

FACETAS DA JURISDIÇÃO: DA JUSTIÇA GRECO-ROMANA À APLICAÇÃO POSITIVISTA DA LEI

JURISDICTION FACETS: FROM GRECO-ROMAN JUSTICE TO POSITIVIST LAW ENFORCEMENT

Hilbert Maximiliano Akihito Obara¹

Juiz de Direito (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): teoria geral do processo; jurisdição.

subsumption of the law to the specific case, along the lines of legalistic positivism.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo, considerando os pressupostos jurídicos greco-romanos e medievais, bem como a tendência de aproximação do sistema da *civil law* e *common law*, tecer considerações críticas a respeito da jurisdição como resultado de uma atividade interpretativa de subsunção da lei ao caso concreto, nos moldes do positivismo legalista.

PALAVRAS-CHAVE: pré-positivismo; interpretação; subsunção.

KEYWORDS: *pre-positivism; interpretation; subsumption.*

ABSTRACT: *This paper aims, considering the Greco-Roman and medieval legal, as well as the tendency of approximation of the civil law and common law system, to make critical considerations about jurisdiction as a result of an interpretative activity of*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Justiça e direito na perspectiva greco-romana; 2 O direito natural no Medievo; 3 Legalismo na modernidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Justice and law in the greco-roman perspective; 2 The natural law in the medieval; 3 Legalism in modernity; Conclusion; References.*

¹ Mestre e Doutor em Direito pela Unisinos. Professor da Graduação e Pós-Graduação da Unilasalle, Canoas/RS, Brasil. E-mail: hmaobara@hotmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/5577266784113691>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4144-3620>.

INTRODUÇÃO

A tarefa jurisdicional aglutinou características diversas ao longo da história. Na modernidade, a concepção jurídica positivista legalista teve forte presença, permitindo a admissão do juiz boca da lei, cuja atuação deveria ocorrer por aplicação subsuntiva. O escrito questiona a adequação desse modelo na contemporaneidade. Para tanto, o artigo resgata alguns importantes marcos jurídicos relacionados com a temática, tanto historicamente quanto em modelos correntes, alcançados por meio de pesquisa bibliográfica. O objetivo é de contribuir para o reconhecimento de que a jurisdição hodierna merece novos contornos que não se prendam ao modelo legalista da *civil law*.

A tarefa delineada reconhece a tendência hodierna de aproximação das tradições da *civil law* e da *common law*. Então, buscará, no tronco comum da perspectiva greco-romana e medieval, a ausência de sustentáculos para o modelo da legalidade positivista e de sua jurisdição objetificante. De igual modo, será trazida a crítica moderna dessa matriz jurídica, especialmente em face da comparação com o desenvolvimento do sistema da *common law*.

O ponto de partida está na filosofia helenística, com sua incessante preocupação com o justo, com o equilibrado e isonômico, fonte do jurracionalismo, a permitir a censura ao formalismo de um direito consubstanciado exclusivamente no texto legal. Em um segundo momento, no Medieval, não foi muito diferente, com o direito originando primacialmente da base da sociedade e do reconhecimento do direito natural, resgatando a noção de justiça, tão cara na civilização greco-romana. Nos dois momentos históricos jurídicos a supremacia da justiça torna-se indispensável para o direito, sendo conformadora de quaisquer regras formais. O sistema da *common law* seguiu fortemente essa herança e manteve a confiança na produção jurídica além da legalidade, ocasionando a cisão com o sistema da *civil law*. Ocorre que as críticas ao padrão legalista decisório, tanto à sua falta de elasticidade quanto à subserviência ao poder político, em momento tendencial de reaproximação de tradições, parecem depor contra o modelo criticado.

1 JUSTIÇA E DIREITO NA PERSPECTIVA GRECO-ROMANA

A paralisia do paradigma legalista contribui para a crise do direito. No necessário enfrentamento é importante voltar os olhos para o anterior

enfrentamento jurídico do tema, na perspectiva greco-romana². Esse olhar para o passado, todavia, não é em vão. Ocorre com vistas ao futuro, no sentido de nortear o desenvolvimento. Assim, é assumido o pressuposto de que o aperfeiçoamento jurídico deve ser guiado pela tradição³, de modo a ser alcançada a desejada concórdia e harmonia social⁴.

O ponto de partida, seguindo a tradição do Direito Ocidental, é o da Grécia. Na antiga Grécia havia a procura incessante da ordem harmoniosa, pelos seus pensadores, em diversos campos de conhecimento⁵. Não podia,

² “E mais uma vez, como nos séculos XVIII e XIX, perdura o velho conflito entre a liberdade antiga e a liberdade moderna. Nesse embate, o que se decide é a sorte de uma concepção de vida, ligada a um sistema social em crise, que não despreza, contudo, frente aos padecimentos da enfermidade que o devora, as esperanças de cura radical. Daí não podermos menoscar a importância que têm para os nossos dias o estudo e a compreensão das antigas instituições gregas e romanas.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 140)

³ “Ora, o drama da sociedade contemporânea, sequiosa de apoio em valores permanentes, põe em relevo um ponto essencial, realçado desde Aristóteles até Cícero, e herdado por tradição relevante da civilização ocidental, de que *natura iuris ab hominis repetenda est natura*. O que significa que, quando está em causa o problema do homem, põe-se, concomitantemente, com mais urgência a indagação dos fundamentos do Direito, e vice-versa. Isto já nos auxilia a compreender que, quaisquer que sejam as diretrizes assumidas pelo jusnaturalismo, o direito natural reduz-se, em última análise, a um problema de antropologia ou, mais especificamente, de axiologia antropológica, visto como a sua configuração necessariamente depende do sentido do valor atribuído ao homem de per si e das conseqüências dessa validade radical. É claro que, consoante a concepção que cada época histórica tem do homem, segundo diversas escalas prioritárias de valores, variará o enfoque do direito natural. Ocorre, todavia, que, no decurso de um mesmo ciclo de cultura, a compreensão jusnaturalista depende do entendimento que cada autor elabora a respeito do ser humano e seus fins, o que torna o direito natural por sua natureza fluido e problemático, isto é, algo que não pode deixar de se pensado, muito embora não possa ser conceitualmente determinado.” (REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 5/6)

⁴ “En el mundo antiguo, la realización de una sociedad unida y pacificada definía el ideal político. Honoia, la diosa de la concordia, era celebrada en las ciudades griegas, y en el mundo latino se erigían templos dedicados a la diosa Concordia. En esos diferentes universos, participar es, ante todo, afirmarse como miembro de una comunidad, significa manifestar una pertenencia y expresar adhesión a las instituciones. Es el sentido, em Roma, de la famosa fórmula SPQR, *Senatus populus que romanus*. Quiere decir que el pueblo y el Senado no son más que uno y no implica referencia alguna a lo perteneciente al orden de un mandato o de una delegación.” (ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática*. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad. Barcelona: Paidós, 2010. p. 42)

⁵ “Os fundadores do estoicismo, que viveram mais tarde nos impérios helenistas e se afastaram dos negócios públicos, ocuparam-se sobretudo com moral. A mesma coisa é verdade de Epicuro, mesmo quando tentou esboçar sua própria teoria da gênese do direito. Admitindo a possibilidade de aplicá-los aos governos das cidades, Pitágoras se interessa pelos números, pelas matemáticas e pela música. Platão, representado pelo famoso quadro de Rafael, tem os olhos voltados para o céu, e, se se preocupa com justiça no Górgias, na República, nas Leis e em outros diálogos, era com uma justiça moral, ou com uma justiça universal, ou com Política, não com o ofício jurídico. No mesmo quadro de Rafael,

portanto, ser diferente em relação ao Direito⁶. O poeta Hesíodo, por exemplo, anunciava que haveria um critério racional ordenador, razão pela qual o homem agia de forma diversa dos animais. Esse critério seria observável na lei, maior dádiva concedida divinamente aos homens, por permitir a paz, submetendo a um árbitro as divergências⁷. Árbitro que em Aristóteles ganha a condição de juiz ao vincular a sua função ao direito. Portanto, esse terceiro deveria ser necessariamente desinteressado, de modo a permitir a equidade e a justiça⁸.

Sem desconhecer que o rico pensamento grego desenvolveu teses diversas, como a do favorecimento das leis da natureza, condicionante de um direito de opressão do mais forte sobre o mais fraco. Nessa linha, Antifo e Cálicles

Aristóteles olha para a terra. Dotado desse espírito universal que fez dele o modelo do Filósofo, de uma curiosidade enciclopédica, pouca coisa na vida terrestre escapou às suas observações, e sobretudo não os fenômenos da vida social cotidiana: o comércio, a partilha das riquezas no interior de cada cidade; as defesas dos advogados, cuja análise sua retórica oferece; o comportamento dos pleiteantes e dos juizes, de seus conselhos, as realidades judiciárias. Devemo-lhe ter descoberto o conceito do direito.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 34/35)

⁶ “É um tema eminentemente grego o do direito. Os poetas, os trágicos, os filósofos são como que obcecados pela descoberta, no seio do cosmos, das cidades, ou da história humana, de uma ordem harmoniosa. Poderíamos seguir seu desenvolvimento sob termos diversos, numa multidão de autores.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 33)

⁷ “As concepções jurídicas do período arcaico dos gregos chegaram até nós através das obras épicas de Homero e da poesia de Hesíodo. Naquele tempo se considerava a lei emanada dos deuses, sendo transmitida à humanidade por uma revelação da vontade divina. Hesíodo observou que os animais selvagens, os peixes e as aves se entredevoram porque desconhecem a lei; mas Zeus, o senhor dos deuses olímpicos, concedeu a lei à humanidade como a sua maior dádiva. Hesíodo contrastava assim o nomos (princípio ordenador) da natureza irracional com o do mundo racional (ou, pelo menos, potencialmente racional) dos seres humanos. Estranho a esse pensamento foi o cepticismo de certos sofistas de uma época posterior, que procuravam extrair um direito de os fortes oprimirem os fracos do fato de na natureza os peixes grandes devorarem os pequenos. Para Hesíodo a lei era um mandamento de paz, fundado na justiça, compelindo os homens a absterem-se de violência e a submeterem as suas divergências a um árbitro.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 17/18)

⁸ “Qual é, de fato, o ofício do juiz? Ele tem diante de si dois pleiteantes que disputam um pedaço de terra, uma parte de herança, a guarda de uma criança em caso de divórcio, o montante preciso de um crédito, de uma obrigação, uma honra, um encargo público. Em vez de esvaziar pela violência sua divergência, recorrem à justiça, ou seja, ao juiz. E o juiz os dispensará depois de ter, em sua sentença, determinado a parte de cada um. Em seu Comentário do texto de Aristóteles, Tomás de Aquino observará que a justiça particular é mormente a virtude do juiz e dos juristas seus auxiliares, entre os quais, quando as leis têm o objetivo de guiar o trabalho do juiz, cumprirá incluir os legisladores. Dos particulares só é requerido, para serem ‘justos’, ‘executar’ as determinações do direito, cujos autores são os juristas.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42/43)

criticaram o direito criado pelo homem, reconhecendo-o como artificial e fortuito, modificável em razão do tempo, das pessoas e das circunstâncias, primando pela isonomia entre os homens, quando a lei da natureza reconhece a desigualdade, dando as ferramentas para que o “mais forte” justifique suas atitudes para além da lei⁹. Teses subjetivistas e relativistas que encontraram oposição ferrenha nos pensamentos de Sócrates e Platão, que na temática da jurisdição, direito e justiça, tem destacada a elaboração de um conceito de justiça baseada em critérios valorativos em prol da sociedade e da coletividade¹⁰. Sem faltar a indispensável referência à Aristóteles, com sua concepção de justiça e equidade, influenciadora de São Tomás de Aquino¹¹, e das concepções jusnaturalistas decorrentes, sempre desafiadoras da perspectiva positivista da estrita legalidade¹².

⁹ “Nítida distinção entre a natureza (*physis*) e a lei (*nomos*) foi estabelecida pelo sofista Antifo. As determinações do *physis* são necessárias e inafastáveis, ensinava êle, porém as do *nomos* derivam do arbítrio humano e não passam de disposições artificiais e fortuitas, modificáveis com o tempo, as pessoas e as circunstâncias. Segundo êle, ninguém pode violar as leis da natureza com impunidade; mas quem viola a lei do Estado não sofre qualquer castigo ou desonra, se não fôr descoberta a transgressão. Implícita neste argumento está a presunção de que as convenções humanas na realidade nada mais são que grilhões da ‘lei’ natural. Partindo de semelhantes premissas, o sofista Cálicles proclamou o ‘direito do forte’ como um postulado básico de direito ‘natural’, em contraposição ao direito ‘convencional’. Na vida animal como na humana, argumenta êsse filósofo, a natureza repousa na inata superioridade do forte sobre o fraco; por outro lado, as determinações legais humanas são ditadas pelos fracos e pelo maior número, porque os fracos são sempre a maioria. As leis procuram tornar os homens iguais, ao passo que pela sua natureza êles são fundamentalmente desiguais. Portanto, o homem forte age apenas de acôrdo com o *physis*, se desdenha as convenções do grupo e se desvencilha das restrições artificiais da lei.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 19/20)

¹⁰ “Discutindo com Trasímaco o significado da justiça, na República de Platão, Sócrates consegue impor aos seus ouvintes o argumento de que a definição de justiça feita por Trasímaco está ‘de cabeça para baixo’. Esta era em verdade a opinião refletida de Sócrates e do seu grande discípulo, Platão (429 – 348 A.C.), sobre a maior parte dos ensinamentos dos sofistas: a de que êles haviam ‘invertido’ a significação da verdade, e a de que o seu cepticismo e agnosticismo representavam um perigo para o bem-estar da sociedade e a harmonia da coletividade. O próprio Sócrates se impôs a tarefa de superar o subjetivismo e o relativismo dos sofistas, com a criação de um sistema ético substantivo baseado numa teoria de valores objetivamente verificados.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 20)

¹¹ “O direito (*tò dikaion*) será, portanto, ‘o objeto da justiça’ – escreve Santo Tomás, excelente intérprete do texto de Aristóteles –, a finalidade perseguida; é, dizíamos nós, a ordem, a harmonia, à qual tende a atividade do homem ‘justo’.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 40)

¹² “O direito natural tem sido uma constante histórica, no sentido de que, apesar de todas as profundas objeções que lhe foram e são feitas, permanece sempre como um problema inarredável dos domínios da cognição jurídica. Mesmo nas épocas de mais arraigado positivismo, quando parecia superada de vez a tese jusnaturalista (tomado este termo na sua aceção ampla, sem reduzi-lo ao racionalismo abstrato

Em Roma, ao ideal organizativo grego pode ser acrescentada, para o desenvolvimento do Direito, a classificação distintiva entre Justiça e Direito, tendo o segundo como meio para alcançar o primeiro. No Direito romano, indubitavelmente, a lei cumpre papel de relevância para o Direito. Porém, o Direito não é confundido com as leis que o compõem, sendo um elemento agregador e permissor de um destaque jurisprudencial¹³. Em sendo assim, em Celso, é permitido defender, no Direito romano, um objetivo de justiça na atuação da lei, no exercício jurisdicional¹⁴. Em Ulpiano, o conceito de jurisdição também assume o elemento equitativo e de justiça ao impor ao juiz a tarefa de “atribuir a cada um” o seu direito, em que pese, por deturpação do conceito, tenha agregado o aspecto estritamente legalista, mediante a exigência de um

pré-kantiano), não se poderá afirmar que, mesmo então, a idéia de direito natural tenha deixado de ser um problema para se converter apenas em uma indagação ilusória, devida à persistência inadmissível de um equívoco.” (REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 1)

¹³ “Afinal de contas, a linguagem romana distinguirá o direito (*jus*) e o justo (*o id quod justum est*). O latim dispõe de dois termos, quando o grego só tinha um (*tò díkaion*). O justo é a finalidade perseguida; o direito, o que se conseguiu descobrir e formular positivamente dele. Para Aristóteles, já era a vocação de *Dikaion* ser determinado com maior ou menor imperfeição (*supra*, p. 51-2). Cumpriria concluir disso que em Roma o direito tenha assumido forma de leis? Que os jurisconsultos romanos já estivessem conquistados pelo positivismo jurídico? Não gostaria de subestimar o papel das leis em Roma. Encontra-se em Tito Lívio a sentença que diz que a lei das XII Tábuas seria tido a ‘fonte de todo o direito romano público e privado’. De fato, a lei determina a organização judiciária e o processo: de modo que, sem ela, independente dela, não poderia existir *jus civile*. Em contrapartida, não se poderia sustentar que as sentenças sejam deduzidas das leis, que os fundadores da ciência jurídica romana tenham fechado o direito num sistema legislativo. As leis e o direito constituem esferas distintas (ainda que possam interferir). No *Digesto*, depois dos dois títulos referentes aos princípios do *jus*, vem um terceiro, separado, relativo às leis. Nele começa-se reproduzindo algumas definições do *nòmos*, extraídas dos gregos, relativas à lei que rege a ordem e a moral da cidade. O direito possui uma função própria e órgãos autônomos. É, a título principal, um produto jurisprudencial.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 63/64)

¹⁴ “Assim como Aristóteles, o jurisconsulto romano tem acesso ao direito pela justiça. O direito constitui um elemento (o objeto ou a causa final) dessa espécie de atividade habitual que a justiça é. Começo da obra: 1) D, I, I, I (tirado das Institutas de Ulpiano): ‘A quem vai trabalhar o direito é necessário conhecer de onde deriva esta palavra: ‘justiça’ (*est autem a justitia appellatum*). Com efeito, segundo a elegante frase do jurista Celso, o direito é a arte do bom e do equitativo (busca de uma proporção justa) – *jus est ars boni et aequi*. Têm razão aqueles que nos chamam de sacerdotes da justiça: pois cultivamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e da boa proporção, operando o discernimento do justo e do injusto. Nós, juristas, cultivamos a filosofia verdadeira, não seu simulacro verbal.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 60)

reconhecimento prévio (legal) do direito¹⁵. Não é diferente em Gaio que, na classificação de *jus gentium* e *jus civile*, equiparava o primeiro ao direito natural¹⁶. Ao que pode ser acrescentada a influência estoica, com a vinculação de justiça e isonomia¹⁷, propiciadora de destacadas reformas políticas e jurídicas¹⁸.

¹⁵ “D, I, I, 10 (extraído de outra obra didática de Ulpiano). ‘A justiça é uma vontade constante e duradoura’ (essa parte do texto traz ainda uma coloração estoica) ‘de atribuir a cada qual o seu direito’. *Jus suum cuique tribuere*. As três últimas palavras dessa definição são familiares aos moralistas e retóricos da Antiguidade. E decerto muitos a aplicavam à justiça geral, essa virtude social que tendia a que cada qual fosse posto em seu lugar certo e mantivesse seu papel próprio no todo. Mas, para os juristas, trata-se de atribuir a cada qual o seu jus: assim como o verificaremos, uma porção de bens ou ônus exteriores. Mais tarde, os romanistas modernos falsificarão esse adágio, trocando *tribuere* pela palavra *reddere*; devolver ao próximo o que lhe é devido, como se se soubesse de antemão a consistência da dívida. Não! O ofício do juiz é apenas atribuir, logo, determinar os respectivos jura de cada cidadão.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61/62)

¹⁶ “O *jus civile* a que se refere Gaio é a lei aplicável unicamente aos cidadãos romanos. O *jus gentium*, por outro lado, era um conjunto de regras aplicáveis nas questões que envolviam pessoas sem a cidadania romana. Eram sobretudo usos, normas e princípios que apresentavam os ingredientes comuns aos sistemas legislativos dos povos com os quais Roma entrou em contato. Toda vez que observavam que uma determinada regra ou uso eram praticadas por um grande número de outras nações, os romanos incorporavam-nos ao *jus gentium*. Como um conjunto de princípios universais ou quase-universais, Gaio equiparava o *jus gentium* ao *jus naturale*.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 30)

¹⁷ “Os filósofos estoicos estavam convencidos de que os homens são essencialmente iguais, e que as discriminações entre eles, por conta do sexo, classe, raça ou nacionalidade, eram injustas e contrárias à lei da natureza: Essa idéia estoica da igualdade humana ganhou algum terreno na filosofia política e na jurisprudência do Império Romano. Como se compreende, a influência da filosofia estoica foi apenas um elemento entre outros que geraram a tendência para uma igualdade social ainda um pouco maior, notável no período posterior a Augusto. Mas tendo-se em vista que alguns dos grandes imperadores daquele período, Antonino Pio e Marco Aurélio entre eles e certos juristas, como Papiniano e Paulo, estavam sob o domínio das idéias estoicas, não se deve subestimar a casual correlação entre essa filosofia e o desenvolvimento das idéias humanitárias e de igualdade do Império Romano. Várias tentativas foram feitas para adaptar o direito positivo aos postulados de um direito natural estoico, embora o alcance de tais tentativas se limitasse a determinadas medidas específicas e não afetasse o corpo do direito romano no seu todo ou as suas principais instituições. Porém as da escravidão e da família, particularmente, sofreram a influência da divulgação da nova doutrina.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 31)

¹⁸ “Toda evolução histórica é determinada por um grande número de fatores concorrentes e interdependentes, e quase sempre é muito difícil medir exatamente a influência de um determinado fator. Tudo o que se pode dizer é que muitos dos líderes da vida política e jurídica em Roma, no fim da república e no período imperial, estavam sob a influência da filosofia estoica, sendo assim muito provável que essa filosofia humanitária tenha desempenhado algum papel nas reformas sociais e legislativas que se efeturaram nesse período da história romana. Entre as razões sociológicas que talvez expliquem por que a filosofia estoica encontrou tão fértil solo em Roma deve incluir-se a tendência para um império universal, bastante acentuada na última fase da antiguidade, e de que resultou a criação

Finalmente, de modo a espantar qualquer dúvida sobre a influência pragmática do ideal de justiça, basta referir os métodos técnicos romanos da *regulae iuris* e *actiones utiles* utilizados para resguardar a equidade na decisão¹⁹.

Essas construções jurídicas greco-romanas jamais poderiam servir de base para um viés estritamente legalista, como tentaram fazer crer alguns romanistas modernos. A atuação da lei sempre foi indissociável do objetivo de alcançar a justiça²⁰. Com o que a perspectiva criticada acaba, na realidade, afastada de uma base histórica²¹. Por outro lado, o pensamento produzido também

do *Imperium Romanum*. O conceito estóico de um estado-universal, com uma cidadania e um direito comum a todos, fundado na razão natural, adquiriu um sentido bem real e nada utópico, naquelas circunstâncias históricas. Estendidos os direitos de cidadania à maioria dos súditos das províncias romanas, no ano 22 da nossa era, a idéia de uma comunidade da humanidade civilizada (*civitas maxima*), em contraposição ao paroquialismo das pequenas cidades-estados dos primeiros períodos, esteve bem próxima da realidade. Não admira, pois, que, sendo assim, as concepções filosóficas dos estóicos, reforçadas com o advento e a propagação das idéias cristãs, tenham produzido um impacto significativo na evolução política e jurídica do Império Romano.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 34)

¹⁹ “É nessa perspectiva que são vistos e utilizados dois instrumentos técnicos que remontam aos romanos: as chamadas *regulae iuris* e *actiones utiles*. As *regulae iuris* – às quais Justiniano dedicou um título inteiro do *Digesto*, o último – são critérios gerais de juízo a que o cientista do direito chega na sua tentativa de traçar esquemas organizativos de caráter universal, partindo sempre de uma análise empírica de cada caso concreto. Nos glosadores, o fundamento e a legitimidade da regula decorrem da circunstância de que, neles, ‘*eadem aequits vertitur*’, há uma mesma base equitativa. As *actiones utiles* são aquela criação do *ius honorarium* romano mediante as quais o pretor, ao constatar analogias, estendia a tutela processual para além dos casos previstos pelo *ius civile*: um tema extraordinariamente sugestivo para os pluralistas medievais é o da concorrência e integração entre dois ordenamentos e, de fato, é um tema retomado pelos nossos glosadores, e retomado segundo o costumeiro motivo equitativo: a ação útil é uma ficção pretoriana segundo a qual *fingitur ex aequitate*.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 209/210)

²⁰ “Tanto na Grécia como para os romanos, a idéia do direito é solidária da de justiça. A própria linguagem o prova. O *Corpus Juris Civilis* enfatizará esse vínculo: *jus*, derivado de *justitia* (*jus a justitia appellatum*), será notado já nas primeiras linhas do *Digesto*. Pelo menos as duas palavras são aparentadas. Alguns romanistas da época moderna propuseram do termo uma segunda etimologia; quiseram ligar a palavra *jus a jussum*, de *jubeo*, eu ordeno, a fim de identificar o direito ao sistema das leis estatais, ao mando do poder. Mas ela não é muito defensável, porque *jubere*, em latim clássico, não evocava um mando. Em grego, é a mesma palavra, *dikaion*, que traduzimos ora por justo e ora por direito. Nossas linguagens européias não puderam separar-se, nesse ponto, das línguas antigas: o ministério dito da ‘Justiça’ se ocupa do direito. *Recht* ficou ligado, morfológicamente, a *Gerechtigkeit*.” (VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35)

²¹ Lenio Streck informa a falta de preocupação com o fundamento histórico, inclusive na operacionalização do direito criticado: “Independentemente das respostas que possam ser oferecidas a esses questionamentos, parece claro que esse ‘ecumenismo jurídico’ tem graves consequências no plano da operacionalidade. Por vezes, lidamos com mecanismos sem reconhecer neles o efetivo traço

não era autorizativo da elevação de uma justiça pessoal (arbítrio), ainda que governamental/estatal. Isso porque defendiam um direito objetivo superior a qualquer um, a qualquer poder, permitindo traçar um paralelo com o Estado de Direito da modernidade²². O legado, dessa forma, passa por um limite jurídico na atuação de todos, inclusive do julgador, ao mesmo tempo em que enfrenta a estagnação objetiva legalista em razão da perseguição teórica e pragmática da justiça.

2 O DIREITO NATURAL NO MEDIEVO

No Medievo houve uma construção jurídica própria, incorporando elementos romanos²³, mas fundamentalmente agregando uma singularidade originária do *jus commune*²⁴.

histórico que os conformou” (STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 29).

²² “Aqueles que agora a sustentam usam o velho procedimento de dar nova roupagem a coisas antigas, tentando aproveitar as vantagens apresentadas pela tradição. Evitaremos incursões históricas supérfluas, limitando-nos à análise de alguns dados conhecidos. A Antiguidade grega manteve o ideal do domínio da lei ante o capricho despótico. Assim, os gregos se vangloriavam de serem governados por leis e não por homens (Heródoto), porque as leis são menos apaixonadas do que os homens (Aristóteles). A democracia ateniense apresentou, em certo sentido, o modelo do Estado de Direito frente ao Estado-poder simbolizado por Esparta. Ainda que os direitos individuais não fossem conhecidos pelos gregos, os defensores do Estado Liberal de Direito pretendiam traçar paralelos com a herança grega e, ao menos, apontar antecedentes clássicos para o primado da lei sobre o poder.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 2/3)

²³ “Com efeito, durante todo o primeiro período medieval, uma corrente jurídica de certo modo romana continuou a viver – elementar, rudimentar, muito distante dos refinados cultismos do *Digesto* – sobretudo em alguns territórios, ao passo que a igreja sempre se nutriu de Direito romano. Se houve uma redescoberta, foi aquela de um Direito romano ‘autêntico’ e de textos ‘autênticos’, filologicamente precisos, segundo aquela que parece ser uma exigência difusa – e não apenas eclesial – da era gregoriana, se houve uma redescoberta, foi aquela do *Digesto* como instrumento operacional, e os historiadores do direito apontam com ênfase, uma data e uma circunstância como relevantes, o ano de 1076 e o chamado Plácito de Márturi, uma assembleia judicial realizada na Toscan, no mosteiro-castelo de Márturi, em cujas datas e circunstâncias o *Digesto* é reapresentado como material utilizável e utilizado na práxis jurídica.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 193)

²⁴ “O surgimento do moderno Estado-nação pôs termo à unidade decorrente da aceitação comum do Direito romano-canônico, ou *jus commune*, que perdurou na Europa durante a era feudal e no início da era moderna. O *jus commune*, associado em muitas mentes ao conceito de Sacro Império Romano, foi um direito que transcendeu as diversidades de tribos locais, comunidades e nações. Com a decadência do feudalismo, o advento da Reforma e o conseqüente enfraquecimento da autoridade do Sacro Império Romano, a monarquia centralizadora começou a surgir como o principal tributário da lealdade dos cidadãos.” (MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil*

A ordem nasce da base social, de forma espontânea, em movimento ascendente inverso, portanto, do direito estatal²⁵. Aliás, essa preponderância da forma de conceber o direito, com maior proximidade das pessoas e distanciamento de um poder central estatal, resultou no que Grossi denomina de “relativa indiferença” do regime político medieval para com as regras de convivência locais, onde o governante não tinha sido despertado para o anseio englobante do jurídico, o que acontece com o advento do Estado, em relação à produção e ao monopólio jurídicos²⁶. No vácuo estatal, a Igreja Católica fez implementar o seu domínio, nas mais amplas esferas do Medievalo, com sua mensagem de salvação, posta de forma muito bem articulada, de modo a permitir um alcance efetivo em todas as aglomerações populacionais²⁷.

law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 46)

²⁵ “Eis como devemos abordar o direito medieval: como uma grande experiência jurídica que abriga uma infinidade de ordenamentos, em que o direito – antes de ser norma é comando – é ordem, ordem do social, movimento espontâneo, isto é, que nasce das bases, de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos. A sociedade plasma-se de direito e sobrevive, pois ela mesma, por sua articulação em ordenamentos jurídicos, é acima de tudo direito.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 39)

²⁶ “O Estado sempre considerou a relevância do direito, do direito como um todo, para a realização de seus objetivos ‘totalitários’, e sempre o incluiu em seus programas: embora com manifestações sensivelmente diferentes, encontramos uma mesma postura básica seja no Estado romano (onde isso ocorre através de vários canais confluentes, sobretudo uma apropriada *iurisprudencia*), seja no Estado liberal moderno, onde o problema da produção jurídica é subtraído a diferentes órgãos, reservado ao próprio Estado e reduzido – em sua quase totalidade – ao único canal obrigatório da lei, expressão da vontade exclusiva do macrocosmo Estado. Este último é exemplo que qualificamos como autêntico absolutismo jurídico, apesar dos pressupostos econômico-jurídicos de cunho tipicamente liberal. Profundamente diferente, por sua vez, é a postura do regime político medieval, o qual, desprovido de anseios e de vocações totalizantes, parece-nos – ao contrário – inclinado a uma relativa indiferença pelo jurídico. Vamos esclarecer melhor: não pretendemos de modo algum dizer que o direito tem um peso relativo na civilização medieval, afirmação que seria desmentida pela centralidade daquele para a caracterização desta. Queremos dizer apenas que o detentor do poder não concebe o direito enquanto tal como objeto necessário de suas atenções e instrumento obrigatório de seu regime; não o identifica como um indispensável *instrumentum regni*. A atenção do monarca, do senhor, da comuna medieval, está voltada sobretudo para aquela área do jurídico naturalmente vinculada ao exercício e à conservação do poder, que hoje identificaríamos na noção genérica de ‘direito público’. Para todo o restante, é evidente uma relativa indiferença e, se preferirmos, o respeito implícito por outras fontes normativas.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 61)

²⁷ “Ninguém duvida da presença da Igreja (da Igreja Romana, é óbvio) na civilização medieval: em boa parte, essa civilização é criada por ela. No vazio deixado pela ausência do Estado, munida de sua mensagem de salvação, de seu vigor econômico cada vez mais crescente, das suplências sociopolíticas e culturais de que firmemente se investia cada vez mais, a igreja foi uma presença viva, eficaz e abrangente, graças também a uma organização paroquial bastante articulada e universalmente

O domínio referido não passou ao largo do Direito, fazendo prevalecer um viés metafísico/jurídico umbilicalmente atado ao direito natural. Nos mais remotos fundamentos da doutrina cristã, reinante por toda Idade Média, é possível encontrar referências que podem conduzir ao reconhecimento de um direito natural, como em Paulo, que parece admitir um senso moral comum a todos os homens que lhes permite trilhar o caminho do bem independentemente de uma lei formal²⁸. Nesse sentido, foi desenvolvido o pensamento de Santo Agostinho e Isidoro de Sevilha, ao reconhecerem a precedência do direito natural, o qual era submisso à lei eterna e divina. O corolário seria o viver em harmonia, muito próximo do caminho do bem referido por Paulo, pressupondo uma comunidade divina, imersa no direito natural originário e equitativo do homem²⁹⁻³⁰. Um novo panorama foi instaurado, com base na contribuição de São Tomás de Aquino, ao ser agregada a imprescindibilidade da racionalidade para o desvelamento do direito natural³¹. A lei formal, produzida pelo homem, desse

difundida, que conseguia penetrar até nos mais remotos recessos rurais.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 135)

- ²⁸ “Os mais remotos fundamentos da filosofia do direito cristão foram assentados vários séculos antes do começo da Idade Média. Numa Epístola de Paulo aos romanos já se encontra uma referência ao ‘direito natural’, em que êle fala de uma ‘lei escrita nos corações dos homens’, admitindo a possibilidade de os gentios, que desconhecem as leis das sagradas escrituras, procederem ‘por natureza de conformidade com a lei’. Esta passagem pode ser interpretada como o reconhecimento de um senso moral inato no homem, o qual, convenientemente aperfeiçoado, o conduz ao bem, mesmo inexistindo para êle uma lei escrita.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 35)
- ²⁹ “Essa lei terrena, na opinião de Agostinho deve procurar satisfazer as exigências da lei eterna. Se ela contiver disposições manifestamente contrárias à lei de Deus, suas disposições não terão nenhuma força compulsória, e não deverão ser cumpridas. ‘Privados de justiça, que são os reinos, senão grandes pilhagens?’. Ainda que as leis terrenas tentem cumprir os postulados da *lex aeterna* e fazer justiça nas relações humanas, elas jamais atingirão a perfeição da lei eterna. Numa época qualquer, em um futuro remoto, esperava Agostinho, a *civitas terrena*, a comunidade mundana, será substituída pela *civitas dei*, a comunidade divina. Nesta, vista como uma coletividade de todos os crentes e fiéis, a eterna lei de Deus reinaria para sempre, e a natureza original do homem, contaminada pela falta de Adão, seria restabelecida em toda a sua glória.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p 36/37)
- ³⁰ “Evidentemente a definição, quando se refere à ‘posse comum de tôdas as coisas’ e a liberdade universal, contempla em parte o suposto ‘direito natural absoluto’ dos primeiros tempos da humanidade, visto que, à época em que escreveu Isidoro de Sevilha, nem o comunismo, nem a igual liberdade de todos os seres humanos eram conhecidos, fôsse no país dêle próprio, fôsse em outros.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 37)
- ³¹ “Porém, embora nenhum mortal comum possa conhecer a lei eterna na sua inteira verdade, pode êle ter dela uma noção parcial, mediante a faculdade da razão, de que foi dotado por Deus. Essa participação

modo, não poderia ser despótica, desarrazoada, devendo guardar conformidade com o direito natural³². Pensamento que, apesar de tudo, admitia a precedência do mandamento divino, no que não se diferenciava das concepções anteriores³³.

O panorama foi modificado em um segundo momento medieval, onde houve uma reviravolta jurídica decorrente da redescoberta do estudo do Direito romano. Esse estudo revigorou a linguagem jurídica, exigindo uma técnica mais elaborada, promovendo um caráter científico do Direito³⁴. A atuação dos glosadores resultava em uma produção jurídica cada vez mais complexa, em que pese o objetivo primordial fosse apenas o de “esclarecer” o sentido do texto³⁵.

da criatura racional na lei cósmica é chamada direito natural (*lex naturalis*) por São Tomás. O direito natural é assim apenas um reflexo incompleto e imperfeito dos ditames da razão divina, porém êle habilita o homem a conhecer ao menos alguns dos princípios da *lex aeterna*.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 38)

³² “O direito natural, como um corpo de princípios gerais e abstratos, é complementado na filosofia tomista por diretrizes mais particulares, emanadas de Deus, sobre a maneira de conduzirem os homens as suas vidas. Essa fusão é exercida pela lei divina (*lex divina*), a Lei revelada através das Sagradas Escrituras e registrada no Velho e no Novo Testamento. A última espécie de lei é a humana (*lex humana*). Aquino define-a como sendo ‘um ordenamento da razão para o bem comum, ditado e promulgado por quem tenha a incumbência de cuidar da comunidade’. Destarte Aquino, qual Aristóteles, incorpora o conceito de razão na sua definição da lei. Para que o mandamento governamental tenha qualidade de lei, êle precisa harmonizar-se com algum postulado da razão. Uma lei injusta ou desarrazoada, como a que repugne ao direito natural, não é lei, mas sim uma deturpação da lei.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 39).

³³ “Para Tomás de Aquino eram quatro as diferentes espécies de leis: a eterna, a natural, a divina e a humana. A lei eterna (*lex aeterna*) é o ‘plano de governo no Sumo Govêrno’. É a razão e a sabedoria divina dirigindo todos os movimentos e ações no universo. Tudo quanto é sujeito à divina providência é governado e medido pela lei eterna. Na sua integridade, só Deus a conhece. Nenhum ser humano é capaz de saber como ela é, a não ser, talvez, ‘os bem-aventurados que vêem Deus na Sua essência’.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 38)

³⁴ “A primeira – como já dissemos – estava inscrita nas coisas, ou seja, nas exigências reais dos tempos: o costume, factual e particularista, já não era suficiente; eram necessários amplos esquemas de organização, uma linguagem e uma técnica aprimoradas. Se essas arquiteturas gerais e apuradas, esse conhecimento técnico, essa linguagem específica tão elaborada haviam condenado o Digesto ao exílio durante todo o período protomedieval, agora se revelam como bons motivos para reativá-lo. Se antes, em relação aos fatos primitivos emergentes, elas pareciam e eram formas inaplicáveis e até incompreendidas, agora – no final do século XI – a crescente força cultural as tornava cada vez mais compreensíveis, enquanto o novo panorama econômico demonstrava que podiam ser novamente aplicadas.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 193/194)

³⁵ “Tantos motivos excelentes para estimular e legitimar uma ‘redescoberta’; tantos motivos excelentes para surpreender os novos juristas do período sapiencial, continuamente inclinados sobre os textos do *Corpus iuris*, redigindo sobre eles exercícios cada vez mais complexos. Não por acaso eles foram

Também houve considerável contribuição para o discurso da ciência jurídica, o direito Justinianeu, que continha um postulado teórico ao qual era agregada a sacralidade e venerabilidade, de modo a permitir ampla aceitação no contexto social e temporal no qual foi inserido³⁶. A partir de então, foi enraizada a noção de que o Direito poderia ser uma ciência autônoma³⁷, dando origem, em um período de maturação e evolução, ao que Damaska denominou de legalismo lógico³⁸. Contudo, seria inexato dizer que, mesmo no final do período medieval,

chamados – e mais tarde continuaram a ser assim chamados – ‘glosadores’ e ‘comentadores’, ambos os termos tendentes a sublinhar a referência a um texto a ser glosado e comentado, a identificar – ao menos formalmente – sua atividade científica ao esclarecer um texto.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 195)

³⁶ “O direito justinianeu podia ser o momento de validade forte. Poderia ser reconhecido – ainda que simples ‘postulado teórico’ – como a projeção jurídica de uma unidade imperial ainda presente e atuante nos séculos XI-XII, mas sobretudo tratava-se de um conjunto normativo coberto pelo manto de sacralidade e de venerabilidade; sacralidade, pois quem o promove e o promulga é um príncipe extremamente católico, Justiniano I, que propositalmente impregnou a compilação com o seu papel de defensor da fé e nela deixou traços visíveis da plena adesão à dogmática cristã (basta pensar nos títulos do *Codex* sobre a Trindade e sobre as *sacrosanctae ecclesiae*), venerabilidade, pois se trata de um conjunto normativo que remonta a uma Antiguidade percebida como remota e lendária, e por isso coberta com o manto dessa indiscutível respeitabilidade que o sedimentar-se dos séculos confere aos olhos do observador medieval. O corpus iuris apresentava-se em suma, como *auctoritas*: era um repositório sapiencial e normativo corroborado não só pelo decurso do tempo (que na Idade média é sempre dotado de uma enorme força incisiva), mas pela aceitação coletiva; por ser recebido por uma longa corrente de gerações, é desvinculado do particular, é a voz de uma grande *communio* e, por isso, é garantia segura e base sólida.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 194)

³⁷ “Las normas de decisión se encontraban en textos diseminados de derecho canónico, como decretos conciliares o pronunciamientos papales, y en algún grado, también en la recopilación del siglo sexto de derecho romano por el emperador bizantino Justiniano. Más importante para nuestros propósitos es el enfoque desarrollado hacia estos textos. Desde luego estos textos datados en períodos y marcos sociales diferentes e inspirados por visiones del mundo y políticas sociales diversas, con bastante frecuencia eran discordantes. Pero la filosofía imperante era que tales discrepancias e incoherencias aparentes eran a menudo superficiales y que, bajo la superficie, el orden racional esperaba ser descubierto. La actitud desarrollada de este modo implicaba que la búsqueda de la solución correcta significaba apoyarse en el análisis testual y en la penetración lógica de su significado. Cada vez más se consideró el derecho como un sistema cerrado autosuficiente, una ciencia.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 57/58)

³⁸ Mirjan Damaska refere que o legalismo lógico teria tido origem com o surgimento da universidades italianas no final do século XI, referindo a respeito delas que “proporcionaban el ambiente en que los estudiantes, aislados de los mezquinos detalles y responsabilidades de la práctica legal, podían darse el lujo de tratar los textos de la antigüedad clásica con una erudición despasionada y como objetos de indagación intelectual. Pero no se debe olvidar que los estudiante de derecho canónico también se habían dedicado a la actividad de buscar ‘concordancias’ entre ‘cánones discordantes’ mediante un método esencialmente similar de análisis lógico. Su actividad fue motivada no por el deseo de confeccionar teorías o dar conferencias coherentes, sino por el propósito eminentemente práctico de asistir a los altos poderes eclesiásticos en la gestión del aparato

foi concebido um pensamento institucional rígido, com um legalismo inflexível, marcante da influência liberal no Direito. Havia mitigações, como a de um julgador que primava pela consciência, como observado, nas lições apoiadas em São Tomás de Aquino, no direito natural, na justiça e na equidade³⁹, noções capazes de trazer contribuições relevantes na crítica ao legalismo moderno⁴⁰.

Em arremate, o vácuo do Império Romano foi, assim, bem utilizado pela Igreja para a consolidação de seu poder⁴¹, admitindo um direito voltado para as peculiaridades sociais e individuais, portanto, com maior elasticidade⁴², que devia ser alcançada pelo sujeito, mais especificamente pelos representantes de Deus na terra. Havia, assim, mesmo que plantadas as sementes do legalismo objetivista, na segunda fase medieval, com o trabalho dos pandectistas, precipuamente, em razão da crença no direito natural tomasiano, a busca da

emergente" (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 58).

³⁹ "Unas páginas más adelante que el pasaje sobre el derecho natural, cuando trata sistemáticamente de la equidad, Tomás explica que cuando se dice que lo equitativo es mejor que lo justo no se está señalando que pertenezca a un género distinto, sino sólo que es mejor que lo justo tal como está indicado en la ley positiva." (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p. 107).

⁴⁰ "Pero también hay una razón positiva, a saber, que es posible que la admisión de ciertos criterios de justicia que valgan más allá del consenso y la ley vigentes nos ayuden a tener un derecho y una política mejores que los actuales." (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p. 120)

⁴¹ "Pode-se concordar pacificamente acerca de um aspecto: essa igreja - que é romana, que muito absorveu da civilização romana, que está familiarizada com o direito romano do qual será, por toda a alta idade Média, seu veículo seguro -, essa igreja recebeu de Roma, como legado, o sentimento da importância do direito e, por conseguinte, a persuasão do direito como consolidador social, como garantia de incisividade na história e - por que não dizer? - também como instrumento de poder." (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 139/140)

⁴² "A opção pelo direito e a visão instrumental deste apoiam-se numa análise antropológica mais profunda de cunho claramente pastoral. Se o direito canônico deve servir essa criatura extremamente frágil, pecadora, vítima das mais diversas circunstâncias, se deve tornar-se instrumento dela, não pode ser concebido como uma regra igual para todos. A igualdade jurídica de nós, modernos, que é a igualdade burguesa, igualdade formal de pessoas concretamente desiguais, é para a igreja uma monstruosidade. Nos tribunais canônicos de todos os tempos, inclusive nos atuais, seria inconcebível a expressão 'a lei é igual para todos', que nós, leigos, gostamos de ostentar com ingênua vaidade em nossas aulas de direito, porque a lei canônica não pode ser igual para todos se todos não são efetivamente iguais. A lei canônica - que não é uma garantia formal, mas um auxílio substancial - deve levar em conta as *humanae fragilitates* que tem diante de si e, para organizá-las adequadamente, deve amoldar-se a elas, sacrificar a logicidade, a sistematicidade e a unitariedade formais e 'elasticizar-se' como uma roupa que procura se adequar aos diversos corpos subjacentes." (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 148/149)

justiça de caráter divino. Essa interessante imbricação entre religiosidade e vida social importou na busca de soluções das controvérsias sociais por meio do alcance racional do direito divino⁴³.

Em todo o contexto medieval, a força política e jurídica da Igreja esteve presente, em face das peculiaridade da época, forjando uma aliança entre o divino e o profano⁴⁴, inclusive no Direito, especialmente para o artigo, no processo canônico. A ascendência divina, tendo o papa no topo terreno, foi responsável por um processo clerical de modelo piramidal⁴⁵, onde, desse modo, a confiança na justiça divina, muito além das regras formais, estava entregue, em última análise, ao maior representante da igreja⁴⁶. Então, também no modelo posterior ao helênico, no medieval o legalismo moderno não encontra respaldo. O Medievo, o Direito canônico e o direito natural reforçam a mentalidade de um direito justo e elástico produto do exercício da função do juiz eclesial⁴⁷.

⁴³ *“Como corresponde a un sistema de derecho sacro, se esperaba que los jueces de la iglesia temperasen el rigor de las reglas con consideraciones dictadas por la conciencia (aequitas, arbitrium). Pero la dispensa resultante de la rigidez no debe ser interpretada como una desviación apóstata del poder eclesiástico a una discrecionalidad no estructurada y no revisable; las reparaciones de la norma tenían que ser ejercida “en conformidad con la razón” y estaban sujetas a la revisión de los superiores.”* (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 59)

⁴⁴ *“A Igreja inseriu-se no costume, absorveu-o, mas também o plasmou. Como sociedade religiosa, num mundo ávido do sagrado, conseguiu alojar-se no coração de toda a sociedade civil e quase identificar-se com ela numa fusão bastante singular e harmônica entre sagrado e profano, entre dimensão civil e religiosa.”* (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 135)

⁴⁵ *“Como lo expresara otro producto de ese siglo – el surgimiento hacia el cielo de la catedral gótica-, el ordenamiento sería piramidal y ierárquico. El propio término hierarchia, desconocido para los griegos clásicos fue acuñado por un monje sirio para expresar la perfecta estructura del gobierno celestial y también la organización ideal del poder eclesiástico. Por lo tanto, no ha de sorprender que el impulso de la iglesia hacia una unidad mayor lograrse una estructura jerárquica del clero con el papa a la cabeza de la pirámide de poder.”* (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia Y El Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 55)

⁴⁶ *“Sem dúvida, este último constitui a maior parte do direito canônico, e é um material jurídico de extraordinária elasticidade nas mãos do superior eclesiástico, seja ele o Pontífice Romano, um bispo ou um juiz canônico, na sua função de aplicar o direito; se esse material baseia-se não num critério de necessidade, mas apenas de utilidade, utilidade para o fiel, é justo e oportuno que o superior tenha o poder – grande, mas funcional – de tornar essa utilidade substancial, adaptando-a às situações concretas inerentes ao próprio indivíduo ou às circunstâncias em que ele estiver inserido historicamente. Por isso, os superiores eclesiásticos às vezes aplicam com severidade e rigor os cânones sagrados: à s vezes, pela necessidade dos tempos, toleram que se cometam violações e às vezes, em benefício espiritual do indivíduo ou para evitar um prejuízo coletivo, dispensam a observância da norma.”* (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 151)

⁴⁷ *“Só os que se obstinam numa falta de conhecimento comum podem ver no direito canônico apenas um arsenal de noções e institutos teologizantes dotados de algum interesse unicamente para o fiel;*

3 LEGALISMO NA MODERNIDADE

No cenário histórico da cultura instaladora do paradigma legalista, é comumente destacado, pela doutrina, o período imediatamente posterior ao da Revolução francesa, para a *civil law*, caracterizado pelo desejo de fortificação e consolidação do poder emergente por meio da tentativa de unificação legislativa e implementação de um controle hierárquico judicial rigoroso, de modo a alcançar a aplicação das regras objetivamente postas⁴⁸. A perspectiva idealizada de liberdade e igualdade, em face da opressão autoritária dos monarcas, pela força da lei emanada do povo, foi desacreditada pela revelação de que a lei, antes de refletir a vontade do povo, acaba servindo aos interesses daquele(s) detentor(es) do poder estatal⁴⁹, podendo ser utilizada, portanto, como instrumento para atendimento de fins questionáveis, para dizer o mínimo, como nas experiências totalitárias do período moderno.

Na experiência revolucionária contra a monarquia, a oligarquia judicial, muitas vezes, acabava impedindo, por meio da atividade de “interpretação”⁵⁰, o

ao contrário, como procuramos demonstrar, o direito canônico é também (ou se traduz também) uma mentalidade jurídica. A posição central da equidade canônica, verdadeira norma constitucional não escrita; o sentimento constante da variabilidade do direito humano; a consequente e necessária elasticidade deste e o papel relevante do juiz aplicador são pontos indiscutíveis que ultrapassam os limites restritos da sociedade eclesial, penetrando na ordem jurídica da sociedade civil, estimulando-a e permeando-a.” (GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014. p. 265)

⁴⁸ “En la gran mayoría de los países continentales los funcionarios judiciales se hicieron profesionales de carrera. La participación lega en los procesos judiciales, allí donde llegó a sobrevivir, se redujo a la insignificancia o a un ritual. Los funcionarios judiciales, ahora organizados en una jerarquía, dejaron de ser percibidos como independientes del centro del poder del Estado. Y a diferencia de los jueces de la iglesia, los adjudicatores seculares dejaron de estar autorizados a adaptar las ordenanzas y otras fuentes legales para que se conformaran con su conciencia. Se pensaba que la integridad de una autoridad central poderosa requería un gobierno mediante reglas.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 62)

⁴⁹ “Não existe lei que não seja uma expressão de desigualdade. À esse respeito, a lei é um verdadeiro reflexo do poder estatal, que também só tem em mira regular a coexistência de grupos raciais e sociais desiguais, mediante a soberania do grupo mais forte sobre o mais fraco. A lei não pode surgir fora do estado, porque é essencialmente o exercício do poder estatal. As noções de ‘direito natural’ e de ‘direitos inalienáveis’ são produtos absurdos de pura imaginação, declarou Gumplowicz, e tão desprovidos de sentido quanto os conceitos de ‘livre arbítrio’ ou ‘razão’. A presunção de que a lei se preocupa com a criação da liberdade e de igualdade entre os homens é uma manifestação de ilusão espiritual. Verdadeiro é exatamente o contrário.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 125/126)

⁵⁰ Mirjan Damaska ressalta o lamento de Voltaire a respeito do defeito narrado: “El hiperbólico lamento de Voltaire, dirigido a esta característica del panorama legal, se hizo famoso: ‘Hay tantas interpretaciones de la ley

romantizado objetivo do povo expressos na lei⁵¹. De modo diverso, o que acabava ocorrendo era a obstacularização dos interesses da burguesia ascendente⁵². Então, de qualquer modo, era necessário afastar a “perniciiosidade” da atividade interpretativa, que acabava interferindo nos objetivos políticos governamentais, tornando o juiz, exclusivamente, *la bouche de la ley*⁵³⁻⁵⁴. A revelação referida traz elementos para a racionalização no momento presente, a respeito da conveniência da manutenção da limitação da atividade “interpretativa” do direito sobre os

como cidade’ (il y ait autant des jurisprudences que de villes)” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 63).

⁵¹ “Na França, a aristocracia judicial foi um dos alvos da Revolução não apenas em razão de sua tendência em se identificar com a aristocracia rural, mas também porque os juízes falhavam em distinguir claramente entre aplicar e produzir o direito. Como resultado desta deficiência, frequentemente frustravam-se os esforços da Coroa para unificar o reino e dar efetividade às reformas legislativas relativamente ilustradas e progressistas. Os juízes recusavam-se a aplicar as novas leis, interpretavam-nas contrariamente à sua finalidade ou criavam obstáculos à sua execução pelos funcionários da administração. Montesquieu e outros desenvolveram a teoria de que a única forma segura de prevenir este tipo de abuso era, primeiro, separar o Legislativo e o Executivo do Poder Judiciário e, em seguida, regulamentar cuidadosamente o funcionamento do Judiciário para assegurar que este ramo ficasse restrito a aplicar o direito elaborado pelo legislador e não interferisse nas funções administrativas dos membros do executivo.” (MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009. p. 41)

⁵² “Não existe lei que não seja uma expressão de desigualdade. À esse respeito, a lei é um verdadeiro reflexo do poder estatal, que também só tem em mira regular a coexistência de grupos raciais e sociais desiguais, mediante a soberania do grupo mais forte sobre o mais fraco. A lei não pode surgir fora do estado, porque é essencialmente o exercício do poder estatal. As noções de ‘direito natural’ e de ‘direitos inalienáveis’ são produtos absurdos de pura imaginação, declarou Gumpłowicz, e tão desprovidos de sentido quanto os conceitos de ‘livre arbítrio’ ou ‘razão’. A presunção de que a lei se preocupa com a criação da liberdade e de igualdade entre os homens é uma manifestação de ilusão espiritual. Verdadeiro é exatamente o contrário.” (BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito*. Filosofia e metodologia jurídicas. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 125/126)

⁵³ “No obstante, mientras que el antiguo régimen no se oponía a la desenfadada creación de normas por parte de las cabezas de las pirámides judiciales (arrêts de règlement), la doctrina revolucionaria de separación de poderes exigió el cambio. La rama judicial debería limitarse a la aplicación de normas con total prohibición de introducirse en la función de hacer políticas de la legislatura. En teoría, a los tribunales se les prohibía interpretación de las leyes: el juez es sólo la bouche (la boca), no le cerveau (el cerebro), de la ley.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 62)

⁵⁴ “De manera general y de modo latente, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 68)

perigos da visão de uma jurisdição subserviente aos interesses do poder político governamental.

O arquétipo legalista pressupunha a criação de um conjunto de regras tão amplas que fosse capaz de contemplar todas as condutas juridicamente relevantes, dando ensejo ao movimento de codificação. O grande destaque, em face de sua enorme abrangência territorial e influência, foi o Código francês napoleônico⁵⁵, constituindo o que foi denominado de família jurídica francesa, em face de estarem acobertadas por características comuns centradas na confiança em uma normatização abstrata decorrente de uma ciência autônoma e autossuficiente proveniente exclusivamente do Estado⁵⁶, reforçando o desejo monopolista governamental a ser visto com o olhar crítico aguçado.

⁵⁵ “A família romântica, francesa em sentido lato, surgiu da expansão ou do papel de modelo dos grandes códigos napoleônicos; hoje, ela constitui, depois do anglo-saxónico e do russo, o círculo jurídico com maior expansão mundial. A sua actual zona de influência engloba quase todos os países românicos da Europa (com excepção da Suíça romântica) e da América latina (com certas reservas, sobretudo, no Brasil e no Peru), bem como quase todos os territórios do antigo império colonial francês em África e no Leste asiático. A sua influência estende-se, para além disto, na Europa, aos actuais Estados do Benelux (Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo) e a parte da Europa balcânica (Romênia); na América do Norte, a parte das antigas zonas de ocupação francesa até aos inícios do século XIX (Luisiana, as províncias canadianas de Quebec e Montreal); e, no Próximo Oriente, aos países de forte influência cultural francesa (Egito, Síria e Líbano).” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 573)

⁵⁶ “Caracterizam esta família jurídica, por um lado, a recepção ou a influência do trabalho de codificação napoleónica, que por sua vez se baseara na reformulação sistemática do direito comum e dos costumes, bem como nos ideais do direito penal do primeiro liberalismo; por outro lado, uma cultura judicial marcadamente político-forense. Este estilo é assinalado pelos factos de o advogado, em evidência na vida pública pela sua eloquência forense, pertencer também à elite política e dominar largamente a vida pública, de a função de procurador público constituir, em maior medida que na Europa central, uma função dependente do governo e de a alta magistratura mostrar um espírito de corpo mais fechado do que no resto do continente. Por razões diferentes das do mundo anglo-saxónico, o direito constitui também por isso um importante factor de integração social e política, pois é precisamente a ordem jurídica abstracta que se transforma na salvaguarda das liberdades burguesas. A ciência jurídica cabe aqui uma influência menor do que a do foro e da magistratura, em relação ao que acontecia na época clássica da pandectística alemã. Consequentemente, os inconvenientes típicos do racionalismo do continente revelam-se não tanto num doutrinário científico como num formalismo auto-suficiente e num legalismo abstracto. Todas essas particularidades asseguram hoje aos juristas latinos, sobretudo aos franceses, um especial impacto no grémio internacional.” (WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 573/574)

O referido modelo é refletido no pensamento do influente processualista Chiovenda⁵⁷. O jurista afirma que a jurisdição implica em atuar a vontade abstrata da lei ao caso concreto, pressupondo o alcance da “certeza” objetiva dos fatos para tornar concreta a lei por meio de uma atividade substitutiva⁵⁸. O pensamento expressado foi seguido fortemente no processo moderno⁵⁹, no Brasil e em todos os países inseridos na tradição da *civil law*, tendo como corolário a admissão da interpretação como instrumento jurídico apto a alcançar o sentido unívoco da lei, em que o texto legal correntemente alcança a condição de direito⁶⁰.

No sistema da *common law*, o principal fator diferencial da *civil law* decorre da inexistência de um rompimento brusco do Estado autoritário para o liberal. O modelo anglo-americano não decorreu de revolução, fato que afastou o

⁵⁷ AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 445/446.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Bras, t. II, 1965, p. 12; e *Principii di Diritto Processuale Civile*. Le azioni, Il Processo di Cognizione. Editore Jovene, 1923. p. 301.

⁵⁹ “Lembre-se que o fim da jurisdição, para a doutrina chiovendiana e pós-chiovendiana, era o de dar ‘atuação à lei’. A impossibilidade de se conceder a tutela do direito com base em verossimilhança ou antes do exaurimento do processo de conhecimento teve por base, além de outras coisas, a suposição de que o único julgamento que poderia ‘atuar a lei’ só poderia ser posterior à verificação da existência do direito. Na trilha do direito liberal, o processo deveria conter somente um julgamento, realizado apenas após a elucidação dos fatos componentes do litígio. O julgamento posterior à cognição sempre foi associado à ideia de ‘busca da verdade’. A ‘certeza’ do juiz seria pressuposto da sua capacidade de ‘enunciar a lei’. De modo que a garantia de liberdade e de segurança, neste caso, estariam em um julgamento que, a partir da ‘descoberta da verdade’, atuasse a vontade da lei.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. Curso de processo civil. 3. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, 2011. p. 55)

⁶⁰ “A ideia de método, contudo, apesar da necessidade de uma instrumentalidade, foi a que mais se alastrou, não sendo raro encontrá-la entre os processualistas mais seguidos pelos lidadores do Direito. Na verdade, essa é a regra. A hermenêutica, portanto, ainda tem sido vista como um estudo com sistematização de procedimentos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Ainda é considerada um ‘roteiro’ para interpretação da norma à luz do fato concreto. Nessa linha de pensamento, também o raciocínio do juiz é um silogismo. Esse tipo de visão é corrente nos países em que o Direito provém da matriz romano-germânica, como é o caso do Brasil e dos países da Europa Continental. Nelas, a lei é a fonte primordial do Direito. Todos esses países surgem como sendo países de direito escrito. Os juristas procuram, antes de tudo, descobrir as regras e soluções do direito estribando-se nos textos legislativos ou regulamentares emanados do parlamento ou das autoridades governamentais ou administrativas. A função dos juristas, fundamentalmente, é descobrir, com o auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponda à vontade do legislador.” (HOMMENDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56/67)

temor da interpretação judicial criadora de obstáculos políticos⁶¹. Muito antes o contrário, era esperada uma atuação judicial mais próxima dos casos concretos e das pessoas⁶², sem tantas exigências objetificantes a limitar a atuação judicial⁶³. Na Inglaterra, desde o século XVII, a corrente política vitoriosa (*whig*) limitou os poderes do monarca passando para o parlamento, justificando a limitação pelo Direito e não pelo político (liberdade e igualdade)⁶⁴. Esse direito objetivo era o

⁶¹ “Pero el temor de ‘politizar’ indebidamente la administración de justicia está tan arraigado que parece indeseable dar poder a jueces ordinarios (reales) para que eliminen leyes inconstitucionales. En cambio, se ha dado este poder a un tribunal superior y especializado, considerado no tanto como un auténtico tribunal, sino como un organismo superlegislativo.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 121)

⁶² “Hagamos una breve pausa para recapitular. Los procedimientos adaptados a las necesidades de los funcionario paritarios se centran en torno a un nivel único de poder: el juicio es el punto focal de todo el proceso y preferentemente se desarrolla sin interrupción. Su preparación no es responsabilidad de una rama especializada de la justicia, ni de otros funcionarios públicos especializados, y queda relegada a las partes implicadas en el caso. Por lo tanto los jueces necesariamente llegan a los casos sin estar preparados y no son capaces de hacerse cargo de recoger pruebas y actividades similares, por lo menos inicialmente. Como resultado, los que preparan un juicio – las partes o sus asistentes forenses – también presentan pruebas a los órganos decisorios. Se prefieren los testimonios directos y la comunicación oral a los registros de pruebas (pruebas documentales) y declaraciones escritas. Sin mecanismos regulares de revisión, las partes insatisfechas con la sentencia deben intentar persuadir al juez para que reconsidere el caso, o intentar frustrar la ejecución de la sentencia en procesos colaterales. La mezcla sencilla de la acción privada u oficial hace que las fronteras exteriores del proceso sean indistintas y contengan elementos de la empresa procesal privada. Además, pese a que aspectos del juicio podrían estar sujetos a extensas reglamentaciones técnicas, estas reglamentaciones pueden ser fácilmente desplazadas por las normas invocadas por los funcionarios paritarios según su discreción.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 116/117)

⁶³ “En retrospectiva, este capítulo ha dado el perfil del proceso legal adaptado al espíritu y la metodología del poder jerárquico. La señal distintiva de tales procedimientos jerárquicos es que se han estructurado como una sucesión de etapas, que se revelan ante funcionarios encerrados en una cadena de subordinación. La decisión inicial no es un punto focal, que ensombrezca la importancia de lo que precediera o lo que pueda seguir. El expediente del caso es el nervio central de todo el proceso, que integra los distintos niveles de tomas de decisión. Si cuando un caso se mueve de un nivel a otro, la información contenida en el registro escrito es negada a los funcionarios, el proceso jerárquico podría perder orientación. La ecuación de la actividad procesal con la acción bajo supervisión oficial es también típica de los procesos jerárquicos. La delegación de cualquier paso procesal a extraños es inapropiada e incluso repugnante. La empresa procesal privada es, por tanto, un oxymoron en el léxico del poder jerárquico.” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 101)

⁶⁴ “A luta travada na Inglaterra do século XVII contra o absolutismo monárquico teve uma característica fundamental: foi acompanhada de uma retórica que não pôs diretamente a ênfase sobre a liberdade e os direitos subjetivos, mas levantou como sua bandeira o direito objetivo.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 201).

common law, o direito originário, reconhecível pelos tribunais, fonte de liberdade⁶⁵ e de proteção do cidadão contra os desmandos governamentais⁶⁶. Ocorre que surgiram correntes que acabaram por reconhecer a soberania do parlamento, sem qualquer condicionante⁶⁷, aposta muito próxima do legalismo da *civil law*. Todavia, imperou o entendimento de que o parlamento era condicionado pela jurisprudência, que era inarredável a submissão parlamentar ao *common law*, cabendo-lhe, no máximo, no papel de corte maior, reelaborar e nunca criar o direito⁶⁸. No aspecto jurisdicional, nunca foi admitido, na *common law*, o juiz boca da lei. O constante reconhecimento da cisão de direito e lei nunca colocou o órgão legislativo como o exclusivo produtor do direito. A produção do direito podia ser, assim, judicial e legislativa, respeitando a autonomia de ambas, mas a

⁶⁵ “A liberdade é apresentada como o reflexo de um direito e de uma administração da justiça que ‘tornam os sujeitos livres’. É a partir da ordem objetiva das normas e das ações de tutela dos tribunais que o sujeito obtém aquela proteção que, para Coke, constitui o ‘direito originário’ graças ao qual cada um pode proteger os seus bens, a terra, a mulher, os filhos, o corpo, a vida e a honra contra as agressões.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 201/202)

⁶⁶ “O *common law* era tido como verdadeira fonte da liberdade, acreditado como o aparelho jurídico capaz de limitar o poder do monarca e de proteger a liberdade dos indivíduos. A retórica *whig* deve a própria legitimação ao fato de que no século XVII o *common law* já tinha praticamente anulado as diferenças feudais de *status*, garantindo, com exceção das mulheres, a quase total igualdade dos ingleses perante a lei.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 202)

⁶⁷ “A constituição inglesa, portanto, por definição, enquanto centrada na soberania do Parlamento, não pode prever nenhum elenco de direitos fundamentais intangíveis. A soberania do Parlamento, é, segundo Dicey, incompatível com a existência de um pacto fundamental que defina as competências de qualquer autoridade. Não existe nenhum limite ao poder legislativo do Parlamento, não existe *a fortiori* nenhum órgão que possa declarar nula, uma norma legislativa por esta ter violado os princípios constitucionais e em particular os direitos fundamentais dos cidadãos.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006, p. 218)

⁶⁸ “Nesse processo, Cortes e parlamento não desempenharam o mesmo papel e não devem, por isso, ser colocados no mesmo plano. O Parlamento, na qualidade de órgão legislativo, limitou-se, de fato, a receber e sistematizar a elaboração jurisprudencial das Cortes e quando participou, de modo criativo do processo de constitucionalização dos direitos, o fez como *High Court* do país, e não como órgão legislativo, reelaborando, portanto, o *common law*, e não ‘criando’ um novo direito.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law* e “liberdade dos ingleses”. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 224)

afirmação do *rule of law*, por meio da atividade judicial, foi o ininterrupto estofo da *common law*⁶⁹.

Possível estabelecer um liame da *common law* como direito natural, na medida em que ambos admitem um “substrato” preponderante, que deve ser respeitado pelo direito formal, sob pena de invalidade⁷⁰, resultando, pragmaticamente, em uma primazia judicial⁷¹. Situação que veio a ser complementada na experiência norte-americana, em que, no século XX, foi concebida uma noção construtiva do Direito dentro de parâmetros interpretativos constitucionais, em contraposição à suposta maior abertura decorrente da *common law*, da aplicação da *rule of law*. Nessa nova perspectiva foi adotada a metáfora da Constituição *Machine*⁷², em que

⁶⁹ “A idéia de que o legislador desapareça e permaneça apenas o texto legislativo é o pressuposto essencial do sistema constitucional delineado por Dicey: é a precondição que permite às Cortes o exercício de uma atividade normativa própria e autônoma. Ela, de fato, cria o quadro no qual a atividade judicial configura não como a continuação da obra do legislador, mas como uma atividade dotada de finalidades autônomas: as Cortes não devem dar execução à vontade do legislador, mas têm de amalgamar a sua vontade com a tradição constitucional incorporada no *common law*. Por trás da regra hermenêutica que proíbe aos juízes de considerar as leis como expressão de vontade do parlamento, está, de fato, a consciência de que os juízes que são chamados a interpretar a lei, são influenciados não apenas pelos sentimentos típicos da magistratura, que, como vimos, é ‘ciumenta’ em relação ao poder do Executivo, mas também pelo espírito do *common law*. São essas duas posturas das Cortes, protegidas pela fidelidade à letra da lei, que representam o pilar do *rule of law* assim como foi conceitualizado por Dicey. São essas duas posturas das Cortes que neutralizam o voluntarismo ínsito no princípio da soberania do Parlamento e garantem a proteção das ‘liberdades dos ingleses’.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 241/242)

⁷⁰ Emilio Santoro, ao referir a inserção do parlamento à tradição jurídica: “Essa inserção ocorreu combinando e moderando o princípio da soberania parlamentar com a idéia de que o *common law* e as suas normas consuetudinárias do Reino são o grande *substratum* do direito. Se as normas de produção parlamentar não encontrarem um lugar nesse ‘substrato’, então são regras sem nenhuma influência significativa no conjunto do quadro normativo e, portanto, incapazes de lesar os ‘direitos dos ingleses’” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 244).

⁷¹ “Em outras palavras, essa posição chega até a ponto de afirmar, analogamente ao que fizeram os jusrealistas do século XX, que os atos legislativos não são automaticamente direito; os juízes podem, com as devidas precauções e modalidades, recusar-se a aceitar uma norma de lei como direito.” (SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 244)

⁷² “A idéia do *common law* como expressão objetiva e imparcial de um estado de coisas espontâneo, reflexo de uma realidade que tinha de ser salva das intervenções distorcidas do legislador, foi superada por um direito concebido não mais como ‘dado’, mas como ‘construção’, capaz de regular e

a discricionariedade judicial era limitada pela Constituição⁷³. A atividade judicial, apesar da elasticidade inerente ao modelo adotado, não poderia atender a um fim ideológico, deveria obedecer aos preceitos constitucionais fundamentais⁷⁴. O sistema da *common law*, desse modo, nunca ignorou a necessidade de um direito capaz de conter o político, mesmo o estatal e ainda que expresso por meio da lei formal, bem como do reconhecimento de uma dinâmica de amoldamento ao social, distantes da perspectiva legalista.

Nos dias de hoje há uma tendência de aproximação das tradições, reforçando mais as conformações do que as diferenças⁷⁵ dos ordenamentos

direcionar em sentido normativo a realidade. A metáfora da Constituição ‘*machine*’, inspirada em uma visão mecanicista-newtoniana, substitui-se a idéia de uma ‘*living Constitution*’, sustentada por uma abordagem historicista e evolutiva do direito.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 281)

⁷³ “Tudo isso abalou os princípios do Estado liberal de Direito. A concepção oitocentista da Constituição como *rule of law* apoiava-se sobre a autoridade de um direito aparentemente neutro e apolítico. A prática constitucional novecentista ultrapassou tanto os limites entre direito público e direito privado quanto aqueles entre direito e política. O reconhecimento de um ineliminável elemento de discricionariedade interpretativa por parte do juiz e o ativismo da Corte Suprema obrigaram a repensar o papel da interpretação judiciária da Constituição como o significado, as virtudes e os limites próprios do *rule of law*.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 282/283)

⁷⁴ “Se os *Critical Legal Studies* desferem um ataque direto contra a idéia de *rule of law*, afirmando sem meios-termos o caráter ideológico da deliberação judiciária, diversas abordagens contemporâneas ao estudo do direito constitucional norte-americano tentam fazer uma reavaliação da idéia do ‘governo da lei’ por meio da formulação de teorias da interpretação voltadas a pôr o juízo jurisdicional sobre bases objetivas. O êxito dessa operação está condicionada pela escolha daquilo que se pretende considerar fundamental da Constituição: o seu caráter de texto escrito, ou a sua intenção originária, ou só princípios inspiradores da tradição constitucional, ou então a vontade popular expressa nos momentos constituintes. Desses elementos, o juiz deveria poder deduzir regras gerais dentro das quais subsumir o caso particular. E em cada um desses casos, embora sobre a base de concepções diversas do *rule of law*, procura-se conduzir o juiz além do limite da política, ou melhor, além de uma função jurisdicional que desenvolve, de fato, um papel legislativo.” (CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006. p. 284)

⁷⁵ A respeito das características comuns aos dois sistemas: “*Debería quedar claro que puede emplearse el estilo jerárquico o paritario tanto para jugar una disputa bipolar adversarial, como para establecer si existen condiciones previas legales para la puesta en vigor de una política o programa estatal. Una controversia entre dos partes puede ser dirimida tanto por jueces profesionales como por legos; el contraste puede desarrollarse en forma escrita (intercambio de escritos) o bien oralmente; los adversarios puede enfrentarse en un round único o en varios, argumentando ante uno o varios niveles de autoridad*” (DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y*

jurídicos⁷⁶. Surge um desenvolvimento jurídico por influências recíprocas, por “*interferenze orizzontali*”⁷⁷. Os aprofundamentos jurídicos nessa inter-relação podem auxiliar no enfrentamento de diversas problemáticas, como a apresentada no escrito, consistente do paradigma legalista. Afigura legítimo e desejável buscar vetores de racionalidade nas construções históricas oriundas de um tronco comum, sem prejuízo da perseguição de um objetivo constitucional e democrático⁷⁸. Do mesmo modo, o alicerce da ausência de ruptura histórica na experiência da *common law*, formadora de um direito não submetido ao poder político e com uma capacidade dinâmica de amoldamento social, que parte de suas bases integrativas, como do direito natural⁷⁹, pode contribuir para o aperfeiçoamento do sistema da *civil law*.

el Poder del Estado. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000. p. 122).

⁷⁶ “A singularidade e a especificidade dos institutos cedem em geral à tendência à homogeneização ditada pela circulação dos modelos jurídicos.” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 88)

⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini – Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 89.

⁷⁸ “O conjunto de técnicas trazidas pela expressiva maioria da doutrina tende a objetificar o Direito, impedindo o questionar originário da pergunta pelo sentido do Direito na sociedade, que faz soçobrar, com isso, a força normativa da Constituição. Isso sem falar na velha dualidade *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, sobre a qual não é necessário desperdiçar energias nesta quadra da história. Mas há que se ficar atento: no plano do sentido comum teórico, existe um ‘algo mais’ do que a filosofia da consciência, que é o paradigma metafísico aristotélico-tomista, de cunho dedutivista; ambos consubstanciam as práticas argumentativas dos operadores jurídicos. Assim, na medida em que o processo de formação dos juristas tem permanecido associado a tais práticas, tem-se um certo retorno (ou permanência) ao objetivismo jurídico, que nada mais é do que a afirmação das posturas próprias do normativismo positivista.” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, p. 68, jan./jun. 2009)

⁷⁹ “Uma de las cosas que sorprende a quien se adentra en el estudio de la filosofía práctica de Tomás de Aquino es que la literatura secundaria no se halla donde uno esperaría encontrarla. En efecto, tradicionalmente el tomismo ha florecido en Europa continental, y más específicamente en Francia, España e Italia. Sin embargo, si se examinan los estudios más recientes sobre este autor medieval – por ejemplo, en los últimos veinte años – se verá que buena parte de ellos procede del mundo anglosajón. Al mismo tiempo, sus autores distan de parecer adherentes a una escuela, que se limitan a un círculo restringido de lectores, sino que traen en escena a Tomás de Aquino con el propósito, entre otros, de prestar una contribución real y actual al debate ético contemporáneo. En muchos casos se trata de filósofos que no han partido de Tomás de Aquino, sino que han llegado a él movidos por necesidades muy reales, como la de dar una fundamentación consistente a la ética o la de resolver problemas metodológicos en la constitución de las diversas ciencias sociales.” (GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002. p 59)

A conciliação integrativa das tradições, em face do percurso delineado de ambas, parece não dar mais espaço para a legalidade estrita, para a crença na coincidência de lei e direito. A objetividade do texto legal é insuficiente para o contexto atual. O direito como algo dado pelo legislador deve dar lugar a um direito dinâmico⁸⁰, com aptidão, inclusive, para frear abusos políticos, mesmo que dissimulados em uma aparente legalidade. O percurso jurídico não pode, portanto, sofrer distanciamento do pensamento contemporâneo de Pinker, com o pressuposto básico do humanismo, sem desconhecer, por um lado, a força entrópica⁸¹, como tendência fática e social⁸², mas, de outra banda, com uma auto-organização possível⁸³, que não ocorre espontaneamente, mas impõe, no plano do progresso social, jurídico e processual, um trabalho constante⁸⁴.

⁸⁰ “A consideração do Direito como luta parece algo natural, além de contar com antigos argumentos. Parece natural, na medida em que o Direito é concebido de forma dinâmica, como um processo mais ou menos difícil de se realizar, afastando-se das posições que o vêem como algo definitivamente dado, proposto ou aceito.” (VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 129)

⁸¹ “O primeiro fundamento para compreender a condição humana é o conceito de entropia ou desordem, que nasceu da física do século XIX e foi definido em sua forma atual pelo físico Ludwig Boltzmann.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 34)

⁸² “A primeira vista, parece que a lei da entropia ensinaria apenas uma história desoladora e um futuro deprimente. O universo começou em um estado de baixa entropia, o Big Bang, com sua concentração inimaginavelmente densa de energia. A partir de então, tudo degingolou, com o universo se dispersando – como continuará a fazer – em um mingau ralo de partículas distribuídas de maneira uniforme esparsa por todo o espaço. Na realidade, obviamente, o universo como o encontramos não é um mingau informe. Ele é animado com galáxias, planetas, montanhas, nuvens, flocos de neve e uma eflorescência de flora e fauna, que nos inclui.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37)

⁸³ “Uma razão para o cosmo ser repleto de coisas interessantes é um conjunto de processos chamado auto-organização, que permite o surgimento de zonas de ordem circunscritas. Quando entra energia em um sistema e ele dissipa essa energia em seu resvala para a entropia, pode adquirir uma configuração ordenada e até bela; esfera, espiral, galáxia *starburst*, rodadozinho, onda, cristal, fractal. A propósito, o fato de acharmos belas essas configurações sugere que a beleza talvez não esteja apenas nos olhos de quem vê. A resposta estética do cérebro pode ser uma receptividade aos padrões contraentropicos que podem surgir na natureza.” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37)

⁸⁴ “De um ponto de vista olímpico, ela define o destino do universo e o propósito fundamental da vida, da mente e do empenho humano: usar energia e conhecimento para repelir a maré de entropia e criar refúgios de ordem benéfica” (PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018. p. 37). E, em seguida, aplicando o entendimento para a situação da violência: “Então você está dizendo que

CONCLUSÃO

Os apanhados greco-romanos e medievais indicam que as soluções dos conflitos nas suas sociedades nunca foram legalistas, portanto, muito distantes da aplicação subsuntiva de uma lei formal posta pelo governante. Na Grécia a noção de direito era umbilicalmente comprometida com o ideal de justiça. As soluções das controvérsias tinham como objetivo alcançar a justiça. Em Roma, em que pese o relevante elemento ordenador legalista implementado, nunca foi abandonado o mesmo ideal de justiça presente no pensamento grego. Em seguida, com o declínio do Império Romano, no Medievo, o vácuo permitiu a elevação de um direito ascendente da base da sociedade, do fático sobre as regras impostas por governante. Situação que foi muito bem como apanhada pela Igreja Católica, o que lhe permitiu exercer amplo domínio social e controle jurídico. No âmbito pesquisado é ressaltada a formulação do direito natural de São Tomás de Aquino, que, não muito distante do ideal de justiça, revelava um direito anterior ao direito formal a condicionar-lhe. Isso sem prejuízo do desenvolvimento, em seu segundo período, denominado sapiencial, dos estudos pandectistas, fundamentais para a formação positivista legalista. Contudo, o esboço histórico revela a preponderância do primado da justiça, do fático na construção jurídica e do direito natural nesse período a afastar uma justificação da manutenção do legalismo e da jurisdição subsuntiva na contemporaneidade.

O caldo jurídico, social e político das culturas mencionadas teve maior receptividade no sistema da *common law*, que fortaleceu o direito costumeiro, as decisões jurisprudenciais, contra eventuais desmandos governamentais, inclusive por meio de regras estatais. O sistema da *civil law*, por seu turno, preferiu a ruptura revolucionária, como regra, implementando um ordenamento jurídico objetivo, amparado na lei, que supostamente atenderia à vontade do povo e limitaria as atividades governamentais. No entanto, diante do reconhecimento de que o desmando governamental autoritário, que foi o motivo da ruptura ocorrida no sistema da *civil law*, pode ser repaginado por meio do paradigma da lei objetiva, não é possível mais concebê-lo. A herança criticada, no seu

todos podemos ficar sossegados porque a violência acaba por si mesma. Ilógico, capitão. Se você vir que um monte de roupa suja diminuiu, isso não significa que as roupas se lavaram sozinhas. Significa que alguém as lavou. Se um tipo de violência diminuiu, então alguma mudança no meio social, cultural ou material causou o declínio. Se as condições persistirem a violência pode permanecer baixa ou decrescer ainda mais; do contrário, não cairá. Por isso é importante descobrir quais são as causas, para que possamos tentar intensificá-las e aplicá-las de modo mais abrangente a fim de assegurar que o declínio da violência continue" (Ibidem, p. 68).

revelar instrumentalista, sem ponto de partida e de chegada seguros, viabiliza o atendimento de interesses do(s) detentor(es) do poder político, que podem passar distante do romantizado desejo do povo. À vista disso, o legado da *common law*, que tem por base uma construção jurídica apartada da criação legislativa estatal, ao qual pode ser agregada particularmente a experiência norte-americana referida, de uma pauta constitucional, abrem novos caminhos para o Direito pátrio, que não pode mais ficar refém da legalidade estrita e do exercício jurisdicional por subsunção.

No desmanchar da crença positivista legalista encetada no estudo, tem relevo a falsidade da justificação de imposição da metafísica vontade do povo por meio da lei. A utilização do instrumento legal para conservar e fazer prevalecer interesses políticos de classes e grupos sociais específicos, que colocavam, não raras vezes, em segundo plano o interesse comum, impessoal, é reveladora da necessidade de buscar uma base sólida a limitar o agir político, que no estudo foram representados pelo justo, pelo direito natural e pelo direito jurisprudencial. Não só isso, mas esses mesmos fundamentos conferem uma dinâmica indispensável para o direito. Assim sendo, a conclusão só pode ser a de ultrapassagem do legalismo positivista, responsável por uma crise intimamente vinculada com o distanciamento entre o jurídico e o social, com o risco de fazer prevalecer interesses que podem passar ao largo de um desejável desenvolvimento racional humanístico do direito. Por conseguinte, a jurisdição boca da lei deve ser substituída, no presente, com pretensão constitucional e democrática, por outra capaz de contribuir para o constante aperfeiçoamento jurídico, reconectando-o com os interesses sociais.

REFERÊNCIAS

AROCA, Juan Montero. *El Derecho Procesal em el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BAPTISTA, Ovídio A. da Silva. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídicas*. Trad. Enéas Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CASALINI, Brunella. Soberania popular, governo de leis e governo dos juízes nos Estados Unidos da América. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. São Paulo: Martin Fontes, 2006.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Ed. Bras, t. II, 1965.
- _____. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Le azioni, Il Processo di Cognizione. Editore Jovene, 1923.
- DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado*. Análisis Comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín. *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1. ed. México, 2002.
- GROSSI, Paolo. *A ordem jurídica medieval*. 1. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2014.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. Curso de processo civil. 3. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, 2011.
- MERRYMAN, John Henry; PEREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Trad. Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. Jurisdição e processo. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PINKER, Steven. *O novo iluminismo*. Em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Trad. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Schwarcz S.A., 2018.
- REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- ROSANVALLON, Pierre. *La Legitimidad Democrática*. Imparcialidad, Reflexividad y Proximidad. Barcelona: Paidós, 2010.
- SANTORO, Emilio. *Rule of law e “liberdade dos ingleses”*. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Org.). *O Estado de Direito*. História, teoria, crítica. São Paulo: Martin Fontes, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito*. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, jan./jun. 2009.
- _____. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Il Processo Civile di Civil Law e di Common Law: Aspetti Fondamentali, Sui Confini - Scritti Sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

Submissão em: 09.09.2019

Rodada 1

Avaliado em: 14.02.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 13.02.2020 (Avaliador B)

Rodada 2

Avaliado em: 08.06.2020 (Avaliador A)

Aceito em: 04.08.2020