

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**PROCESSO E MÉTODO: A INFLUÊNCIA DO
PARADIGMA RACIONALISTA NO CONCEITO DE
SENTENÇA**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Lucas Diego Holz

**Santa Maria, RS, Brasil
2014**

PROCESSO E MÉTODO: A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA RACIONALISTA NO CONCEITO DE SENTENÇA

por

Lucas Diego Holz

Monografia de graduação apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Santa Maria, RS, Brasil

2014

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Monografia de Graduação**

**PROCESSO E MÉTODO: A INFLUÊNCIA DO
PARADIGMA RACIONALISTA NO CONCEITO DE
SENTENÇA**

elaborada por
Lucas Diego Holz

como requisito parcial para obtenção de grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia
(Presidente/Orientador)

Profª. Drª. Ângela Araújo da Silveira Espindola
(Universidade Federal de Santa Maria)

Mestranda Ariane Langner
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 03 de dezembro de 2014

*Ao professor Ovídio Araújo Baptista da Silva
in memoriam*

AGRADECIMENTOS

1. Dedico especial agradecimento a minha mãe, Ivone Maria Müller Holz, por tudo. Sem o seu apoio e sem tudo o que sempre representou para mim eu não poderia realizar este trabalho.

2. Dedico também especial agradecimento ao meu falecido pai, José Raul Holz, por tudo aquilo que, em vida, fez por mim.

3. Meus sinceros agradecimentos a todos aqueles que, de alguma forma, doaram um pouco de si para que a conclusão deste trabalho se tornasse possível:

Ao professor Cristiano Becker Isaia, pela sabedoria com que me conduziu na realização deste trabalho.

A todos aqueles que foram meus professores ao longo do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, pela formação do espírito crítico que me inspirou na feitura desta monografia.

À Caroline Silveira, pelo carinho e companheirismo de sempre.

Aos colegas e amigos do Curso de Direito, pelo incentivo e apoio constantes.

O problema que envolve a relação Direito e Filosofia consiste, fundamentalmente, no fato de que, para o Direito, em geral, a produção do pensamento crítico está simplesmente vinculada à confrontação de posições teóricas. Essa mera contraposição de argumentos jurídicos é produzida como discussão, isto é, sem que se busque os fundamentos de cada uma das posturas sob análise. Por esse motivo, a aproximação entre Direito e Filosofia permite olhar mais no fundo da questão e descobrir qual é o standard de racionalidade que está por trás da argumentação e das premissas.

Vicente de Paulo Barretto

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

PROCESSO E MÉTODO: A INFLUÊNCIA DO PARADIGMA RACIONALISTA NO CONCEITO DE SENTENÇA

Autor: **Lucas Diego Holz**

Orientador: **Cristiano Becker Isaia**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 03 de dezembro de 2014.

Este estudo visa apontar o substrato imanente ao moderno conceito de sentença compreendido como ato definitivo, no duplo sentido do verbo definir, ou seja, como ato que põe fim ao procedimento ou a fase processual e como o único ato do processo capaz de definir o mérito da causa, segundo preceitua a doutrina tradicional em processo. A realização deste trabalho conta com a abordagem das perspectivas jurídicas, filosóficas e doutrinárias acerca do tema. Para este desiderato foi utilizado o “método” fenomenológico. Ao adotar-se tal “método” parte-se do pressuposto de que o intérprete deve estar antes disposto a deixar que coisa (Direito) “seja” em seu “ser”, sem com isso esquecer que ele próprio (intérprete) é parte integrante do processo compreensivo. Assim, procurar-se-á demonstrar que o conceito de sentença se relaciona com outro ato do juiz no processo civil, especificamente no que se entende por decisão interlocutória. Isto porque a esta, ao contrário da sentença, seria vedado o acesso ao mérito – segundo a doutrina tradicional, seguidora do modelo italiano – e seria a decisão que não está no *locus* final do procedimento, estando em momento anterior à sentença sempre. Será demonstrado que o que se entende por sentença atualmente é reflexo do racionalismo e sua fixação pela busca de certezas e verdades matematicamente demonstráveis.

Palavras-Chaves: processo civil; racionalismo; sentença; sentença definitiva.

ABSTRACT

Graduation Monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

PROCESS AND METHOD: THE INFLUENCE OF THE RATIONALIST PARADIGM IN THE CONCEPT OF SENTENCE

Author: **Lucas Diego Holz**

Adviser: **Cristiano Becker Isaia**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 03, 2014.

This study has the intent to indicate the substrate immanent to the modern concept of the sentence understood as the definitive act, in your double meaning, such as the act that puts an end on the proceeding or the processual phase and the only act of the procedure capable of define the merit of the cause, according to the principles of the traditional doctrine. The accomplishment of this work counts with the approach of the judicial, philosophical and doctrinal perspective about the theme. For this desideratum it was used the phenomenological “method”. As a result of having adopted this "method", it is necessary to start from the assumption that the interpreter should be prepared to let the thing (Law) “be” in your “presence”, without forgetting that himself (interpreter) is part of the understanding process. Thus, efforts will be made to demonstrate that the concept of sentence relates to another act of the judge in the civil procedure, more specific on what is meant by interlocutory decision. To the interlocutory decision, unlike the sentence, would be denied access to the merit of the cause – according to traditional doctrine, which follows the Italian model – and it would be a decision that never ends the procedure, and is preceding the sentence always. It will be demonstrated that what is meant by the sentence is actually a reflection of rationalism and their attachment for the search of certainty and mathematically demonstrable truths.

Key-Words: procedural; rationalism; sentence; final sentence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 PROCESSO E RACIONALISMO: A APOSTA NO MÉTODO PARA A BUSCA DA VERDADE.....	12
1.1 Racionalismo e método no processo civil.....	12
1.2 Direito romano tardio e a consagração da ordinarização com o racionalismo.....	19
2 PROCESSO E MÉTODO: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS A QUE O SISTEMA CHAMA DE “DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS”	33
2.1 Sentença e decisão interlocutória na história do processo civil.....	33
2.2 O método racionalista como determinante no conceito de sentença... 	44
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O objetivo primordial deste trabalho é apontar o substrato imanente ao moderno conceito de sentença compreendido como ato definitivo, no duplo sentido do verbo definir, ou seja, sentença como ato que *põe fim* ao procedimento ou a fase processual e como o único ato do processo capaz de *definir (julgar) o mérito* da causa, segundo preceitua a doutrina tradicional em processo. Com o presente estudo, quer-se desvelar os pressupostos latentes do sistema processual civil moderno, especificamente no que toca ao conceito de sentença, evidenciando-se, com isso, como este conceito está diretamente influenciado pelo paradigma filosófico constituído com a modernidade.

A realização deste trabalho conta com a abordagem das perspectivas jurídicas, filosóficas e doutrinárias acerca do tema. Tudo isto tendo em vista desvelar as relações existentes entre um contexto mais amplo (o *paradigma* racionalista) e o processo civil de que se dispõe atualmente, para se averiguar, mais especificamente, o resultado desta influência racionalista no conceito de sentença.

Para este desiderato foi utilizado o “método” fenomenológico, buscando desvelar o ser do processo e de suas relações com o *paradigma* racionalista. Ao adotar-se tal “método” parte-se do pressuposto de que o intérprete deve estar antes disposto a deixar que coisa (Direito) “seja” em seu “ser”, sem com isso esquecer que ele próprio (intérprete) é parte integrante do processo compreensivo, e que portanto, estará em jogo (mesmo em termos de processo) uma produção de sentido (e não uma extração de sentido). Isso porque, em termos de Direito, não se pode esperar algo fixo, algo como respostas que estariam “já dadas” e que, portanto, ao intérprete, incumbiria apenas encontrar esta verdade já posta metafisicamente. Tudo isto tendo em mente que o Direito “se dá” na linguagem, não havendo como ser diferente (já que a linguagem é o modo de acesso às coisas e ao mundo). Por isso é que, se se quiser pensar em algo como um “método”, opta-se pelo “método” fenomenológico (lembrando Heidegger e Gadamer: devemos manter a vista atenta à coisa) e não com o cartesiano (que vai das dúvidas às certezas “racionalmente” comprovadas)¹.

Quanto ao procedimento, será realizada uma digressão histórica acerca da formação do processo civil moderno, bem como a comparação para se averiguar as influências da filosofia racionalista no processo civil moderno. Tudo isso, mediante a revisão bibliográfica acerca do tema, buscando identificar o que já foi objeto de discussão e que pode vir a contribuir no

¹ BORGES MOTTA, Francisco José. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 65.

identificar as influências do racionalismo no processo e, especificamente, no conceito de sentença.

Procurar-se-á demonstrar que este conceito se relaciona com outro ato do juiz no processo civil, especificamente no que se entende por *decisão interlocutória*. Isto porque a esta, ao contrário da *sentença*, seria vedado o acesso ao mérito – segundo a doutrina tradicional, seguidora do modelo italiano – e seria a decisão que não está no *locus* final do procedimento, estando em momento anterior à sentença sempre. Além disso, *sentença* e *decisão interlocutória*, como se apresentam na modernidade, estão imbricadas no contexto da *ordinarização* do procedimento, tendo-se em vista a profunda relação entre a *ordinarização* e o paradigma filosófico que emergiu com a ilustração europeia.

Ainda cabe referir que, para demonstrar a influência do paradigma racionalista no moderno conceito de sentença, será utilizado, sobretudo, do genial legado do processualista gaúcho Ovídio Araújo Baptista da Silva, por ter sido este autor quem, de forma brilhante, demonstrou que o processo civil atual está profundamente determinado pela filosofia racionalista, inclusive em seus recantos mais insuspeitos. Ovídio, no seu desiderato de revelar as ilações existentes entre processo civil e racionalismo, na obra *Processo e Ideologia*², utiliza-se do conceito de *paradigma* elaborado por Thomas Kuhn, tratando o racionalismo como um autêntico paradigma nos termos propostos por Kuhn³.

Ovídio Baptista, com a obra *Processo e Ideologia*, estava interessado em demonstrar o compromisso de nosso sistema processual civil com o *paradigma* racionalista, indicando pontualmente o modo através do qual ele se infiltra sutilmente nas mais variadas questões processuais, determinando-lhes o sentido profundo e orientando, tiranicamente, as suas conclusões.⁴

Ovídio abordou de forma peculiar e original pontos cruciais do sistema processual civil para revelar como este está profundamente comprometido com o racionalismo. Por isto é que, a partir da obra do Professor Ovídio, com o presente estudo se buscará demonstrar como também o moderno conceito de sentença encontra-se influenciado pelo *paradigma*

² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³ Acerca do que seja um *paradigma* científico ou filosófico, reconhecendo a ambiguidade que o conceito possa carregar, pode-se dizer, com Thomas Kuhn, que um *paradigma* é formado pelas premissas que alicerçam toda concepção científica. Sobre estas premissas (que é o *paradigma*) é que a ciência não apenas se constrói, como somente através delas se torna possível como ciência normal, em oposição ao que Kuhn chamou de “ciência revolucionária”. Esta seria o tipo de ciência que teria a possibilidade de provocar as rupturas paradigmáticas ocasionando as “revoluções científicas”. Neste sentido, veja-se BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 28 e seguintes.

⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

racionalista, no contexto da ordinarização do procedimento. Assim, no primeiro capítulo se abordará acerca da relação entre o processo civil moderno, constituído a partir de sua origem romana, e o *paradigma* racionalista. No segundo capítulo se buscará a relação entre racionalismo e o conceito de sentença.

1 PROCESSO E RACIONALISMO: A APOSTA NO MÉTODO PARA A BUSCA DA VERDADE

Neste capítulo, será investigado o vínculo umbilical existente entre a filosofia racionalista e o processo civil moderno. Para isso, em um primeiro momento, investigar-se-á o racionalismo e seus reflexos no Direito, como ciência do espírito, e em específico no direito processual civil. Após, em um segundo momento, será feita uma incursão pelas origens romanas de nosso atual Processo de Conhecimento, para demonstrar a consagração da ordinariedade procedimental com o advento do Racionalismo.

1.1 Racionalismo e método no processo civil

Para desvelar o comprometimento existente entre o Direito Processual Civil e o *paradigma* racionalista, torna-se indispensável proceder a uma breve contextualização histórica acerca do momento em que se deu o surgimento desse complexo fenômeno cultural tido como o Racionalismo, logo não se pretende uma investigação exaustiva dos fatores determinantes do surgimento deste fenômeno. Assim, utilizando-se, como já mencionado, da obra do professor Ovídio Baptista, pretende-se apenas indicar os grandes movimentos espirituais que ocasionaram a derrocada do mundo medieval e o surgimento do mundo moderno, pois sem isso, torna-se impossível compreender o racionalismo. Os grandes movimentos que possibilitaram essa transição são o Renascimento – e seu mais ilustre produto cultural, o humanismo – e a Reforma Religiosa.⁵

Ovídio Baptista indica que o Renascimento possui, como substrato espiritual que melhor o define, o chamado *humanismo*, que depois seria transformado no *individualismo*, o qual, por sua vez, seria considerado como a ideologia moderna por excelência. Inobstante ser o *individualismo* uma invenção moderna, o humanismo de que ele se nutre teria origem no mais remoto cristianismo. Na verdade, diz Ovídio, o humanismo é a grande mensagem transmitida pela moral cristã, reorientada, porém, na doutrina medieval, especialmente com Guilherme de Ockham, no sentido de um *nominalismo* absoluto.^{6 7} Ovídio, ainda dá notícia de

⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 58.

⁶ *Ibid.*, p. 60.

⁷ Nominalismo esse que viria a influenciar Thomas Hobbes, um dos predecessores do Estado Moderno. Para Hobbes a proposição seria constituída pela adição de dois nomes; o silogismo pela de duas proposições; a demonstração pela de vários silogismos. Essa maneira de proceder conduziria à ciência. A ciência é o conhecimento das consequências de uma palavra à outra palavra. Hobbes é nominalista, pois para ele é nos nomes que se baseia todo o edifício científico. Para compreender o valor do universal, segundo Hobbes, não

que “muitos historiadores e filósofos têm observado que o *individualismo*, que é um produto cultural moderno, tem origem no cristianismo”.⁸ A própria Reforma Religiosa outra coisa não seria senão o resultado de uma releitura dos mesmos textos bíblicos que haviam inspirado a Idade Média.⁹ O homem, a partir do Renascimento, passa a ser compreendido como *indivíduo*, pensado como uma entidade abstrata e universal. Antes deste momento histórico, o homem reconhecia-se apenas enquanto integrante de alguma organização coletiva (raça, família, partido, etc.). O homem, ser individual, autônomo, surge com a modernidade.¹⁰

E, naturalmente, será uma tarefa inútil estudar o direito moderno, particularmente nosso Direito Processual Civil, prescindindo dos vínculos que o ligam à ideologia da modernidade, pela via do individualismo. A própria categoria conhecida como “direito subjetivo” é uma criação moderna que, todavia, deita raízes em correntes filosóficas medievais.¹¹

Com isso, o autor demonstra a ligação do mundo moderno em formação com suas raízes medievais¹². Ovídio Baptista ainda refere que o Processo Civil moderno não pode ser entendido sem se ter presente a sua relação com a economia capitalista, bem como a ligação desta com a nova moralidade cristã, nascida do protestantismo. Neste sentido, o processualista gaúcho se utiliza da obra de Max Weber para demonstrar como a nova ética cristã, surgida com a Reforma Religiosa, teve um papel preponderante na formação da economia capitalista, principalmente ao promover o ideal de cumprimento da *vocação* por meio do trabalho, deixando de lado todo o gozo espontâneo da vida.¹³ A aquisição econômica não mais estaria subordinada ao homem como meio de satisfazer suas necessidades. O homem passa a ser dominado pela produção do dinheiro, pela acumulação encarada como finalidade última. Esta inversão seria um princípio orientador do capitalismo que, ao mesmo tempo, estaria intimamente ligado a certos ideais religiosos surgidos com a Reforma.¹⁴

É desta perspectiva que se pode vislumbrar o *ethos* profundo da modernidade, na substituição do catolicismo medieval pela nova cultura das religiões reformadas. Enquanto a Idade Média viveu sob a inspiração religiosa do catolicismo, nossa

seria necessária outra faculdade a não ser a imaginativa. Aí esta o nominalismo medieval a influenciar a constituição da modernidade.

⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁹ *Ibid.*, p. 61.

¹⁰ *Ibid.*, p. 61.

¹¹ *Ibid.*, p. 61.

¹² Para maior aprofundamento acerca das bases filosóficas clássicas e medievais que possibilitaram o surgimento do jusracionalismo moderno ver: WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Especialmente p. 279 e ss.

¹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. Cit.* p. 62.

¹⁴ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 5. ed. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1987. **apud** BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. Cit.* p. 63.

cultura, queiramos ou não, navega na nova galáxia nascida da Reforma Religiosa e da ética do capitalismo. Até porque os filósofos e juristas de maior influência na formação do pensamento moderno eram luteranos, quando não calvinistas.¹⁵

Esta é a via que liga nosso sistema de Direito com a Reforma Religiosa. As novas religiões reformadas, ao estipular como virtude suprema a aquisição de capital como finalidade última, contribuíram com o substrato ideológico necessário a formação do capitalismo. O sistema jurídico, por conseguinte, reflete essa ideologia de acumulação capitalista.¹⁶

Portanto, são essas as origens do direito natural laico, surgido na modernidade como reação ao direito natural de origem aristotélico-tomista da Idade Média, que girava em torno de um eixo teocêntrico, pressupondo a verdade habitando um ser divino, representado no mundo terreno pelos imperadores ou autoridades eclesiásticas, ou ainda, pelo rei que, em nome de Deus, governava.¹⁷ Aqui se conclui a menção aos movimentos espirituais que levaram a ascensão deste *paradigma* filosófico. Adiante, começa-se a tratar a respeito da metodologia própria ao racionalismo que teve grande impacto no processo civil moderno.

Coube a uma geração de jusfilósofos (Hobbes, Espinosa, Pufendorf) elaborar as bases metodológicas de um sistema jurracionalista autônomo e combater a dependência metodológica da ética social profana em relação à teologia moral. O seu método foi estabelecido por Hobbes sob a influência direta de Descartes e de Galileu. Pufendorf tentou utilizar a racionalização e a matematização na tentativa de criar um sistema jusnaturalista geral, enquanto completava a emancipação em relação à teologia moral da ortodoxia luterana. Com isto, libertou-se o espaço para um sistema jurracionalista no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade. Em um episódio desse estágio, Christian Wolff desdobrou e pormenorizou tanto o sistema que, a partir de então, este ficou em condições de ser adotado pela ciência jurídica positiva.¹⁸

Há duas características que o distinguem do jusnaturalismo medieval: a utilização do método analítico-sintético, empregado nas ciências da natureza, por meio do qual os fenômenos deveriam antes ser decompostos, de modo que, através da análise de seus elementos estruturais, se tornasse possível a síntese posterior, tal como fizera Galileu.[...]

¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. Cit.* p. 64.

¹⁶ *Ibid.*, p. 62-65.

¹⁷ *Ibid.*, p. 66. e também ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 56.

¹⁸ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 304.

Ao contrário do jusnaturalismo medieval, de inspiração aristotélica, o novo direito racional tem raízes na filosofia voluntarista, especialmente no pensamento dos padres franciscanos Duns Scot e W. Ockham. [...]

A segunda distinção entre as duas formas de racionalismo jurídico está na rigorosa unificação metodológica empregada pelo direito natural laico, em virtude da qual a razão que preside o conhecimento nas ciências naturais haverá de ser a mesma razão que nos permite penetrar nos segredos das ciências do espírito.¹⁹

Esta unificação metodológica se dá em decorrência do emprego – ditado pelo racionalismo – do método próprio das ciências matemáticas nas ciências do espírito (ciências da compreensão hermenêutica), que caminhariam, a partir de então, para a formalização e abstração. Veja-se, a propósito, o que diz Ernest Cassirer sobre a tarefa primordial do iluminismo racionalista e o alcance que esta tarefa teve para além das ciências “duras”:

O século XVII deve a solidez e a unidade interior a que chegou – sobretudo no meio cultural do classicismo francês – ao espírito de coerência e rigor com que manteve essa exigência unificadora, ampliando-a a todos os domínios do espírito e da vida. Essa exigência não se impôs apenas à ciência, mas também à religião, à política e à literatura. Quando se passa para o século XVIII, parece que esse *absolutismo* da unidade de pensamento vai perdendo sua potência, esbarrando em múltiplos obstáculos que o levam a admitir concessões. Mas as modificações e concessões não atingem o âmago desse pensamento, a função *unificadora* como tal continua sendo reconhecida como a função fundamental da razão. O ordenamento racional, o domínio racional do dado, só é possível com uma rigorosa unificação. “Conhecer” uma multiplicidade significa colocar os seus elementos em relação recíproca de tal maneira que, partindo de um ponto determinado, a totalidade possa ser percorrida segundo uma regra constante e geral. Essa forma de pensamento “discursivo” tinha sido fixada por Descartes como norma fundamental do conhecimento matemático. Demonstrara ele que toda operação matemática tem por finalidade determinar uma proporção entre uma grandeza “desconhecida” (incógnita) e uma outra que é conhecida. Entretanto, essa proporção só pode ser concebida com perfeito rigor se o conhecido e o desconhecido participam de uma “natureza comum”. Um e outro, o conhecido e o desconhecido, devem poder apresentar-se sob forma quantitativa e, como tais, inferir-se de uma só e mesma unidade numérica. A forma discursiva do conhecimento tem constantemente, pois, o caráter de uma *redução*: ela reduz o complexo ao simples, a diversidade aparente à identidade que a fundamenta. O pensamento do século XVIII dedica-se a essa tarefa fundamental, procurando estender o seu efeito a domínios cada vez mais vastos. Graças a essa extensão, a idéia de “cálculo” perde sua significação exclusivamente matemática. O cálculo deixa de ser aplicável tão-só ao número e à grandeza: extravasa do domínio da quantidade para o das qualidades puras. Pois as próprias qualidades deixam-se relacionar entre si, ligar-se umas às outras, de modo que se possa inferir umas das outras numa ordem fixa e rigorosa. [...] A idéia de cálculo tem, assim, a mesma extensão que a de ciência; ela é aplicável a todas as multiplicidades cuja estrutura se reporta a certas funções fundamentais que permitem determiná-la inteiramente. [*sic*, grifos do autor]²⁰

Com este trecho, pôde-se evidenciar a extensão do método matemático próprio das ciências exatas (matemáticas) para as ciências do espírito (ciências da compreensão) ditada

¹⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Op. Cit.* p. 66-67.

²⁰ CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 44-45.

pelo iluminismo racionalista. Foi esta a *unificação metodológica* operada pelo racionalismo, ou seja, aplicar o método matemático inclusive para as ciências da compreensão. Além do mais, a aposta da filosofia racionalista do século XVII no método das ciências da natureza para a busca da verdade e de certezas absolutas nas ciências do espírito, bem como sua pretensão sistemática, que se coaduna com a formação de pressupostos próprios ao surgimento de um *paradigma*, pode ser inferida da obra, mais uma vez, de Ernst Cassirer, quando refere o seguinte:

[...] O século XVII via na construção de “sistemas filosóficos” a tarefa própria do conhecimento filosófico. Para que lhe parecesse verdadeiramente “filosófico”, era preciso que o saber tivesse alcançado e estabelecido com firmeza a idéia primordial de um ser supremo e de uma certeza suprema intuitivamente apreendida, e que tivesse transmitido a luz dessa certeza a todo o ser e a todo o saber dela deduzido. É o que efetivamente ocorre quando, pelo método da demonstração e da dedução rigorosa, são mediamente ligadas à certeza primordial outras proposições, a fim de se percorrer, por meio dessa conexão mediata, toda cadeia do cognoscível e a de encerrar sobre si mesma. Nenhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo. A única explicação de que é suscetível consiste em sua “dedução rigorosa” e sistemática, a qual o reconduz à causa primeira do ser e da certeza, permitindo assim avaliar a distância a que se encontra em relação a essa causa primeira e ao número de elos intermediários que o separam daquela. [sic]²¹

Com as palavras de Cassirer, percebe-se a pretensão de unicidade sistemática do paradigma filosófico racionalista, através pressuposto do método da dedução rigorosa prevalente no século XVII. Também se infere a aposta em uma metodologia precisa para se chegar às verdades e certezas próprias das ciências matemáticas. Esta metodologia acaba por ser transposta para o direito sob a égide do racionalismo. Nesse, sentido veja-se as palavras de Franz Wieacker a respeito do contributo jusracionalista na formação do moderno direito privado europeu:

O mais importante contributo do jusracionalismo para o direito privado europeu é, contudo, o seu sistema. A jurisprudência europeia fora, até aqui, uma ciência da exegese e do comentário de textos isolados, tendo permanecido assim depois do fracasso do projecto sistemático do humanismo. Para o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e manuais.

Com o sistema do jusracionalismo, a ciência jurídica positiva adoptou também a sua *construção conceitual*. Numa teoria que tinha de se comprovar perante o *forum* da razão através da exactidão matemática das suas premissas, o conceito geral adquiriu uma nova dignidade metodológica. Agora, ele não era já apenas um apoio tópico, um artifício na exegese e harmonização dos textos, mas o símbolo central que

²¹ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 24 a 26.

exprimiam a pretensão de ordenação lógica da ciência jurídica. As últimas fases do juraracionalismo, sobretudo, consideravam que a sua missão consistia numa demonstração das normas jurídicas que aspirasse à evidência lógica da prova matemática, e que consistisse, portanto, numa ininterrupta progressão dos conceitos mais gerais para os mais especiais: uma *demonstratio more geometrico*, a que corresponde, como precisamente se exprime no título e na forma expositiva da sua *Ethica more geometrico demonstrata*, a metafísica de Espinosa. Através dos discípulos juristas de Christian Wolff estas exigências entraram a fazer parte para sempre do programa da ciência jurídica privatística. A jurisprudência dos conceitos do séc. XIX é essencialmente a herdeira deste processo cognitivo galilaico-cartesiano. [*sic*, grifos no original]²²

O direito como ciência da compreensão que é, por conseguinte, não ficou imune a esta metodologia ditada pelo racionalismo. Neste contexto, o direito passou a ter de ser exato, matematicamente demonstrável por meio de silogismos onde a lei seria a premissa maior e o caso concreto a premissa menor, donde a aplicação adviria da conclusão das premissas. Por isso é que Ovídio Baptista refere que, no contexto do iluminismo racionalista a produção do Direito haveria de ser obra exclusiva do legislador, que se supunha um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. Ao conceber o Direito como uma ciência tão exata quanto a matemática, bem antes do século XVIII, acabou-se por proscrever tanto a retórica forense, enquanto arte do convencimento judicial, quanto igualmente eliminara-se a perspectiva hermenêutica na compreensão do fenómeno jurídico. A abstração e o formalismo a que o Direito foi submetido tem origem nas filosofias liberais do século XVII, quando não do próprio Direito Romano do período Imperial.²³ Assim, quanto ao impacto do método próprio *paradigma* filosófico racionalista no processo civil moderno, pode-se dizer que

A sede do iluminismo-racionalista pelo método (próprio das ciências lógicas) acabou por pretender descobrir um Direito em fases (*interpretação-compreensão-aplicação*), de forma que contivesse a exatidão de uma equação algébrica, contribuindo ao predomínio do valor *segurança (certeza)*, que por sua vez é o elemento preponderante na formação do conceito moderno de Direito. Conseqüentemente, o processo e a própria atuação jurisdicional passaram a ser guiados por essa ideologia. [...] Quanto ao processo civil, o método exigiu pensá-lo como uma equação algébrica que somente admitisse um resultado certo, uma verdade, que naquele caso seria absoluta. [*sic*, grifos dos autores].²⁴

²² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. *Op. cit.* p. 309-310.

²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 24.

²⁴ ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7535. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3457.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Por pressupor que o Direito seja obra exclusiva do legislador, o sistema, como implicação da doutrina de separação de poderes, acaba por reservar ao juiz a função de mero reprodutor do sentido da lei. Além do mais, por prezar pelo valor segurança-certeza, é que, para o sistema, a norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao interprete não seria dado hermeneuticamente compreender o texto legal, mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua vontade.²⁵ Desta forma, fica evidenciado o intento racionalista de transformar o Direito em uma ciência lógica, tão exata e demonstrável como qualquer teorema matemático²⁶. É bom ter isso em mente, pois adiante será analisado o impacto dessa busca por segurança, principalmente por meio do método matemático, no conceito de sentença.

Outra consequência do método matemático aplicado ao direito foi causar o absoluto desprezo da ciência jurídica pelo plano da “realidade”. Neste sentido, o filósofo Ernst Cassirer refere que, com o iluminismo racionalista, as matemáticas constituem o meio e instrumento intelectual da restauração das “ideias” platônicas e que não só a física, mas também as ciências “morais” (dentre elas o Direito) enveredaram por esse caminho. Entretanto, o *vínculo metodológico* assim instalado comporta, para as ciências jurídicas, conseqüências que, à primeira vista, são sumamente paradoxais e perigosas. O que o Direito poderia ganhar num plano puramente ideal, parece estar fadado a perdê-lo do ponto de vista da “realidade”, da aplicação empírica. O Direito abandona o mundo do real, do efetivo, do eficiente a fim de transferir-se para o lado do “possível”. Leibniz não teria feito mais do que extrair a conclusão clara e segura das ideias de Hugo Grotius quando declarou que a ciência jurídica faz parte daquelas disciplinas que não dependem da experiência, mas de definições, não dos fatos, mas de provas estritamente racionais.²⁷ Quanto a isso, vejam-se as palavras de Cassirer que seguem:

Direito e justiça encerram a idéia de um acordo, de uma proporcionalidade e harmonia, que continuaria válida mesmo que nunca viesse a encontrar sua realização concreta num determinado caso. O Direito compara-se nisso à aritmética: o que essa ciência nos ensina sobre a natureza dos números e suas relações contém uma verdade eterna e necessária, uma verdade que subsistiria inata mesmo que o mundo empírico desmoronasse inteiro e não houvesse mais ninguém para ser efetivamente contado, nem sobrasse objeto algum a contar. É a mesma comparação e a mesma analogia metodológica que Grotius coloca no centro da sua argumentação no prefácio da sua principal obra. Ele declara expressamente que suas deduções sobre o

²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 17.

²⁶ Para maior aprofundamento neste tema ver: CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 315 a 367.

²⁷ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 319.

direito da guerra e da paz (em *De jure belli ac pacis*, 1625) não têm o propósito de fornecer uma solução determinada para esta ou aquela questão concreta, para os problemas da política contemporânea. Pelo contrário, ele descarta do debate todas as intenções desse gênero, da mesma forma que o matemático tem o costume de considerar as figuras sobre as quais raciocina independentemente de toda realidade material. No desenvolvimento ulterior da doutrina do direito natural essa matematização do direito foi levada ainda muito mais longe. [sic]²⁸

Adiante serão vistas as consequências desse desprezo pela realidade material, ditado pela metodologia própria do racionalismo, para o conceito de sentença. Por ora, basta o que ficou referido acima para caracterizar o *paradigma* racionalista e sua metodologia peculiar. Também se viu como este *paradigma* filosófico impactou profundamente na concepção de Direito a partir de então, levando o Direito a ser pensado por meio da metodologia das ciências de pesar, medir e contar. O Direito, a partir daí, caminhou rumo ao desprezo pelos “fatos” e no sentido da formalização e conceitualização abstrata.

O pensamento moderno levaria o direito processual civil a uma redução conceitual própria às ciências de medir e pesar, alimentando o dogmatismo procedimental a ponto de afastar o processo do próprio fato concreto que lhe dá origem e fundamento. Talvez assim se explique por que a utilização da razão como único meio, ao indivíduo, no alcance às verdades absolutas em processo civil, tornou-o (o processo) a-histórico. Um local onde atuam juízes irresponsáveis, solipsistas, mecanicamente programados para visitar sua própria consciência e sobrelevar o procedimento ao custo do plano fático, relegado tradicionalmente em prol da supervalorização do rito.²⁹

Essa supervalorização do rito em detrimento do caso concreto é uma das causas que determinam o conceito de sentença como ato final de procedimento. Tratar-se-á disso a frente. Agora, cumpre analisar a origem romana desse procedimento uniformizado, conhecido por Processo de Conhecimento, onde, segundo a ideologia que preside o sistema, não importa a natureza da causa *sub judice*, nem a sua urgência, em tese todas as lides deveriam se submeter a ordinariedade procedimental.

1.2 Direito romano tardio e a consagração da ordinarização com o racionalismo

A partir de agora, o intento será investigar como o procedimento romano do *ordo iudiciorum privatorum*, que deu origem ao rito ordinário, restou consagrado na modernidade pelo *paradigma* filosófico acima descrito. Assim, buscar-se-á demonstrar como o

²⁸ CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992. p. 319 a 320.

²⁹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35.

procedimento próprio dos juízos privados de Roma acabou por se adequar perfeitamente ao intento racionalista de busca pela verdade por meio do método matemático. Para isso, terá de ser feito um percurso histórico pelo Direito Romano para demonstrar as origens do procedimento ordinário. Após isto é que serão buscados os vínculos entre ordinariedade e racionalismo.

A história de Roma (e do Direito Romano) inicia-se no século VIII a.C., segundo os historiadores no ano de 753 a.C.³⁰, com a fundação de um pequeno povoado, e percorre vários séculos, podendo, politicamente, ser divididos nos seguintes períodos: a) *Realeza* (do século VII a.C até 509 a.C); b) *República* (de 509 a.C a 27 d.C); c) *Império* (divido em *alto império*, de 27 d.C. até 284 d.C, com o Imperador Diocleciano, e *baixo império* de 284 d.C. até 566 d.C., com a morte do imperador Justiniano); e, por fim, d) *Império Bizantino* (Império Romano do Oriente, que sobreviveria até o século XV).³¹

Se a história de Roma é assim dividida politicamente, ou seja, quando baseada na forma de governo, outra classificação é a que sustenta os períodos históricos no que se refere ao Direito Romano propriamente. Max Kaser³² classifica a evolução do Direito Romano nos seguintes períodos: a) *período arcaico* (do início de Roma até o século III a.C.); b) *período clássico* (com início no século III a.C. até o século III d.C); e c) *período pós-clássico* (do século III d.C. até a derrocada do Império do Ocidente).^{33 34}

No período arcaico do Direito Romano, que coincide com a fase política da *Realeza* e início da *República*, Roma era uma pequena comunidade rural composta por clãs (famílias), cuja população vivia em aldeias, tendo como fonte jurídica principal a lei das XII Tábuas (de 450 a.C.).³⁵ Este período do Direito Romano é também conhecido como o período das *legis*

³⁰ JANNUZZI, Giovanni. **Breve historia de Italia**. 1. ed. Buenos Aires: Letemendia, 2005.

³¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 80-84.

³² KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

³³ *Idem, ibidem*. p. 18-25.

³⁴ Poderíamos mencionar ainda os seguintes períodos do Direito Romano posteriores a derrocada do Império Romano do Ocidente (período que pode ser genericamente designado de Romano-Barbárico, pois sucede às invasões bárbaras), que são os das fases *longobarda* (568 d.C. a 774 d.C.), *franca* (de 774 d.C. a 900 d.C.), e *feudal* (de 900 d.C. a 1100 d.C.). Estes períodos aqui não serão tratados dados os fins da presente digressão histórica estarem vinculados a explicitar as raízes da ordinarização processual, que, para tanto, dispensam a menção a tais períodos. Para tanto veja-se: ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 45 e segs. e MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. I. p. 44 e segs.

³⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 81. e KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 18.

*actiones*³⁶(ou ações da lei³⁷). Período caracterizado por um acentuado formalismo verbal e procedimental³⁸ e que, no que tange ao *processo civil*³⁹, caracterizava-se por um acentuado primado pelo procedimento, em detrimento do caso concreto. Neste sentido, as palavras de Cristiano Becker Isaia, acerca do processo praticado no referido período:

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

Ainda em relação ao período arcaico e sua obsessão pela rigidez dos ritos processuais, é imperioso destacar novamente que para intentar um processo qualquer se fazia necessário introduzir a pretensão afluída numa das ações admitidas pelo costume e também aceitas pelo magistrado, razão pela qual começam a surgir fortes indícios de um princípio de afastamento entre procedimento e substância.[...]

As antigas leis, para cada direito por elas reconhecido, já designavam a *legis actio* com que se havia de proceder aos eventuais juízos, sendo procedimentos caracterizados pelos contornos do formalismo e da solenidade; um verdadeiro ritual de palavras pré-estabelecidas. Por outros meios e formas, a mesma ficcionalização acabaria sendo provocada pelo positivismo jurídico do século XVIII e seguintes, ao passo que, assim como no período arcaico, teve-se a ideia de que a lei teria condições em prever as hipóteses de incidência do direito (na época arcaica, consuetudinário), assim como o respeito ao procedimento seria a principal condição de validade na construção de uma decisão justa.⁴⁰

Entretanto, no século III a.C. começa a florescer uma nova cultura jurídica em Roma, tendo início o período do direito clássico. Período este considerado o de maior sofisticação do Direito Romano, direito de uma sociedade evoluída, individualista, direito fixado por juristas numa ciência jurídica coerente.⁴¹ Podendo-se aqui, dentro desse período, distinguirem-se duas fases. A primeira, coincidente com os séculos da República Tardia, dos séculos III até o século I a.C., onde houve a expansão do poder romano, que chega a dominar quase toda área

³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

³⁷ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 429. Refere este autor que o nome *legis actiones* remonta possivelmente às antigas fórmulas verbais que se chamavam *leges*, sendo que, mais tarde, a designação derivaria do fundamento legal em que a maioria deles tem a sua origem, seja as XII Tábuas ou leis posteriores.

³⁸ *Op. e loc. cit.*

³⁹ Acerca dos conceito de direito privado, o romanista Max Kaser diz o seguinte: “Usa-se com o mesmo significado a expressão *direito civil* (em sentido amplo) e chama-se *processo civil* ao processo que serve para fazer valer judicialmente direitos privados. KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 17.

⁴⁰ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 43.

⁴¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. *Op. cit.* p. 81.

do mundo antigo (Europa Ocidental e do Sul, Ásia Menor, Oriente Médio, Egito e África do Norte). Neste período também há a ascensão da cultura jurídica romana. Nesta fase, os romanos entraram em contato com a filosofia grega, que prepara o terreno para o despontar da ciência jurídica, que procura, através da análise e da síntese, elaborar conceitos jurídicos e ordená-los em um sistema interno. O sentido prático dos juristas romanos preservou a ciência jurídica de exageros e teorizações infrutíferas e alheias à realidade. Criaram uma forma de pensamento jurídico adaptada às realidades culturais, econômicas e sociais, cuja importância é pouco destacada.⁴²

Já a segunda fase, que vai até o século III d.C., coincide aproximadamente com a época do Principado, no *Alto Império*, onde houve o exercício de um regime imperial moderado, onde os imperadores não impediram a ciência jurídica de se desenvolver com constrangimentos autoritários, apesar de, no plano político, a liberdade do povo diminuir sem cessar. Nesta fase, os juristas produziram contributos que, apesar de não superarem os pré-clássicos em criatividade, superaram-nos em penetração, precisão e rigor.⁴³

Esta jurisprudência clássica não elaborou abstractas teorias de escola, antes prosseguiu numa orientação prática que, partindo das criações dos juristas, teve em vista a solução clara de casos jurídicos concretos apresentados pela vida; a construção de conceitos jurídicos serviu-lhe apenas de apoio para a solução desses casos. Na verdade, no apogeu do período clássico (séc. II) ao lado da corrente principal da jurisprudência, orientada para a prática, e representada sobretudo por JULIANO e CELSO, aparece uma corrente secundária, didáctica, que parte do ensino básico do direito. Esta JURISPRUDÊNCIA DIDÁCTICA da época clássica produz como obra mais importante as *Instituições* de Gaio (ca. 160 d.C.). Mas também esta corrente didáctica procura uma estreita ligação aos grandes casuístas e mantém-se completamente afastada de especulações teóricas. [sic]⁴⁴

Como fontes de direito que dominaram neste período, John Gilissen elenca como predominantes os éditos dos magistrados e a *jurisprudencia*, fixada nos escritos dos *jurisconsultis*.⁴⁵ Jurisprudência era então entendida como “o conhecimento das regras jurídicas e sua actuação pelo uso prático”[sic]⁴⁶. Quanto aos éditos dos magistrados, Gilissen diz o seguinte:

Os magistrados encarregados da jurisdição [...] tinham-se habituado, quando da sua entrada em funções, a proclamar a forma pela qual contavam exercer essas funções, nomeadamente em que casos eles organizariam um processo, atribuindo uma acção ao queixoso. Primitivamente orais (*e-dicere*, *edictum*), estas proclamações tornaram-

⁴² KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 19.

⁴³ *Ibidem.* p. 20.

⁴⁴ *Op. e loc. cit.*

⁴⁵ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. *Op. cit.* p. 87.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 89.

se escritas; elas repetiam-se de uma magistratura à outra e tornaram-se, assim, regras permanentes do direito, que os juízes faziam respeitar.
 [...] O pretor, prometendo uma acção, criava um direito de que os cidadãos se podiam prevalecer; enquanto que nos direitos modernos o direito é geralmente criado por uma lei, em Roma é o pretor que reconhece um direito atribuindo acção, isto é, um meio processual. [sic]⁴⁷

Atente-se para o fato de que quem dispunha acerca do meio processual para a tutela dos direitos era o pretor, ao conceder a fórmula requerida. Esta fórmula poderia ser uma anteriormente constante do *album* editado quando do início das funções do pretor, ou este poderia conceder uma fórmula não prevista anteriormente, quando isto fosse requerido pela parte. Assim, no que tange ao processo, o sistema processual que marcou esta época foi o procedimento *per formulas*. Sobre este procedimento, Cristiano Isaia diz o seguinte:

Vigendo sem maiores alterações de Augusto a Diocleciano, o período formulário coincide com a época de ouro do direito civil romano, cujo fundamento principal é a fórmula, “*una istruzione scritta, che il magistrato rilascia per il iudex affinché decida la lite*”. Segundo Scialoja, uma instrução escrita pela qual o pretor nomeia o juiz e fixa os elementos sobre os quais este deverá fundar seu juízo, dando um mandato, mais ou menos determinado, para a condenação eventual ou para a absolvição em sentença. [...]

Diferentemente do procedimento das *legis actiones*, o qual se caracterizava pela unitariedade de rito, o processo no período das fórmulas fracionou-se em duas fases: a primeira, denominada *in iure*, perante o magistrado (pretor), a segunda, denominada *apud iudicem*, perante o juiz particular (*iudex*), a quem era confiada a função de instruir e julgar. O procedimento *in iure* da *actio* objetivava a concessão da fórmula pelo pretor. Este a concedia, ou não, baseado em juízos de simples verossimilhança, não averiguando se o alegado pelo autor interessado correspondia à verdade. Assim, num primeiro momento (*in iure*) a *litis* restava determinada entre as partes. O pretor estruturava suas condições de desenvolvimento. Produzia-se, a seu turno a *litis contestatio*, que limitava o objeto do processo. O magistrado também deveria assinalar os limites de constituição do objeto processual, que se seguia ao *iudex* para o ulterior procedimento e decisão definitiva da causa por meio da sentença.

O pretor conduzia o processo até fixar os termos da controvérsia, a partir do que o feito tramitava perante o juízo privado do *iudex*, um particular nomeado pelo pretor para conhecer a causa *apud iudicem* e proferir sentença, atuando num campo de apreciação já limitado anteriormente pelo próprio pretor.⁴⁸

Assim, pode-se vislumbrar que o processo em Roma, na época em comento, evoluiu de um *processo unitário*, em que tanto a introdução quanto a decisão do litígio cabiam ao magistrado, para uma *bipartição* em relação ao processo, com as fases *in iure* (no tribunal perante o magistrado judicial, o pretor) e *apud iudicem* (perante um particular a quem foi confiada a função judicial, o *iudex*). Apenas a primeira fase se realizava perante o magistrado

⁴⁷ *Ibidem*. p. 90.

⁴⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 50-52.

titular da jurisdição estatal.⁴⁹ A respeito das funções do pretor, veja-se as palavras de Max Kaser:

O pretor não averigua se o exposto pelo autor corresponde à verdade, aceita-o provisoriamente como verdadeiro e decide se aos factos expostos por ele cabe um direito que se possa fazer valer em processo civil. Se o pretor NEGA cabimento, recusa, liminarmente, o pedido do autor de lhe ser concedida uma *actio* (*actionem denegat*); se AFIRMA cabimento, concede o processo requerido. Se o demandado admite ser parte – pode ser forçado a isso –, com a colaboração de ambas as partes e do magistrado determina-se o PROGRAMA DO PROCESSO, DÁ-SE-LHE INÍCIO e nomeia-se o *iudex*.*[sic, grifos do autor]*⁵⁰

Verifica-se, pois, que a fórmula emitida pelo pretor na fase *in iure* permitia fazer com que o rito se adequasse ao direito, e não o contrário. Tanto isto é verdade que o pretor poderia conceder uma *actio* não prevista no álbum editado quando do início de suas funções. Com isso, o procedimento *per formulas* quebrou com o ritualismo preconizado no período das *legis actiones* do período arcaico.⁵¹

[...] O autor, quando havia recebido do pretor a fórmula, consignava-a ao demandado. Com sua aceitação celebrava-se uma espécie de contrato entre as partes. Ao aceitar a fórmula que se havia dado contra ele, o demandado consentia em submeter-se ao juízo nos termos fixados pela fórmula mesma. Tem-se neste momento da *litis contestatio*, por um lado, um ato de autoridade pública, um decreto do magistrado que pronuncia a fórmula e, por outro, um ato consensual entre as partes no sentido de aceitação da mesma.⁵²

Desta forma, com a *litis contestatio* tinha fim a fase *in iure* do procedimento *per formulas*. Ovídio Baptista, ao tratar dos fundamentos do procedimento ordinário, refere que a *litis contestatio* originariamente dizia respeito apenas às ações pessoais. A *litis contestatio* era tida como uma das formas de extinção *ipso iure* das obrigações, por meio dela a obrigação originária era extinta quando da sua dedução perante um juízo legítimo. O devedor, que primeiramente devia em virtude da obrigação, passa a ser devedor em decorrência da *litis contestatio*. Ou seja, o devedor deixa de ser obrigado *ex obligatione* e passa a tornar-se devedor *ex litis contestatione* até o pronunciamento da condenação, quando passa a tornar-se dever *ex condensatione, ex causa iudicati* (*i. e.*, em virtude da condenação mesma).⁵³ Essa foi a solução encontrada pelos juristas romanos para impedir que o credor viesse a exigir o

⁴⁹ KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.*. p. 430-432.

⁵⁰ *Op. e loc. cit.*

⁵¹ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 51-53

⁵² *Ibidem*. p. 53.

⁵³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 137-138. Veja-se ainda do mesmo autor: **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69-71.

cumprimento da prestação originária, pois esta já não mais existiria tendo se transformado em virtude da *litis contestatio*. A finalidade da *litis contestatio* era impedir que se propusesse uma nova demanda fundada na *obligatio* já apreciada em processo anterior.⁵⁴ Logo a *litis contestatio* não possuía a virtude de transformar uma relação real em relação obrigacional como supunham os romanistas (não confundir com os juristas romanos), que deturparam essa função original da *litis contestatio* de modo a dar azo a universalização da *actio* romana.⁵⁵

Esse fenômeno em torno da *litis contestatio* e da universalização do procedimento da *actio* (mormente no que diz respeito a fase *apud iudicem* que se dava em face do *iudex* privado) refletiu na relação entre *ordinariedade* e *racionalismo*, relação esta que no âmbito do Direito Processual Civil expurgou as cargas de eficácia executiva e mandamental reduzindo-as a meros “efeitos fáticos” da sentença. Isto porque ao tornar todas as relações jurídicas, independentemente de sua natureza, em relações crédito-débito (relação jurídica pessoal), acabou por se universalizar a jurisdição condenatória-declaratória (desprovida de império), uma vez que toda relação jurídica seria traduzida em termos monetários. Este expurgo da mandamentalidade e da executividade no que toca ao racionalismo vem a adequar-se perfeitamente às suas premissas, pois como o racionalismo preceitua que se trabalhe no nível abstrato, no mundo das normas e conceitos, tudo o que for “efeito fático”, que tenha ligação com a *efetividade* no plano social, passa a ser relegado a um segundo plano.⁵⁶

O procedimento da *actio*, que serviu como base à construção do *ordo iudiciorum privatorum*, também partia desse pressuposto [de que a sentença não poderia ter efeito mandamental ou executivo], já que somente admitia julgamento (declaratório) ao final da causa, após amplo debate probatório, o que posteriormente serviria como fundamento da indispensável segurança, própria dos juízos de certeza indispensáveis ao desenvolvimento do Estado Burguês.⁵⁷

Aqui se encontra a raiz do princípio processual moderno de que toda atividade executiva deve ser posterior à constituição do título certificador do direito. No moderno Estado industrial qualquer alteração na situação de *fato* somente seria admissível após um juízo final de certeza sobre o direito. Acerca deste ponto, referindo-se às origens do Processo de Conhecimento – ordinário por natureza –, Ovídio Baptista aduz que

⁵⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 138-139.

⁵⁵ Veja-se neste sentido o capítulo intitulado “Fundamentos do Procedimento Ordinário” na obra de BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 131-150.

⁵⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 35-41 e 143. Veja-se também: ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 54.

⁵⁷ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 54.

[...] a lenta, mas laboriosa e perseverante, construção doutrinária que plasmou o Processo de Conhecimento, feito à imagem e semelhança dos juízos privados do Direito romano, assenta-se – tal como em Roma – no pressuposto de que nessa forma de tutela jurisdicional não poderá nunca haver execução.

Não é certamente exagero dizer que, para a doutrina que o concebeu, o Processo de Conhecimento nem tanto é útil por suas decantadas virtudes imanentes, quanto o é igualmente pelo resultado que ele impõe, ao extirpar de seu interior qualquer vestígio de atividade executória. Todos os matizes de executividade em que porventura se manifeste a função jurisdicional hão de estar reunidos e unificados num procedimento autônomo e separado do Processo de Conhecimento, que acaba sendo, como suas raízes ideológicas o conceberam, um processo puramente *declarativo*.⁵⁸

A ausência de executividade e mandamentalidade das sentenças guarda relação com o fato de que, já neste período do Direito Romano, se atribuía o caráter de jurisdicional apenas à função declaratória de direitos, própria do procedimento que se dava face ao *iudex*, ainda que no direito romano primitivo o conceito de *iurisdictio* talvez fosse mais amplo.⁵⁹

Ou seja, se negava natureza jurisdicional aos atos do *praetor*. Isto porque os interditos consistiam em um comando “condicionado” emitido pelo pretor, significando dizer que ainda não teria havido a composição definitiva do conflito, e também porque o interdito estabelecia um vínculo de natureza pública, ao passo que o ordenamento privado somente poderia admitir um reconhecimento (declaração) de direitos, jamais uma ordem, declaração que sempre diria respeito a uma relação de direito privado.⁶⁰

Já aqui se vislumbra uma distinção entre os atos processuais segundo uma lógica de haver ou não composição definitiva da lide. Função jurisdicional estaria reservada apenas à função declaratória, própria da sentença. Ao ato que advém antes da sentença, por não compor a lide de modo definitivo, nega-se o caráter de jurisdicionalidade. Veremos que esta distinção ainda continua vigente mais a frente neste estudo.

Posteriormente, chega-se à terceira fase do Direito Romano, a fase do baixo império (período pós-clássico), que se desenvolve dos séculos IV a VI d.C., de Constantino a Justiniano. Tem início no Império um período de decadência política e intelectual e de regressão econômica. Neste período, o Cristianismo, sob influência de ideias morais e religiosas vindas do Oriente, irá transformar vários princípios de Direito Privado. Ainda mais, o centro vital do Império passa de Roma para Constantinopla (após a queda de Roma em 476,

⁵⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo de conhecimento e procedimentos especiais**, in: Da sentença liminar à nulidade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 95.

⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 25-29. Também: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 462-464 e ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 63-67.

apenas subsiste o Império do Oriente).⁶¹ Neste período, Roma vivia fortes perturbações internas e externas, chegando o Império inclusive a beira da ruína. Diocleciano (284-305), após meio século de convulsões, consegue dar ao Império novamente um poder central forte, e procurou manter vivo o ideal clássico. Porém, sob Constantino Magno (307-337) a vida do direito afasta-se completamente da tradição clássica, e seu destino passa a ser a vulgarização.⁶²

Os monarcas absolutos, agora legisladores únicos, tomam providências em relação à vida dos súbditos, tanto por motivos da POLÍTICA DE PODER como de ASSISTÊNCIA PÚBLICA ESTADUAL. A alterada estrutura do Estado provoca a remodelação da organização judiciária e a reestruturação do direito processual civil, que têm influência no direito privado. Para além disso, mudanças radicais se devem à vitória do cristianismo[...]. [sic, grifos do autor]⁶³

Em termos processuais, é o período de vigência da *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem*, que inicia com uma lei de 294 d. C. do Imperador Diocleciano, a quem se atribui a reforma do processo civil romano.⁶⁴ Sobre esta fase período do processo civil romano, são elucidativas as palavras de Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes, que estão na sequência.

A denominação desta última fase, como sendo o período de jurisdição extraordinária, provém da oposição, proposta pelos romanistas, entre a fase anterior, como sendo a do *ordo iudiciorum privatorum*, e o período subsequente, em que não mais se procedia *per formulas*, quer dizer, através de ações típicas, que haveriam de ser propostas segundo uma *fórmula* previamente outorgada pelo *praetor*. [...]
É necessário, porém, ter presente que a oposição entre o período formulário, como sendo aquele caracterizado como o do *ordo iudiciorum privatorum*, e a fase subsequente, identificada como a da *cognitio extra ordinem*, refere-se basicamente à supressão das fases procedimentais, que caracterizavam o procedimento dos períodos precedentes, em que o processo desenvolvia-se através de duas fases distintas [...]. No que diz respeito à sua substância, porém, a jurisdição extraordinária manteve-se idêntica à jurisdição própria do *ordo iudiciorum privatorum*. Tal como na fase anterior, a *cognitio* era jurisdição da *actio* privada, agora inteiramente predominante. Como diz Scherillo, o processo da *cognitio extra ordinem* era, na verdade, um processo formular sem a fórmula.

Ou seja, na fase da *extraordinaria cognitio* suprimiu-se a fase *in iure* do processo formular para se ficar apenas com a fase privada, que transcorria perante o *iudex*, jurisdição essa caracterizada por ser unicamente declaratória. São elucidativas a respeito dessa fase as palavras de Cristiano Isaia, que são as seguintes.

⁶¹ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. *Op. cit.* p. 91.

⁶² KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 20.

⁶³ *Ibidem*. p. 21.

⁶⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 15.

Procedimentalmente, sua principal característica está no paulatino abandono das fases *in iure* e *apud iudicium* do período formulário, presente no procedimento do *ordo iudiciorum*, ainda que mantenha a ordinariiedade própria da *actio*, o que será posteriormente legado aos países da tradição ocidental. [...]

Todavia, todo o processo da *extraordinária cognitio* passa a se desenvolver perante o *iudex*, tornando-se os magistrados delegados do imperador. Meros funcionários públicos. [...]

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

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

A partir de então restou a jurisdição reduzida, principalmente a partir da influência do *ordo* e da sedimentação da *extraordinária cognitio*, ao procedimento da *actio*, dando origem ao atual rito ordinário-declaratório.⁶⁵

Importa perceber, em face destes trechos, o legado para a posteridade do processo praticado nesta fase da *extraordinária cognitio*, que deu origem ao rito ordinário moderno, praticado na fase pós-clássica do Direito Romano. Legado este que se deu principalmente a partir da compilação legislativa operada por Justiniano (482-565), com o *Corpus Juris Civilis*⁶⁶, que influenciou sucessivas gerações de juristas e comentadores ao longo dos séculos até a modernidade.⁶⁷ Mais importante ainda para os objetivos do presente estudo é verificar que foi nesta fase do Direito Romano que foram proscritos os juízos liminares de mérito, embasados em simples verossimilhança, em nome da reestruturação da função judicial do Império e dos novos princípios cristãos que passaram a inspirar a legislação imperial de então. Importante destacar ainda a supressão do poder de império de que dispunham os magistrados de Roma, em nome destas mesmas reformas.

⁶⁵ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**. *Op. cit.* p. 70-72.

⁶⁶ Cujas partes principais foram publicadas em 533 e 534 d.C. e que continuou a vigorar no Império Bizantino da Idade Média. Confira-se a respeito: KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 23-25.

⁶⁷ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. *Op. cit.* p. 18 e KASER, Max. **Direito Privado Romano**. *Op. cit.* p. 24-27.

Por ter a tradição romano-canônica⁶⁸ herdado o procedimento da *actio* e não o das *interdicta*, que eram fundamentalmente os dois institutos de proteção e defesa dos direitos capazes de ser invocados perante os magistrados romanos, os países descendentes desta tradição concebem como jurisdicional justamente apenas o processo da *actio*, que se desenvolvia por meio do procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*.⁶⁹ Nega, portanto, jurisdicionalidade a qualquer juízo sumário sobre a *litis*, e isto é de fundamental importância para a nossa exposição, pois adiante, para explicitar a influência do racionalismo no conceito de sentença, será procedido ao exame da distinção que o sistema faz entre “interlocutórias”, que poderiam conter *juízos* liminares e “sentença”. É nesses termos que a *ordinariedade* foi legada para a modernidade processual. A subsistência do rito ordinário na modernidade pode ser explicada na medida em que este rito veio adequar-se às premissas do *paradigma racionalista*. É o que se verá a partir de agora.

Portanto, restando evidenciado que a constituição do processo comum se deu com base no procedimento romano da *actio*⁷⁰, pode-se dizer que, com o racionalismo, houve uma consagração da *ordinarização* procedimental, própria ao Processo de Conhecimento. Neste sentido,

o vínculo entre *ordinariedade* e *racionalismo* pode ser visto de várias perspectivas. Uma delas situa-se na estrutura do procedimento, ao impor que o juiz somente possa julgar a lide ao encerrar-se a relação processual, depois de amplo debate probatório que, segundo imagina a doutrina, daria ao julgador a indispensável segurança, própria dos juízos de certeza [grifos do autor].⁷¹

Cabe atentar, neste trecho, para o vínculo entre *ordinariedade* e *racionalismo* visto pela estrutura do procedimento. Pois é por esta via que o *paradigma* reflete seus pressupostos no conceito de sentença, como adiante será tratado. Veja-se, no mesmo sentido, as palavras de Cristiano Isaia e Jânia Saldanha:

⁶⁸ Em “tradições” ou “famílias” jurídicas são classificados os sistemas de direito contemporâneo pelos juristas que se dedicam ao estudo da história do direito e ao direito comparado. Essa classificação é feita segundo determinados traços e princípios que os sistemas de direito tem em comum, ou por estarem ligados a determinados ordenamentos jurídicos históricos, de onde cada uma dessas famílias se origine. Assim, temos a tradição romano-canônica, a dos sistemas socialistas e os sistemas ligados a *common law*, também os sistemas de cunho filosófico ou religioso, p. ex. o sistema muçulmano. Ver, por todos, DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. O direito brasileiro encontra-se vinculado a tradição romano-canônica.

⁶⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 25.

⁷⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 131 e seguintes.

⁷¹ *Ibid.*, p. 143.

[...] se a constituição do *processo de conhecimento*, na forma como estruturado nos dias de hoje, deita suas raízes no fenômeno da ordinarização procedimental, fruto do legado justiniano na elaboração de uma atividade judiciária limitada à declaração de direitos, também o tem na construção do conceito moderno de Estado calcado nas filosofias do século XVII e no movimento positivista do século XIX. Estes, ao plenipotencializarem o ideal *segurança*, acabaram por apostar suas fichas numa Jurisdição neutra, donde decorre que o sentido da lei deve ser unívoco, cabendo ao juiz, dispensada a interpretação, declará-lo na sentença. [...]

Veja-se que a verificação do nascimento de uma “ciência” processual civil comprometida com a filosofia racionalista do século XVII, transformando o Direito numa ciência em busca da *verdade*, sem qualquer comprometimento com a justiça do caso concreto, contribuiu decisivamente para que Ovídio Baptista demonstrasse a cristalização histórica do modelo do *ordo iudiciorum* romano com seus correspondentes lógicos da *actio* e da ação condenatória, alertando (criticamente), por consequência disso, que somente o procedimento ordinário seria capaz de assegurar uma situação de neutralidade do juiz. [grifo dos autores]⁷²

Condição de neutralidade esta que, diga-se, coaduna-se perfeitamente com a concepção racionalista de Direito como ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria das ciências matemáticas. Ou seja, a universalização do *ordo iudiciorum* caiu como uma luva para os ideais racionalistas. Isto porque aquele processo assegura uma pretensa situação de neutralidade ao juiz, ao qual caberia meramente *declarar* a vontade da lei preexistente. Ao juiz caberia resolver o problema algébrico de aplicar a lei ao caso concreto. Este ideal de neutralidade adéqua-se ao intento racionalista de conceber o direito como uma ciência formal, lógica, separada do mundo concreto, sujeita às abstrações próprias da metodologia matemática, já que a vontade declarada seria uma verdade universal, assim como um e um são dois.

O chamado “processo de conhecimento”, na verdade processo somente “declaratório”, vocacionado para demandas *plenárias*, é o instrumento dessa ideologia. É através do “processo de conhecimento”, *ordinário* por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdital. É por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza. [grifos do autor]⁷³

Assim, a *ordinarização* do procedimento vem a calhar ao *paradigma* racionalista como método para a busca das “verdades claras e distintas” (Descartes), também ao suprimir o poder de império de que dispunham os pretores romanos, consolidando um normativismo

⁷² ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7535 e 7536. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3457.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

⁷³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27.

nascente que separa a norma (condenação-declaração no plano abstrato) do fato (“meros efeitos práticos da sentença condenatória”⁷⁴).

A busca de segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática – origem do normativismo moderno – fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o mundo do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo de que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado.⁷⁵

Uma repercussão da separação entre “fato” e “direito” operada pelo normativismo, que é produto do racionalismo, no tocante à sentença, está em que as eventuais eficácias mandamental ou executiva contidas nela, serão consideradas apenas um *plus* da declaratividade da sentença. A doutrina tradicional não admite ordem e execução na sentença. Na sentença não poderá haver o poder de império, próprio a atuar no “mundo fático”, de que os pretores dispunham no Direito Romano, *i. e.*, à sentença cabe apenas declaração-condenação, como ficou acima consignado.

A explicação está em que a instituição – que nos vem do direito privado romano – conhecida entre nós como Processo de Conhecimento, foi criada para possibilitar apenas *juízo*, puro julgamento, apenas declaração, concebido o magistrado com a “boca da lei”, de tal modo que se compreenda a função executiva não como um ato jurisdicional, e sim como um de seus produtos, uma de suas *consequências*, um *posterius*, como dissera BUZAID, do ato jurisdicional, segundo o princípio da separação entre *direito e fato*, que é o pressuposto do *normativismo*. A doutrina parte do princípio de que a sentença seja formada apenas por declaração ou, quando muito, por declaração e constituição. Desta premissa, decorre a conclusão de que ela jamais poderia conter eficácia executiva ou mandamental. Na verdade, o fenômeno jurisdicional, a sentença, nunca poderia operar no mundo dos fatos. [*sic*]⁷⁶

Por tudo que foi dito, nota-se que a ilustração europeia, ao submeter o direito a metodologia própria das ciências exatas, fez com que os juristas vissem, no âmbito do Direito

⁷⁴ Lembre-se aqui de José Carlos Barbosa Moreira e Alfredo Buzaid, citados por Ovídio Baptista da Silva, que sustentavam, o primeiro ser o ato jurisdicional declaratório ou no máximo constitutivo na ação de mandado de segurança, e o último a natureza declaratória, constitutiva, ou condenatória da mesma ação, porque o efeito mandamental, segundo ele seria apenas um *posterius*, uma mera consequência do ato jurisdicional, portanto algo existente fora do conteúdo da decisão. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 155.

⁷⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

⁷⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

Processual Civil, a universalização do procedimento da *actio* romana como o meio pretensamente adequado para se encontrar verdades (a tão sonhada exatidão matemática) em processo. Isto porque o procedimento da *actio* suprime de seu interior juízos liminares essencialmente fundados em verossimilhança. Os juristas modernos ao consagrar o *ordo iuridiorum privatorum* buscaram eliminar a incerteza do interior do procedimento. Isto será determinante para o conceito de sentença e terá impacto, inclusive, no que se entende por *decisão interlocutória*.

2 PROCESSO E MÉTODO: O EXEMPLO PRIVILEGIADO DOS PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS A QUE O SISTEMA CHAMA DE “DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS”

Neste capítulo será analisada a influência determinante do *paradigma* racionalista no conceito de sentença. Este conceito, estando voltado para a ordinarização do procedimento, acaba sendo reflexo do racionalismo moderno. Para esta empreitada será utilizado o exemplo privilegiado que é oferecido pelos *provimentos antecipatórios* concedidos pelo juiz a que o sistema e a doutrina estabelecida chamam de *decisões interlocutórias*, dado que esta não resolve mérito segundo a doutrina tradicional, a despeito de produzir efeitos fáticos idênticos à sentença final. Porém, a esta, sim, é reconhecido o acesso ao mérito. Com isso, demonstrar-se-á a influência marcante do racionalismo no conceito de sentença, e o óbice que este causa à implementação de um verdadeiro juízo sumário em processo, tão necessário para a tutela dos novos direitos advindos da complexa sociedade em que se vive hoje.

2.1 Sentença e decisão interlocutória na história do processo civil

Este subcapítulo será reservado à análise dos conceitos de *decisão interlocutória* e *sentença* no sistema processual civil brasileiro por meio de uma apreciação crítica. A exposição se dará, mais uma vez, com base na obra do professor Ovídio Araújo Baptista da Silva⁷⁷.

Antes de qualquer coisa, veja-se como o texto legal do atual Código de Processo Civil⁷⁸ conceitua as duas espécies de atos judiciais. Para o referido diploma, em seu artigo 162, § 2º, “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. E no § 1º do mesmo dispositivo encontra-se o conceito de sentença como sendo o “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”. Por sua vez, os artigos 267 e 269 do CPC, elencam as situações, respectivamente, em que não haverá resolução de mérito na decisão do juiz e em que haverá resolução de mérito na decisão do juiz. Desta maneira, o que subjaz ao conceito legal é a ideia de que caberia apenas a sentença, ao encerrar o processo ou uma fase do processo, tratar do mérito da causa de forma *definitiva* (apesar de haver situações em que, em tese, não resolva mérito). Por isso a

⁷⁷ Para aprofundamento remete-se o leitor para o seguinte ensaio: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*, in: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁷⁸ BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 10 jun. 2014.

doutrina tradicional em processo defende que nenhuma decisão anterior à sentença poderia tratar do *meritum causae* da “questão principal”.

Mesmo que a nova redação do art. 162 afaste-se do conceito de sentença dada pela redação primitiva deste artigo, como sendo o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, com ou sem julgamento do mérito, ainda se conserva o sentido da sentença como o ato jurisdicional através do qual o juiz esgota sua atividade jurisdicional sobre o ponto a respeito do qual a sentença se tenha pronunciado. Ele reveste-se de eficácia preclusiva sobre as questões decididas, mesmo que o processo prossiga para julgamento das demais questões pertinentes à lide.⁷⁹

No que toca ao projeto de Novo Código de Processo Civil, em tramitação no Congresso Nacional, veja-se o que dispõe os parágrafos 1º e 2º do art. 203 do Projeto de Lei nº 8.046 de 2010 (o projeto de Novo Código de Processo Civil), em sua redação mais recente: “§1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 495 e 497, põe fim ao processo ou a alguma de suas fases”; “§2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre na descrição do §1º”⁸⁰, ou seja que não põe fim ao processo ou a fase processual. Ressalta-se, no projeto de Novo CPC, ainda mais o caráter meramente topológico atribuído às sentenças e decisões interlocutórias.

Dando início à análise, pode-se dizer que, em tempos passados, entre nossos processualistas conceituava-se a chamada *sentença* interlocutória como aquela que apenas decide algum ponto incidente ou emergente do processo. Ocorrendo também a distinção entre *sentenças* interlocutórias simples e *sentenças* interlocutórias mistas. Enquanto as primeiras diriam respeito apenas à ordem do processo, não se estendendo para além dos limites do ponto sobre o qual são proferidas, as segundas seriam aquelas que, de algum modo, prejudicam a questão principal, ou põe fim ao juízo e à instância, ou contém dano irreparável, tendo força de definitiva.⁸¹

Desta forma, podem-se notar dois pontos sobre os quais se tornam necessárias considerações. O primeiro diz respeito ao critério topológico utilizado para definir a interlocutória, supondo que ela pudesse ser conceituada apenas considerando-se sua precedência temporal em relação à sentença definitiva, abstraindo-se da matéria decidida na

⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo I: processo de conhecimento. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 147.

⁸⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046 de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil: revoga a Lei nº 5.869 de 1973. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 mar. 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINALE+PL+8046/2010>. Acesso em: 16 jun. 2014.

⁸¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.4.

interlocutória.⁸² Sobre este ponto, Ovídio Baptista refere que já as Ordenações Filipinas incidiam na mesma ambiguidade, conceituando a interlocutória como a decisão que precede a sentença definitiva, nos seguintes termos: “Sentença interlocutória é chamada em Direito qualquer sentença, que o juiz dá, ou manda, em algum feito, antes que dê sentença definitiva”.⁸³

O segundo ponto diz respeito a possibilidade de que as interlocutórias mistas “prejudiquem” a questão principal. Para ter-se uma noção mais ou menos segura do que sejam as interlocutórias mistas (aquelas capazes de “prejudicar” a sentença definitiva), apesar de polêmicas e imprecisas as suas conceituações, deve-se buscar o significado de prejuízo e de sentença definitiva.

Ovídio Baptista, com base em Chiovenda, refere que a locução *sentença interlocutória* jamais foi utilizada em Direito Romano, pois seus juristas contrapunham as *interlocutiones* às *sententiae*, sendo a expressão decorrência do Direito Comum medieval, para o qual o processo seria, sobretudo, um modo de resolver questões e não mais, como em Direito Romano, um instrumento destinado a realizar o escopo da lei, negando ou reconhecendo aos litigantes um bem da vida.⁸⁴

Como o Direito medieval menosprezava o componente autoritativo (*imperium*), inerente ao ato jurisdicional, emprestando excessivo valor a seu componente cognitivo (*notio*), a ponto de reduzi-lo a simples instrumento destinado a “resolver questões”, foi-lhe fácil descobrir entre as sentenças e as interlocutórias o elemento lógico que as aproximava, pois tanto umas quanto outras, em verdade, resolviam questões, de modo que, para o novo contexto histórico e doutrinário, formado no Direito Comum, a locução *sentença interlocutória* era não só adequada mas conforme aos princípios.⁸⁵

Aqui se encontra um ponto importante do estudo. Pode-se ver que o Direito Comum medieval obscureceu a nítida distinção que era feita pelos juristas romanos entre interlocutórias e sentenças. Isso se deve principalmente pela supressão do poder de império de que dispunham os magistrados em Roma, conforme restou consignado acima (item 1.2). A partir dessa supressão, as “sentenças liminares” que o pretor podia emitir para conceder um bem da vida a um dos litigantes deixaram de existir. Os atos judiciais passaram a estar destinados a “resolver questões” e não mais a emitir ordens. Assim, interlocutórias e sentenças passaram a estar mais aproximadas conceitualmente, ao se tê-las como destinadas a

⁸² *Op. e loc. cit.*

⁸³ *Op. e loc. cit.*

⁸⁴ *Op. cit.* p. 5

⁸⁵ *Op. cit.* p. 5

resolver questões (incidentes ou emergentes no caso da interlocutória, a questão principal no caso da sentença), a partir do Direito medieval. Esse papel de “resolver questões” reservado a ambas as espécies de decisão (sentenças definitivas e interlocutórias), a partir do Direito medieval, pode ser inferida inclusive da obra de Humberto Theodoro Júnior. Veja-se:

Por deturpação do direito germânico, acolhida pelo direito canônico e intermédio, adotou-se o conceito de sentença interlocutória para alguns pronunciamentos que, sem julgar o mérito da causa, solucionavam, contudo, questões outras surgidas durante a tramitação do processo, visando a preparar a sentença final [...].⁸⁶

Assim, interlocutórias e sentenças definitivas passaram a ser instrumentos para a resolução de “questões”. Sentença (definitiva) seria aquela destinada ao julgamento da “questão principal” *definindo* o mérito e pondo fim ao processo, ou seja, a dupla face do conceito de definitividade, enquanto interlocutória seria a que decide somente algum ponto incidente, ou emergente do processo, antes da sentença (definitiva), sem tratar do mérito.⁸⁷

Entretanto, mesmo na perspectiva do Direito medieval, em que se busca aproximar conceitualmente as interlocutórias das sentenças, permanece suficientemente demarcada a linha de competência de cada uma destas duas classes de ato jurisdicional: a sentença tem por objeto a definição da questão principal, ou seja, a resolução da questão de mérito; as interlocutórias não decidem sobre o principal, mas apenas sobre questões incidentes.⁸⁸

Eis que surge a indagação, se as interlocutórias nunca decidem sobre a questão principal, como poderiam elas “prejudicá-la”, como fazem as interlocutórias mistas antes referidas? Ovídio Baptista refere que a resposta a essa questão perpassa pelo conceito de “prejuízo” que determinada medida judicial poderia causar à questão principal. Refere o autor que a ambiguidade da locução latina *praejudicium* é responsável por alguns mal entendidos, pois ela tanto pode significar um dano ou prejuízo, quanto uma sentença ou juízo prévio e antecipado.⁸⁹ Antes, porém, a título de introdução a questão do “prejuízo”, veja-se que as nossas antigas leis de processo já se reconheciam a existência de uma sentença interlocutória. Observe-se os seguintes textos das Ordenações Filipinas arrolando exemplos de sentenças interlocutórias que seriam classificáveis como mistas:

⁸⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 210.

⁸⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.5-6. No próximo capítulo serão explicitados os fundamentos paradigmáticos que impossibilitam decisões liminares (logo, decisões anteriores a sentença definitiva, em juízo sumário) de tratar do mérito da causa, julgando, ainda que provisoriamente, o litígio.

⁸⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: *Op. cit.* p. 6.

⁸⁹ *Op. e loc. cit.*

Das sentenças interlocutorias, que forem dadas per quaesquer Julgadores, de que se deva para nós apellar sem outro meio, ou per algum meio, não poderá alguma das partes apellar, salvo se o feito sobre que fôr dada a sentença interlocutoria, fôr de tal natureza, que pela tal interlocutoria seja o feito acabado, por maneira que o Juiz, que a deu, não póde em elle por aquella citação mais proceder, nem dar sentença diffinitiva no principal, mas he logo finda a citação: assí como se a parte pede ao Juiz, que lhe mande citar a outra parte, e o Juiz determina que não ha de ser citado, ou julga, que a citação, que he já feita, he nenhuma, ou não valiosa, ou julga que o demandado não he obrigado a responder, ou que o autor não he pessoa para demandar, ou que o libello, ou petição não procede. [*sic*]⁹⁰

Neste trecho fica evidenciado um juízo antecipado que “prejudica” o exame da “questão principal”, pois o processo termina em decorrência de uma das causas elencadas⁹¹, impossibilitando o exame do mérito. Por outro lado, do mesmo modo, cabia apelação das sentenças interlocutórias causadoras de “dano irreparável”⁹², ou como referido no trecho logo em seguida “dano que não pode ser emendado”.

E póde-se isso mesmo apellar da sentença interlocutoria, quando he tal, que se della não fosse apellado, se executaria, antes que o Julgador procedesse a diffinitiva, e pela sentença diffinitiva, que depois fosse dada, e pela appellação que della fosse interposta, senão poderia reparar o dano que pela execução da interlocutoria a parte tivesse recebido, assí como se o Juiz julgasse, que mettam algum a tormento, porque sendo feita execução da tal interlocutoria, já nunca mais a parte poderá reparar o dano recebido.

Por tanto mandamos, que em todo caso, em que depois da sentença interlocutoria o Juiz não póde mais proceder a sentença diffinitiva, ou o dano não pode ser emendado, seja recebida a appellação da sentença interlocutoria, e seja atempada às partes, para irem seguir perante os Juizes da appellação. [*sic*]⁹³

Assim, resta evidenciado, a partir dos trechos citados, que o prejuízo a questão principal decorria diretamente de um impedimento a que o julgador viesse a examinar a questão principal. Esse prejuízo “se poderia dizer de fato, causado indiretamente à questão principal, em virtude da apreciação de uma questão processual que tornava inviável o julgamento de mérito”⁹⁴. Ou, então, o prejuízo adviria da possibilidade de se causar a parte

⁹⁰ ORDENAÇÃO FILIPINAS *ON-LINE*. **Ordenações filipinas**. Livro III. Título LXIX. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p674.htm>>. Acesso em: 17 out. 2014.

⁹¹ Mesmo na hipótese indicada no trecho, de interlocutória que declarasse que o autor “não é pessoa a demandar”, que poderia ser entendida como sentença de mérito, em verdade tal não ocorria, pois a decisão neste caso limitava-se a declarar o autor não habilitado para a causa, em virtude de não ter exibido, com a inicial, algum documento por lei considerado indispensável. É o que refere Ovídio Baptista da Silva em *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*, in: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. *Op. cit.* p. 7.

⁹² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*, in: *Op. cit.* p. 6.

⁹³ ORDENAÇÃO FILIPINAS *ON-LINE*. **Ordenações filipinas**. Livro III. Título LXIX. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p674.htm>>. Acesso em: 17 out. 2014.

⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*, in: *Op. cit.* p. 7.

um “dano irreparável” em virtude da interlocutória, situação esta que ensejaria o recurso de apelação.⁹⁵

Frente ao exposto, pode-se notar, em nossas antigas leis de processo, uma ambiguidade acerca do que seja o “prejuízo” que determinada interlocutória poderia causar. Essa ambiguidade reflete os dois sentidos antes referidos de “prejuízo”, como dano ou prejuízo e como juízo prévio e antecipado (porém sem acesso ao mérito, juízo este sobre mera questão processual que ensejaria o encerramento da demanda nas hipóteses legais)⁹⁶.

Hodiernamente, a doutrina presa ao paradigma continua a apenas admitir como verdadeira decisão a sentença que, em ato final, *define* o mérito. Estas duas características são, para a doutrina, essenciais ao conceito de *sentença definitiva*, ou seja, o pronunciamento sobre o mérito (questão principal) e ao mesmo tempo o encerramento *definitivo* da lide, com a formação de coisa julgada.

O caráter final, de encerramento da “questão” submetida a juízo, pode ser vislumbrado a partir dos escritos de Chiovenda. É o que refere Ovídio Araújo Baptista da Silva ao analisar o conceito de sentença definitiva nas *Instituições* daquele autor. Chiovenda, segundo Ovídio, admite que a prestação principal do juiz pode satisfazer-se em vários momentos, como na hipótese de cumulação de ações, toda sentença que se pronuncia sobre uma das demandas, ou sobre parte da demanda, é definitiva conquanto parcial.⁹⁷ Significa dizer, a sentença que, não encerrando completamente o processo, pronuncia-se sobre o Direito nem por isso deixa de ser

⁹⁵ *Op. e loc. cit.*

⁹⁶ Cabe lembrar aqui que as decisões previstas no art. 267 do CPC/73 (hipóteses que extinguem o processo sem julgamento de mérito) eram tidas pelo regime anterior à Lei 11.232/2005, como *interlocutórias*. São agora tidas como sentença como se observa da nova redação dada pela Lei 11.232 (que veio estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento) ao art. 162, § 1º. “Esta nomenclatura, como se sabe, teve em mira facilitar a determinação adequada dos recursos cabíveis contra cada classe de atos judiciais, superando, na intenção do legislador, as controvérsias históricas que marcaram a vigência do Código de 1939, no que dizia respeito à escolha dos recursos nele previstos para cada espécie de decisão judicial”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo I: processo de conhecimento. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 313.

⁹⁷ Chiovenda alude ao caso de certas ações cujo *meritum causae* é tratado por mais de uma sentença, como nos processos divisórios e com a ação de prestação de contas. Ovídio Baptista refere o seguinte sobre estes exemplos citados por Chiovenda: “É verdade que, em seus exemplos, o procedimento não se encerra com a prolação da ‘pronúncia’ através do qual o magistrado ‘acolhe’ uma das ações cumuladas, como acontece com a ação de prestação de contas, que prossegue como uma relação processual unitária depois que o juiz reconhece por sentença o dever de prestar contas; ou com o processo divisório, após a sentença que declara cabível a divisão. Contudo, e aqui reside a questão básica envolvida em sua doutrina, tanto a sentença que condena o obrigado a prestar contas, quanto aquela através da qual o magistrado, no processo divisório, declara cabível a divisão e ordena o início dos trabalhos de campo: a) são provimentos emanados em procedimento ordinário; b) e são provimentos baseados em prova plena, ou seja, em juízo de certeza, não em juízo de simples verossimilhança, a ser depois confirmado por uma ‘pronúncia’ sucessiva no mesmo processo. Quer dizer, em todos os casos a ‘pronúncia’ sobre o Direito litigioso é definitiva (final, com formação de coisa julgada). O procedimento pode prosseguir, não aquela porção da lide definitivamente julgada. Em última análise, encontramos-nos novamente ante a concepção da sentença definitiva como sentença final”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares*, in: *Op. cit.* p. 8-9.

a última “nessa parte” (no capítulo abrangido pela decisão). Chiovenda não admite uma interlocutória de tal magnitude que abranja a sentença que, pronunciando-se, embora, sobre o Direito, não seja a *última* do processo.⁹⁸

Chiovenda elabora, assim, o conceito de sentenças parciais de mérito. Estas seriam pronunciamentos finais em relação à parcela da demanda que foi apreciada, distinguindo-se das sentenças definitivas unicamente por não encerrar inteiramente o procedimento. Porém tanto na sentença definitiva quanto na parcial o juiz pronuncia-se sobre o *meritum causae* de tal modo que o ponto decidido não mais poderá ser controvertido naquela relação processual e nem o julgador poderá emitir um julgamento divergente nas fases posteriores do procedimento.⁹⁹

Já a sentença, para Theodoro Junior, é sempre o ato final de procedimento, resolvendo ou não o mérito. O critério para fazer-se a distinção entre *decisão interlocutória* e *sentença* é meramente topológico. *Sentença definitiva* é aquela que tem o *plus* de resolver questão de mérito, além de ser a última do processo ou fase.¹⁰⁰ A conceituação de Theodoro Junior esta de acordo com as premissas da reforma ocorrida com a Lei 11.232/2005 que visa a uniformizar o sistema recursal para cada espécie de decisão judicial. O que fica claro é que o sistema não convive bem com a provisoriedade. Julgar provisoriamente, para o sistema e a doutrina tradicional, seria não julgar.

A doutrina não convive em harmonia com a *provisoriidade*. É inadmissível para ela, julgamento que seja, ao mesmo tempo, final e fundado em juízo de probabilidade. Para o sistema, torna-se indispensável estabelecer alguma situação *definitiva*, como a coisa julgada, para que haja autêntica atividade jurisdicional.¹⁰¹

Vislumbra-se, com isso, que, para o sistema, sentença *definitiva* (de mérito) se dá apenas quando a “questão principal” estiver esgotada¹⁰², quando, ao final, *define-se* o mérito, com formação de coisa julgada. O que subjaz a esse conceito é o fato de não poder haver julgamento provisório do mérito, sujeito a ulterior modificação, pois o sistema apenas admite sentença (ou seja, *decisão*) em sede de julgamento final, apoiado em elementos probatórios que ensejem um juízo de veracidade, nunca de simples verossimilhança, como seria o caso

⁹⁸ *Op. e loc. cit.*

⁹⁹ *Op. cit.* p. 20-21.

¹⁰⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 267.

¹⁰¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 105.

¹⁰² Esta *plenariedade* de cognição a que visa o sistema é um dos pilares da ordinarização do procedimento, como será visto adiante.

das sentenças liminares.¹⁰³ É também por este motivo que o sistema e a doutrina tradicional têm como mera *interlocutória* os provimentos antecipatórios (liminares), negando caráter decisório a estes atos.¹⁰⁴

Do contrário, imagine-se o caso dos alimentos provisionais. Já se tratou acerca da ambiguidade subjacente ao conceito de “prejuízo”. Ainda com as lições de Ovídio Baptista, buscar-se-á responder às seguintes indagações. Quando o juiz concede os alimentos provisionais estaria ele prejudgando a causa? A decisão que concede os alimentos pode “prejudicar” a “questão principal”? Ainda, esta decisão que concede os alimentos provisionais constitui verdadeira decisão ou verdadeira decisão é considerada apenas aquela por meio da qual o juiz põe termo ao processo, compondo de maneira definitiva a lide?¹⁰⁵

É cediço que os alimentos provisionais são irrepitíveis, de modo que o provável credor que os recebe não os devolverá jamais, mesmo sobrevivendo sentença final de mérito na ação de alimentos que o declare sem direito aos alimentos. Desta forma, Ovídio Baptista refere que os alimentos provisionais causam e não causam um prejuízo irreparável. Sob o ponto de vista normativo, a liminar concessiva dos alimentos provisionais não prejudicará a sentença de mérito, no sentido de que o magistrado que a conceder não ficará impedido de apreciar a “questão principal” em sentido inverso ao da liminar. Por outro lado, sob o ponto de vista da realidade material, não mais apenas normativo, a liminar concessiva dos alimentos provisionais a que, depois, na sentença definitiva sobre a lide alimentar que vier a declarar o autor sem direito a alimentos, conterà, indubitavelmente, um prejuízo irreparável ao demandado, no sentido de dano patrimonial definitivo e impossível de ser recomposto.¹⁰⁶

Assim é que, desde que não seja irrevogável pela sentença depois prolatada, a liminar concessiva dos alimentos provisionais é tanto legítima quanto provisória, não importando os prejuízos “de fato” causados pela medida. Se ela for irrevogável, não será provisória, agora se ela não vincular o juiz do “principal”, mesmo causando ao demandado um dano irreparável no “mundo fático”, será sempre provisória. Assim, somente haverá prejuízo quando houver decisão antecipada que seja irrevogável, e tudo o que for revogável será provisório.¹⁰⁷

Temos, portanto, que o “fundo do litígio”, a essência do ato jurisdicional, resume-se em sua função declaratória (“dire le droit”). Se não houver eficácia declaratória,

¹⁰³ Para saber mais a respeito de sentença liminar consultar: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹⁰⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 152 e 154.

¹⁰⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in: Op. cit.* p. 12.

¹⁰⁶ *Op. cit.* p. 13.

¹⁰⁷ *Op. cit.* p. 14.

capaz de produzir coisa julgada, que vincule o juiz da sentença subsequente; se o provimento liminar não contiver uma “pronúncia” sobre o direito (Chiovenda) que impeça depois um julgamento divergente, não haverá antecipação satisfativa e nem decisão no sentido de julgamento definitivo. [*sic*]¹⁰⁸

Assim é que “satisfação” do direito a alimentos apenas advém com a sentença definitiva, apta a produzir coisa julgada. Tudo se passa no plano normativo. A liminar que concede alimentos provisionais não seria satisfativa do direito do autor. Provimentos provisórios, assim, nunca seriam satisfativos.

Prejudicar a decisão de mérito seria, pois, prejudicar a causa, através de uma sentença prévia com força de coisa julgada. Se tal não ocorrer, então: *a*) não haverá qualquer decisão de mérito; *b*) não haverá, portanto, antecipação satisfativa do direito, mas ao contrário, apenas antecipação dos efeitos fáticos que o futuro julgamento favorável ensejaria. Neste caso, não havendo sentença sobre o mérito, estaríamos diante de uma interlocutória.

Na verdade, se apenas pode haver satisfação quando o juiz diz o direito; se todos os demais provimentos, embora possam causar efeitos produtores de dano irreparável, serão sempre provisórios, posto que não impedem o julgamento divergente, então todas as decisões tomadas no curso da causa não serão de mérito, dado que este somente poderá ser apreciado pela sentença que se pronunciar sobre o direito e que, por isso mesmo, será sempre final, com produção de coisa julgada sobre o ponto decidido. Consagra-se, portanto, a *ordinariedade*! Antecipar efeitos é possível, o que a *ordinariedade* não tolera é a antecipação da decisão (julgamento) de mérito.¹⁰⁹

Para o normativismo reinante em nosso sistema processual, pouco importa o “mundo do fatos” se o “mundo das normas” conservar-se intacto. Já se tratou acerca deste desprezo pelo mundo social decorrente do normativismo no item 1.1.

J. C. BARBOSA MOREIRA explicita um pressuposto, que nos demais autores fica subentendido. Segundo ele, a sentença de mérito somente conterà julgamento. Será uma proposição apenas *normativa* que nunca tocará no “mundo dos fatos”. Para o jurista, é inconcebível que existam “fatos” (um *fazer*) no *conteúdo* das sentenças, formadas apenas por juízos, apenas julgamentos. A “atividade” (não mais juízo) executiva dar-se-á, como ele diz, com expressiva insistência, quando a sentença “já terá ficado para trás”. A execução, diz o jurista – que não seria direito, mas puro “fato” –, surgiria “*ex proprio Marte*”, ou seja, não decorreria de um verbo “contido” na sentença, segundo ele, formada exclusivamente pela declaração. Mesmo assim, independentemente da sentença a execução se autoproduz, sem contar com uma eficácia “interna” da sentença e muito menos emergir de “golpe de mágica”.

Fica, portanto, pressuposto que o “julgamento” a que todos se referem será sempre o julgamento final, único considerado “julgamento de mérito”, afastados os óbvios julgamentos que o juiz haverá de fazer no curso da causa. A *provisoriedade* destes julgamentos torná-los-ia irrelevantes para o processo.¹¹⁰

¹⁰⁸ *Op. cit.* p. 15.

¹⁰⁹ *Op. cit.* p. 16.

¹¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 11.

Este entendimento da doutrina pode ser compreendido tendo-se em mente o vínculo entre ordinariiedade e racionalismo, que impõe que o juiz somente possa julgar a lide ao encerrar-se a relação processual, após amplo debate probatório (cognição exauriente), pois apenas nesse momento do processo, imagina-se, o julgador teria a segurança para proferir um juízo de certeza.

Era nisto que consistia o procedimento da *actio*, o juízo do *ordo judiciorum privatorum*. O juiz privado (*iudex*) – como agora – somente poderia julgar a causa ao encerrar-se a relação processual, ao contrário do *praetor*, que a julgava sob *summaria cognitio*, sem que o conflito ficasse coberto pela coisa julgada, que a doutrina moderna considera a “pedra de toque” da jurisdição. Esta é uma verdade de todos conhecida, mas uma de suas conseqüências mais significativas não costuma ser objeto de cogitação dos escritores, qual seja o pressuposto – essencial à *ordinariiedade* –, de que todas as eventuais decisões que, porventura, antecedam a sentença, não serão, por definição, provimentos que digam respeito à lide. Os juízes muitas vezes exageram na compreensão da jurisdição como declaração de direitos, afirmando que os provimentos que antecedem a sentença não conterão nem mesmo julgamento, porque se pressupõe que o juiz somente estará autorizado a julgar quando puder revelar a “vontade da lei”. Tudo o que ele fizer antes, não importa quão desastrosas sejam as conseqüências de seu provimento, haverá de dizer respeito apenas processo, não ao *direito material* que, para a doutrina, ter-se-á conservado íntegro, ainda que, sob o ponto de vista *fático*, resulte inteiramente destruído ou inútil.

As decisões que não sejam definitivas, segundo esse entendimento, não alcançam o direito material. É compreensível. Tendo o direito como uma proposição *normativa* – portanto apenas lógica –, tudo o que se fizer no domínio da realidade, enquanto *fato*, não exercerá a menor influência sobre o *conceito*. [...] O direito ficara limitado à *norma*, tendo o *fato* como uma conseqüência. O normativismo releva-se claramente. [*sic*, grifos do autor]¹¹¹

O tudo o que acima foi dito pode ser adaptado para os provimentos antecipatórios dos artigos 273, 461 e 461-A do CPC, pois estes também são tidos, pelo sistema e pela doutrina estabelecida, como meras decisões interlocutórias que não definem mérito ainda que provisoriamente, pois, para a doutrina, julgar provisoriamente seria não julgar, como visto. Também aqui o que acontece no mundo fático é desprezado. Apesar de que com a *antecipação da tutela* o direito do autor esteja *satisfeito* no mundo prático, ao poder desfrutar do bem da vida que lhe é concedido liminarmente ou no curso do processo, sendo esta antecipação passível de ser revista pela *sentença final*, a doutrina considera que apenas esta é capaz de *satisfazer* o direito do autor, ao declarar a demanda procedente, com formação de coisa julgada. Tudo se passa no plano das normas, pois, ainda que, em virtude da negativa de antecipar a tutela e da demora do procedimento, sofra o autor dano irreparável – com o perecimento do bem da vida pretendido, por exemplo – o direito do autor estaria satisfeito ao

¹¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 144.

ser julgada procedente a ação na sentença final. Este é o entendimento reinante na doutrina, que, apesar disso, vem mudando paulatinamente¹¹².

Convém agora referir que, para o professor Ovídio Baptista, as decisões acima referidas como interlocutórias pelo sistema processual e pela doutrina tradicional, constituem *sentença liminar de mérito* (com possibilidade de eficácia mandamental e executiva ao estilo dos *interditos* romanos)¹¹³. Ovídio também considera que a introdução da *tutela antecipatória* em nosso sistema processual civil põe em xeque o Processo de Conhecimento, ordinário por natureza, e, segundo a ideologia que preside o sistema e a doutrina, criado para ser o rito processual ao qual todo o direito material deveria ser submetido. Esse entendimento peculiar de Ovídio Baptista se dá a despeito da doutrina tradicional. Veja-se nesse sentido o trecho a seguir:

Se levarmos em conta que o chamado Processo de Conhecimento é concebido para que o juiz se limite a “dizer” o direito – direito como *dictum*, como *dicere ius* – sem que nele ocorra execução (*factum*), portanto destituído de efeito executivo que lhe seja *interno*, fiel à concepção romana, depois absorvida pelo direito comum medieval, que tiveram a jurisdição como simples *jurisdictio*, é possível dizer que a eliminação do Processo de Conhecimento começou quando o legislador, no início do movimento de reformas, introduziu as “sentenças liminares” consagradas no art. 273, nas quais o juiz emite decisões de mérito, antecipando os efeitos *executivo* e *mandamental* da futura sentença de procedência.¹¹⁴

Se se pensar nessa função eminentemente declaratória do Processo de Conhecimento, e de seu corolário o rito ordinário, que exclui qualquer possibilidade de atividade executiva antes da *sentença final de mérito* (expressa no princípio da *nulla excutio sine titulo*), realmente o Processo de Conhecimento está em xeque com a introdução da *tutela antecipatória*, pois não há como negar a executividade destas decisões, que se dá anteriormente a *sentença final*!

¹¹² “Os §§ 6º e 7º, acrescentados ao art. 273 pela Lei 10.444, de 7 de maio de 2002, deixaram de aludir aos ‘efeitos da tutela’. Passam a dizer que o juiz poderá conceder a ‘tutela antecipada’. Mesmo assim, a compreensão que a doutrina e os tribunais lhe haverão de dar não será alterada. Essa ‘tutela antecipada’ continuará, para o sistema, a ser uma simples interlocutória, compreendido o conceito de tutela como o ‘efeito declaratório da sentença final’. Para o paradigma racionalista, o juiz nunca poderá tutelar provisoriamente o alegado direito do autor. Se ele estiver apenas alegado, ainda não será direito material. O direito material será produzido pela sentença. Esta é uma doutrina singular, que transforma o direito material num fenômeno apenas sociológico, não jurídico”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 9.

¹¹³ Veja-se, para tanto, o seguinte ensaio: Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹¹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. XIV na “Nota Explicativa” do curso.

Precisando melhor o problema, o que pretendemos dizer é que, de duas uma: ou concebem-se as antecipações como formas de tutela executiva ou mandamental, ou então nada feito, nenhuma antecipação será possível, justamente porque, como pressentiu J. J. Calmon de Passos, há uma incompatibilidade genética entre liminares – necessariamente interdita (!) – e Processo de Conhecimento, concebido para ser ordinário, sempre fiel a suas origens, enquanto procedimento derivado do *ordo judiciorum privatorum*, com sua indefectível sentença condenatória, a encerrar a relação processual, princípio que nosso Código consagrou no § 1º, art. 162 [que estabelece o conceito de sentença].¹¹⁵

Quanto a origem interdita das eficácias mandamental e executiva (próprias das *antecipações de tutela*), as quais subvertem a lógica do procedimento da *actio*, Ovídio Baptista, comentando a respeito da dificuldade de conceituação das tutelas executivas e mandamentais em decorrência de sua origem comum, diz o seguinte:

As dificuldades, ao que supomos, provêm da origem comum dessas duas formas de tutela processual, enquanto representações modernas dos antigos interditos do direito romano clássico, portanto, instrumentos processuais diversos do procedimento privado da *actio*, de onde proveio nosso Processo de Conhecimento. Como é sabido, o pretor romano – assim como o farão hoje nossos magistrados, ao concederem antecipações de tutela – podia prover, com base em *summaria cognitio*, emitindo uma ordem, atividade representada pelo célebre veto pretoriano; ou ainda, se não executando diretamente, ao menos permitindo atos executivos, como se dava na *missio in possessionem*, coisas que o *judex*, a quem se confiava o julgamento das *actiones*, não podia fazer, limitados como eram seus poderes a proferir sentenças condenatórias.¹¹⁶

Analisado o caráter final e declaratório das sentenças, bem como o caráter interdita e provisório dos provimentos que se concedem liminarmente ou no curso do processo, tidos como meras interlocutórias pelo sistema e pela doutrina estabelecida, passar-se-á a análise dos reflexos racionalistas no conceito de sentença.

2.2 O método racionalista como determinante no conceito de sentença

Agora, ao tratar-se especificamente da influência do *paradigma* racionalista no conceito de sentença, cabe referir que esta é considerada, como restou acima consignado, o único ato do juiz passível de conter mérito, ou seja, de julgar verdadeiramente a lide definindo o mérito, ao mesmo tempo em que é o último ato do processo ou fase processual¹¹⁷. Este conceito, que esta de acordo com os pressupostos do racionalismo de busca por segurança-

¹¹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O processo civil e sua recente reforma, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 183.

¹¹⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. O processo civil e sua recente reforma, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 183.

¹¹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 5 e 6.

certeza, impede que a doutrina conceba uma autêntica sentença liminar, e que o sistema trabalhe com juízos provisórios de mérito e com formas de contraditório diversas do ordinário, que poderiam vir a tutelar direitos de forma mais eficiente (principalmente os direitos de 3ª gerações/dimensões em diante), como será abordado. É por isso que Ovídio Baptista aduz o seguinte, ao relacionar o conceito de sentença com a impossibilidade de o sistema conceber uma sentença liminar:

[...] o próprio conceito de sentença, como ato final que decide (em ato de julgamento definitivo) sobre o reconhecimento ou não do direito invocado pelo autor, é que impedia, e impede, que a doutrina conceba uma sentença liminar, posto que esta nunca poderá, naquele sentido, dizer o direito. Chiovenda mostra como os Tribunais italianos confundiam sentença definitiva com sentença final, no pressuposto implícito de que todos os demais provimentos judiciais que a antecedessem não deveriam ser tidos como sentenças definitivas, no sentido de sentenças que definem, ainda que provisoriamente, o *meritum causae*. Isto significaria admitir que o ordenamento jurídico estaria a legitimar uma sentença fundada em simples verossimilhança do Direito, o que os princípios repelem.¹¹⁸

Nunca poderá dizer o direito porque apenas cabe à sentença final dizer, ou melhor, declarar, a verdade do processo, antes dela não se tem as certezas e verdades rigorosamente demonstradas, conforme o sonho racionalista. Um provimento liminar ou sumário (tido como mera decisão interlocutória) jamais poderá conter mérito ou ser decisão final de procedimento sumário, segundo a doutrina presa ao paradigma, porque careceria de comprovação através do método próprio para se chegar às verdades em processo: o longo caminho do rito ordinário, que culmina com a sentença.

O sonho racionalista, como se percebe, é o sonho da exatidão, da demonstração (matemática), da descoberta, o que o Direito e o processo civil não tiveram como escapar. E se tanto o Direito quanto o processo civil haveriam de ser exatos, as respostas da Jurisdição não poderiam compartilhar o erro. Não poderiam compartilhar, *v.g.*, em razão mesmo da ânsia por segurança, com a emissão, em processo civil, de juízos de verossimilhança.¹¹⁹

Outra perspectiva determinante do conceito de sentença é o vínculo do *paradigma* racionalista com a *ordinariedade*, como já demonstrado. O racionalismo determina que a ciência tenha de ser exata, portanto, proscreve-se, em processo, juízos embasados em verossimilhança, que seriam não-julgamentos. O juiz, como resultado do racionalismo, tem de

¹¹⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

¹¹⁹ ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7538. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3457.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ser neutro como aquele que resolve um teorema algébrico. Se conceder com base em verossimilhança o juiz perderia a neutralidade matemática que o sistema impinge a ele. Por isso, toda a matéria tem de ser alegada e provada *antes* de poder haver “julgamento verdadeiro”. Consagra-se, assim, o contraditório prévio e a *ordinarização* do procedimento.

[...] tão profundo era o compromisso de nosso legislador com a *ordinariedade*, que o CPC não vacilou em conceituar a sentença como o ato final que põe termo ao procedimento. Para nosso direito e para a doutrina que o consagrou em lei, não pode haver sentenças liminares; porque o juiz não pode emitir juízos jurisdicionais verdadeiros que não produzam coisa julgada; porque julgar haverá de corresponder a *julgar definitivamente*, “compondo a lide”.

Finalmente, não pode haver sentenças liminares que, de alguma forma, antecipem a tutela jurisdicional, porque os juízes do sistema romano-canônico estão proibidos de julgar apoiados em juízos de verossimilhança.

É interessante – mais do que interessante, dramática e perversa – a ideologia que se oculta sob este princípio que, em última análise, é o motor teórico da concepção, tão profundamente arraigada no Direito Processual Civil, da *neutralidade* do Juiz, face ao conflito judiciário, que, por sua vez, nem seria necessário dizê-lo, é o fundamento da *ordinariedade*.¹²⁰

Para o sistema e a doutrina obscurecida pelo paradigma o juiz para preservar, em tese, sua *neutralidade* só poderia julgar verdadeiramente depois de tudo haver sido alegado e provado. Logo, se o juiz conceder com base em verossimilhança das alegações, em sede de juízo sumário, o juiz teria perdido a condição de *neutralidade* que deveria manter. Este é o pressuposto que rege o sistema e seus juristas. O que não costuma ser objeto de consideração pela doutrina é o fato de que, ao manter o *status quo* até a sentença final, permitindo que o demandado ao fim declarado sem direito algum usufrua do bem da vida pretendido pelo autor durante o longo rito ordinário, acaba sendo parcial de modo a beneficiar o demandado sem razão. O juiz, ao denegar o pedido de liminar, e o sistema, ao não prever formas sumárias de tutela aos direitos, acaba por deferir, de certa maneira, uma liminar em sentido inverso, em benefício do demandado.¹²¹

A pretensão é que todos os procedimentos estejam submetidos ao mesmo rito, como decorrência da fidelidade do sistema ao *paradigma*. Por isso, Ovídio Baptista, refere que

¹²⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 218.

¹²¹ Este tratamento condescendente com o demandado também sofre influência da moral cristã que passou a orientar em certa medida o direito romano a partir dos imperadores cristãos do oriente, mormente a partir de Justiniano (482-565). Os princípios da moderação, clemência e benignidade cristãos, desconhecidos do direito romano clássico, passaram a informar as categorias jurídicas romanas. Além do mais a equidade (*aequitas*) que no direito romano clássico significava a correta e adequada aplicação das normas e princípios do próprio ordenamento jurídico, podendo significar um tratamento rigoroso dispensado ao demandado, agora, sob a nova orientação dos princípios cristãos, poderia a significar uma transformação do sistema legal, correspondendo a um abrandamento das normas e princípios do ordenamento jurídico, a fim de reduzir-lhe a eventual severidade. Ver a respeito: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

a fidelidade ao *paradigma* fez com que o legislador inscrevesse na lei o conceito de “sentença de mérito”, definindo-a como o provimento com que o julgador encerra a relação processual. Isto que agora é lei fora sempre pressuposto para a doutrina. A pretensão do legislador fora *ordinarizar* todos os procedimentos, disciplinados ou não pelo Código. [grifos no original]¹²²

A consequência disso tudo, no processo civil, não poderia ser outra senão a proscrição dos provimentos fundados em juízos de verossimilhança como verdadeiros julgamentos. A “matematização” do processo faria com que os juízes fossem levados a uma condição de reprodutores do sentido da lei, de declaração de seu sentido, cujo local de manifestação seria o rito ordinário, somente após cognição exauriente.¹²³ Logo, os julgamentos embasados em verossimilhança, passaram a ser *não-julgamentos*, passando o magistrado, ao conceder uma medida liminar (decisão interlocutória), a *nada decidir*¹²⁴, isto porque somente a sentença final é que conteria decisão, de acordo com a doutrina presa ao *paradigma*.

Esta contingência, imposta pelo *paradigma* racionalista – que proscree os “juízos provisórios” –, determina que o sistema tenha as antecipações *lato sensu* executivas como simples *interlocutórias*, não como decisões antecipadas de mérito. É o pressuposto de que o sistema se vale para preservar a *ordinariedade*, do velho *ordo judiciorum privatorum*, e, ao mesmo tempo, manter-se fiel ao Racionalismo, com a supressão dos juízos de probabilidade ou *verossimilhança*. [grifos no original]¹²⁵

Desta forma, pode-se notar que a distinção entre sentenças e decisões interlocutórias de acordo com o lugar que ocupam no procedimento, bem como a razão de, em tese, a primeira decidir a “questão principal” ou o mérito e a segunda decidir apenas “questão incidente”, segundo a doutrina tradicional, tem uma razão de ser. Esta razão de ser pode ser explicada por meio da relação de fidelidade do sistema processual ao *paradigma* racionalista, que influi no conceito que hoje temos de sentença. No que atine aos provimentos antecipatórios a que o sistema chamada de “decisões interlocutórias”, eles são tidos como meras decisões processuais, que não dizem respeito ao mérito da causa, apesar de produzirem efeitos fáticos idênticos aos da futura sentença de procedência. Ou seja, mesmo a decisão

¹²² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 145.

¹²³ ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 7539. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3457.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹²⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹²⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

interlocutória *satisfazendo* no plano fático o direito da parte, ao conceder a antecipação de tutela ou ao reintegrar na posse o autor esbulhado, por exemplo, a doutrina a distingue da sentença final (que produz, no mundo fático, os mesmos efeitos satisfativos do direito da parte), pois só esta conteria julgamento de mérito. Para os que seguem o *paradigma*, a sentença seria o único provimento apto a satisfazer o direito da parte, pois esta sim, por ser produzida ao final do procedimento com a necessária *segurança* exigida pelo *racionalismo*, seria verdadeira decisão, teria então a carga de *declaratividade* necessária para formar coisa julgada.

Para os praticantes do *normativismo*, produto do *racionalismo*, importa apenas o mundo normativo, pouco interessa se no momento da sentença o bem da vida já inexistia, o direito da parte estaria satisfeito com a simples declaração contida na sentença.

Assim, se sentença é unicamente o ato que põe fim ao procedimento ou a fase processual, por trás deste conceito há também a ideologia da *ordinariedade* e da *plenariedade* de cognição (já vimos como a *ordinariedade* restou consolidada pelo *racionalismo*), pois o sistema, ao *ordinarizar-se*, tem como ideal subjacente que tudo seja alegado e discutido antes de se por fim ao processo (ou a fase processual), mantendo o *status quo* até a prolação da sentença. Compreende-se que o sistema busque a *plenariedade* de cognição (própria da *ordinariedade*) justamente para que a *sentença* possa conter um juízo de certeza, próprio do método matemático racionalista. Isso tudo em virtude

[...] de ser o Processo Conhecimento concebido para servir de instrumento a uma jurisdição que, no direito privado romano, era exercida pelo *iudex*, detentor de uma função jurisdicional subalterna, delegada pelo *praetor*, e que, na formação do processo civil moderno, está comprometida com o Racionalismo, que condiciona o exercício da jurisdição aos julgamentos de certeza.

O Processo de Conhecimento, com a estrutura do *ordo iudiciorum privatorum* do direito privado romano, universaliza o princípio segundo o qual o contraditório deverá necessariamente antecipar-se ao julgamento. O juiz nada poderá dizer a respeito do mérito da causa senão ao término da relação processual, quando, imagina-se, teria condições de descobrir, com segurança, a “vontade da lei”.¹²⁶

O Processo de Conhecimento, ordinário por natureza, universaliza o contraditório prévio. Logo, já se pode notar a contradição entre a *antecipação de tutela* e esse tipo de ideal procedimental do contraditório prévio, consubstanciado no Processo de Conhecimento. Mas não é disso que se quer tratar e sim a respeito desta espécie de contraditório em que o juiz

¹²⁶ “Por aí já se vê quanto as ‘antecipações de tutela’ contrariam a idéia de um processo de pura cognição, em que o juiz deva somente *dizer*, sem nada *fazer*. Essas medidas envolvem-se com *fatos*, não apenas com *normas* e, indo além da indicação da norma aplicável, desde logo concretizam a tutela que, se o processo fosse puramente cognitivo, seria uma incumbência da futura demanda executiva”[*sic*]. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2-3.

somente poderá fazer ou permitir que se faça depois de ouvir ambas as partes, que determina, como se viu, que a sentença seja o ato com que se encerra o procedimento. Acontece que, tanto no passado longínquo quanto diuturnamente, o processo convive com procedimentos em que o contraditório é invertido, ou até mesmo inexistente, continuando, porém, a glorificar sua forma vulgar, enquanto guardião da *ordinariedade*.¹²⁷

As ações que admitem a concessão de uma medida liminar antecipatória de algum efeito da sentença final de procedência, integram a classe de demandas em que o contraditório, ao contrário de ser prévio, é *diferido*. [...]

Os procedimentos que contenham liminares correspondem a aplicação de um princípio que se opõe ao contraditório *prévio*. Aqui o juiz pode ordenar ou permitir que se execute antes de sentença final de procedência da ação. Há uma “inversão de fases”, por meio da qual se permite executar antes da sentença. Na verdade, o juiz antecipa julgamento sob a forma de um provimento provisório, relativo, porém, ao mérito da causa. [...]

Na verdade, nosso Código, cedendo às pressões da prática forense, absorveu uma forma de tutela antecipada que poderia quebrar a *ordinariedade*, introduzindo no sistema as “antecipações de tutela”, que têm natureza executiva, posto que de índole *interdital*. Porém, entre infirmar os pressupostos da *ordinariedade* e permanecer intransigente na defesa de seus princípios, a doutrina prefere manter-se fiel ao *paradigma*, sustentando que as medidas antecipatórias serão essencialmente cautelares. [grifos no original]¹²⁸

Assim, vê-se que o *racionalismo* impregnado na doutrina faz com que esta não aceite que o sistema possua um julgamento provisório da lide, por meio do contraditório *diferido*, em que a cognição seja posterior à satisfação *fática* do direito verossímil do autor. Porém, este entendimento, principalmente após a introdução da *tutela antecipada* no sistema processual civil, em que primeiro se executa, para depois se conhecer, começou a mostrar suas contradições.

Outra das consequências do atual conceito de sentença e de seu ideário racionalista subjacente, para além da pretensa proscrição de julgamentos com base em verossimilhança e proscrição de procedimentos com contraditório invertido, encontra-se o impedimento (ao menos pretendido pelo sistema) de que haja lides parciais, por meio do *contraditório eventual*. Ovídio Baptista, após tratar acerca do contraditório prévio, próprio à *ordinariedade*, e do contraditório diferido, próprio do sistema que permite antecipação de tutela (de índole *interdital* segundo o autor), refere acerca do contraditório eventual o seguinte:

A terceira forma que o contraditório pode assumir é a que se denomina contraditório *eventual*. A diferença entre esta forma e as anteriores assume relevância, tanto para a

¹²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 152.

¹²⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 152-153.

compreensão do instituto quanto para uma avaliação de suas potencialidades, visando a uma maior eficiência do sistema. Porém é importante não esquecer que tanto o contraditório *diferido*, quanto o *eventual* quebram a *ordinariedade*. O primeiro porque, ao inverter as fases do *ordo iudiciorum privatorum*, desfaz o procedimento ordinário, admitindo que se execute antes da sentença, conseqüentemente, antes da formação do título executivo; o *eventual*, porque elimina o contraditório do interior da demanda, transferindo-o seja para uma ação incidental, como nos embargos do devedor, seja para uma ação independente, como nas possessórias e nas ações cambiárias; seja enfim, em ações pariculares, como ocorre na ação de desapropriação e na busca e apreensão do Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969. [*sic*, grifos no original]¹²⁹

Só que o sistema não quer admitir essa quebra da *ordinariedade* operada pelos contraditórios *diferido* e *eventual*, pelo menos em sua ideologia, pois o ideal é que *todos os procedimentos* sejam ordinários, logo o sistema pressupõe que toda a matéria de defesa seja alegada antes de se encerrar o procedimento (*plenariedade* de cognição). O sistema, na sua sanha por resolver toda matéria passível de ser controvertida antes da sentença e apor o selo da *definitividade* nas lides, faz com que esta mesma lide se dilate infinitamente no tempo, estendendo a conflituosidade, e não dando uma resposta ao litígio antes de tudo ser arguido no processo. É por isso que “verdadeira decisão”, segundo o sistema, só advém com a sentença final “de mérito”, após “cognição plena”.

[...] a forma clássica de *contraditório eventual*, repelida pela *ordinariedade*, admite a *parcialização* da lide, resumizando-a, de modo a torná-la não mais *plenária*. Isto é quanto basta para mostrar o vínculo entre *ordinariedade* e *plenariedade* e a conseqüente incompatibilidade, tanto do contraditório *diferido*, quanto do *eventual*, com o procedimento ordinário.

Portanto, um dos pontos do sistema processual que barra estas formas de contraditório é o conceito de sentença, que determina e é determinado pela ideologia da *ordinariedade* que preside o sistema. Como o conceito de sentença é produto dessa busca pela *ordinariedade*, consagrada pelo racionalismo, ao permitir apenas julgamentos de certeza, após ampla defesa e cognição plena, o sistema não admite lides parciais, com *sentenças liminares*, próprias do contraditório *diferido* e *eventual*. Quanto à ideologia da *ordinariedade* vejam-se, a título de exemplo, as palavras do renomado processualista Adroaldo Furtado Fabrício:

[...] Em princípio, aliás, pelo menos do ângulo de vista da operacionalidade prática do processo[!], a generalização do procedimento ordinário deveria ser a maior e a mais ampla possível, com a decorrente redução do elenco dos especiais; estes ainda nos limites do referido critério, só se justificariam quando aquele fosse

¹²⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 155.

absolutamente inadequado ou insuficiente para o tratamento em juízo da matéria considerada.¹³⁰

Ovídio Baptista procura mostrar como essa ideologia da ordinariedade contaminou todo o sistema a ponto de insculpir na Constituição Federal, dentre os direitos e garantias fundamentais, a ampla defesa¹³¹, que era um princípio exclusivo do Direito Penal e passou a ser determinante para todo o sistema, com a consequência de tornar não apenas ordinário o procedimento, como plenária a respectiva ação. O que a doutrina não costuma tematizar é que a “ampla defesa” também pode ser garantida com o contraditório *diferido* ou *eventual*.

O que se oculta sob a ideologia da ampla defesa – um dos pilares a sustentar as demandas plenárias –, além do fator *segurança* que inspirou a formação do direito moderno, é a herança iluminista que o sistema ainda conserva muito viva. É a doutrina que sonha com a eliminação dos conflitos, possível em uma sociedade humana que, para a filosofia do progresso linear, seria perfeita. Para esta visão da História humana, o conflito seria uma patologia social, que cabe extirpar, sendo, portanto, condenável um processo que, ao invés de pôr logo uma “pá de cal” nos eventuais conflitos futuros, pudesse, ao contrário, estimulá-los. Este sonho, no entanto, revelou-se anacrônico, ante a sociedade industrial, para o qual o conflito parece ser a mola que lhe dá vida e promove o desenvolvimento social.¹³²

Essa é a razão de o sistema ter inserido em seu bojo as tutelas de urgência sem, todavia, abalar o *procedimento ordinário*, fazendo-as simples providências interlocutórias de uma ação necessariamente plenária, por isso que fundada em plena defesa. O sistema vê a medida antecipatória como “efeitos” da sentença de mérito que se antecipa, a despeito do contra senso lógico que este entendimento carrega. Foi essa a solução encontrada pelo sistema para aceitar as tutelas de urgência, cedendo às exigências práticas, sem renunciar aos princípios que determinam a ordinarização do procedimento.¹³³

Tanto as ações cautelares acabam transformadas em “pedaços” do processo principal, posto que não se lhes reconhece, sequer, *mérito* (o mérito estaria no “processo principal”); quanto igualmente as “medidas antecipatórias” definem-se como interlocutórias, tudo para não ofender o princípio do “contraditório prévio” que preside a ordinariedade. Faz de conta que não se antecipa julgamento, que aquilo que se antecipa não faz parte da sentença de mérito. O procedimento continua

¹³⁰ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. 9. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7. Soam contraditórias estas palavras, tendo-se em vista a quantidade de liminares concedidas a título de tutela antecipada no contexto histórico atual. Como pode ser que o rito ordinário seja o melhor “do ponto de vista da operacionalidade prática do processo” se a maior parte das demandas hoje em dia traz em seu bojo o pedido de antecipação de tutela? Ademais, a previsão de uma tutela antecipada no sistema, que de certa forma com isso reconhece sua morosidade na tutela dos direitos, já não se revela “absolutamente inadequado ou insuficiente para o tratamento em juízo da matéria considerada” ao ter como rito principal o ordinário e sua defesa prévia?

¹³¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 161.

¹³² *Ibidem.* p. 164.

¹³³ *Ibidem.* p. 237.

ordinário. Emitir juízos provisórios significa não julgar. Praticamos, portanto, uma forma do que se convencionou chamar uso alternativo do Direito, neste caso, uso alternativo do sistema. Pratica-se uma forma impura de procedimento ordinário, sem que a doutrina veja nisso ofensa à *ordinariedade*.¹³⁴

Aí está o cerne do racionalismo. Às medidas antecipatórias a que o sistema chama de *decisão interlocutória* não se reconhece mérito – para doutrina estabelecida nem mesmo julgamento seria – isso tudo porque o sistema não aceita, em sua ideologia, julgamentos embasados em verossimilhança ou provisórios. O sistema glorifica a *ordinariedade*, com julgamentos apenas ao final do procedimento, pois ela esta de acordo com os pressupostos racionalistas de busca pela verdade matemática. Ovídio Baptista ainda refere o seguinte quanto a esta distinção entre *interlocutórias* (sem mérito, segundo a doutrina, ainda que antecipem provimentos *satisfativos*) e *sentença final*, revelando o núcleo do *paradigma*:

Quem tiver o cuidado de investigar a história do chamado processo cautelar do moderno direito italiano, a partir de Chiovenda, verá que a doutrina nunca se afastou do princípio segundo o qual aquilo que os processualistas peninsulares denominam “provimento” cautelar, não passa de tutela *antecipatória* de algum efeito da sentença de mérito de um processo *satisfativo*, construído com *plenitude de cognição* ou, como se diz na Itália e agora também no Brasil, com “cognição exauriente”, de modo que a tutela que se antecipa seja *absorvida* pela sentença de mérito que a reconheça como a sendo a essa a “vontade da lei”; ou a revogue, se o julgador convencer-se de que a aparência do direito que servira de fundamento para a concessão da tutela antecipada, não corresponde à “vontade da lei”.

A confirmação da liminar representará sua “reinserção no conteúdo da sentença de mérito”. Aquilo que tivéramos por simples *decisão interlocutória* – *algo que não dizia respeito à lide, e sim ao processo, enquanto medida liminar* – agora incorpora-se à *sentença como uma parcela* da lide. O que fora *interlocutória* torna-se mérito...! [...]

O que surpreende e revela o núcleo do *paradigma* racionalista é constatar que esse “pedaço” do *meritum causae*, ao descolar-se para uma fase preliminar da ação, ou para formar um procedimento antecedente, de cunho preparatório, deixa de ser de mérito, para tornar-se um provimento de natureza apenas processual. Por que? É fácil descobrir: por ele ser um “julgamento provisório”. O sistema não pode admitir julgamentos provisórios, dado que a missão do juiz é descobrir e revelar a “vontade da lei”, coisa que a *provisoriedade* do julgamento não alcança. Se é provisório, não será, para a doutrina, por definição, um julgamento de mérito. Para a doutrina, nem mesmo será um julgamento. [grifos no original]¹³⁵

Trata-se de um mecanismo de autopreservação paradigmática que faz com que o sistema processual conviva com tutelas interditais, como a *tutela antecipada*, fazendo de conta, porém, de que se trata de simples *interlocutórias*, que não dizem respeito ao mérito da causa. Desta forma, preserva-se o princípio fundamental imposto pelo *paradigma*, o de que ao juiz somente é permitido julgar com base em *cognição exauriente*, ao final do processo.

¹³⁴ *Op. cit.* p. 237.

¹³⁵ *Op. cit.* p. 106 e 108.

Quanto às demais decisões, especialmente aquelas atinentes as liminares (de mérito), finge-se que não chegam a ser julgamentos sobre a lide, e sim apenas decisões “processuais”, simplesmente por serem provisórias.¹³⁶

A doutrina, porém, não se dá por vencida. A explicação para este fenômeno, tido como uma anomalia que seria apenas aparente, é engenhosa, mas não deixa de revelar o núcleo do *paradigma*. Segundo a doutrina, essas medidas antecipatórias, uma vez encerrada a relação processual, com sentença de procedência da ação, ainda assim não *integrariam* o ato jurisdicional, não passando de uma de suas *conseqüências*. Segundo, a distinção entre *conteúdo* (formado apenas pela declaração) e *efeitos* da sentença (que seriam todos externos ao ato sentencial) é o outro resultado da atribuição de caráter cautelar às antecipatórias, que, todavia, não impede de ver as entranhas ideológicas do sistema, revelando seu componente *normativista*, pela radical separação entre *direito* – enquanto norma – e suas *conseqüências*, enquanto *atos*. O ato jurisdicional é declaratório ou, no máximo constitutivo, como disseram J. C. Barbosa Moreira e Alfredo Buzaid, sustentando, o último, a natureza declaratória ou constitutiva ou condenatória do mandado de segurança, porque o efeito *mandamental*, segundo ele, como qualquer efeito, seria um *posterius*, uma “conseqüência” do ato jurisdicional, portanto algo existente fora de seu “conteúdo”.

[...] É possível, desta perspectiva, ver o que comporia o *conteúdo* da sentença de mérito, que a doutrina persevera em tê-la apenas como declaratória; e constatar o que seriam, para a doutrina, as suas *conseqüências*, que se situariam fora do conteúdo do ato jurisdicional, formando seus efeitos alegadamente não mais *jurídicos*, mas apenas *fáticos*. [*sic*, grifos no original]¹³⁷

Pode-se notar aqui, como o *normativismo* moderno, ao fazer do direito pura norma, pura abstração, influi no que a doutrina entende como “conteúdo” do ato jurisdicional, que seria composto apenas por declaração. O conceito de sentença enquanto ato *definitivo*, que só admite julgamento de mérito ao final da lide, encampa o princípio proclamado por Calamandrei da precedência da cognição sobre a execução (*nulla executio sine titulo*)¹³⁸. Antes da formação do título (sentença final declaratória) não poderia haver atividade executiva. Por isto é que alguns doutrinadores, na esteira de Calamandrei, consideram a medida *antecipatória* como cautelar. Antes da sentença final o Processo de Conhecimento deveria ficar livre de qualquer nódoa executória¹³⁹. Execução verdadeira apenas adviria após a sentença final de mérito, por isto a doutrina, negando a *satisfatividade* ao direito do autor na medida antecipatória, tem esta como cautelar. O sistema, em tese, não admitiria nenhuma inversão, pois não poderia haver verdadeira execução antes da certificação do direito operada pela sentença final de mérito.

¹³⁶ *Op. cit.* p. 117.

¹³⁷ *Op. cit.* p. 154-155.

¹³⁸ *Op. cit.* p. 149.

¹³⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Decisões interlocutórias e sentenças liminares, *in*: **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 10.

Não se trata apenas de separar o *conhecimento* da *execução*, coisa que o primitivo direito germânico também fazia. Fazia-o, porém, ao contrário de nós, antepondo a atividade executiva à sentença. No direito moderno, cuida-se de impedir que a execução preceda a cognição. Esta é a maneira pela qual o sistema mantém o juiz fiel a sua condição de oráculo da lei. Se ele pudesse executar antes de descobrir a “vontade da lei”, estaria sob o risco de conceder alguma forma de tutela processual a quem não tivesse direito, *atuando* não a “vontade da lei” sim a sua própria vontade, que Hobbes declarava ser por definição injusta.¹⁴⁰

Com isso, verifica-se como sistema, ao inscrever o conceito de sentença como ato final de procedimento (ou fase), procurou evitar que houvesse resolução da lide liminarmente, embasada em verossimilhança, logo, nega executividade aos provimentos liminares (que são executivos, porém a doutrina finge que é mero fato e não direito). Resolução da lide apenas poderia advir com a sentença final, pois o racionalismo determina que a segurança necessária para o julgador emitir um juízo de certeza apenas adviria após cognição plena (exauriente), só aí que o julgar estaria apto a atuar a “vontade da lei” ao caso concreto. Só a partir da certificação do direito, operada pela sentença, é que poderia haver “verdadeira execução”. É por isso que Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes referem que o direito processual contemporâneo conserva-se

[...] inteiramente submetido ao binômio *ordinariedade + precedência da cognição sobre a execução*, que são, na verdade, dois princípios que se conjugam e completam, ou as duas faces de um mesmo princípio. O procedimento ordinário não poderia subsistir sem que lhe assegurássemos, através da proibição de decisões de mérito, outorgadas sob a forma de liminares, que o julgamento da lide corresponda, por definição, ao ato final que encerra a relação processual. Nisto, em verdade, consiste o procedimento ordinário. Por outro lado, a exigência imposta ao julgador pela *ordinariedade*, de que a *decisão* seja o ato final que encerra a relação processual, assegura a *precedência da cognição sobre a execução*, posto que os eventuais provimentos que o magistrado proferir, no curso do *processo de conhecimento*, ter-se-ão por *decisões interlocutórias*, nunca como autênticas decisões de mérito. Todos os provimentos emanados no curso da causa, independentemente de seu conteúdo, para doutrina que concebeu o *processo de conhecimento*, são considerados *decisões sobre o processo*, não sobre a lide. As liminares, mesmo as que porventura antecipem uma parcela do *meritum causae*, concedendo ao autor a vantagem por ele perseguida com a ação, serão consideradas simples decisões interlocutórias, por não interferirem, segundo a doutrina, na situação de direito material, posto que provisórias, sujeitas a serem depois revogadas, quando o magistrado, ao final da instrução, convencer-se de que o autor não tinha o direito que pretendia ter. Segundo essa concepção, os provimentos judiciais somente interferem no campo do direito material quando, definitivamente, com força de coisa julgada, o transformam; ou, em julgamentos declaratórios, proclamam sua real existência. O princípio da *precedência da cognição sobre a execução*, sob o domínio do princípio superior, de natureza política, da *separação de poderes*, determina que se tenham como provimentos de simples gestão processual aqueles que não sejam definitivos, protegidos pela indiscutibilidade da coisa julgada. Confirma-se, deste modo, o princípio de que julgar (apreciar, avaliar, ponderar a

¹⁴⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. *Op. cit.* p. 149.

eventual procedência) com base em juízo de verossimilhança equivale a nada julgar!
[grifos no original]¹⁴¹

É assim que o *paradigma* racionalista influi no conceito de sentença. Como o *paradigma* determina a busca por segurança-certeza, para a doutrina que concebeu o sistema processual, essa segurança-certeza apenas pode ser alcançada por meio do rito ordinário-declaratório, com cognição plena e exauriente. Daí a sentença ser considerada o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo ou a fase processual (em alguma das hipóteses do art. 267 ou do art. 269 do CPC), sendo o único ato do juiz a conter mérito, segundo a doutrina.

Este conceito, conforme abordado, encontra-se influenciado pelo *paradigma* racionalista pela via da ordinariedade do procedimento. Ordinariedade esta que pressupõe cognição plena e defesa prévia como condição para descoberta da inefável “vontade da lei”. Logo, sentença só poderia ser o ato que *define* o mérito, encerrando o processo (ou fase processual). As eventuais decisões que, embasadas em juízos de verossimilhança, no curso do processo, portanto antes da sentença, venham a *satisfazer* o direito da parte no plano fático, são tidas como *decisões interlocutórias*, meras decisões sobre o processo e não sobre a lide, em virtude da mesma lógica de busca de certeza-segurança impulsionada pelo racionalismo. Ademais, o próprio desprezo pelo que acontece no mundo dos fatos já é uma determinação do *paradigma*, pela via do *normativismo*, que impera sobre nossas instituições processuais.

Dito isto, cabe agora ressaltar a importância da superação deste modelo processual que encampa o conceito de sentença, tendo em mente os direitos de 3ª dimensão¹⁴² (direitos de titularidade coletiva ou difusa¹⁴³, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente saudável, os direitos consumidor como coletividade, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, os direitos da sociedade em rede, etc.), cuja violação pode expor uma coletividade indeterminada a perigo de dano, e que por isso demandam um juízo rápido e eficiente para a sua tutela sob pena de, quando o juízo for prolatado, o simples perigo já houver se transformado em dano definitivo (no mundo dos fatos). Pensando na tutela destes direitos, chega-se a conclusão de que eles não podem ficar a mercê da *satisfação* meramente

¹⁴¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴² Adotamos aqui o terminologia “dimensões de direitos fundamentais” devido a crítica feita pela doutrina quanto a terminologia “gerações de direitos”. Esta última terminologia carrega a ideia de que uma geração de direitos fundamentais viria a suceder (substituir) a outra precedente, quando o que acontece é que os direitos fundamentais são oriundos de um processo cumulativo e complementar, e não de alternância. Por isso a terminologia “dimensões” para refletir esse caráter cumulativo e complementar dos direitos fundamentais. Veja-se a respeito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45.

¹⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. *Op. cit.* p. 48.

declarativa, próprias do moroso rito ordinário, que advém com a *sentença final*. Pois quando esta for prolatada, se, no mundo dos fatos, o meio ambiente, o patrimônio histórico, o consumidor, etc, já tiverem sofrido dano irreparável, de nada adianta a mera declaração de seu direito, a ser recomposta patrimonialmente em um momento posterior (aliás, como mensurar patrimonialmente esses direitos?). Assim como no exemplo dos alimentos provisionais antes dado, o prejuízo definitivo, impossível de ser recomposto, no caso do direito ao meio ambiente, consumidor, etc., a que foi negada a tutela liminar, não é prejuízo que impossibilite juízo diverso no momento da sentença final. O juiz ainda poderá, na sentença, dizer que a demanda procede. Porém o prejuízo material ao direito já aconteceu e é impossível de ser resguardado de modo eficaz neste momento processual. Aí, reside a importância da construção de um ambiente sumarizado de tutela processual que possibilite um juízo embasado em verossimilhança das alegações, e não na certeza cartesiana que adviria com a sentença final.

É pensando na tutela dos direitos de 3ª dimensão que reside a importância dos juízos com inversão de contraditório (*diferido e eventual*), juízos sumários embasados em verossimilhança, que o atual conceito de sentença de certa forma barra, ao promover a ideologia da ordinarização do procedimento ditada pelo racionalismo. O conceito de sentença e a ordinarização do procedimento são óbices à construção de novos ambientes processuais sumarizados para a satisfação e resguardo dos direitos de 3ª dimensão. Por isso se mostra importante a superação da ideologia racionalista que orienta tiranicamente o sistema, para que novos meios (“procedimentos”) de tutela aos direitos possam fazer parte do processo civil. A tutela dos direitos de crédito, nos moldes individualistas plasmados na modernidade, já encontra meios adequados para a sua tutela no sistema, que de certa forma foi gestado para esse fim. Cabe, no atual momento histórico em que se vive hoje, pensar meios adequados à tutela dos direitos oriundos de uma sociedade complexa, democrática e plural como nossa, superando velhos dogmas que se constituem em verdadeiras ideologias a impedir que o novo surja. Assim, urge a superação do atual conceito de sentença e da universalização do rito ordinário, para que se possam criar novas formas de tutela adequadas aos direitos de 3ª dimensão. Uma possível efetiva tutela a estes direitos talvez esteja na construção de uma autêntica sentença liminar de mérito.

CONCLUSÃO

O racionalismo ao determinar a busca de certeza-segurança por meio do método próprio das ciências de pesar, medir e contar aplicado às ciências da compreensão, entre estas o Direito, fez com que o direito processual civil em específico consagrasse a ordinarização do procedimento. Isto porque o rito ordinário seria o rito apropriado para a busca, em processo, da “vontade da lei” a ser aplicada no caso concreto, “vontade da lei” esta que, segundo os pressupostos do sistema, teria sentido unívoco. Logo, a descoberta da “vontade da lei”, pressuposta no sistema pelo dogma da separação de poderes, não poderia compartilhar do erro, do contrário o juiz estaria a aplicar a sua justiça, perdendo a neutralidade própria dos matemáticos ao resolverem problemas algébricos. Viu-se que essa busca por juízos de certeza, próprios às ciências matemáticas, acabou por fazer o sistema pretender a supressão dos juízos liminares, embasados em verossimilhança, por contrariarem os princípios racionalistas reitores do sistema.

Desta forma, o rito ordinário, em conformidade com a sua origem romana, ou seja, como procedimento oriundo dos juízos privados que se davam face ao *iudex*, na fase *apud iudicem* do período formulário¹⁴⁴, que é um procedimento no qual não se admite a possibilidade de juízos provisórios no curso da lide, e em que o julgamento definitivo da lide tem de se dar apenas ao final do procedimento, em uma jurisdição que deve ser meramente condenatória-declaratória, veio a adequar-se perfeitamente ao intuito racionalista de busca por certeza-segurança por meio do método matemático¹⁴⁵.

Assim, como o sistema, em sua ideologia, não admite julgamentos provisórios no curso da lide, a doutrina tradicional, como forma de preservar a ordinariedade imposta pelo *paradigma* racionalista, tem as medidas antecipatórias como meras *decisões interlocutórias*, atinentes ao processo e não ao mérito. Também por isto é que a *sentença* restou conceituada como uma das situações – dos arts. 267 e 269 do CPC – que encerram o procedimento ou fase processual, sendo considerada, pela doutrina, como o único ato passível de conter mérito.

O sistema e a doutrina, na sua sanha de apor o selo da eternidade nos julgamentos, veio a admitir como verdadeiro julgamento apenas aqueles formadores de coisa julgada. Por isso a sentença, ao encerrar o processo ou fase processual, é o único ato da estrutura

¹⁴⁴ Viu-se que, com a compostura dada ao procedimento no direito romano tardio (da fase pós-clássica), que foi o período do direito romano legado à tradição romano-canônica, suprimiu-se a fase *in iure* face ao pretor. Este, conforme abordado no item 1.2, dispunha da possibilidade de *ordenar* com base em juízos liminares embasados em verossimilhança.

¹⁴⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 3.

procedimental em que a doutrina tradicional admite conter mérito. O provimento antecipatório, por regular a lide apenas de modo *provisório*, sujeito a ulterior modificação, não poderia conter mérito.

A consequência deste entendimento da doutrina tradicional é ter como possível a antecipação dos “efeitos” sem antecipação de “julgamento” a respeito da tutela pretendida pela parte autora. O juiz, ao deferir a antecipação, teria concedido a *consequência* independentemente da *causa* que lhe tenha dado condições de possibilidade¹⁴⁶.

Porém, a despeito deste entendimento, como referido, Ovídio Baptista entende as medidas antecipatórias como medidas de natureza interdital, que definem provisoriamente o mérito da causa. Ovídio chega a referir inclusive que elas se traduzem em autênticas *sentenças liminares* de acordo com o antigo direito luso-brasileiro¹⁴⁷. Essas medidas são próprias de um contraditório que quebra com a ordinariedade e infirma o sistema, no ponto em que todo o fazer (*factum*, não mais meramente *dictum*), autorizado no curso da relação processual, haverá de ter a marca da *provisoriedade*, a ser confirmada ou, ao contrário, desfeita pela sentença que julgar definitivamente a causa¹⁴⁸.

Por isto é que Ovídio Baptista aduz que a concessão da *consequência* sem julgamento sobre a *causa* que a legitimara convidaria o juiz a prática do arbítrio. Ao conceder a antecipação, o juiz terá de avaliar a verossimilhança do pedido, portanto, haverá, sim, juízo sobre o mérito deste.¹⁴⁹

Assim, conclui-se que o *paradigma* racionalista influi no conceito de sentença para determinar este ato como o único passível de conter mérito, o único tido pela doutrina estabelecida como contendo verdadeiro julgamento, por ser produzido ao final do procedimento, com a “segurança” pretendida pelo sistema. Porém, como se viu, as medidas antecipatórias (tanto as do art. 273 do CPC, como a liminar de reintegração de posse, entre outras medidas que antecipem a concessão do bem da vida) também contém julgamento acerca do mérito, do contrário como poderia o juiz conceder sem adentrar no mérito, ainda que de forma provisória? Entendendo-se de maneira diversa, como disse Ovídio, estaria se estimulando o arbítrio judicial. Por isso, enquanto não se superar o racionalismo reinante em nossas instituições processuais, o sistema terá que se utilizar dessas constantes irracionalidades para se manter, em prejuízo de uma concepção autêntica do que sejam as

¹⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

¹⁴⁷ *Op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p.3.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 4.

medidas antecipatórias, tidas como meras *interlocutórias*. Por outro lado, o conceito de sentença atual, por ser reflexo da universalização do rito ordinário, é um empecilho a construção de ambientes sumarizados de tutela processual, tão necessários para a tutela rápida e efetiva das lides que envolvam direitos de 3ª dimensão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de processo civil**, volume I, tomo I: processo de conhecimento. 8. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de processo civil**, volume I, tomo II. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BORGES MOTTA, Francisco José. **Levando o direito a sério**: Uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei n. 8.046 de 22 de dezembro de 2010. Código de Processo Civil: revoga a Lei nº 5.869 de 1973. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 27 mar. 2014. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1246935&filenome=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010>. Acesso em: 16 jun. 2014.

CASSIRER, Ernst. **A filosofia do iluminismo**. Tradução de Álvaro Cabral. Campinas: Editora da UNICAMP, 1992.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. vol. VIII, tomo III: arts. 890 a 945. 9. ed. rev. e at. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil e hermenêutica**: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. As influências do iluminismo-racionalista no direito processual civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza, CE. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3457.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

JANNUZZI, Giovanni. **Breve historia de Italia**. 1. ed. Buenos Aires: Letemendia, 2005.

KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1963, v. I.

ORDENAÇÃO FILIPINAS *ON-LINE*. **Ordenações filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> Acesso em: 17 out. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.