

SOBRE A INCERTEZA E O CONTEÚDO ÉTICO DO PROCESSO CIVIL

LAÉRCIO ALEXANDRE BECKER*

Sortilégios, adivinhações, obsessões foram durante longo tempo as coisas mais certas do mundo aos olhos de todos os povos. Quanta gente presa dessas ilusões não estava certa do que presumia ver! Hoje acha-se menos em voga essa certeza.

Voltaire¹

AS CERTEZAS NO PROCESSO CIVIL

“Vivemos uma época de incertezas.” Desde o famoso livro de John Kenneth GALBRAITH, é o que muitos vêm dizendo. Segundo GALBRAITH, por exemplo, a complexidade de nosso tempo desacreditou os “profetas da certeza”: os capitalistas que tinham certeza da inevitabilidade do triunfo do mercado, os socialistas que tinham certeza da fatal evolução para o socialismo etc.² Ainda nessa trilha da proclamação das incertezas, temos também Riccardo CAMPA, para quem “a certeza e a estabilidade do Estado moderno estão continuamente ameaçadas pelas convulsões sociais”, além do que “a incerteza e o risco são partes integrantes de uma sociedade regulada pela tecno-

* Advogado e mestrando pela UFPR.

1 VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 69.

2 GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. 4ª ed. São Paulo: Pioneira, 1982. 379 p.

logia intelectual”.³ Isso para ficarmos no âmbito das ciências humanas, eis que, como veremos adiante, no campo da física também já foi proclamado o fim das certezas, primeiro por HEISENBERG, depois pela teoria do caos (PRIGOGINE).

De qualquer forma, há um relativo consenso de que a contemporaneidade está marcada como uma época que vem se arrastando, sem que sejam percebidos sinais de algum período de certezas, antes ou depois dela. E todos, tanto radicais quanto moderados ou conservadores, insistem em proclamar profeticamente (apocalipse? redenção?), que vivemos, sim senhores, uma época de incertezas.

Não obstante, temos instituições cujo funcionamento depende - e muito - da certeza. Estou falando do processo civil. Não só a certeza que se busca na reiteração de decisões judiciais,⁴ sempre frustrada.⁵ Mas também a certeza que se coloca como objetivo ao final do processo: certeza na decisão,⁶ calcada no procedimento ordinário, consagrada pela coisa julgada,⁷ avessa a qualquer provimento de urgência anterior à decisão final, que em tese é a única decisão certa, precisa, porque fundada numa

3 CAMPA, Riccardo. *A época das incertezas e as transformações do Estado contemporâneo*. São Paulo: Difel, 1985. p. 13 e 35.

4 “Uma das funções primordiais do Direito, na dinâmica judiciária, é a de fornecer a ‘certeza do Direito’, entendida como aquela consistente na possibilidade, proporcionada aos jurisdicionados de que, através de um instrumental, haja o caminho capaz de estabelecer a maior previsibilidade possível. A atividade jurisdicional, no seu conjunto, deve proporcionar e traduzir essa certeza, havendo de resultar da tarefa de se dizer o Direito, no seu todo, um panorama de decisões apreciavelmente coincidentes sobre os mesmos temas.” (ARRUDA ALVIM. *Tratado de direito processual civil*, v. 1. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990. p. 13). Defendendo abertamente a previsibilidade e certeza nas decisões, PIZZOLATTI, Rômulo. *O processo civil, a certeza do Direito e o acesso à justiça*. *Novos Estudos Jurídicos* v. 1, nº 2, 1995, p. 35-8.

5 Desnecessário lembrar que as divergências costumam ocorrer sob o teto de um mesmo Tribunal. Inclusive Tribunal Superior, o que justifica os embargos de divergência no STJ e as duas subseções especializadas em dissídios individuais no TST. VOLTAIRE, por exemplo, ao narrar que perdeu um processo por unanimidade numa câmara do parlamento, mas que se tivesse sido julgado por outra, teria ganho também por unanimidade, já concluiu, em pleno século XVIII, que *cada câmara, uma lei* (VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*, cit., p. 152).

6 Veja-se o pensamento de KANT: “na incerteza não se pode *arriscar nada* em matéria de moral; nada decidir *com o risco de infringir a lei*” (KANT, Immanuel. *Lógica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 87 - grifos no original). “Non vi è dubbio che uno dei principali *leitmotiv* ricorrenti nella storia del processo e nella sua evoluzione sia il problema dei rapporti fra l’aspirazione alla certeza, tendenzialmente conseguibile con la ponderazione e meditazione della decisione, nello sforzo di evitare l’injustizia, e l’esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo” (CARPI, Federico. *La provvisoria esecutorietà della sentenza*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 11).

7 No entanto, hoje “... a certeza jurídica, ou a coisa julgada material, em vista das novas necessidades de tutela, não pode mais constituir o pressuposto lógico-jurídico para a instauração da execução” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 25).

suposta “posse da verdade”.⁸ Além dessas duas exigências de certeza há mais uma: a certeza do direito a ser aplicado.⁹ Nesse sentido, é bastante significativo o seguinte trecho de LIEBMAN:

L'incertezza del diritto può da sola essere in determinati casi una forma di ingiustizia od almeno di minore giustizia; e la certezza del diritto diventa perciò parte integrante, aspetto ed elemento interno al concetto stesso della giustizia.¹⁰

No entanto, como podemos deduzir da citação de VOLTAIRE em epígrafe, um processo civil preso aos juízos de certeza é um processo preso ao sortilégio, à obsessão pela verdade/certeza e, paradoxalmente, à adivinhação!¹¹

É óbvio que o problema da certeza tem relação com o problema da verdade no processo civil.¹² Como demonstraram brilhantemente os Professores Ovídio Baptista da SILVA¹³ e Luiz Guilherme MARINONI,¹⁴ a busca da verdade, exclusivamente

8 É sintomática a importância que assume a verdade para o provimento jurisdicional num artigo de Hermann Homem de Carvalho ROENICK (Algumas reflexões sobre a verdade e a certeza no campo probatório. *Ajuris* nº 68): “...a certeza é a crença da posse da verdade” (p. 51). “Partindo-se da assertiva de que a certeza é a afirmação preliminar da verdade, pode-se concluir que o convencimento é a afirmação sucessiva da posse da certeza” (p. 53).

9 Sobre o assunto, ver GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 136.

10 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I. Milano: Giuffrè, 1968. p. 6.

11 Para o historiador holandês Johan HUIZINGA, nas culturas primitivas a jurisdição (a atividade de “dizer o direito”) pode ser considerada: 1) um jogo de azar - vontade divina, destino, sorte, sortilégio, oráculos, ordálias, prova de fogo, prova da água fervente (sobre esta, consultar MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 436) -, 2) uma competição - aposta, corrida -, 3) uma luta - ponto de honra, duelo judiciário, inclusive entre parte e testemunha (MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 441-9) -, ou 4) uma batalha verbal - dos concursos de ultrajes até os primórdios da oratória jurídica. Em todos esses casos, o que interessa às partes não é tanto o problema abstrato do bem e do mal, mas sim a idéia pura e simples de ganhar ou perder o processo. Conclui, então, HUIZINGA que, “dada a esta fraqueza dos padrões éticos, o fator agonístico vai ganhando imenso terreno na prática judicial à medida que recuamos no tempo” (HUIZINGA, Johan. *Homo ludens*. São Paulo: Perspectiva, 1988. p. 90).

12 Em LEIBNIZ vemos como interação certeza e verdade: certeza é “um conhecimento da verdade, com o qual não se pode duvidar em relação à prática [‘duvidar seriamente’], sem risco de loucura” (LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984. p. 361).

13 SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*. São Paulo: RT, 1996. p. 102-133.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 2-4. _____. *A Antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49-50. “A certeza seria a manifestação subjetiva de uma pessoa a respeito de um dado ou de um acontecimento, pelo que a ‘verdade’ poderia surgir para esta pessoa, mas não para os outros ou para todos. Esta ‘certeza’, contudo - mesmo porque a subjetividade do próprio sujeito cognoscente pode mudar -, não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que em um dia a afirmou. Toda certeza, pois, não passa de mera verossimilhança. O juiz, entretanto, deve procurar encontrar, por assim dizer, a ‘certeza do caso concreto’. A certeza acerca da afirmação de um fato.” (_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, cit., p. 54).

da verdade, no processo civil, aliada ao mito da suposta neutralidade do juiz, transformou-se num grande obstáculo para a aceitação dos juízos de verossimilhança e probabilidade - considerados falsos, acientíficos, a partir de DESCARTES - e erigiu em mito o princípio da *nulla executio sine titulo*, contra as hipóteses de execução provisória. Ora, essa “busca cega” pela verdade não estaria relacionada à *vontade de verdade*, de que fala NIETZSCHE?¹⁵

A VONTADE DE VERDADE NO PROCESSO CIVIL

NIETZSCHE foi talvez o primeiro filósofo a questionar, não a verdade de um conhecimento, mas o próprio valor que a ciência dá à verdade.¹⁶ Quando dizemos “vontade de verdade”, estamos nos referindo à crença cega (porém fundadora das ciências!) na imprescindibilidade absoluta do que é verdadeiro; crença na superioridade da verdade, em sua prevalência sobre a aparência, a ilusão, a falsidade.¹⁷ Diríamos mais: sua prevalência sobre a probabilidade e a verossimilhança.

De qual é a importância da crítica à vontade de verdade no processo civil?

Em primeiro lugar, reside no fato de que a vontade de verdade (instinto de conhecimento) reflete uma **impotência da vontade de criar** (instinto estético),¹⁸ associada a um inegável medo de errar,¹⁹ típico do juiz entrincheirado atrás do Có-

-
- 15 NIETZSCHE, Friedrich. *Gaia ciencia*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 170-1. _____. *A genealogia da moral*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 122 e ss.
- 16 MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 57 e ss. Sobre o assunto, consultar as seguintes obras de NIETZSCHE: *Sobre verdad y mentira* (3ª ed. Madrid: Tecnos, 1996. Contém também um estudo de Hans VAHNER: La voluntad de ilusión en Nietzsche, p. 39 e ss.), *Crepúsculo dos ídolos* (Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 47-8), *Além do bem e do mal* (Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. p. 19-23 e 51-2) e *O livro do filósofo* (São Paulo: Moraes, 1987. p. 1 e ss., 24-6, 40-3, 49-50 e 84. As p. 64-79 repetem o conteúdo de *Sobre verdad y mentira*, já citado). Ver também LACAN, Jacques. *Escritos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 869 e ss.
- 17 MACHADO, *op. cit.*, p. 84-9. De sua parte, NIETZSCHE “répète sans cesse que l’apparence possède une vraie densité ontologique (...), et que nule savoir ne peut vaincre la puissance de l’illusion” (GRANIER, Jean. *Le problème de la Verité dans la philosophie de Nietzsche*. Paris: Seuil, 1966. p. 605).
- 18 MACHADO, *op. cit.*, p. 45. Isso porque “la volonté de Verité à tout prix est une impulsion morbide, la nostalgie de la mort” (GRANIER, *op. cit.*, p. 605).
- 19 O problema é que, como bem demonstra HEGEL, o medo de errar não passa de um incrível medo da própria verdade! Senão, vejamos: “O temor de errar introduz uma desconfiança na ciência, que, sem tais escrúpulos, se entrega espontaneamente à sua tarefa, e conhece efetivamente. Entretanto, deveria ser levada em conta a posição inversa: por que não cuidar de introduzir uma desconfiança dessa desconfiança, e não temer que **esse temor de errar já seja o próprio erro**? De fato, esse temor de errar pressupõe como verdade alguma coisa (melhor, muitas coisas) na base de suas precauções e conseqüências; - verdade que deveria antes ser examinada. Pressupõe, por exemplo, *representações* sobre o *conhecer* como *instrumento* e *meio* e também uma *dife-*

digo.²⁰ Daí, talvez, a perda da criatividade percebida por ZAFFARONI nos Judiciários de modelo tecno-burocrático, em que a passagem pelo concurso e a ascensão hierárquica são feitas com o sacrifício de toda a originalidade, com a perda de toda a capacidade para inovar.²¹

Segundo Ilya PRIGOGINE, o físico Werner HEISENBERG costumava perguntar qual a diferença entre um pintor abstrato e um bom teórico da física. Respondia então que enquanto o pintor buscava ser o mais original possível, o físico buscava ser o mais conservador.²² Desnecessário lembrar que o bom teórico da física está muito bem acompanhado de milhares de juristas e operadores jurídicos em geral. De qualquer forma, idolatrar a certeza significa, para PRIGOGINE, a denegação da criatividade - e do tempo.²³

Ao propor, em moldes nietzscheanos, uma “genealogia da verdade”, Scarlett MARTON nota uma certa indissociabilidade entre verdade e linguagem, de modo que ambas impõem a submissão da coletividade a uma determinada realidade como única verdade; ambas constituem “um mecanismo policial que impede o indivíduo de criar”; ao indivíduo resta conformar-se gregariamente às regras da coletividade - donde, conclui a autora, o contexto da verdade é o contexto da *autoridade*.²⁴ Em suma: o juiz, impedido de exercer sua criatividade na atividade jurisdicional (pela lei, pela hierarquia judiciária à qual pertence, pelos apelos do senso comum teórico dos juristas, ou pela tradição), tendo portanto amputado seu poder criativo, vê-se obcecado pela vontade de verdade, que é o que lhe resta.

E em segundo lugar, com a supervalorização da verdade temos também que a exigência de *certeza* nas decisões, calcada na inexorável, desenfreada e teimosa “busca da verdade”, e sempre atendendo a um mercado que precisou de uma justiça segu-

rença entre nós mesmos e esse conhecer; mas sobretudo, que o absoluto esteja *de um lado* e o *conhecer de outro lado* - para si e separado do absoluto - e mesmo assim seja algo real. Pressupõe com isso que o conhecimento, que, enquanto fora do absoluto, está também fora da verdade, seja verdadeiro; - suposição pela qual se dá a conhecer que o **assim chamado medo do erro é, antes, medo da verdade**” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do espírito*, v. I. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 64 - grifos no original, negritos nossos)

20 A sugestiva imagem da trincheira é de LACAN, *op. cit.*, p. 141.

21 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*. São Paulo: RT, 1995. p. 159.

22 PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas*. São Paulo: Unesp, 1996. p. 161.

23 PRIGOGINE, *op. cit.*, p. 194. Segundo PRIGOGINE, negar o tempo, embora soe como um consolo, ou como triunfo da razão humana, é negar a realidade (*op. cit.*, p. 197). No entanto, a abordagem da questão “tempo”, no processo civil, foi ignorada durante longos anos. No Brasil, apenas recentemente é que encontramos, no conjunto da obra de Luiz Guilherme MARINONI, uma maior preocupação com técnicas de distribuição do ônus do tempo entre as partes.

24 MARTON, Scarlett. Por uma genealogia da verdade. *Discurso* n° 9, nov. 1978, p. 79-80.

ra e previsível para desenvolver o Estado Industrial,²⁵ inviabiliza qualquer proposta de tutela de urgência.²⁶ Transforma-se, com isso, a certeza em verdadeiro *mito*, sobre o qual é construído um processo civil que, segundo o Prof. Ovídio Baptista da SILVA, identifica jurisdição e certeza (*iuris dictio* = dizer o direito com certeza).²⁷ Ademais, lembra o ilustre processualista que essa identificação entre certeza e jurisdição se adequava muito bem ao legalismo e à separação estrita de poderes, eis que os juízos de verossimilhança pressupõem “que o magistrado tenha poder de império para criar alguma forma de tutela processual”²⁸ - algo inadmissível para uma separação de poderes em que o juiz não passa de *bouche de la loi*.²⁹

Aliás, por falar em juiz-boca-da-lei, Giovanni TARELLO percebe na tese de MONTESQUIEU da estrita separação dos poderes, uma “ideologia política volta a suggerire che la libertà politica, intesa come sicurezza psicologica dell’individuo, si realizza attraverso la certezza del diritto: certezza del diritto che si verifica allorquando le leggi mutano poco, sono chiaramente formulate, sono preconstituite al giudizio reso dai giudici”, as bocas da lei.³⁰ É possível, portanto, verificar uma cadeia conceitual ligando certeza, segurança e separação dos poderes.

Retomando: o processo civil (principalmente o procedimento ordinário) deita raízes na certeza. E no entanto, “vivemos uma época de incertezas...” Que contrasenso, a insistência em nos mantermos e nos submetermos a essa instituição que

25 Segundo RADBRUCH, a economia monetária e creditícia demandou uma administração da justiça que fosse segura e calculável (RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Madrid: Revista de Occidente, 1958. p. 66).

26 SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, cit., p. 106-7. A incompatibilidade entre busca da verdade e provimentos antecipatórios/executórios ilustra bem o que NIETZSCHE já havia dito: que a verdade está longe de constituir uma força (NIETZSCHE, Friedrich. *Aurora*. Porto: Res, 1977. p. 271).

27 Veja-se, por exemplo, a seguinte lição de CHIOVENDA: “uma declaração que não produza certeza jurídica não é declaração” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, v. I. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 236).

28 SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução*, cit., p. 114, 104-6, 117.

29 Leia-se estas significativas palavras de MONTESQUIEU (*Do espírito das leis*, cit.): “Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. (...) Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei” (p. 91); “Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo” (p. 157); “se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei” (p. 158); “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo” (p. 159); “os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor” (p. 160). Nota-se essa vinculação entre a jurisdição e a passividade judicial desde Francis BACON, onde vemos: “*Judges ought to remember, that their Office is Ius dicere, and not Ius dare; To Interpret Law, and not to Make Law, or Giue Law*” [grifos e grafia do original] (BACON, Francis. *Essays*. London: Oxford University Press, 1937. p. 222).

30 TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 294.

precisa de um procedimento que depende de certezas, justamente numa época de incertezas...

O MITO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROPRIEDADE

É óbvio que esse verdadeiro mito da certeza no processo civil tem raízes antigas. Tomemos alguns exemplos do pensamento político liberal dos séculos XVII e XVIII: HOBBS (1651), LOCKE (1690), HUME (1739), MONTESQUIEU (1748) e Adam SMITH (1776). Como se percebe, são todos exemplos clássicos do liberalismo inglês, à exceção de MONTESQUIEU - embora o fruto não tenha caído muito longe da árvore, eis que este autor notoriamente se serviu das fontes inglesas. O mote foi ditado por Francis BACON, que no início do século XVII já havia afirmado que a segurança é o primeiro dentre os valores do direito.³¹

Poderíamos pegar outros exemplos, mas fiquemos com esses, pois devemos abdicar, nesse ensaio, de qualquer pretensão à totalidade. Vejamos brevemente como estes cinco pensadores desenvolveram a questão da certeza, na medida da importância que deram ao mito da segurança jurídica, imprescindível para o desenvolvimento do capitalismo. Em suas obras a segurança jurídica está intimamente relacionada a posse, propriedade, Estado e justiça (Judiciário) - relação essa consagrada na Constituição francesa de 1793, em cujo art. 8º temos que a *segurança* “consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, dos seus direitos e da sua *propriedade*” [grifo nosso].³²

A POSIÇÃO DE HOBBS

Para HOBBS, a condição natural do homem é a de guerra de todos contra todos, quando “todo homem tem direito a todas as coisas”, e “não poderá haver para nenhum homem (por mais forte e sábio que seja) a *segurança* de viver todo o tempo que geralmente a natureza permite” [grifo nosso].³³ Por isso, o homem é regido por algumas *leis naturais*, que são preceitos gerais estabelecidos pela razão, através dos quais “se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir

31 *apud* RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*, cit., p. 79.

32 *apud* GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, cit., p. 125.

33 HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo, Abril Cultural: 1974, p. 82.

melhor para preservá-la”.³⁴ Nesse sentido, a primeira lei da natureza é justamente a da busca da paz - qual seja, mais uma vez *segurança*. E a segunda lei exige, em nome da paz (e da *segurança*), a renúncia ao direito a todas as coisas, eis que “enquanto cada homem detiver seu direito de fazer [e ter] tudo quanto queira, todos os homens se encontrarão numa condição de guerra”.³⁵

Em HOBBS, *a justiça pressupõe o Estado*, o cumprimento dos pactos e a *propriedade*, “de modo que a natureza da *justiça* consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los [o *Estado*], e é também só aí que começa a haver *propriedade*” [grifos nossos].³⁶

Enquanto não há Estado “há uma guerra perpétua de cada homem contra seu vizinho, na qual portanto cada coisa é de quem apanha e conserva pela força, o que não é *propriedade* nem *comunidade*, mas *incerteza*” [grifos no original - bem colocados, por sinal].³⁷ Traduzindo: a incerteza e, conseqüentemente, a insegurança jurídica, são obstáculos para o desenvolvimento do capitalismo.

Interessante como HOBBS encara a distribuição de terras, que seria de competência do soberano, de modo a atender a “paz e segurança comuns”. Conseqüentemente, “qualquer distribuição que ele faça em prejuízo dessa paz e dessa segurança é contrária à vontade de todos os súditos, que confiaram *a paz e a segurança* de suas vidas à discricção e consciência do soberano, e assim essa distribuição deve, pela vontade de cada um deles, ser considerada nula”.³⁸ Apesar da série de condições e ressalvas que o próprio autor faz a essa assertiva,³⁹ até HOBBS seria considerado subversivo num país cuja única reforma agrária levada a cabo até hoje foi a distribuição de capitânicas hereditárias...

34 HOBBS, *op. cit.*, p. 82.

35 HOBBS, *op. cit.*, p. 83.

36 HOBBS, *op. cit.*, p. 90.

37 HOBBS, *op. cit.*, p. 154.

38 HOBBS, *op. cit.*, p. 155.

39 E nós também, por óbvio. Afinal, HOBBS exige a “vontade de todos os súditos”, qual seja: (a) mais uma vez, trata-se de concepção fulcrada na autonomia da *vontade*; (b) a exigência que faz em relação a *todos* os súditos é um obstáculo difícil de transpor, eis que sempre haverá proprietários contentes com a distribuição; e (c) a figura do *súdito* já pressupõe a submissão inerente ao sistema absolutista defendido abertamente pelo pensador.

A POSIÇÃO DE LOCKE

Segundo LOCKE, antes do regime de apropriação da terra, quem trabalhasse, alterando o estado de bens da natureza (inclusive cercando a terra), dando-lhes maior utilidade, adquiria a posse.⁴⁰ “A extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum.”⁴¹ “... aquele que toma posse da terra pelo trabalho não diminui mas aumenta as reservas comuns da Humanidade” - está falando do excedente de produção.⁴² Essa posse, no entanto, era perdida, caso a grama ou os frutos dessa terra apodrecessem por abandono do possuidor.⁴³

O regime de propriedade começou a partir do momento em que não havia abundância de terras, para que todos se espalhassem nelas sem disputa. À medida em que foi ficando menos disponível, foi necessário, por consentimento, estabelecer limites às terras.⁴⁴ Porém, com a invenção do dinheiro e a atribuição de valor à terra, ocorreu a divisão do antigo domínio comum em propriedades particulares. “... a mesma regra de propriedade isto é, que todo homem deve ter tanto quanto possa utilizar, valeria ainda no mundo sem prejudicar a ninguém desde que existisse terra bastante para o dobro dos habitantes, se a invenção do dinheiro e o tácito acordo dos homens atribuindo um valor à terra não tivessem introduzido maiores posses e o direito a elas”.⁴⁵

O mais importante em sua teoria, no que se refere ao mito da segurança jurídica, se encontra na parte relativa à passagem do estado de natureza à vida no Estado. Segundo LOCKE, no estado de natureza o homem “é senhor absoluto da sua própria pessoa e posses, igual ao maior e a ninguém sujeito”, enfim, todos os homens são igualmente reis, “e na maior parte pouco observadores da equidade e da *justiça*”. Nessas circunstâncias, a fruição de suas posses e propriedades é “muito *insegura*, muito arriscada”, e por isso se vê na contingência de abrir mão dessa liberdade total, em proveito de um governo. “Estas circunstâncias obrigam-no a abandonar uma condição que, embora livre, está cheia de temores e perigos constantes; e não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade com outros que estão já unidos,

40 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo*. São Paulo: Ibrasa, 1963. p. 26.

41 LOCKE, *op. cit.*, p. 22.

42 LOCKE, *op. cit.*, p. 25.

43 LOCKE, *op. cit.*, p. 26.

44 LOCKE, *op. cit.*, p. 27.

45 LOCKE, *op. cit.*, p. 25.

ou pretendem unir-se, para a mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo de propriedade.”⁴⁶

LOCKE conclui então, com muita sinceridade: “O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo [resumindo: o objetivo do *Estado*], é a *preservação da propriedade*” [sem grifo no original].⁴⁷

A POSIÇÃO DE HUME

Como dissemos, HUME também se integra à argumentação fulcrada no mito da segurança jurídica.⁴⁸ Sendo os bens exteriores insuficientes para a satisfação das necessidades de todos (escassez), a posse desses bens é *instável*, eis que está constantemente exposta à circulação.⁴⁹ Como “a principal perturbação da sociedade resulta dos bens que chamamos exteriores e da sua frouxidão e fácil transição de uma pessoa para outra”, verificou-se a necessidade de se estabelecer “uma convenção entre todos os membros da sociedade destinada a atribuir *estabilidade* à posse dos bens externos, permitindo a todos gozarem pacificamente de tudo quanto venham a adquirir pela sorte ou pela habilidade. Por esse meio cada um fica sabendo o que pode possuir com *segurança*, e as paixões restringem-se aos movimentos parciais e contraditórios.” [sem grifos no original]⁵⁰

Para HUME, *propriedade e justiça* são interdependentes, pois a propriedade seria a posse constante das leis da sociedade (“leis da justiça”), relação de ordem moral (fundada na justiça) entre pessoa e objeto.⁵¹ “A origem da justiça explica a da propriedade. O mesmo artifício [a convenção, o contrato social] faz surgir a ambas.”⁵²

46 LOCKE, *op. cit.*, p. 77.

47 LOCKE, *op. cit.*, p. 77.

48 Para uma apreciação crítica do discurso humeano a propósito das relações entre justiça e propriedade privada, consultar MONTEIRO, João Paulo. *Teoria, retórica, ideologia*. São Paulo: Ática, 1975. p. 49 e ss.

49 HUME, David. *Ensaio Político*. São Paulo: Ibrasa, 1963. p. 31.

50 HUME, *op. cit.*, p. 32.

51 HUME, *op. cit.*, p. 33.

52 HUME, *op. cit.*, p. 34.

A POSIÇÃO DE MONTESQUIEU

De sua parte, MONTESQUIEU - como já lembramos, muito influenciado pelo pensamento político inglês - só vem a reforçar o vínculo entre justiça e segurança. Em seu clássico *Do espírito das leis*, vemos bem clara a necessidade de certeza e segurança na aplicação do direito para a manutenção do sistema: “Se [os julgamentos] fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos”.⁵³

Conhecer precisamente os compromissos assumidos é uma condição típica de segurança jurídica, que aliás, para o autor, é de máxima importância para a existência da própria liberdade. Daí que o vínculo entre justiça e segurança supõe também o próprio Estado: “A liberdade política, num cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua *segurança* [grifo nosso]; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.”⁵⁴

Mais ao final da obra, MONTESQUIEU dá mais uma prova de que segue de perto a trilha já traçada pelos ingleses, retomando os vínculos entre justiça, segurança e propriedade: “As formalidades da *justiça* são necessárias para a liberdade. Mas o número delas poderia ser tão grande, que iria de encontro à finalidade das mesmas leis que as teriam estabelecido: as questões não teriam fim; a *propriedade* dos bens ficaria *incerta*; dar-se-ia, sem exame, a uma das partes o bem da outra ou se arruinariam todas as duas de tanto examinar” [grifo nosso].⁵⁵

A POSIÇÃO DE SMITH

Adam SMITH, com propósitos mais óbvios, também vincula a propriedade à segurança, ao Estado e à Justiça.

Em sua argumentação, substitui o estado da natureza por “nação de caçadores”, todavia também caracterizada pela ausência de propriedade (ao menos, de propriedade que ultrapasse o valor de dois ou três dias de trabalho), sendo desnecessária uma Justiça, para que os homens vivam com relativa segurança.⁵⁶

53 MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 158.

54 MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 157. “A liberdade política consiste na segurança, ou, pelo menos, na opinião que se tem de sua segurança” (p. 177).

55 MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 469.

56 SMITH, Adam. *A riqueza das nações*, v. 2. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 164.

Com o advento da sociedade de pastores, e da propriedade pastoril, surgem as grandes propriedades e a conseqüente desigualdade.⁵⁷ A fartura dos ricos e a indignação dos pobres provoca as ocupações de terra. A partir de então, “somente sob a proteção do magistrado civil, o proprietário dessa propriedade valiosa (...) pode dormir à noite com *segurança*” [sem grifo no original]. “É, pois, a aquisição de propriedade valiosa e extensa que necessariamente exige o estabelecimento de um governo civil. Onde não há propriedade, ou ao menos, propriedade cujo valor ultrapasse o de dois ou três dias de trabalho, o governo civil não é tão necessário.”⁵⁸ A conclusão é brilhante:

É na era dos pastores, segundo período da sociedade, que a desigualdade de fortuna começa a existir, introduzindo entre as pessoas um grau de autoridade e subordinação cuja existência era impossível anteriormente. Esta desigualdade de fortuna dá, portanto, certa relevância àquele governo civil indispensavelmente necessário para a preservação da própria sociedade. (...) Os ricos, em particular, necessariamente se interessam em manter essa ordem de coisas, já que só ela é capaz de assegurar-lhes a posse de suas próprias vantagens. (...) O governo civil, na medida em que é instituído para garantir a propriedade, de fato o é para a defesa dos ricos contra os pobres, ou daqueles que têm alguma propriedade contra os que não possuem propriedade alguma.⁵⁹

SEGURANÇA, RACIONALIZAÇÃO E CALCULABILIDADE

Além dessa perspectiva com que podemos encarar o mito da segurança jurídica, que é a clássica vinculação entre segurança, posse, propriedade e justiça, devemos lembrar também que a segurança, enquanto previsibilidade e calculabilidade, pode ser analisada dentro do processo de “desencantamento do mundo” (na consagrada expressão de Friedrich SCHILLER), ou melhor: processo de racionalização - ou “dessacralização” - característico da evolução da civilização ocidental, conforme Max WEBER.

57 O texto de Adam SMITH, nesse ponto, é de uma atualidade assustadora: “Onde quer que haja grande propriedade, há grande desigualdade. Para cada pessoa muito rica deve haver no mínimo quinhentos pobres, e a riqueza de poucos supõe a indigência de muitos.” (*op. cit.*, p. 164) Merece comparação com outro inglês, Thomas MORUS: “... a igualdade é, segundo penso, impossível num Estado onde a posse é solitária e absoluta; pois cada um aí se arroga diversos títulos e direitos para chamar a si tudo quanto pode; e a riqueza nacional, por maior que seja, acaba por cair nas mãos de um pequeno número de indivíduos que só deixam aos outros indigência e miséria” (MORUS, Thomas. *A utopia*. 6ª ed. Lisboa: Guimarães, 1985. p. 70).

58 SMITH, *op. cit.*, p. 164.

59 SMITH, *op. cit.*, p. 167. Pedimos desculpas ao leitor pelo tamanho da citação, mas foi necessário fazê-lo para que se percebesse como esses escritores clássicos expunham com muito mais clareza e lucidez alguns problemas tão atuais como o da péssima distribuição de terras, que hoje são tratados com tanta sociologicidade de almanaque...

Segundo WEBER, há uma relação entre o processo de racionalização com o de burocratização. Ambos oportunizam uma maior especialização das funções administrativas, e permitem uma maior previsibilidade (i.e.: calculabilidade) de resultados - o que é esperado pela economia - devida à maior objetividade e despersonalização do perito, pois quanto mais complicada e especializada se torna a cultura moderna, tanto mais seu aparato de apoio externo exige o *perito* despersonalizado e rigorosamente *objetivo*”, proporcionado pela burocracia.⁶⁰

Acaba ocorrendo então, no sistema capitalista racionalista de WEBER, a grande pretensão de racionalização do trabalho baseada no cálculo, de que fala LUKÁCS: trata-se de um princípio de possibilidade de cálculo, ou *calculabilidade*, pelo qual o sistema busca, na sua racionalização, uma mais acurada previsão, um cálculo mais exato de todos os resultados a atingir.⁶¹

Como é de se notar, no processo de “desencantamento do mundo” está subjacente mais uma vez a idéia de segurança. Segurança que se dá pela previsibilidade e calculabilidade, todas as três imprescindíveis para o desenvolvimento da economia capitalista.

SEGURANÇA JURÍDICA, DIREITO E PROCESSO

Até agora vínhamos falando da segurança em geral, em seu desenvolvimento teórico a partir do liberalismo clássico inglês e passando rapidamente por WEBER. Agora voltemos nossa atenção para a tão famosa “segurança jurídica”.

A segurança jurídica não passa de apenas mais um dos inúmeros mitos cuidadosamente cultivados nessa exuberante galeria mitológica que se criou em torno da dogmática jurídica. Neste caso específico, basta lembrar que é imprescindível o seu respaldo para a sobrevivência do sistema capitalista. Certo é que sem um mínimo de segurança não é possível a liberdade - assim como o excesso de segurança também a elimina, como bem ponderou COMPARATO⁶² (dosando, portanto, a vinculação estreita supra citada, que MONTESQUIEU fez entre liberdade e segurança). Certo é também que a segurança jurídica tem um sentido de “proteção de bens jurí-

60 WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, s/d. p. 251.

61 LUKÁCS, Georg. *História e Consciência de Classe*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1989. p. 102-3.

62 COMPARATO, Fábio Konder. Segurança e democracia. In: *Direito, cidadania e participação*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1981. p. 199 e ss.

dicos (direitos) como forma de assegurar a coexistência” dos homens em sociedade.⁶³ Todavia, não é menos certo que dentre esses bens jurídicos protegidos em nome da segurança jurídica e da convivência social está a propriedade...

Sem segurança nas relações privadas, sem um mínimo de atendimento das expectativas, não há como se manter um sistema em que vigoram a propriedade e o contrato, eis que a primeira depende da expectativa de que todos a respeitem, e o segundo depende da expectativa de que o outro contratante cumpra as cláusulas. E o sistema que depende dessas expectativas é o sistema capitalista, pois sem a devida segurança jurídica seria impossível a formação de uma economia monetária e creditícia para o Estado Industrial.⁶⁴ Isto é: a segurança e certeza das relações jurídicas é que garantem o cálculo e a previsibilidade imprescindíveis à operacionalidade da circulação mercantil.⁶⁵

O mito da segurança nas relações jurídicas produz também um certo grau de conformismo diante de situações adversas. Por exemplo: apela a esse mito o juiz que, diante de uma jurisprudência “remansosa”, com a qual não concorda, conforma-se, ressaltando apenas seu ponto de vista.⁶⁶

É claro que há considerações de ordem prática - diminuir o número de embargos infringentes, aumentar conseqüentemente a velocidade dos outros processos, e nas palavras do Min. Marco Aurélio MELLO, evitar uma Babel no Tribunal.⁶⁷ E essas considerações não podem ser simplesmente ignoradas - embora pareçam sustentar o triste lema de GOETHE: “mais vale uma injustiça que uma desordem...” Porém, o que vemos nelas é, acima de tudo, o apelo do que podemos chamar de *ética dromocrática*, que analisaremos brevemente em seguida, após algumas considerações a respeito das incertezas nas ciências físicas e no processo.

63 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, v. I. São Paulo: RT, 1997. p. 94.

64 RADBRUCH, Gustav. *El espíritu...*, cit., p. 65 e ss.

65 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto...*, cit., p. 71.

66 Eis um exemplo típico: “(...) Direito dos jurisdicionados à tranquilidade e à segurança jurídica para prática de seus atos e negócios em sociedade - Reformulação de voto, com ressalva de entendimento pessoal. Ao juiz não é dado o direito de impor suas convicções em prejuízo dos interesses alheios, mas, sim, zelar pela segurança das relações jurídicas, pugnando para que sejam eliminadas ou reduzidas a intranquilidade e a instabilidade resultantes da versatilidade de decisões sobre casos idênticos. Para tanto, imprescindível que adote atitude de grandeza intelectual, *acatando, com ressalva de entendimento pessoal contrário, os precedentes dos tribunais superiores*, mormente os do Supremo Tribunal Federal, último grau de jurisdição e derradeiro intérprete de toda matéria constitucional, *sempre que iterativos*.” [grifos no original] (Proc. TST-RR-191.971/95.4 - Ac. 4561/96 - 5ª T. unân. - Rel. Min. Milton de Moura França - DJU I 27.9.96, p. 36481).

67 “Por atuar no campo monocrático, devo observar os pronunciamentos do Plenário, sob pena de instalar-se a babel gerando o descrédito do Judiciário junto às partes e, alfim, no meio jurídico.” (STF, despacho no ag. inst. 173.533-3/RS, Min. Marco Aurélio, 5.7.95, DJU I 14.8.95, p. 23951-2).

A ÉTICA DAS INCERTEZAS

Durante cerca de três séculos, a física foi refém dos postulados de certeza e precisão de Isaac NEWTON.⁶⁸ Dizia o ilustre pensador inglês, ao exigir exatidão do cientista, que “quem trabalha com menos rigor é um mecânico imperfeito, e, se alguém pudesse trabalhar com rigor perfeito, seria o mais perfeito mecânico de todos”.⁶⁹ Aliás, a afirmação newtoniana segundo a qual “os erros não são da arte, mas dos artífices”⁷⁰ só vem a reforçar a exigência de precisão e certeza no processo civil, pois o erro não seria debitado na conta da arte (*ars boni et aequi*, ou arte no sentido de artifício, técnica, a *tekhné* dos gregos), mas sim na do operador jurídico, o artífice. O reinado da precisão durou até o advento do relativismo de EINSTEIN.

Em 1927, o cientista Werner HEISENBERG já precisava lançar mão da incerteza e da probabilidade, no que diz respeito à impossibilidade de se medir velocidade e localização de elétrons, com precisão absoluta e simultaneamente - trata-se do princípio da incerteza ou indeterminação,⁷¹ que revolucionou a física moderna, no rumo à causalidade quântica. Como explica PRIGOGINE, o *acaso*, introduzido na física pela mecânica quântica, era admitido apenas em nível microscópico, pois em nível macroscópico seria eliminado pela lei dos grandes números; no entanto, ele era essencial também neste nível.⁷²

Por isso, algum tempo depois - há cerca de uma década - outro abalo nas ciências foi a teoria do caos, que proclamou mais uma vez “o fim das certezas”. A física tradicional, fundada na certeza do conhecimento e da previsibilidade, foi colocada em xeque por uma teoria na qual as leis fundamentais exprimem possibilidades, e não certezas.⁷³ O indeterminismo dessa teoria supera a *certeza* da previsibilidade, o que não significa apregoar o fim da previsibilidade em si: apenas lhe impõe um limite de previsão, não por uma opção metafísica, mas por consequência do acompanhamento estatístico de sistemas dinâmicos instáveis.⁷⁴ Limitar a previsibilidade signi-

68 Por uma questão de espaço, não vamos explorar as idéias de WITTGENSTEIN sobre a certeza e sua repercussão possível no processo civil, mas apenas deixar as indicações bibliográficas: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza*. Lisboa: Ed. 70, 1990. SUMARES, Manuel. *Sobre Da Certeza de Ludwig Wittgenstein: um estudo introdutório*. Porto: Contraponto, 1994.

69 NEWTON, Isaac. *Princípios matemáticos da filosofia natural*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 3.

70 NEWTON, *loc. cit.*

71 HEISENBERG, Werner. *Física e Filosofia*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1995. p. 37 *et passim*.

72 PRIGOGINE. *O nascimento do tempo*. Lisboa: Ed. 70, 1991. p. 66.

73 PRIGOGINE, *O fim das certezas*, cit., p. 12-13. GLEICK, James. *Caos*. Rio de Janeiro: Campus, 1990. p. 12-3.

74 PRIGOGINE, *O fim das certezas*, cit., p. 115.

fica circunscrevê-la aos sistemas dinâmicos simples, isolados.⁷⁵ *Mutatis mutandis*, é o que ocorre no direito - não é à toa que as classificações jurídicas, mais freqüentes em manuais que na atividade forense, só funcionem perfeitamente com exemplos simples. Os casos mais complexos acabam sempre fugindo à classificação (“é uma exceção...”, ou “é uma categoria mista...” são as mais utilizadas desculpas) e à previsibilidade da decisão judicial (com chavões do tipo “cada caso é um caso...”).

Nesse passo, interessante a comparação que Luiz Pinguelli ROSA faz entre a mecânica quântica e a mecânica newtoniana, se levarmos em conta a tensão determinismo/incerteza: enquanto a mecânica quântica é indeterminista mas permite previsões com um grau controlado de incerteza, a mecânica newtoniana é determinista mas no universo atômico conduz a resultados imprevisíveis.⁷⁶ *Mutatis mutandis*, a situação do processo civil está mais próxima do retrato da mecânica clássica: um sistema determinista que, em determinadas circunstâncias, assume um certo grau de imprevisibilidade - embora controlada, sobretudo pela hierarquia judiciária e pela praxe forense.

E que repercussão isso teve nas chamadas ciências humanas? No processo civil, sem dúvida, repercussão nenhuma, já que ainda hoje a jurisdição acredita piamente na possibilidade da certeza na decisão. Pois se nas ciências em geral as certezas foram devidamente desmistificadas pela teoria do caos, no processo civil essas mesmas certezas ainda sobrevivem, máxime no procedimento ordinário. Talvez a teorização que mais tenha se aproximado das incertezas foi a teoria do processo enquanto situação jurídica, de James GOLDSCHMIDT, para quem a certeza do direito subjetivo se transforma, no processo, em expectativas (de sentença favorável), perspectivas (de sentença desfavorável), em uma palavra: incertezas.⁷⁷

Pergunta-se Ilya PRIGOGINE: “como conceber a criatividade humana ou como pensar a ética num mundo determinista?”⁷⁸ Esse questionamento, por si só, já nos conduz à tese de que o determinismo - e, conseqüentemente, a certeza - esvazia o conteúdo ético de uma decisão judicial.⁷⁹ Segundo Constantino TSALLIS, “a própria sustentação ética das ciências jurídicas se encolhe quando a ‘probabilidade’ perde

75 PRIGOGINE, *O fim das certezas*, cit., p. 194-5. GLEICK, *op. cit.*, p. 291-2.

76 ROSA, Luiz Pinguelli. A aplicação de conceitos, paradigmas e métodos da física à economia. In: SILVEIRA, Antonio Maria da et alii. *Caos, Acaso e Determinismo*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995. p. 89.

77 “En realidad, no se trata de derechos propiamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: *chances*.” (GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Barcelona: Labor, 1936. p. 52)

78 PRIGOGINE, *O fim das certezas*, cit., p. 14.

79 “A prova não contém (...) uma determinação objetiva absoluta e o que na decisão soberanamente prevalece é a convicção subjetiva, a certeza de consciência (*animi sententia*)” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Lisboa: Guimarães, 1986. p. 186).

terreno, quando tudo torna-se determinista, inexorável, necessário”.⁸⁰ De fato, como condenar um devedor, se ele estava fatalmente pré-determinado, por um sistema determinista, a dever? Qual é o conteúdo ético de uma decisão fundada numa certeza milimetricamente calculada (e pior: após dez anos de “cálculos”, as partes se envolvendo num verdadeiro jogo de *snakes and ladders* dentro do sistema recursal)?⁸¹ Um processo civil movido exclusiva e mecanicamente por um sistema de causa-efeito, por um procedimento que, operado por qualquer juiz em qualquer caso, levaria inexoravelmente à verdade, à certeza, à justiça - tem algum conteúdo ético?

A ÉTICA DROMOCRÁTICA

Se, por um lado, o excesso de “garantismo”, o dogma da certeza e da verdade, são prejudiciais à compreensão de um processo civil voltado para os conflitos de hoje - e não do século passado -, por outro lado não podemos elevar a verossimilhança a um dogma, tal qual a verdade. Afinal, a entronização absoluta da probabilidade pode dar lugar àquilo que BACHELARD chama de *positivismo do provável*, situado entre o positivismo da experiência e o positivismo da razão.⁸² Afinal, é questionável a eticidade de um processo civil voltado exclusivamente à celeridade, de modo “parnasiano” - a rapidez pela rapidez, sem nenhuma preocupação com acesso à justiça, isonomia real e outras questões relevantes. Essa é a crítica dirigida, acertadamente, pelo Prof. MARINONI, à tendência atual de se encarar os Juizados Especiais como instrumentos que servem principalmente para dar celeridade à prestação jurisdicional, quando na verdade seu escopo fundamental é o acesso à justiça.⁸³ É como lamenta Mauro CAPPELLETTI: “onde os tribunais de pequenas causas se tornaram eficientes, eles

80 TSALLIS, Constantino. Caos, determinismo e probabilidade. In: SILVEIRA, Antonio Maria da *et alii*. *Caos, Acaso e Determinismo*, cit., p. 56.

81 Exemplo da ineficácia da precisão na sentença extrafamos da recente obra de Luiz Edson FACHIN (*Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. *passim*). Nela o autor faz uma acertada crítica à entronização do exame de DNA como critério mais acertado para determinação da paternidade, pois o que esse exame tem por objeto é apenas a *paternidade biológica*. No entanto - diz o autor - a verdadeira paternidade não se resume à informação genética, pois ela “exige uma concreta relação paterno-filial, pai e filho que se tratam como tal”: trata-se da *paternidade socioafetiva* (p. 65). Retornando: de que vale então a certeza, a precisão pericial, quando se olvida o aspecto socioafetivo que deve estar presente na relação pai-filho? Mais uma vez, qual é o conteúdo ético de tal certeza?

82 BACHELARD, Gaston. *O novo espírito científico*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1968. p. 105.

83 MARINONI, Luiz Guilherme. Tutelas diferenciadas e realidade social. In: *Lições alternativas de direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 141.

têm servido mais freqüentemente para os credores cobrarem dívidas do que para os indivíduos comuns reivindicarem direitos”.⁸⁴

Talvez essa demanda dirigida exclusivamente à celeridade seja algum indício de que estamos longe de uma sociedade *democrática*, e mais próximos de uma sociedade *dromocrática*, na feliz expressão de Paul VIRILIO.⁸⁵ O apelo à velocidade (*dromos*), o apelo à eficiência, tendem a minar os fundamentos da democracia. Afinal, aos olhos do neoliberalismo, a decisão democrática é um processo mais conflituoso, ineficaz e demorado que as decisões capitalistas, que são tomadas a todo o tempo e chegam mais rapidamente aos destinatários.⁸⁶ Assim, para a *teoria da regulação* (de Chicago), o processo político democrático é encarado exclusivamente a partir de suas imperfeições, e para a teoria da *rent seeking society* a política (e com ela, o processo democrático - o bebê com a água do banho) não passa de um desperdício.⁸⁷ Mas se a democracia tem os seus ônus (o que é discutível, como bem coloca PRZEWORSKY), cumpriria aos democratas aceitá-los.

Transportando essa discussão para o processo civil, é preciso democratizar o processo civil, e não exclusivamente dromocratizá-lo. Se hoje ele é lento, não é por causa de algum excesso de “democratismo”, mesmo porque ainda há verdadeiros nichos de autoritarismo no processo civil e no Judiciário, inclusive se desconsiderarmos o fato de que o corpo do nosso CPC foi aprovado em pleno período de repressão política e se ignorarmos o modelo tecno-burocrático de composição do Judiciário brasileiro.⁸⁸ O fato é que **a luta pela efetividade do processo não pode descuidar da luta pela sua democratização**. Mais concretamente, esta luta inclui, por exemplo, o banimento, por inconstitucionalidade, dos procedimentos especiais dos DL 70/66, DL 167/67, DL 413/69, DL 911/69 e seu recente e excrescente prolongamento no SFI.⁸⁹

84 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 97.

85 VIRILIO, Paul. *Velocidade e política*. São Paulo: Estação Liberdade, 1996.

86 PRZEWORSKY, Adam. *Estado e economia no capitalismo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995. p. 29-30.

87 PRZEWORSKY, *op. cit.*, p. 35.

88 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário*, cit., p. 124 e ss., p. 141 e ss., *et passim*. Ver também SURGIK, Aloísio. O Judiciário e o povo. In: _____. *Temas críticos de direito à luz das fontes*. Curitiba, HDV: 1986. CATARINO, Luís et alii. *A participação popular na administração da Justiça*. Lisboa: Horizonte, 1982.

89 Vide OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. *Ajuris* n° 33, mar. 1985, p. 79-85. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994. _____. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14 e 22. BECKER, Laércio A. SFH e SFI: o processo civil inconstitucional. *Boletim Informativo Bonijuris* n° 325, 10.01.98, p. 3939-45.

PARA TERMINAR

A contemporaneidade tem-se caracterizado por diversas “proclamações de óbito”. Desde o fim das metanarrativas (LYOTARD), do social (BAUDRILLARD), das certezas (PRIGOGINE), da ciência (John HORGAN) e da própria modernidade (VATTIMO), até os neoliberalíssimos fim da História (FUKUYAMA) e fim das ideologias (Daniel BELL).⁹⁰ Mas como adverte Ernesto LACLAU, o uso indiscriminado, acrítico e impreciso da categoria *fim* não passa de um subterfúgio para “retornar disfarçadamente ao que se queria evitar”.⁹¹ Não podemos, portanto, nos deixar seduzir pela ingênua proclamação de mais um fim, como por exemplo, um absurdo fim do processo civil, incapaz que seria de sobreviver numa época de incertezas - mesmo porque, com todos os seus defeitos, provavelmente o processo ainda terá vida longa. Afinal, é justamente pelos seus defeitos que ele tem sido (e será por muito tempo) mantido.

90 Todos esses fins devidamente relacionados com pós-modernidade, sociedade pós-industrial, etc. Lembremos do poema *Pós-tudo*, de Augusto de Campos (1984): “quis / mudar tudo / mudei tudo / agorapóstudo / extudo / mudo”. Dispensa comentários.

91 LACLAU, Ernesto. A política e os limites da modernidade. In: BUARQUE DE HOLLANDA, Heloísa (org.). *Pós-Modernismo e Política*. Rio de Janeiro: Rocco, 1991. p. 128.

