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **O processo criminal brazileiro.** Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1901, V. 1.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2008.

ÁNGELIS, Dante Barrios. **Teoría del proceso.** Buenos Aires: Depalma, 1979.

ANTONNI, Rosmar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

ARAÚJO, Wandyck Nóbrega de. **Idéia de Sistema e de Ordenamento no Direito.** Porto Alegre: SAFE, 1986.

AROCA, Juan Montero. **El derecho procesal en el siglo xx.** Valência (Esp): Tirant lo Blanch, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito:** introdução e teoria geral. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Do ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil.** 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BLOCH, Ernst. **Sujeto-objeto:** el pensamiento de Hegel. 2. ed. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1982.

BOBBIO, Norberto. **Contribucion a la teoria del derecho.** Trad. Alfonso Ruiz Miguel. Valencia: Fernando Torres Editor, 1980.

_____. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant.** Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: UNB, 1997.

_____. **Direito e poder.** Trad. Nilson Moulin. São Paulo: Editora UNESP, 2008.

_____. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria geral do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAGA, Paula Sarno; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil:** execução. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 5.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Dec.-lei 3.689, de 03.10.1941. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. EXPOSIÇÃO de motivos do Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União,** 02 ago. 1972.

BRASIL. EXPOSIÇÃO de Motivos do Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União,** 13 out. 1941.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RE 41.407, Recorrente: União Federal, Recorrido: Fernando de Abreu Teixeira, Relator Min. Villas Bôas, j. 02/09/1959. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2ª Turma, RE 50.046, Recorrente: Cooperativa Central dos Produtores de Leite Ltda., Recorrido: Marcos de Almeida Guerra e outros, Relator Min. Victor Nunes, j. 05/04/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, EclAR 602, Embargante: Martins Jorge, Embargada: Sarcone e Cia. Ltda., Relator Min. Gonçalves de Oliveira, j. 22/11/63. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, RE-ED 328812, Embargante: Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos, Embargado: Instituto Nacional do Seguro Social, rel. Min. Gilmar Mendes, Voto vencido: Min. Marco Aurélio. DJ 02.05.2008. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, AI-AGR 460439, Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF, Agravado: Alcides Marciano e outros, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.03.2007. **STF.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 de jan. 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. "Bases para um pensamento contemporâneo do direito processual civil." **Bases científicas para um renovado direito processual.** Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon (orgs.). Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, v. 1.

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 12-26.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público:** fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2. ed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Do "Cumprimento de Sentença", conforma a Lei nº 11.232/05. Parcial retorno ao medievalismo? Por que não? **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 38, p. 17-42, mai. 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil.** 5. ed. rev. e atual. Trad. Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

_____. **Diritto e processo.** Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. **Sistema di diritto processual civile.** Padova (Itália): CEDAM, 1939.

CASSIRER, Ernst. **Filosofia de la ilustracion.** México: Fondo de Cultura Económica, 1972.

CARVALHO, Janete Magalhães. **Discurso preliminar sobre a epistemologia da ciência do direito.** Discursos introdutórios na ciência do direito. Gilsilene Passon Picoretti Francischetto e Janete Magalhães Carvalho (org.) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Direito processual do trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, T. II.

CAYGILL, Howard. **Dicionário Kant.** Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1942, V. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

CORDEIRO, António Menezes. "Introdução à edição portuguesa." CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 4. ed. Trad. Dra. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed. Trad. Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle difuso de constitucionalidade:** teoria e prática. 2. ed. Bahia: JusPodivm, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Salvador: JusPODIVM, 2006, V. 3.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Jurisdição e competência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. "Introdução à edição brasileira". KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do método:** regras para a direção do espírito. São Paulo: Martin Claret, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed. Bahia: JusPodivm, 2008, v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. ed. Bahia: JusPodivm, 2009, v. 1.

_____. Esboço de uma teoria de execução civil. **JusPodivm.** Disponível em: <www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 28 set. 2008.

_____. "Nota do Organizador à 2ª edição". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. **Panorama sobre o *novo* sistema de controle *difuso* de constitucionalidade das leis no direito brasileiro.** Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

_____. **Pressupostos processuais e condições da ação:** o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DILTHEY, Wilhelm. **Introducción a las ciencias del espíritu:** ensayo de una fundamentación del estudio de la sociedad y de la historia. Trad. Julián Marías. Madrid: Alianza Editorial, 1986.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico:** introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A reforma da reforma.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

_____. Sobre o desenvolvimento da doutrina brasileira no processo civil. **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 27-32.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

DUARTE, José Florentino. "Palavras do tradutor". KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1.

_____. **Código de processo penal brasileiro anotado.** 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 6.

FADEL, Sergio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil.** 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FEITOSA, Denilson. **Direito processual penal:** teoria, crítica e práxis. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione:** teoria del garantismo penale. 8. ed. Roma: Laterza, 2004.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de filosofia.** 4. ed. Buenos Aires: Sudamericana, 1958, T. IV.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FREIRE, Rodrigo da Cunha. **Condições da ação:** enfoque sobre o interesse de agir. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O novo processo de execução:** o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÁLVEZ, Juan Monroy; PALACIOS, Juan Monroy. Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada: apuntes iniciales. **Revista de Processo,** São Paulo, ano 28, n. 109, jan.-mar. 2003. p. 187-220.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLüCK, *Commentario alle Pandette*, 1, I, § 85, Trad. Ferrini *apud* REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. "Provas". **As reformas no processo penal:** as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. Maria Theresa Rocha de Assis Moura (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 260.

GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **Interpretação criativa e realização do direito.** Recife: Bagaço, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A jurisprudência dos interesses e a interpretação do direito.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996.

GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual do processo penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse.** Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

_____. **La lógica de las ciencias sociales.** Trad. Manuel Jiménez Redondo. 3. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei.** Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HECK, Philipp. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Trad. José Osório. Coimbra: Arménio Amado, 1947.

HEGEL, Friedrich G. W. **Princípios da Filosofia do Direito.** Trad. Orlando Vittorino. Lisboa: Guimarães, 1989.

HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento.** Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5. ed. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Alfradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. **Teoria pura do direito.** 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico:** da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

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

_____. **Metodología de la ciencia del derecho.** 2. ed. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1980.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 5. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

LESSA, Pedro. **Estudos de filosofia do direito.** Campinas: Bookseller, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. O despacho saneador e o julgamento do mérito. **Revista Forense,** Rio de Janeiro, n. 104.

_____. **Processo de execução.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal:** e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos.** Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, v. 2.

_____. **Sistema e estrutura do direito:** das origens à escola histórica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008, v. 1.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito.** Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO, Silvio de. “Ordem”. **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 56.

_____. “Sistema”. **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 69.

MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966.

MARÍAS, Julián. **História da filosofia.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil:** processo cautelar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 4.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

_____. **Coisa julgada inconstitucional:** a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Il diritto di azione nella costituzione brasiliana.** Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 06. out. 2008.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

_____. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, v. 2.

_____. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1.

MARQUES, Mário Reis. **Codificação e paradigmas da modernidade**. Portugal: Coimbra, 2003.

MARTINS, Leonardo (leonardomartins1@yahoo.de). **Sistema Romano-germânico e controle difuso de constitucionalidade.** Email to SÁ FILHO, Fábio Menezes de (fabio_20@hotmail.com). 27 nov. 2008.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Introduccion al estúdio del derecho.** 35. ed. México: Editorial Porrua, 1984.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Revisão criminal.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Theresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada:** hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELES, Edilton. **O processo do trabalho no âmbito do direito processual civil brasileiro.** Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Coord. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional:** o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENEZES, Tobias Barreto de. **Questões vigentes de philosofia e de direito.** Pernambuco: Liv. Fluminense, 1888.

MIAILLE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito.** Lisboa: Moraes, 1989.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** (arts. 782-807). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, T. X.

_____. **Tratado da ação rescisória**. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, T. I.

_____. **Tratado das ações:** ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1998, T. IV.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de. **Manual de história dos sistemas jurídicos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MOLES, Abraham A. **A criação científica.** São Paulo: Perspectiva, 1998.

MONCADA, L. Cabral de. **Estudos de história do direito.** Coimbra: Universidade de Coimbra, 1950, V. 3.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V. 1.

_____. **Curso de direito processual civil:** teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007, V. 2.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. "Considerações sobre a Chamada "Relativização" da Coisa Julgada Material". **Relativização da coisa julgada**: enfoque crítico. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. **Estudos sobre o novo código de processo civil.** Rio de Janeiro: 1974.

_____. **Temas de direito processual**: (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

_____. **O Método 1:** a natura da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1998.

_____. **O método 1**: a natureza da natureza. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

_____. **O método 3:** o conhecimento do conhecimento. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.

_____. **O método 4:** as idéias. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2002.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** Atualizado até 1º de março de 2006. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Teoria geral dos recursos.** 6. ed. atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Modulação dos efeitos da decisão do STF em sede de recurso extraordinário: aspectos polêmicos. In: ENCONTRO NACIONAL DE DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. 30 ago. 2008, Recife – PE.

NEVES, Daniel Assunção Amorim. **O novo conceito de sentença.** Reforma do CPC: leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/06. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Roberto Wanderley. **O problema da razoabilidade e a questão judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

ORTEGA Y GASSET, José. **Kant. Hegel. Dilthey.** Madrid: Revista de Occidente, 1958.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro:** desde as origens até o advento do novo milênio. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica.** Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1999.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr-jun. 1997

PERELMAN, Chaïn. **Ética e Direito.** Trad. Maria Ermantina Glavão. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Lógica jurídica:** nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ, José Luis Monereo. **Introduccion al nuevo derecho del trabajo:** Una reflexion critica sobre el derecho flexible del trabajo. Valencia: Tirantlo blanch, 1996.

PESCATORE, Matteo *apud* BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 80.

POLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito.** 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1996.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **A tutela da liberdade no processo penal.** São Paulo: Malheiros, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Hans Kelsen:** vida e obra. Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Reforma do CPC:** leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/06. Impugnação ao cumprimento de sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 13. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Fontes e modelos do direito:** para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Horizontes do direito.** 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Visão integral do direito em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “Debates”. **Positivismo e neutralidade ideológica em Kelsen.** Estudos de filosofia do direito: uma visão integral da obra de Hans Kelsen. Luiz Regis Prado e Munir Karam (org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROCHA, José de Moura. **Sistemática do novo processo de execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ROCHA, José Elias Dubard de. **Crise cognitiva do processo judicial.** Processualística Sistêmica I. Recife: Nossa Livraria, 2008.

_____. **Interesses coletivos:** ineficiência de sua tutela judicial. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Sistema processual: do sistemático ao sistêmico. **Direito, Cidadania e Processo.** Recife, 2006.

_____. Processualística sistêmica. **Revista da Pós-graduação em Direito da Unicap.** Recife, ano 1, n. 01, 2002.

ROCHA, Leonel Severo. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da revisão.** Rio de janeiro: Forense, 1964.

SALDANHA, Nelson. **Estudos de teoria do direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

_____. **Ética e história.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Filosofia do direito.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Observações gerais sobre Jhering.** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996.

_____. **Velha e nova ciência do direito:** e outros estudos de teoria jurídica. Recife: Editora Universitária, 1974.

_____. **"**Ordem Jurídica". **Enciclopédia Saraiva do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, V. 56.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1962, V. 1.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 8. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1985, v. 3.

SICHES, Luis Recásens. **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "Razonable".** México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

_____. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** México: Porrúa, 1980.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **A ação cautelar inominada no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Curso de processo civil:** processo cautelar (tutela de urgência). 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, V. 2.

_____. **Direito Material e Processo**. Polêmica sobre a ação. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral (org). Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

_____. **Jurisdição, Direito Material e Processo.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Racionalismo e tutela preventiva em processo civil. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, ano 91, vol. 801, jul. 2002.

_____. **Sentença e coisa julgada:** ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Fernando Luso *apud* GOMES, Fábio Luiz; SILVA, Ovídio A. Baptista. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Fundamentos epistemológicos para uma teoria geral do processo.** Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Coord. Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, 2008.

SOBOTA, Katharina. **Não mencione a norma.** Anuário dos cursos de pós-graduação em Direito, n. 07. Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura.** Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho.** 7. ed. México: Editorial Porrua, 1977.

THEDORO JÚNIOR, Humberto. "A Ação Rescisória e o Problema da Superveniência do Julgamento da Questão Constitucional". **Revista de Processo**, São Paulo, n. 79, jul-set., 1995.

_____. **A execução de sentença e a garantia do devido processo legal.** Rio de janeiro: Aide, 1987.

_____. **Curso de direito processual civil:** processo de execução e processo cautelar. 2. V. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THIBAUT, Anton Friedrich Justus; Savigny. **La codificacion:** Sobre la necesidad de un derecho civil general para alemania y la vocacion de nuestra epoca para la legislacion y la ciencia del derecho. Madrid: Aguilar, 1970.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de processo penal.** 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, V. 1.

_____. **Instituições de processo penal.** Rio de Janeiro: Forense, 1959, V. 1.

TORRÉ, Abelardo. **Introduccion al derecho.** 8. ed. Buenos Aires: Perrot, 1981.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 1.

_____. **Processo Penal.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, V. 4.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal:** jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papirus, 2002.

VECCHIO, Giorgio Del. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, v. 1.

_____. **Lições de filosofia do direito.** Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959, v. 2.

DEL VECCHIO y RECASÉNS SICHES, **Filosofia del Derecho.** México: Uetha, 1946, V. 1. p. 67. *Apud* MACHADO NETO, A. L. **Teoria geral do direito.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro Ltda., 1966.

VEIGA, Gláucio. **Jhering, Tobias e a "Nova Intuição do Direito".** Jhering e o Direito no Brasil. João Maurício Adeodato (org.). Recife: Editora Universitária, 1996.

_____. **Lógica da argumentação.** Anuário do Mestrado em Direito, n. 05. Recife: Editora Universitária, 1992.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 6.

_____. Por que unificar o direito processual? **Revista de Processo,** São Paulo, Ano VII, n. 27, jul.-set. 1982. p. 40-48.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** definições e fins do direito: os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sobre a súmula 343. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 86, abr-jun. 1997.

WELZEL, Hans. **Introduccion a la filosofia del derecho:** derecho natural y justicia material. Trad. Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1977.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** 3. ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLFF, *Log*., §889 *apud* ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia.** São Paulo: Mestre Jou, 1970.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito.** 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Sentenças inconstitucionais:** inexigibilidade. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 23 nov. 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.