

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito
Mestrado em Direito Processual

Gabriel Gomes Grateki

A VERTENTE DIALÉTICA DO PROCESSO EM GOLDSCHMIDT

Belo Horizonte

2020

Gabriel Gomes Grateki

A VERTENTE DIALÉTICA DO PROCESSO EM GOLDSCHMIDT

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal.

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G771v Grateki, Gabriel Gomes
A vertente dialética do processo em Goldschmidt / Gabriel Gomes Grateki.
Belo Horizonte, 2020.
135 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Goldschmidt, James (James Paul), 1874-1940. 2. Direito - Filosofia. 3. Direito Processual. 4. Dialética. 5. Lógica. 6. Epistemologia. 7. Estado democrático de direito. 8. Processo Civil. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340.12

Gabriel Gomes Grateki

A VERTENTE DIALÉTICA DO PROCESSO EM GOLDSCHMIDT

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Orientador) – PUC-Minas

Prof. Dr. Joseli Magalhães – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros – PUC-Minas

Belo Horizonte, 10 de junho de 2020.

Para aqueles a quem o acaso tenha
feito vistas grossas.

AGRADECIMENTOS

É a mim oportuno, antes de tudo, desincumbir-me de um dever de consciência, ressaltando-o, todavia, pelos acanhados limites de um agradecimento singelo. Devo este trabalho ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, que me auxilia desde o bacharelado com o brio de sua raríssima inteligência, não limitando o magistério que lhe cabe à orientação protocolar de uma dissertação de mestrado, mas, as mais das vezes, acompanhando minhas limitações na condição de um amigo. Registro aqui meu respeito e admiração à sua pessoa.

Vejo-me, igualmente, na grata posição de mencionar o concurso do Professor Doutor Vinícius Diniz Monteiro de Barros, cujas observações em muito contribuíram para o deslindar desta pesquisa.

Aos meus pais, Paulo Roberto e Elisabeth, agradeço pelo empenho na minha formação. A Gustavo, meu irmão, sou grato pela amizade de sempre. E aos demais familiares, estendo minha gratidão na figura de tia Eliete.

Quanto aos colegas da pós-graduação, pela companhia cotidiana, faço menção a Bruno Borges Magalhães, Christian Cardoso, Renato Ourives Neves, Paulo Lara Campos, Luís Henrique Vieira, Adriana Carneiro, Victor Hugo Lobato, Hugo Malone, Virgília Fantini, Túlio Márcio Trindade e Helena Freitas. Aos do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ), represento-os nos nomes de Francisco Rabelo Dourado, Luís Sérgio Arcanjo e André Cordeiro Leal, a quem saúdo pela cordialidade e elegância acadêmica.

Ainda agradeço aos Professores Vinícius Lott Thibau, Aury Lopes Júnior, Flávia Ávila Penido, Dierle Coelho Nunes e Ulisses Moura Dale, pela gentileza com o empréstimo de materiais.

Belo Horizonte, janeiro de 2020.

Nenhum mortal pode considerar-se livre; uns
são escravos da riqueza, outros da sorte.

Hécuba (Eurípedes).

RESUMO

Ulpiano há muito dissera que o direito consiste em “*dar a cada um o que é seu*”. Reconhecemos a extensão dessa máxima: mas como saber o que nos pertence? Nas casualidades da vida, o direito vagueia pela equidade dos insanos e pelo fervor dos tíbios. De fato, a normatividade, amiudadas vezes, erige trincheiras hermenêuticas em benefício dos que “têm” e em detrimento dos que querem “tomar”. No entanto, a impermanência das normas legais suscita cogitações para muito além das inusitadas veleidades de seus intérpretes. James Goldschmidt respondeu sem titubear: não podemos saber! A “teoria” do processo como *situação jurídica* deixou à mostra a volatilidade do universo jurídico. No corpo-a-corpo com o acaso, o sentido das normas se desvela ao choque do encontro. É mesmo do processo: esse caráter agonístico dos vetores normativos. O embate das partes é um permanente caminhar pelo incerto. Melhor se diria que Goldschmidt não se importou em relegar o futuro da existência alheia aos fatores da justiça. Na guerra processual, o termo de paz é traçado pela sorte e outorgado pelo Estado-juiz. O ocultismo do fadário convocará seus eleitos consoante os arbítrios do saber jurisdicional. Por isso é que, na tentativa de suplantar Oskar Bülow, o processo goldschmidtiano apenas realçará o seu aspecto horrorizante: o julgador é um agente do destino. Aí está a vertente dialética de seu pensamento. Contemplando a realidade, mimetiza o mundo acontecido, na esperança de que ele não mais aconteça. A catarse com o trágico é o que lhe restará.

Palavras-chave: Casualidades. Goldschmidt. Situação Jurídica. Acaso. Dialética.

ABSTRACT

Ulpiano, long ago, had said that the right consists in "giving each one what is his". We recognize the extent of this maxim: but how do we know what belongs to us? In the casualties of life, the law wanders through the equity of the insane and the fervor of the lukewarm. In fact, normativity, often, builds hermeneutical trenches for the benefit of those who "have" and to the detriment of those who want to "take". However, the impermanence of legal norms raises considerations to far beyond the most unusual pretensions of its interpreters. James Goldschmidt replied without hesitation: we cannot know! The "theory" of the process as a legal situation has exposed the impermanence of legal norms. In hand-to-hand with chance, the normative sense is revealed to the shock of the encounter. It belongs to the process: this agonistic character of normativity. The clash of the parties is a permanent journey through the uncertain. Goldschmidt did not bother to relegate the future of existence outside the taskmasters of justice. In procedural war, the term of peace is drawn by luck and granted by the judge-State. The occultism of the fado will summon its elect according to the arbitrariness of jurisdictional knowledge. That is why, in an attempt to supplant Oskar Bülow, the goldschmidtian process will only highlight its horrifying aspect: the judge is an agent of destiny. Therein lies his dialectical strand of thought. Contemplating reality, it mimics the world that happened, in the hope that it will no longer happen. Catharsis with the tragic is what will remain.

Key-words: Casualties. Goldschmidt. Legal Situation. Chance. Dialectic.

SUMÁRIO

NOÇÕES PRELIMINARES	10
1 GOLDSCHMIDT E A “EPISTEMOLOGIA DA INCERTEZA”	18
1.1 A Dicotomia dos Direitos Materiais Estáticos e Direitos Processuais Dinâmicos.....	33
1.2 A Lei e os Direitos em Sentido Processual para Goldschmidt	47
1.3 O Processo como Situação Jurídica	52
1.4 A Lisonjeira Oposição entre “ <i>Situação Jurídica</i> ” e “ <i>Relação Jurídica</i> ”	57
2 AS CARGAS PROCESSUAIS E O ÔNUS DA PROVA EM GOLDSCHMIDT	87
2.1 A Classificação do Ônus e dos Atos Processuais na Doutrina de James Goldschmidt.....	88
2.2 Procedimento e Processo: Institutos Similares em Goldschmidt.....	93
2.3 Os Sistemas Históricos de Enunciação da Prova e a Teoria do Processo como Situação Jurídica	97
2.4 A Pretensão e a Defesa Perante as Cargas Processuais	105
3 GARANTISMO, ATIVISMO E PROTAGONISMO JURISDICIONAIS EM GOLDSCHMIDT	107
3.1 A Judicialização do Processo em Goldschmidt.....	110
3.2 O Jogo de Interesses Processuais e a Negativa da Reserva Legal.....	111
3.3 O Caráter <i>Justicial</i> do Processo em Goldschmidt.....	112
3.4 O Processo Como Atividade Real e de Risco Para as Partes e Juiz.....	113
4 A VALIDADE E EFICÁCIA DA SENTENÇA EM GOLDSCHMIDT	115
4.1 Sentença Justa e Injusta e seus Efeitos Jurídicos	115
4.2 O Relativismo da Segurança Jurídica pela Sentença no Estado Dogmático	117
4.3 A Crença na Absoluta Incerteza Constitutiva da Sentença.....	117
4.4 A Influência de Goldschmidt no Processo dos Estados Dogmáticos e a Insuficiência de sua Teoria para a Construção do Estado Democrático de Direito	119
CONSIDERAÇÕES FINAIS	120
BIBLIOGRAFIA.....	123

NOÇÕES PRELIMINARES

A abstração da norma jurídica alcança a concretude da facticidade pela via processual. Se o estudo do direito, convencionalmente, é tido como uma *ciência social aplicada*, ao processo, decerto, cumpre grande parte dessa aplicação. A disciplina do Direito Processual, entre outras particularidades, distingue-se por um largo cabedal de técnicas que atua diretamente sobre o mundo dos fatos. Trata-se, por assim dizer, de um saber interventivo.

Em suas *Considerações Extemporâneas*, Nietzsche rejeitou a paternidade da cultura histórica e tornou-se um homem intempestivo, “*um homem que nasceu póstumo*”¹. Foi desta exigência de “atualidade” reclamada por Nietzsche que Giorgio Agamben escreveu o seu conhecido ensaio “*O que é o Contemporâneo?*”. O fato de Nietzsche não pertencer ao seu próprio tempo, já que a orfandade da história fizera dele intempestivo, levou Agamben a constatar que a contemporaneidade nada tem a ver com o atual, o hodierno.² Do encontro de dois tempos que não podem se compor, irrompe a fratura do (com)temporâneo: quando as promessas não cumpridas do passado são arguidas pelas súplicas do presente: quando o tempo presente, de um regalo indeclinável do passado, transforma-se num fardo “*insustentavelmente leve*”³. O contemporâneo não pode ser atual, sob pena de se tornar velho.

O processualista é um “*filho autêntico do tempo*”⁴, diria Nietzsche. O espectro de suas proposições está confinado na temporalidade em que se circunscreve. Desconhece a fundo a matriz de seus problemas, mas necessita avidamente de

¹ SANTOS, Mário Ferreira dos. “**O Homem que Nasceu Póstumo**”. 2ª Ed. São Paulo: Editora Logos, 1958.

² AGAMBEN, Giorgio. O que é o Contemporâneo? In: AGAMBEN, Giorgio. **O que é o Contemporâneo e Outros Ensaios**. Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos Editora (UnoChapecó), 2009, p. 55 a 77.

³ A ambiguidade parmenídica do peso e da leveza foi abordada em primorosa narrativa ficcional, “*A Insustentável Leveza do Ser*” (1984), do romancista checo, Milan Kundera, sob evidente influência do “*eterno retorno*” nietzscheano. Cf.: KUNDERA, Milan. **A Insustentável Leveza do Ser**. Tradução: Teresa Bulhões. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

⁴ NIETZSCHE, Friedrich. Considerações Extemporâneas. In: **Obras Incompletas**. Coleção: Os Pensadores. Tradução: Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 291.

respostas, com “*celeridade e eficiência!*” – a força interventiva do objeto de seus estudos assim o solicita. Soterrado na realidade, não se acanha em extrair certezas (“evidências”) a partir da regularidade dos fenômenos, a fim de fundamentar o pragmatismo obcecado de sua atuação. O processualista⁵ precisa ser atual, sob pena de se tornar obsoleto.

Não somos dos que se levantam inutilmente contra os fatos, apenas com o intuito de expor, em linhas jornalísticas, seu lado burlesco ou inoperante. Também não é nossa intenção divagar a esmo por elucubrações inefáveis. É que a análise de conjunturas, sejam elas quais forem, pouco nos é aproveitável quando desacompanhada de rigorosas conjecturas. A mera descrição da ordem vigente não faz mais do que enxertar a realidade que nos comprime. Na elaboração de uma dissertação de mestrado, entendemos que a postura do pesquisador deve mais se aproximar do anacronismo visto em Nietzsche e menos da atualidade vista em processualistas clássicos, mesmo em se tratando de um trabalho sobre Direito Processual.

Seria ocioso de nossa parte repetir aqui que o processo de James Goldschmidt (1874-1940) se traduz num “*conjunto de expectativas*”⁶. Em suma, a norma positivada, inerte em si mesma, ao sustentar uma pretensão de direito levada à apreciação do Estado, assumiria, no ambiente processual, uma configuração volátil, cujo acertamento estaria envolto de inafastável incerteza. Não é uma constatação de todo original. A tensão que envolve o deslocamento da lei escrita ao seu respectivo âmbito de aplicação afligiu uma variedade de juristas que, em fins do século XIX, já reconheciam as deficiências do dedutivismo exegético e do hermetismo conceitual. O que chama atenção é que Goldschmidt perfilha, com certa ufanía, a **incerteza** como um elemento definidor (“natureza”) do processo.⁷

⁵ Poderíamos ter empregado o termo “procedimentalista” para melhor designar os que sobrepõem o experimentalismo da técnica processual à ciência do processo, o que, no entanto, nos importaria um espaço mais amplo para discorrer acerca dos estudos de Elio Fazzalari, espaço inoportuno em sede de introdução.

⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 259.

⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 66.

O direito não é um fenômeno neutro achado historicamente na sociedade.⁸ Seus institutos não possuem uma natureza congênita que, depois de descoberta, permitiria uma melhor compreensão de sua razão de ser.⁹ Se a manifestação da normatividade assume tal ou qual característica não significa que esteja seguindo uma finalidade que lhe é intrínseca ou um curso natural do qual é impossível se desatar. Ora, a afinidade entre um direito retirado das sagradas escrituras (Bossuet) e um direito que deva sucumbir na eternidade ao lado das demais instituições sociais (Lênin) só pode estar na conveniência política do rei Luís XIV e dos revolucionários russos, e em nada mais. Goldschmidt, um processualista de rara praticidade, empresta aos fatos da vida o engenho de seu pensar para fazer aparos na historicidade do *modus vivendi*. Enxerga na essencialidade do funcionamento histórico o seu referencial teórico. Daí, então, a intransigência de sua crença **dialética** na absoluta incerteza que constitui a ocorrência “natural” do processo.

De fato, a negação dos pontos de partida, bem como os espólios que recaíram sob os ombros da futuridade, não parecem incomodar o intento de compreender a realidade corrente. A lógica compreensiva, genuflecta à presencialidade do passado e alheia às incógnitas do porvir, dispensa os apontamentos do início e dos fins de seu discurso, a flutuar nas ondas calmas do tempo intermediário. Isso explica por que a preservação (acidental?) desta ancestralidade autodefensiva entrega à facticidade do jurista vestes de irrefutável simetria. Incorrem nesse logro os adeptos da teoria

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 59 e ss.

⁹ São pontos capitais no estudo da epistemologia, desde os gregos, o *objetivo* e o *alcance* de uma proposição teórica (*nomotetika*). De um lado, estão os que sustentam que, ao cientista, compete explicar e entender o mundo, perscrutando o comportamento natural das entidades ontologicamente fundamentais; de outro, aqueles que acreditam não ser possível conhecer a natureza real dos objetos sensíveis, limitando o dever da ciência à descrição, correlação e, eventualmente, a predição de tais objetos. Popper identifica esses dois blocos metodológicos como “*essencialistas*” e “*instrumentalistas*”. Na literatura especializada, há também quem os chame de “*realistas*” e “*convencionalistas*”. Seja como for, o sincretismo entre ambos tem prevalecido nas chamadas “ciências jurídicas”, segundo as conveniências mais excêntricas de seus pesquisadores. Goldschmidt, por exemplo, julgou ter encontrado a essência (natureza) do processo, a partir da coleta instrumental de sua incidência corriqueira. Não nos encontramos em nenhuma dessas vertentes. Cf.: LAUDAN, Larry. **Teorias do Método Científico**: de Platão a Mach. Tradução: Balthazar Barbosa Filho. Campinas: Cardemos de História e Filosofia da Ciência, Suplemento I, 1980, p. 05 a 77.

tridimensional do direito, tais como Werner Goldschmidt¹⁰, crédulos em uma racionalidade intrínseca ao ordenamento jurídico, orientada por parâmetros de legalidade impregnados, desde sempre, na movimentação “espontânea” da realidade. A exemplo de seu pai, Werner viu-se contingenciado numa quadra histórica irrevogável e, como ele, acolheu o mito baconinano da *epagogé*¹¹: admitiu **o real como racional**. James Goldschmidt vislumbraria racionalidade até mesmo na incerteza humana...

Não queremos com isso dizer que o observacionalismo é inteiramente imprestável para a expansão esclarecida das ciências sociais. Ocorre que Goldschmidt, um observador atento, ignorou, antes, que a mera visão descritiva da vida, debruçada no correr da realidade, pouco se interessa pelas consequências inesperadas do agir humano. Nas campanhas de uma “*paz perpétua*”, a humanidade observou a solicitude de Gengis Khan, Saladino e Hitler. E depois, nem o mais curioso dos observadores, se passasse o resto de sua vida escrevendo compulsivamente aquilo que observa, poderia divisar todas as fissuras do objeto observado. Seus escritos teriam alguma serventia aos serviços museológicos que catalogam o

¹⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6ª Ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

¹¹ Chegaremos, nesse passo, à questão do indutivismo, impasse filosófico dos mais tormentosos, mesmo para filósofos de crença. Cientes de que uma das maiores disputas da filosofia não merece o tratamento de uma nota de rodapé, ficaremos, por ora, com a provocação de Broad: “*Por fim, forneceu Bacon alguma justificativa lógica para os princípios e métodos que ele suscitou e que os cientistas adotam e usam? Ele não o fez, e sequer viu a necessidade de fazê-lo. Há um esqueleto no armário da Lógica Indutiva do qual Bacon nunca suspeitou e que Hume trouxe à baila pela primeira vez. Kant conduziu o mais elaborado funeral da história e moveu céus e terra, e o ‘nômeno’ nos confins do planeta, para atestar que o esqueleto tinha sido finalmente enterrado. Mas quando a poeira da procissão fúnebre havia diminuído e os últimos acordes do Órgão Transcendental tocados, o caixão estava vazio e o esqueleto em seu lugar original. Mill discretamente fechou a porta do armário e, com um tato infinito, levou a conversa para caminhos mais agradáveis. Do Senhor Johnson e do Senhor Keynes pode-se com razão dizer que reduziram o esqueleto às dimensões de um mero crânio. Porém, esse obstinado ‘caput mortuum’ ainda aguarda o agente funerário que lhe dará um enterro cristão. Quando o próximo centenário de Bacon for celebrado, podemos nos arriscar em esperar que a grande obra por ele iniciada se concluirá e que o Raciocínio Indutivo, que tem sido há muito tempo a glória da Ciência, deixará de ser o escândalo da Filosofia?*” (Tradução livre). Cf.: BROAD, Charlie D. **The Philosophy of Francis Bacon**: an adress delivered at Cambridge on the occasion of the Bacon tercentenary. Cambridge: Cambridge University Press, 1926.

repertório de desgraças colecionadas pelo homem; no entanto, para a afirmação de uma proposição teórica, é necessário mais do que uma enciclopédia de desastres.

A observação, em última instância, nos informa apenas como as coisas não devem ser.¹² Aos menos açodados, informa também que as intencionalidades não pretendidas do percurso histórico, uma vez tratadas com a mesma trivialidade de casos fortuitos, estarão fadadas a repetição ininterrupta. Talvez esta tenha sido a angústia de Nietzsche quando buscou uma emancipação forçada do presente: de que o trajeto do homem no mundo se desenhou pela repetição ininterrupta de “acazos” infortunisticos, presumidamente inocentes à tradição da vida cotidiana. A existência não é dotada de racionalidade por existir; a incerteza, muito menos. Dado que desfechos imprevistos, decorrentes da colisão da norma jurídica com as vias de fato, podem ser captados pela parca observação do sujeito, seria mesmo a imprevisibilidade o critério a encaminhar o exercício da legalidade processual? Tal a questão ocultada pelo eminente processualista alemão.

A “teoria”¹³ do processo de James Goldschmidt é uma grave ameaça aos lampejos de racionalidade entabulados pelo raciocínio jurídico. Sua fé na realidade afugenta qualquer pretensão científica. Não nos cabe remir um tropeço metodológico de consequências tão desastrosas. O que, certamente, nos admira é a bazófia dos juristas, que os leva a crer serem capazes de auscultar os sublimes regramentos da ação universal. O fascínio por ditar as regras realizou o feito de unir “ciência” e

¹² Os engodos da observação, porque restritos ao plano do *verificável*, atuam estritamente por juízos de probabilidade, a despeito da universalidade categórica que muitos de seus adeptos julgam ter alcançado. Ora, um número finito de dados observacionais não pode abranger um número infinito de asserções de teste a serem observadas. A observação é sempre inconclusiva, e nenhum acúmulo de “evidências” favoráveis pode dizer o contrário. Daí se segue que a atividade científica deva se caracterizar pela busca incessante de contraexemplos, já que, do “puro” ato de observar, só é possível inferir a falsidade de uma proposição e nunca a sua validade. A própria refutação, de tal sorte, preserva em si um teor conjectural, porque os esquemas de observação dos quais se valem, em virtude da incorreção da realidade, também podem, a qualquer tempo, ser lançados em erro. Cf.: POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**: o progresso do conhecimento científico. 5ª Ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 2008.

¹³ Não acolhemos a convicção singela de que “teoria” seja tudo aquilo que anteceda a “prática”. Sem a indicação de um critério que permita distinguir uma construção científica de uma mera especulação ou ideologia, um enunciado não possui, de imediato, competência teórica. Chamaremos, a contragosto, os escritos de Goldschmidt de “teoria”, muito embora eles mais se aproximem de um arranjo doutrinal, isto é, de uma “*pseudociência*”, segundo Bunge, ou de uma “*posição ideologizada*”, segundo Leal. Cf.: BUNGE, Mario. **Las Pseudociencias**: vaya timo! 1ª Ed. Traducción: Rafael González del Solar. Navarra: Editorial Laetoli, 2010; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 78.

“dogmática”. As afirmações normativas se imunizam ante o manto impenetrável do dogma da legalidade. Em ciência, porém, uma proposição tanto mais afirma, quanto mais nega. Antes de dizer como as coisas são, talvez seja preferível saber como elas não devem ser. Ora, que a incerteza da vida está à frente dos nossos olhos, nem a cegueira de Pírrro pode duvidar. Mas se é ela uma resposta consumada da natureza às nossas indagações, não nos parece ser esse o caso.

Goldschmidt incorreu em seu maior temor. É de lamentar que tenha entregado o desfecho da vida alheia aos vaticínios do julgador: justo ele que padeceria sob os arbítrios da ditadura nazista. Ao seu lado, a onipotência do julgador bülowiano é inofensiva. A teoria do processo como “situação jurídica” converteu o Estado-juiz num senhorio do fadário, a tecer as tramas do porvir, segundo o *sentir* de suas sentenças.

Respeitamos os que acreditam que a relevância da obra de Goldschmidt esteja no esforço de explicar a processualidade a partir de inovadoras categorias processuais.¹⁴ Aliás, nesse particular, reconhecemos sua contribuição para uma demarcação introdutória do instituto do ônus processual. Todavia, optamos por entender que Goldschmidt suscita ao estudioso da ciência do processo um problema de difícil resolução. Referimo-nos ao abismo do destino para onde o mundo se arrasta sem saber o que lhe aguarda; ao imediato da vida que iguala o hoje e o nunca pela impossibilidade do retorno; à alforria do tempo implacável implorada pelo homem sob o cadafalso de sua finitude; ao purgatório do existir que condena o que existe à última das salas de espera, onde o horrendo e o risível frequentemente se confundem na irrelevância trágica do fim... Referimo-nos, a bem dizer, ao domínio o **acaso**.

A par disso, nos é cabido advertir que a presente dissertação talvez avance por itinerários que podem não estar identificáveis à simples leitura do índice. Para o leitor desavisado, mesmo a correlação do título com o discurso pode ser um desafio.

É que a dialética tem se reduzido num jargão proverbial de significação elástica. Entre os jusfilósofos do folhetim – hoje em abundância nas fileiras hermenêuticas – virou sinônimo de contraditório, de argumentação aberta, de legitimação das decisões e de tantos outros palavreados inanes. Em matéria de Direito Processual, até alcançou os bailéus da *principiologia*, sob a alcunha de

¹⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. Contribución al Estudio de los Fines del Proceso. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 130.

“princípio da dialeticidade”. Nada obstante, pouco se tem ouvido que, com a dialética, é mesmo possível interpor esclarecimentos de todos os jaezes: contanto que não se ultrapasse o cárcere da linguagem ordinária. A dialeticidade, como veremos, escolta as fronteiras proibidas do *Uno* totalizante, reprimindo as sublevações da crítica científica. Pelas sinonímias do idêntico, recita o cântico da história, em metáforas e pleonasmos. De seus nós, desatando-se, vemos exclamar Rosemiro Pereira Leal: “*Ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continuará massacrando o homem.*”¹⁵ Goldschmidt e Bülow são mediados pelo saber da dialética. Se há “refutação” de alguma parte, dialeticamente é que foi concebida.

Concluamos, por fim, com uma consideração importante. Contra Goldschmidt, de nossa parte, coisa alguma houve que não estivesse tão somente em suas obras. O debate que aqui travamos nada nutre de personalíssimo. Preconizamos um conhecimento que independe do sujeito conhecedor. Não porque o intelecto cartesiano, ao apartar a instância cognoscente do objeto de suas cognições, tenha erigido sobre nós uma razão solitária. Mas, ao contrário, porque as teorias, depois de engendradas, caminham, arredias, pelo tumulto das interpretações, em busca de novas guaridas interpretativas. Detê-las será impossível, pois que, uma vez lançadas à tela da testificação, um “*mundo objetivo*” se lhes ergue como uma crisálida.¹⁶ O teórico jamais terá o monopólio explicativo de sua teorização.

À vista disso, a vida pessoal de Goldschmidt não ocupará o centro de nossas preocupações, ainda que em dado momento façamos o seu relato. Não duvidamos de sua idoneidade e sequer temos interesse em investigá-la. Nosso papel será apenas o de questionar se o processo que teorizou contribui ou desasiste à construção do Estado Democrático de Direito. E, nesse expediente, os influxos pelas obras de Karl Popper e Rosemiro Pereira Leal¹⁷ não serão, portanto, acidentais. *O Racionalismo*

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Vol. 7. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 06 e 07.

¹⁶ POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**: uma abordagem evolucionária. Coleção: Espírito do Nosso Tempo, Vol. 13. Tradução: Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975, p. 118 a 150.

¹⁷ Ao longo da década de 2000, o professor Leal, com auxílio de seus alunos, conduziu vasta pesquisa a respeito das mais relevantes escolas do Direito Processual, culminando com a publicação da

Crítico e a Teoria Neoinstitucionalista do Direito, mormente nos aspectos em que se coadunam, balizarão nossa incursão pela *Teoria do Processo como Situação Jurídica*.

coletânea *Estudos Continuados de Teoria do Processo*, em cujo *Volume VI* encontra-se o exame da teoria de James Goldschmidt. Cf.: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual. Volume VI. São Paulo: Thomson IOB, 2005, p. 53 a 117.

1 GOLDSCHMIDT E A “EPISTEMOLOGIA DA INCERTEZA”

Cogitávamos, em certa ocasião, acerca do abandono da epistemologia nas linhas jurídicas de pesquisa, que transformavam as produções acadêmicas em extensos alfarrábios doutrinários.¹⁸ Do fato de haverem as faculdades de Direito sucumbido ao dogmatismo pastoral, não fora, quanto a nós, tão apressado o diagnóstico de que o fervor dos “cientistas dogmáticos” avance na medida em que, de suas obras, recua o rigor epistemológico. Antes, porém, de contestar o saber intuitivo dos “doutrinadores”, já se imporia perquirir em que base morfológica situa-se esta ou aquela epistemologia, a fim de que não caíamos na abrangência reducionista de um nominalismo neutro, tampouco nas platitudes do senso-comum do conhecimento.

O professor Aury Lopes Júnior sugere em suas obras que a teoria do processo de James Goldschmidt tenha se orientado por uma “*epistemologia da incerteza*”¹⁹. O arrojo da assertiva merece atenção, mesmo sabendo que a palavra “incerteza”, nesse caso, seja um tanto enigmática, porquanto não explicitado a que quadra epistemológica venha a se referir. As sequelas da essência platonista, no sincretismo dos dialetos acadêmicos, desnaturam-se mesmo em polimorfismos versáteis, à míngua da neutralidade taxionômica almejada por Aristóteles. De tal modo é que passamos agora a um breve estudo da epistemologia, em suas matrizes principais, com o fito de indicar em quais enquadramentos epistemológicos Goldschmidt e sua “incerteza” encontram alguma proximidade.

Cumprе apenas, de antemão, frisar que não temos a pretensão de cingir todas as teorias do conhecimento, quando não, apresentar breve enredo de seu trajeto histórico. A tensão entre os ímpetos de *verdade* e a incerteza da *deviniênica* se confunde mesmo com a própria história da filosofia. Descartamos, neste trabalho, o

¹⁸ GRATEKI; Gabriel Gomes; MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz. A Supremacia Jurisprudencial: intercessões da tópica de Theodor Viehweg com o institucionalismo processual de Jaime Guasp, 2018. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 113 a 140.

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 93 e ss.

anseio enciclopédico de revisitá-la em minúcias. Não está aí o assunto principal de nossa ocupação e não podemos, pois, exceder os limites do necessário.

Seja como for, a discussão da *epistême*, para os “procedimentalistas” dos manuais, é mesmo um contrassenso de reduzida utilidade. Os desatinos da filosofia pouco têm a incrementar os lucros da atividade advocatícia ou a agilidade da atividade jurisdicional. Entretanto, o que eles parecem não suspeitar é que, uma vez exercido o direito de ação, seu titular postula simplesmente a **certeza** dos interesses que alegou. Não é sabido se Giuseppe Chiovenda esteve atento aos embates epistemológicos de seu tempo, mas não se pode rejeitar a extensão que atribuiu ao chamado “processo de conhecimento”, ao referi-lo como um “**accertamento**”²⁰. O mesmo se diz de José Alfredo Baracho, que, a seu turno, enxergava o processo como uma “**metodologia de garantia dos direitos fundamentais**”²¹. Ora, o itinerário procedimental é mesmo um método cuja finalidade precípua é imprimir certeza em alegações de fundo meramente conjectural. Uma questão, diante disso, há de ser levantada: em que base epistemológica a metódica do procedimento, no rastreio da “verdade”, irá se desenvolver?

Com efeito, o estudo de qualquer teoria do processo, a despeito da legislação em que se engranze, não é mais do que o seu enquadramento em uma morfologia epistêmica, nada ou quase nada sabendo o seu autor sobre epistemologia. Dessa perquirição é que nos ocuparemos neste instante.

* * *

No discernimento de sua própria grafia (*gráphos*), o homem se deslumbra (*thaumaston*) ante o milagre do mundo. A busca por justificativas sempre esteve

²⁰ Para Chiovenda, a declaração de certeza era o que havia de “*mais requintado*” na atividade jurisdicional, a “*elevada função*” do processo: “*a facilitação da vida social mediante a eliminação das dúvidas que embaraçam o desenvolvimento normal das relações jurídicas.*” Cf.: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume I**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 261 e 262.

²¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Volume II, p. 119.

associada à ânsia de satisfazer a curiosidade pelo inexplicável.²² De bom alvitre, a historiografia dos modernos fez datar de Descartes o nascedouro do engajamento “crítico” na filosofia. A razão cartesiana, pela primeira vez na história – pensavam eles –, teria interrogado os limites do conhecimento e os limites de si mesma. No entanto, “*é natural para a razão interrogar-se a respeito de seu valor e de seu alcance, e, desde a antiguidade, esse problema foi formulado, estudado, senão resolvido, com uma clareza perfeita*” – informa-nos Jolivet.²³

A invenção do mito, por óbvio, não se afirma como uma alegoria grosseira, reclusa aos páramos insondáveis da genealogia divina. O impulso de desvendar o sentido essencial da vida explica por que o vocábulo *mythos*, em sua etimologia mais distante, designava “*anúncio*”²⁴. Aí é que, no arcaísmo da antiga Grécia, a imagem mítica não vai sinalizar meramente a primeira coerção prática que o homem, atemorizado, exerce sobre às forças cegas da natureza. De mais a mais, sinaliza, em face da inclemência com que as leis naturais subjugavam a vida, a necessidade vital de um desagravo “teórico”. Na linguagem do mito, como assinala Cassirer, não há distinção entre palavra e coisa. A essência do ser está contida em seu nome, tendo em vista que o nome é parte integrante do ser.²⁵ É donde resulta a pretensão de universalidade que marca o discurso mitológico, desinente de sua unidade indissolúvel com a expressão pura da realidade. Ao lado do anseio vivaz de ser verossímil, há, pois, no argumento mítico, uma direção firme ao mundo das coisas, razão por que sempre esteve vocacionado para o sacrifício.

Eis em que termos podemos vislumbrar o vulto mitológico que paira sobre os primeiros empreendimentos filosóficos do homem antigo. A passagem do *mythos* ao *lógos*, não raramente, é referida como um acesso de racionalidade irrompido de súbito. A similitude entre ambos, contudo, não é tão esparsa assim. Para negar o mito,

²² ARISTÓTELES. **Metafísica, Livro I**. Tradução: Giovanni Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 03.

²³ JOLIVET, Régis. **Tratado de Filosofia**. Tomo III: Metafísica. Tradução: Maria da Glória Pereira Pinto Alcure. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1965. p. 38.

²⁴ SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Antiga**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 19.

²⁵ CASSIRER, Ernst. **A Filosofia das Formas Simbólicas**. 1ª Ed. Tradução: Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 80.

não era de se esperar que a filosofia fosse menos inventiva do que pretensiosa. Também ela se dirige à integralidade do mundo, evocando um sentido indelével de verdade.²⁶ Se o mito, na vastidão de sua empreitada, ascende à dimensão do *cháos*, cumpriria à filosofia organizá-lo para a criação do *kósmos*. A verdade, portanto, havia de se manifestar sempre no **todo**. Nesse aspecto, constitui exemplo frisante a filosofia dos pré-socráticos, notadamente dos milesianos da escola jônica, que, em busca das fronteiras da totalidade (*arché*), tencionavam destapar a constituição elementar (*stoichéion*) do universo natural (*physis*), pelo que foram chamados, mais tarde, por Aristóteles, de “*físicos*”.²⁷ A focalização naturalista que caracterizava as fábulas mitológicas assume, assim, uma autonomia particular. Quer-se, doravante, que a natureza fale solitariamente, sem o encobrimento dos véus do mito.

Daí vem o saber insofismável que perpassa pelos significados das primeiras palavras aludidas à filosofia: *sophia*, *lógos*, *alétheia* e *epistéme*. Tomemos para análise a última delas. Não seria um desacerto, nem assim tão escorreito, definir *epistéme* como “ciência”. É que, por limitada definição, contentaríamos com a noção assaz introdutória de que o emprego de um controle epistemológico qualquer vá alçar uma crença vulgar ao estatuto privilegiado do conhecimento. Tal definição, sem embargo, posterga que, em termos literais, do “*estar*” (*stéme*) que se fixa “*sobre a camada*” (*epí*) das coisas deriva a mais primária de todas as epistemologias.²⁸ Afinal, na aurora do pensamento filosófico, supunha-se que a emersão da verdade se pronunciava pela voz inaudita da natureza. A *epistéme*, de conseguinte, era a automanifestação da realidade natural, bastando, para compreendê-la, a contemplação vigilante de uma *bios theoretikos*. Por isso é que Pitágoras e Heráclito não se ocuparam de distinguir *kósmos*, *physis* e *epistéme*. Também não é por outro motivo que, posteriormente, vemos Aristóteles falar numa propensão natural comum

²⁶ A vivência do mito coexiste ao agir filosófico, conquanto deslocado ao âmbito do “produzir”, isto é, da *poiesis*, cuja acepção remonta tanto à “produção” quanto a “poesia”.

²⁷ ARISTÓTELES. **Física**. Traducción: Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995, p. 22.

²⁸ SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Antiga**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 25.

a todos os seres – o que chamava de “*bem*”²⁹ – a conduzi-los para sua finalidade excelente: tanto a ética aristotélica quanto sua justiça teleológica aspiram a realização de uma verdade epistêmica. Em síntese, temos que a *epistême* grega resume-se na **certeza em si**.

Avancemos, neste passo, aos idos do medievo. A teologia de Agostinho, às costas de um milênio de distância, prenunciava o caráter subjetivo do mundo moderno. Em suas *Confissões*, o tempo não é mais do que uma distensão do espírito (*distentio animi*), como viria a destacar Husserl.³⁰ Desde a *Física* de Aristóteles, prevaleceu a convicção de que o tempo era a resultante do movimento dos corpos.³¹ Da memória à expectativa, nota-se, entretanto, em Agostinho, uma experiência subjetiva do transcurso temporal. É ainda mais convincente, em *Sobre a Trindade*, a afirmação de uma consciência espiritual ínsita ao homem. O mundo externo, amiúde, revela-se por aparências espúrias, ao passo que o mesmo não se dá com a realidade íntima do ser – é ela intangível à fisionomia das superfícies. Está aí um dos fechos de abóboda da patrística agostiniana, a “*intima scientia*” graças à qual a criatura, por si só, sabe de sua criação. Neste ponto, é patente a influência da segunda carta do apóstolo Paulo à comunidade de Corinto, cuja transcrição aqui se faz necessária: “*O homem exterior vai caminhando para sua própria ruína, o homem interior se renova de dia em dia (4:16)*.”³² A vida humana, de tal sorte, é inequívoca no plano de sua intimidade, segundo aduz o bispo de Hipona:

Deixemos de lado as coisas que chegam à nossa alma pelos sentidos do corpo, coisas das quais muitas imagens são, na realidade, diferentes do que aparece (...). Neste pormenor, não tememos absolutamente ser enganados por falsa verossimilhança, pois aquele mesmo que se engana, vive, e também tem certeza disso (...). No caso presente, não se trata de algo

²⁹ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Coleção: A Obra-prima de Cada Autor. Tradução: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 22.

³⁰ HUSSERL, Edmund. **Lições Para Uma Fenomenologia da Consciência Interna do Tempo**. 1ª Ed. Tradução: Pedro Alves. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1994, p. 37.

³¹ ARISTÓTELES. **Física**. Traducción: Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995, p. 158.

³² *Apud* AGOSTINHO DE HIPONA. **A Trindade**. 2ª Ed. Tradução: A. Belmonte. São Paulo: Paulus Editora, 1994, p. 593 e 594.

visto por nosso olho carnal. Sabemos que estamos vivos por um conhecimento íntimo.³³

Nada obstante, caberia à dúvida metódica de Descartes, séculos à frente, o manifesto de existência da mente hominal. É forçoso convir que, para se duvidar de algo, devamos, no mínimo, presumir que este algo exista. Não há razão para inadmitir o inexistente. Se as coisas do mundo não passam de ilusão, ilusão ou não, elas existem a seu modo, conquanto possam ser indefiníveis.³⁴ Apliquemos tal raciocínio em direção ao homem, e veremos que, malgrado ele se engane a propósito das mais gritantes obviedades, indubitável é, ao menos, que este homem em engano exista. Em última análise, a dúvida de Descartes de tudo pôde duvidar, menos do fato de que alguém a duvidou. Daí o dualismo cartesiano antepor a mente (*res cogitans*) ao seu veículo corpóreo (*res extensa*), de vez que a única comprovação possível, em meio a tantas dúvidas, encontra-se na privacidade do recinto mental: é impossível ter certeza da existência de outrem senão apenas de si próprio: “(eu) penso, logo existo”.³⁵

Como se vê, o intelectualismo de Descartes e o intimismo de Agostinho, curiosamente, apontam para uma conclusão similar – a evidência do agente do pensamento –, embora se assentem em premissas radicalmente opostas. Agostinho aferra-se ao realismo clássico que crê em uma verdade real e imperecível a ser resgatada pelo pensar humano, a exemplo do que ocorre na dialética platônica e na apodítica aristotélica. Descartes é levado pelo *cogito* às raias do ceticismo dogmático, e descobre que, entre a grande realidade e o homem, há uma instância pensante que denega qualquer acordo prévio de verdade entre ambos.

Certo, não podemos sustentar que o antigo ideal da *epistémé* grega tenha sido deixado de lado, até porque as *meditações* cartesianas são de ordem *metafísica* e, por isso mesmo, dirigem-se à universalidade do todo. Todavia, nos umbrais da modernidade, vemos o nascimento incontestável de uma certa **filosofia do sujeito**.

³³ AGOSTINHO DE HIPONA. **A Trindade**. 2ª Ed. Tradução: A. Belmonte. São Paulo: Paulus Editora, 1994, p. 638 e 639.

³⁴ O argumento do sonho é lançado por Descartes, em suas *Meditações Metafísicas*, quando se reporta à impossibilidade de distinguir, pelo pensamento, ilusão e realidade. Cf.: DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 50.

³⁵ DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2013, p. 57.

Outro tanto cabe dizer-se do método observacional inaugurado por Francis Bacon, pouco antes da publicação do *Discurso do Método*. O *Novun Organun*, de 1620, se opõe com franqueza à lógica de Aristóteles, a começar pela altivez de seu título. Bacon é o arauto da ciência moderna. Com ele, a cosmologia mística da *physis* é compelida a descer até às lides da experiência. A natureza já não é aquele espaço hermético cultuado pelos gregos e sacralizado na Idade Média, onde a *theoria* germina da *vita contemplativa*. Os deuses não de ter dado a ela uma destinação mais vantajosa do que a de mero deleite para as vistas dos *idólatras*³⁶. Impunha-se, então, que os fenômenos naturais fossem monitorados pela observação minuciosa de uma *vita activa*. E, para tanto, fora mister a aplicação de um “método científico”.

Bacon foi quem primeiro notou a relevância do percurso metodológico para a obtenção de resultados válidos, afirmando: “O coxo que vai pelo caminho adianta o corredor que vai por fora dele.”³⁷ Somente assim, a ciência elevaria sua competência explicativa para as fronteiras da dominação instrumental: nascia, com isso, a *scientia operativa*. Não se justifica de outro modo a tendência mecanicista da física clássica que, décadas adiante, pretendeu tornar o homem dono e senhor da natureza. É do empirismo baconiano que desponta a ideia de que “saber é poder” e de que “o homem pode tanto quanto sabe.”³⁸

Em que pese o vigor da proposta, a observação experimental de Bacon afogou-se no rio das experiências. Ao fixar-se nos objetos da observação, abriu mão de interrogar seus próprios conteúdos lógicos. A heresia contra a harmonia divinal da antiga *physis* tinha, portanto, o mesmo tom de fanatismo. Ora, a realidade é tão reveladora, em Bacon, quanto é na *epagogé* aristotélica. Não seria apenas a tentativa de negar a intuição das enteléquias que faria do método indutivo menos dogmático. A indução baconiana esbarra com a configuração visível das coisas e, afortunada, acha-

³⁶ No seu *Órganon*, Bacon chamou de “ídolo” o templo santo que se fundou no intelecto humano, à imagem da santimônia do mundo, templo de preconceitos e antecipações, por obra da *entelékhia* aristotélica – razão de termos empregado a palavra “idólatra”. Cf.: BACON, Francis. **Novun Organun**. Traducción: Clemente Fernando Almorí. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003, p. 85 e 86.

³⁷ BACON, Francis. **O Progresso do Conhecimento**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 2006, p. 103.

³⁸ KOYRÉ, Alexander. **Galileu e Platão**: do mundo do “mais ou menos” ao universo da precisão. 1ª Ed. Tradução: José Trindade Santos. Lisboa: Editora Gradiva, 1986, p. 11.

se de posse dos sintomas da verdade. O mundo real é um professor desvelado, em prontidão para responder, com exemplos práticos, os problemas fundamentais da existência humana. Por isso é que, na casuística da experimentação, diz-se que a ciência de Bacon é a mesma dos artesãos e engenheiros, vale dizer: restrita à *techné*, não faz mais do que ampliar as categorias de pensamento do *homo faber*.³⁹ Enfim, o empirismo de Bacon trocou o símbolo de altar. Sob o totem da *physis*, ergueu o tribunal monocrático da *realidade*...

Nesse sentido, o teor filosófico da obra de Descartes é, sem contradita, bem mais estimulante. Aqui, sim, dá-se a demolição do *kósmos* helênico e de seus critérios epistêmicos fundados na perfeição e no *télos*, uma vez que o primor da externalidade é constringido a se geometrizar (matematizar).⁴⁰ Recordemos que o realismo dos gregos acreditava que o pensamento acessava diretamente a realidade tal como ela é. Assim sendo, o homem em coisa alguma poderia acrescentá-la, limitando-se à sua compreensão. Descartes propõe a inversão dessa lógica: a única realidade existente seria aquela projetada pelas representações do pensamento. O conteúdo imediato do ato pensante não é a realidade extramental, mas a **ideia** que se faz dela, primeiro, dentro da mente. Por esse ângulo, também se vê no compêndio cartesiano o emprego do termo “*ser objetivo*”⁴¹, cuja definição, igualmente, corresponde a de “ideia” – é o que, em seguida, o criticismo kantiano chamará de “*fenômeno*”. Em síntese, temos que a *epistême* moderna resume-se na **ideia de certeza**.

O ataque de Kant à filosofia de Hume corroborou, em parte, a posição de Descartes. Quis Kant, do mesmo modo, que a *epistême* se desenvolvesse sem ter a necessidade de sair do sujeito. Que a realidade do mundo é uma projeção mental, disso Descartes já sabia. A impossibilidade de conhecer a “*coisa-em-si*”⁴² é que, agora, negará à razão um testemunho puramente empírico, na medida em que cerrará

³⁹ KOYRÉ, Alexander. **Galileu e Platão**: do mundo do “mais ou menos” ao universo da precisão. 1ª Ed. Tradução: José Trindade Santos. Lisboa: Editora Gradiva, 1986, p. 13 e ss.

⁴⁰ BRÉHIER, Émile. **História da Filosofia**. Tomo II. Tradução: Eduardo Sucupira Filho. São Paulo: Mestre Jou, 1977, p. 87.

⁴¹ DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 74 e 75.

⁴² KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 96.

o universo natural na incógnita de sua essencialidade. O que se obtém com base na experiência não pode, pois, aspirar um caráter definitivo e necessário, mas ocasional. Se ao homem fosse dado o ensejo de saber o que está contido no imo de todas as coisas, só saberia mesmo se, antes, a todas elas fosse apresentado.

Até aí nada que o próprio Hume também não soubesse.⁴³ Ocorre que, na tese kantiana, não se verifica o esforço do conhecimento humano para se adequar à natureza das coisas, mas, ao invés, o imperativo de que as coisas da natureza se adequem ao conhecimento humano.⁴⁴ O homem tem as credências para conhecer o universo natural pelo simples motivo de que é ele o seu inventor. É o homem que empresta as suas leis à natureza, e não o oposto. Convém aos desígnios da *epistême* que suceda assim. Do contrário, em sendo a *coisa-em-si* passível de ser conhecida, o conhecimento que de lá adviesse seria *a posteriori* e, por consequência, um servo não menos soez da experimentação empírica.⁴⁵ Essa a razão por que Kant alega que o conhecimento *a priori*, e somente ele, há de atingir o grau absoluto da *epistême*.⁴⁶ Nisto resulta, com efeito, a serventia dos categoremata apriorísticos, a de circunscrever as possibilidades de conhecimento em condições prévias de acesso à experiência.

Hegel não tardaria em rejeitar a “*subjetividade infinita*”⁴⁷ com que Kant tratou a questão da *epistême*. A noção de “ideia”, no hegelianismo, distancia-se do *ser objetivo* de Descartes e, mais ainda, do *fenômeno* kantiano que, satisfazendo-se com

⁴³ HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora da UNESP, 2003, p. 35.

⁴⁴ Entende Hume que: “A natureza, por uma necessidade absoluta e incontrolável, determinou-nos a julgar, assim como a respirar e sentir. Não podemos deixar de considerar certos objetos de um modo mais forte e pleno em virtude de sua conexão habitual com uma impressão presente, como não podemos nos impedir de pensar enquanto estamos despertos, ou de enxergar os objetos circundantes quando voltamos nossos olhos para eles em plena luz do dia.” Cf.: HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 2ª Ed. Tradução: Débora Danowski. São Paulo: Editora da UNESP, 2000, p. 216.

⁴⁵ Entende Kant que: “Se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles se poderia conhecer algo *a priori*; se, pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade.” Cf.: KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 5ª Ed., 2001, p. 46 e ss.

⁴⁶ KANT, Immanuel. **Prolegômenos a Toda Metafísica Futura**. Tradução: Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1998, p. 98 e 99.

⁴⁷ HEGEL, G. W. Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. Coleção: Textos Filosóficos. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 397 e 398.

os semblantes da vida exterior, relegara a autoria das leis naturais à razão humana. Para bem compreender-se este debate, tenhamos em mente que o idealismo hegeliano se orienta por uma lógica imanentista. Como se sabe, a epistemologia cartesiana estabeleceu uma radical descontinuidade entre o sujeito cognoscente e os objetos de sua cognição. Fosse Espinosa a dizer que ser e pensar eram opostos e idênticos, em defesa de uma “*intuição substancial*”; fosse Leibniz tentar esta conciliação com uma tal crença nas “*mônadas*”; e, ao fundo, lá resistia o dualismo de Descartes.⁴⁸ Kant, no que lhe concerne, não reduz essa distância. Com sua metafísica de arranjo gnosiológico, o homem permanece atado nas entranhas do pensamento, e a razão solitária que preconizou Descartes logo é coagida a dobrar-se sobre si mesma (refletir-se). A *epistême*, após abortar a realidade noumênica, encerrou-se na consciência humana – vejamos Hegel sobre o assunto: “*Conforme a filosofia kantiana, as coisas sobre as quais sabemos são somente fenômenos para nós; e seu ‘em-si’ para nós permanece em um além que nos é inacessível.*”⁴⁹

A *epistême* hegeliana não aceitou mediações.⁵⁰ Pensamento e realidade são indistinguíveis. A visão fenomênica do mundo sensível é uma afronta ao conhecimento absoluto. Kant, com ela, esperava mesmo limitar o alcance da consciência, a declarar sua finitude. Mas, para Hegel, a verdade é factível. Inexiste, portanto, lacuna entre fenômeno e noumêno, finito e infinito, ser e pensar. Quanto à razão humana, a ela cumpriria, já, pleitear a ontologia de que é constituída.⁵¹ A identidade entre o real e o pensado em nada se subordina à ficção de um dever-ser abstraído desse vão denominado “coisa-em-si”. De tal modo é que se torna inaceitável tomar-se por certa uma racionalidade desenhada na divagação de um apriorismo transcendental. Aqui já se importa ressaltar que não se trata de um regresso ao

⁴⁸ HEGEL, G. W. Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. Coleção: Textos Filosóficos. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 396.

⁴⁹ HEGEL, G. W. Friedrich. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio, Volume I**. Tradução: Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p. 116.

⁵⁰ HYPOLITE, Jean. **Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. Tradução: Andrei José Vaczi. São Paulo: Discurso Editorial, 1999, p. 96.

⁵¹ “*Com efeito, a razão é justamente essa certeza de possuir a realidade, e o que não é para a consciência como uma ‘autoessência’, isto é, o que não se manifesta, para ela é absolutamente nada.*” Cf.: HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do Espírito, Parte I**. 2ª Ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Editora Vozes, 1992, p. 164.

substancialismo ontológico, sugerido pelo leibniziano, Christian Wolff, sequer aos hábitos da percepção ou aos indícios da indução, da preferência do iluminismo escocês. Hegel, a valer, na construção de sua “*epistême*”, volta-se ao ensino clássico dos gregos. É a metafísica antiga que lhe atenderia as pretensões de alcançar um conhecimento tão concreto quanto universal:

O verdadeiro é o todo. Mas o todo é somente a essência que se completa mediante o seu desenvolvimento. Do absoluto, há que dizer que é essencialmente *resultado*, que só *no final* é o que é de verdade, e nisso precisamente estriba a sua natureza, que é a de ser real, sujeito ou devir de si mesmo.⁵²

O excerto que aí fica, para lá do enfoque metafísico, apresenta também uma outra chave de compreensão da epistemologia hegeliana da qual nos cabe dizer algo. A *epistême*, é certo, não haveria de se contentar com juízos *a priori* sobrepostos à fenômenos isolados. O que se persegue são conceitos infinitos e incondicionados. A racionalidade, já dissemos, não os colheria na *práxis* da experimentação, à maneira do empirismo britânico, de vez que, para Hegel, razão e real não se decompõem, são uma coisa só. Onde estaria, então, a metodologia epistemológica do hegelianismo?⁵³ Pois bem: é comum ao imanentismo reclamar em seu favor um caráter “sistêmico”. A verdade é uma totalidade orgânica. Fora dela, nada sobrevive. Mesmo as oposições do dualismo a integram, razão por que não são duais. Desse modo, toda e qualquer incongruência não se aparta do que lhe é discrepante. A autossuficiência do ser, na realização do “*Absoluto*”, é que estanca seus desacordos particulares. Hegel aguça o pensamento de Heráclito e vai além. Tudo o que existe é um movimento natural da razão: daí se segue que a realidade vigente é racional por se encontrar precisamente onde deveria estar.

Portanto, apenas o estudo da história do mundo em si pode mostrar que ela continuou racionalmente, que ela representa a trajetória racionalmente

⁵² HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do Espírito, Parte I**. 2ª Ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Editora Vozes, 1992, p. 31.

⁵³ A pergunta tem um tom retórico, que serve apenas à didática da exposição. Hegel jamais propôs um método, por assim dizer, no sentido de um procedimento padronizado. É inteiramente incorreto, referindo-se à sua filosofia, pensar numa “metodologia dialética”.

necessária do Espírito do Mundo, Espírito este cuja natureza é sempre a mesma, mas cuja natureza única se desdobra no curso do mundo. Este, como eu disse, deve ser o resultado da história. (...) Nossa luta intelectual visa reconhecer que aquilo que a sabedoria eterna tencionava ela na verdade realizou.⁵⁴

No tablado da história, a verdade, de quando em quando, apresenta uma tese de si mesma. O saber epistêmico se exhibe nesta circularidade a que Hegel chamou de **“dialética”**. Entre teses e antíteses, o que persiste entre nós, ao menos momentaneamente, é a última das sínteses, a nos mostrar o esforço da **unicidade** em expurgar suas contradições.⁵⁵ Se o custo humano, nesse ínterim, sobrevirá para uns tantos sob a forma de suplícios indescritíveis, não é um desaire que prejudique a opulência da verdade no fastígio dos tempos apocalípticos. À vista disso, entende-se por que a *ideia* hegeliana é como **“Deus antes da criação do mundo”**⁵⁶: é a inquietude do espírito, sob a depuração temporal, marchando rumo à perfeição, pelas linhas tortas do pensamento dialético.

De eleatas a escolásticos, o velho ideal da *epistème* se manteve intacto. Tanger a verdade inoxidável foi o desejo das mais respeitáveis inteligências. Na modernidade, iluministas e idealistas colocaram neste páreo o pedantismo inconfesso de uma razão universal. Não seria o sarcasmo de Cervantes⁵⁷, com dois séculos de antecedência, a alertá-los que tamanha racionalidade é capaz de cometer trapalhadas quixotescas. Kierkegaard até notou o exercício de fé em que se baseava a epistemologia. A Nietzsche coube interrogar a política da verdade. E a razão, com o inconsciente freudiano, em breve deixou de ser a senhora de seus arbítrios. Em fins do século XIX, o que mais se aproximava de uma certeza alética era o delírio em que se demorava o homem, segundo as palavras de Castoriadis, **“que, por meio de sua**

⁵⁴ Cf.: HEGEL, G. W. Friedrich. **A Razão na História**: uma introdução geral à Filosofia da História. 2ª Ed. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001, p. 56 a 60.

⁵⁵ Aí se acha o porquê da filosofia de Hegel ser considerada a culminância da *epistème*. Depois dela, Marx teria se convencido de que já não mais se tratava de compreender o mundo, e sim de transformá-lo. Cf.: SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Moderna**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 250.

⁵⁶ HEGEL, G. W. Friedrich. **A Razão na História**: uma introdução geral à Filosofia da História. 2ª Ed. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro. 2001, p. 22.

⁵⁷ CARPAUX, Otto Maria. **História da Literatura Ocidental**. Tomo II. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1960, p. 1013.

loucura, inventou a razão” e que “naturalmente fez de sua invenção, a razão, o instrumento e a expressão mais metódica de sua loucura.”⁵⁸

Em nossos dias, a *epistême* não mais deve significar o conhecimento absoluto que se assenta em proposições certas e irrenunciáveis. A epistemologia contemporânea não é um sistema que avança linearmente a um estado definitivo, por haver pretendido capturar a verdade. Em ciência, longevidade é tão somente a resistência para sobrepujar testes sistemáticos. Estamos com Karl Popper, quando diz: *“Não sabemos: podemos apenas conjecturar.”⁵⁹*

Ora, já não é mais cabível vindimar nos ateneus da natureza os pomos da eterna sabedoria, a exemplo do que fizeram os defensores da *veracitas naturae*, de Aristóteles a Bacon. Toca-nos, efetivamente, a atribuição de arguir a realidade. Os proventos da experimentação não nos chegarão como cortesia da ambiência. A natureza nada dirá, se não for primeiro impelida a fazê-lo. Nossas indagações, por óbvio, não são lançadas com apoio na autoridade do intelecto ou em sínteses apriorísticas. O crivo que nos sobra é o patrimônio teórico que não se deteriorou pelas arremetidas da experiência (*“retroalimentação negativa”⁶⁰*), cujo valor, não obstante, permanece impreciso. Indagar é lançar **hipóteses** aos certames da realidade empírica, a fim de aferir, comparativamente, quais delas se mostram menos propícias a incorrerem em erro, na tarefa de modificar suas antecessoras. A competição é árdua e, em tal circunstância, a derrota não é o pior dos resultados. Afinal, o erro acena para uma via de escape ainda despercebida.⁶¹

Nesse expediente, a seleção das teorias dá-se aos moldes da seleção natural: é implacável, mas não impede, tal como nas espécies híbridas, que entre elas haja

⁵⁸ CASTORIADIS, Cornelius. Reflexões sobre o Desenvolvimento e a Racionalidade. In: **Revolução e Autonomia**. Belo Horizonte: Cooperativa Editorial de Cultura e Ciências Sociais, 1981, p. 144.

⁵⁹ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013, p. 306.

⁶⁰ POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**: o progresso do conhecimento científico. 5ª Ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 2008, p. 13.

⁶¹ David Miller, a propósito, escreve: *“Por isso, a relutância em cometer erros geralmente degenera em uma desconfiança em relação às ideias novas, em uma antipatia a qualquer tipo de iniciativa ousada. Se temos um desejo sincero de descobrir como é o mundo, devemos estar preparados para corrigir erros; se vamos corrigi-los, devemos estar preparados para cometê-los.”* Cf.: MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2010, p. 09.

pontos de corroboração.⁶² A sobrevivência, por fim, é só um triunfo temporário – nem mesmo a providência do tempo hegeliano lhes nutrirá qualquer ilusão pela vida eterna. Eis aí o paradoxo que propulsiona a **Grande Ciência**: procuramos o que não é conhecido, já que, se conhecido fosse, não haveria de ser procurado: a ignorância sempre estará um passo à frente do conhecimento. Logo, até os enunciados de maior resistência não merecem um endosso que não seja meramente provisório.

O que Popper percebeu é que as epistemologias tradicionais tentaram a todo custo obter respostas taxativas, sem, contudo, se atinarem para uma melhor maneira de formular perguntas. Não há uma fonte de conhecimento tão ilibada que não nos possa induzir ao erro. Demais, qualquer solução que se dê a um problema específico levanta, a reboque, outros tantos inesperados.⁶³ Dos gregos aos modernos, as perguntas foram as mesmas, só as fontes de consulta é que se alteraram. E foi em busca dessa verdade categórica que incontáveis tendências filosóficas julgaram ter acesso aos receptáculos da *epistémé*. A disputa nunca foi pela legitimidade das perguntas, mas pela fonte das respostas. Daí é que despontou todo o saber autoritário que se viu concebido pelo mais puro nascedouro – tal o “*pedigree*” aludido por Popper.⁶⁴

O problema do conhecimento não está em suas fontes. Elas existem em abundância. Nenhuma, todavia, com autoridade suficiente para se escusar de testes. A lógica da pesquisa científica não consiste em defender a castidade de um conhecimento emanado pela fonte do saber verdadeiro. Ao contrário: é nosso dever científico contestá-la com a contundência possível. Usando todo o sortimento teórico que nos é disponível, confrontamos nossas hipóteses com o mundo real, sucessivas vezes, em vez de admiti-las, sem resistência, como dogmas inatacáveis. Não será nossa aspiração atingir a verdade ou uma suplente abalizada, como fizeram os neopositivistas vienenses quanto à chamada “probabilística”. A realidade não está a nosso favor, se temos a intenção de transformá-la. Dela retiramos unicamente evidências negativas e nunca conclusões demonstráveis. Assim sendo, toda

⁶² POPPER, Karl. **O Conhecimento e o Problema Corpo-mente**. Tradução: Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70, 1996.

⁶³ POPPER, Karl. **All Life is Problem Solving**. Translation: Patrick Camiller. London and New York: Routledge: Taylor & Francis Group, 2007, p. 100.

⁶⁴ POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**: o progresso do conhecimento científico. 5ª Ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 2008, p. 53.

proposição teórica torna-se, também, uma proscrição: veda que a realidade se comporte contrariamente ao que prescreve, sob pena de ser refutada. É donde resulta o controle epistemológico aventado por Popper que defere cientificidade a um enunciado hipotético: falamos da possibilidade de que tais enunciados tenham conflitos potenciais com a experiência, de que, em dado momento, possam se revelar falsos.⁶⁵ A realidade nada dá ao cientista, senão o ensejo de refutar suas asserções, convidando-o a um novo fracasso. Dado que o que há de real não há de suscitar um ponto final: ainda que seja encontrada a certeza última das coisas, seu descobridor jamais saberá.

Se resumimos a *epistème* grega à **certeza em si**, e a *epistème* moderna à **ideia de certeza**, temos, ao fim, que a *epistème* contemporânea se resume na **redução da incerteza**.

* * *

Muitas são as referências do pensamento de James Goldschmidt. Algumas delas por ele mesmo reconhecidas. Outras tantas, porém, conferidas por nossa conta. Iremos examiná-las dentro em pouco, ao longo dos capítulos que se seguirão. Admitamos, por enquanto, apenas o que se apresenta como o de mais elementar.

Primeiro ponto: Goldschmidt balança ao sabor da realidade.⁶⁶ O estado de absoluta incerteza que circunda a processualidade informada em suas obras, à guisa do método indutivo, decorre do que observou de corriqueiro na aplicação da lei processual. Assemelha-se à tautologia hegeliana de que as coisas devem ser como, de fato, elas tem sido. O progresso do conhecimento compete a quem melhor descrever a manifestação da “naturalidade”, poderia dizer – a construção do saber se encontra nos detalhes omitidos pelas descrições anteriores, doravante trazidos à lume. Aí é que, da comparação entre Bülow e Goldschmidt, veremos que as

⁶⁵ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013, p. 42.

⁶⁶ “A falta mais grave que se pode cometer na construção jurídica é a de se construir uma instituição não segundo o seu sentido real, mas segundo sua finalidade ideal. Por isso, ao se buscar o fim do processo, há que partir de seu conceito empírico, investigar o fim que em cada processo se alcança.” Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 32.

semelhanças entre eles são bem mais expressivas do que as diferenças, em que pese os novos detalhes descritos pelo último. Também, nessa quadra, estará à mostra sua vocação kantiana (tão ignorada por seus leitores!), por razões que serão deslindadas adiante.

Segundo ponto: é inusitado que, embora se utilize da indução moderna, ao sustentar o processo como uma “situação jurídica”, Goldschmidt se depare com o avesso da *epistéme* grega: a **incerteza em si**. Isso explica por que sua teoria conserva, em vários aspectos, algo de mítico e ritualístico, especialmente no que interessa ao instituto da prova e do ônus processual. Se a filosofia dos gregos nasce em prol da infinita certeza, o mito, seu opositor primordial, era o que havia de mais incerto. A mesma incerteza revelará afinidades com o pensamento dialético e, lado a lado, com um certo ceticismo, não o mesmo de Descartes, demonstrado por Goldschmidt.

Terceiro ponto: conforme notamos, os esforços da *epistéme*, na contemporaneidade, restringem-se à redução da incerteza. A verdade soberana, onde se ensimesmou a certeza dos antigos e a ideia que dela fizeram os modernos, presumiu-se exarada pelo juízo inapelável do conhecimento. Foi ela responsável por colocar muitos homens sob o jugo de outros. Em se tratando do percurso metodológico que realiza a normatividade, processo e epistemologia, já mencionamos, não se distinguem. Importa-nos, de conseguinte, cotejar se um processo (ou uma epistemologia, se preferirdes) de incertezas intransponíveis é compatível com os ganhos democráticos de que o Direito Processual contemporâneo se diz ser legatário.

1.1 A Dicotomia dos Direitos Materiais Estáticos e Direitos Processuais Dinâmicos

A ciência adentra o século XX, o século de Goldschmidt, envergando o assombro milenar dos pré-socráticos. Debruçando-se sobre a constituição da matéria, viu-se, entre suposições e testes, obrigada a retificar seus mais vetustos postulados. As lições de Leucipo, o preceptor de Demócrito, que no século V a. C. já vislumbrava na formação originária da *physis* partículas infinitesimais, são, agora, um enigma a ser decifrado. O átomo experimenta fortes investidas no reduto em que se esconde e cede

ao homem as respostas de que é portador. Em meio aos raios catódicos de Crookes, ao polônio e o rádio do casal Curie, à radioatividade de Rutherford até, finalmente, as grandiosas proposições erigidas por Planck e Einstein, uma coisa há que nos chama atenção.

Werner Heisenberg não se conformava com o fato de que alguns problemas fisicamente definidos, de demonstrável conteúdo matemático, permaneciam ocultos pela indumentária da natureza e, de tal sorte, inacessíveis ao crivo da observação. Reportava-se ele ao modelo atômico de Niels Bohr, que, interpretando as propriedades das linhas espectrais do hidrogênio, prescindia de dados observacionais. Por uma impossibilidade prática, a frequência das revoluções de um elétron não era passível de ser aferida, impossibilitando demonstrações de caráter empírico.

O nó da questão é que, qualquer medida física, em se tratando de objetos atômicos, implica em troca de energia junto ao objeto medido e o aparelho que mede. Dentre os princípios da ótica geométrica, é dos mais elementares a necessidade de irradiação luminosa para se observar os fenômenos físicos. Entretanto, a luz irradiada sobre uma partícula provoca a colisão energética de fótons e elétrons. Qualquer troca de energia, conseguintemente, implica na alteração dos mesmos objetos atômicos.⁶⁷ Indubitáveis, então, as restrições de precisão com que se efetuavam medidas simultâneas de uma classe de pares de observáveis: “(...) *a medida, por assim dizer, proporciona o conhecimento de um estado que acabou de ser destruído pelo processo de mensuração*”, explica Karl Popper.⁶⁸

Mas Heisenberg estava decidido a extirpar da teoria quântica tudo quanto, de infundado pela experiência, deixasse às claras sua propensão metafísica. Ante os limites de certeza que uma medida pode atingir, certas características do estado a ser avaliado não de se perturbar, tal como expusemos. Nada impede que até o instante da medição sejam elas aventadas, a despeito da pouca exatidão. No entanto, em meio a grandezas correlacionadas, constatou Heisenberg, a mensuração exata só seria

⁶⁷ A interferência dos procedimentos de medição é prontamente desprezada em objetos macroscópicos. Na mecânica newtoniana, bastava a massa e a velocidade de um corpo extenso para prever seu comportamento dentro de um sistema. Não seria a mera irradiação luminosa capaz de alterar essa configuração, a exemplo do que ocorre no universo subatômico.

⁶⁸ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013, p. 240.

viável quando realizada para cada uma em separado. Para preservar a magnitude sobre a qual se lança a medida, as demais características do objeto devem ser levadas à completa imprecisão. Em sentido prático, queria isto dizer que a indicação do ponto em que se situa uma partícula é alcançada por penhor da completa indeterminação de sua velocidade; tanto quanto o preciso apontamento de sua velocidade paga o preço da total indefinição de sua posição. Entre as medidas, existirá sempre intervalos de incerteza que obstruem a aferição simultânea de todas as magnitudes mensuráveis.

Desse contrapeso, derivou uma relação tal de **imprevisibilidade** que fez Herman March asseverar: *“Na mecânica nova, o conceito de ‘trajetória’ não tem qualquer significado definido.”*⁶⁹ Permanecia impossível, de antemão, prever o trajeto de uma partícula. Ao menos em termos lógicos, a hipótese de Heisenberg procedia, e tanto foi que se promoveu ao conhecido **princípio da incerteza**, rendendo-lhe o Prêmio Nobel de Física, em 1932. Todavia, a difícil missão em que se lançou estava longe de se cumprir, como veio a reconhecer mais tarde: *“(...) é pura questão de gosto querer alguém atribuir qualquer realidade física à calculada história do elétron.”*⁷⁰

A natureza, muito astuta, ainda encobria as determinações incorporadas à teoria quântica, e do esconjuro de Heisenberg, no fim das contas, ainda subsistiram os elementos intangíveis da metafísica.

Em sua *Teoria Geral do Processo*, eis que assinala James Goldschmidt: *“a incerteza é consubstancial às relações processuais, uma vez que a sentença judicial nunca pode se prever com segurança”* (grifo nosso, tradução livre).⁷¹ A associação é mesmo convidativa. Empresta um tom de insuspeição, quem sabe, pela crença simplória na exatidão das “ciências exatas” (ou espantosamente aproximadas); mas não há sinais explícitos de seu interesse por física quântica. O dislate, em todo caso, não seria menor em imaginar que as indeterminações das moléculas que compõem a cártula sentencial tornariam o que nela está grafado igualmente indeterminado. Foge, decerto, ao escopo destes escritos ousar responder como coisas “não-físicas”

⁶⁹ Apud POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013, p. 241.

⁷⁰ Apud POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013, p. 243.

⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 66.

(objetivos, valores, deliberações, teorias, intenções) desempenham um papel nas mudanças do mundo físico. O problema *corpo-mente* extravasa, em muito, nossa demarcação temática. Como quer que seja, o determinismo da física clássica ou o indeterminismo dos saltos quânticos não podem satisfazer às expectativas de explicar a ação humana em todos os seus mecanismos de influência e controle.

E depois, a proposição de Heisenberg data-se de 1927, dois anos à frente da publicação de *Der Prozess als Rechtslage*, o tratado processual goldschmidtiano. A única identificação plausível, embora um tanto truncada, se limitaria à predileção de ambos pelo método indutivo – afora a radical postura antimetafísica. Se é, enfim, uma questão que mereça outra investigação, deixemos a cargo do distinto processualista, Aury Lopes Júnior, para quem os fenômenos subatômicos descortinados no início do último século tenham influenciado largamente o modo de pensar dos juristas da época, em particular Goldschmidt.⁷² Sem embargo da “*vacatio*” que costuma separar as notáveis descobertas e a vida comum (de que se ocupa o direito posto, positivo, “*pós-ativo*”⁷³), não seremos nós quem desconsidere a aptidão recôndita dos processualistas para os temários da física nuclear. Contudo, ao que supomos, não parece aqui ser esse o caso.

Não é impossível, quiçá exorbitante, recorrer aos feitos de cientistas destacados para entender o que se passou com Goldschmidt. As leis da física, ademais, podem não ter a mesma conotação, se transplantadas, de inopino, para a abstração dos estudos jurídicos. Ora, não é por que o conceito de “trajetória”, para a nova mecânica, não tenha “*qualquer significado definido*”, como declara March, que

⁷² “*Até porque, como homem de ciência que era, não estaria à margem da revolução científica que se produzia naquela época, com os estudos de Einstein sobre a relatividade e o quanta, e também de Heisenberg, Max Planck, Mach, Kepler, Maxwell, Born e outros.*” – considera Lopes Júnior. Não contestamos aqui o engajamento acadêmico de Goldschmidt, pelo que, se assim o fizéssemos, sequer lhe dedicaríamos uma pesquisa à parte. Que estava atento às transformações científicas de seu tempo, é provável. Se é “*homem de ciência*”, para isso cumpriria considerar, não apenas sua dedicação aos estudos, mas o critério de cientificidade a que suas obras guardam filiação. Dispunha ele de todo o cabedal teórico para tomar tais transformações como referencial de pesquisa, conforme indica Lopes Júnior? Não sabemos. A bem dizer, não é uma relação que nos parece tão exata quando da leitura de suas obras; não há a mínima remissão nesse sentido. Cf.: LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 343.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 107.

para o Direito Processual também não venha a ter. Aliás, é a trajetória da procedimentalidade um dos eixos explicativos do *devido processo legal*.

O indeterminismo, diga-se de passagem, não é um alento para os que procuram fugir do terror escatológico.⁷⁴ Tratar o homem como um autômato da ambiência ou como um joguete da sorte é igualmente devastador. Seria o puro acaso mais reconfortante que as amarras deterministas? E mais: a hipótese indeterminista não se lança também como uma explicação causal – malgrado o seu teor explicativo impugnar qualquer relação de causalidade? A tal paradoxo é subjacente uma postura **cética** que insiste em ofertar ao indeterminismo a perenidade inquebrantável do cânone determinista. A questão não é simples, e pretendemos abordá-la só nos capítulos finais.

Temos dito: a insólita aproximação de Goldschmidt e Heisenberg, para Goldschmidt, talvez não haja muito a contribuir. A princípio, a cronologia que julgamos mais aceitável é também menos pretensiosa.

* * *

Anteriormente, mencionávamos sobre a devoção que o homem moderno prestou à própria racionalidade. Foi na Idade Moderna que o ímpeto de dessacralizar o direito alçou a razão, de emissária dos desígnios de Deus, ao posto de produtora das normas humanas, de acordo com o professor Rosemiro Pereira Leal:

(...) a razão, embora a-histórica, quer, pela escola do direito natural racional, impor-se como instrumento de controle da sociedade pela geração racional de um *direito apriorístico* decorrente do ajuste lógico da razão dos juristas à concretude da vida social. (...) Essa intervenção, dita racional ou inteligente, no direito positivado da sociedade é que, sobre o invólucro humanista, pretendeu, com as mesmas vestes da razão deificada (estruturada por uma lógica de arquétipos, enteléquias, cânones, categorias puras) exorcizar o mito cósmico do idealismo, quando, ao contrário, o realismo jurídico nada mais estava fazendo do que trocar um mito por outro, em que, numa guinada

⁷⁴ Em trecho seguinte, incisivo, vemos Lopes Júnior concluir: “Assim, reina a incerteza em detrimento de qualquer visão determinista.” Cf.: LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 344.

antropomórfica, Deus assumiria a forma humana e desistiria, a partir daí, de ser Deus.⁷⁵

O *lógos* dos gregos pouco perdeu em superstição apenas por se opor ao *mythos*. Não seria a razão moderna a perder o seu fervor em oposição à fé cega. O rigorismo exegético, ao abrigo do santuário da razão, acreditou-se capaz de escoltar a lei pelos labirintos da facticidade. Mas a falácia do legislador racional frustrou-se para além dos devaneios de autocompletude e esgotabilidade. A legalidade e seus protocolos abririam solenemente os cercos do parlamento às depravações dos conchavistas. A política legislativa seguiu sendo um romance de libertinos que só a corrosão de Sade ousaria relatar.⁷⁶ Engels, a seu modo, inquiriu esta farsa, como se vê da citação trazida por Leal, afirmando que “*aquele reino da razão não era mais que o reino idealizado da burguesia.*”⁷⁷ Assim foi que o simulacro da neutralidade normativa, em que se sustentava o positivismo europeu, encontrou sua legitimação na **retórica** da legalidade.⁷⁸ Semelhante isenção chegaria a Kelsen sob o aspecto de uma norma hipotética fundamental (*grundnorm*), a justificar uma teoria pura do direito.⁷⁹ Ora, “*a razão não pode se dar ao luxo de ser inocente*”⁸⁰, e não seriam as litánias dos juristas uma exceção privilegiada.

O projeto moderno de **iluminar** o homem (*Aufklärung*) valeu-se desta racionalidade litúrgica. Mas a humanidade, por demasiado humana⁸¹, quedou-se, recalitrante, ante às homílias da razão. Não só Nietzsche perceberia o crepúsculo de desmedida idolatria.⁸² Marx, Weber e Freud, por exemplo, com diferentes propósitos,

⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 28 e 29.

⁷⁶ SADE, Marquês de. **Os 120 Dias de Sodoma**. Tradução: Rosa Freire d’Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

⁷⁷ *Apud* LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 14ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 31.

⁷⁸ CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

⁷⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁸⁰ ROUANET, Sérgio Paulo. **A Razão Cativa, As Ilusões da Consciência: de Platão a Freud**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990, p. 10.

⁸¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiado Humano**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

⁸² NIETZSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos Ídolos**. Tradução: Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Editora, 2001.

é verdade, colocariam em suspeita esse homem racional que, quanto mais desejoso de se emancipar pelas luzes da razão, tanto mais dominado e obscuro se encontrava. Vê-se, nesta altura, o fracasso do formalismo positivista. Seu pleito de sistematicidade falha em enclausurar a realidade fática no dogma legalista. Os transvios da norma se perdem na ontologia das práticas. No convênio entre o jurista e a lei, não constava a subscrição dos fatos.

O que aí convém ser notado é que as primeiras reações ao positivismo jurídico pouco fazem, a não ser transferir a autoridade racional das codificações para a racionalidade autoritária de seus intérpretes. Se o hermetismo da lei escrita tropeça na concretude da *práxis*, cuide-se, então, para que os arrimos da interpretação a deixem de pé. Certo é que, nesse arranjo, o julgador assume uma colocação de extremo privilégio. O mito da razão natural, agora, nele repousará. Serão seus juízos de “*conveniência e oportunidade*” a extrair desta facticidade indomesticável decisões de auspício. O saber da jurisdição ergue-se como fonte supletiva do ordenamento jurídico para conduzir a normatividade consoante seus critérios de justiça.

Assim pensou Anton Menger, no clássico *O Direito Civil e os Pobres*, ao preconizar uma atividade jurisdicional compensatória de desigualdades sociais, em que o magistrado pudesse atuar como advogado da parte economicamente desfavorecida.⁸³ Coube a Menger inaugurar a escola do *socialismo processual*, com adeptos do tomo de Franz Klein, e de cujos desdobramentos pode-se enxergar o instrumentalismo, o ativismo e o protagonismo judicial. Os conhecidos “*escopos metajurídicos do processo*”⁸⁴, alardeados no Brasil, pelos anos de 1980, como novidade febril, são mesmo um pastiche imodesto daquilo que, no final do século XIX, era uma tendência generalizada, não somente em meio ao Direito Processual.

Vejamos, por exemplo, Phillip Heck, servindo-se do pragmatismo de Jhering⁸⁵, em defesa de um direito que transpusesse, pela modulação do decisor, o rigor das

⁸³ MENGER, Anton. **El Derecho Civil y Los Pobres**. Traducción: Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 125 e ss.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

⁸⁵ JHERING, Rudolf von. **A Luta Pelo Direito**. 1ª Ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2009.

formas, a fim de se adequar às exigências da prática, nos termos de uma *Jurisprudência dos Interesses*. Com a mesma relevância, lembremos da militância de François Géný em prol de uma “*livre interpretação do direito*”⁸⁶, a denunciar o engesso da lei positiva. Não menos significativo foi o *Movimento do Direito Livre (Freirecht)*, da preferência de Eugen Ehrlich e Hermann Kantorowicz, segundo o qual os ditames da legalidade não poderiam ser um estorvo à criatividade decisória. A propósito, a obra magna de Kantorowicz, *A Luta Pela Ciência do Direito*⁸⁷, receberia a exímia tradução de Werner Goldschmidt⁸⁸ para o espanhol, patrocinada pelo Instituto Argentino de Filosofia Jurídica e Social. Aqui também já se impõe destacar as observações feitas por Karl Larenz⁸⁹, ao considerar que o *freirecht* alemão teve o seu preâmbulo com a publicação de *Gesetz und Richteramt*⁹⁰, em 1885, por Oskar Bülow. Tal o ponto de mira donde partiu Ehrlich: a ideia de que ato de decidir não se estrema na aplicação da lei, mas, antes de tudo, na **criação** autônoma do direito, conforme já defendia Bülow.⁹¹ Ainda à frente, compete mencionar o afã dos neokantistas, como Rudolf

⁸⁶ GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Traducción: José Luis Moreneo Pérez. Granada: Editora Comares, 2000.

⁸⁷ KANTOROWICZ, Herman. La Lucha por la Ciencia del Derecho. En: **La Ciencia del Derecho**. Traducción: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949.

⁸⁸ O segundo filho de James Goldschmidt tinha especial admiração por Kantorowicz. Depois de obter o título de doutor, em Hamburgo, tornou-se professor ajudante na Universidade de Kiel, onde se fez discípulo fiel do *Movimento do Direito Livre*. Cf.: CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Comunicación: Werner Goldschmidt**. II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2018.

⁸⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 71.

⁹⁰ *Lei e Magistratura* (tradução livre), publicada no ano em que Bülow, diretor da Universidade de Tübingen, se integra ao quadro docente de Leipzig, dizendo em seu discurso à reitoria: “*Dentro dos limites da lei, o juiz tem uma ampla gama de direitos independentes*”. Ora, se a lei impõe limites, os direitos que dela sucedem tudo são, menos independentes. Cf.: LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. **A Dogmática Processual e a Exceção Cotidiana**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n.92, 2015, p. 22.

⁹¹ Eugen Ehrlich foi o mais destacado precursor da sociologia jurídica: “*O direito não consiste nas disposições jurídicas, mas nas instituições jurídicas; quem quer determinar quais são as fontes do direito deve saber explicar como surgiram Estado, Igreja, família, propriedade, contrato, herança e como eles se modificam e evoluem no decorrer do tempo*”. O direito é “vivo”, diz ele, e não se limita aos contornos da lei: “*Querer aprisionar o direito de uma época ou de um povo nos parágrafos de um código corresponde mais ou menos ao mesmo que querer represar um rio num açude*”. Cf.: EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução: René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UnB, 1967, p. 70 e 374.

Stammler e Gustav Radbruch, ao tentarem sintonizar a “heteronomia” do direito posto com a “autonomia” cultural da comunidade jurídica, no quadro de uma *Jurisprudência dos Valores*.⁹²

Em suma, o fato de haver o positivismo exegético convertido a jurisdição num mero processador de operações lógico-dedutivas, não fora o único a cujo respeito se insurgiram opositores de variados matizes; todavia, dentre esses, não houve um que não propusesse, com maior ou menor eloquência, o deslocamento da supremacia do texto legal para a *ratio decidendi* do julgador. O direito na entrada do século XX se anuncia por essa módica barganha, da qual ganhou o Estado-juiz o monopólio interpretativo das normas.

* * *

É nesse contexto que podemos ver o jovem Goldschmidt, aos 19 anos, ingressar na Faculdade de Direito de Berlin, em 1893, vindo de transferência de Heidelberg. Há poucas décadas, ali mesmo, formara-se Albert Friedrich Berner, com todas as horarias de um aluno-modelo. Berner adquiriu notoriedade como penalista, entre tantas razões, pelo esforço em esboçar uma lei criminal com bases no idealismo de Hegel. Esteve ele à frente do Instituto de Criminologia ao longo de quase quarenta anos, até ser substituído, em 1899, por seu dileto aprendiz, Franz von Liszt. A Berner deve-se o interesse de Goldschmidt pelo Direito Penal.⁹³ Larga foi a influência que exerceu sobre ele, a ponto de dizermos que o hegelianismo que permeia toda a teoria do processo como *situação jurídica* tem aí uma boa explicação. Também em Berlin, Goldschmidt ouviria as lições de Rudolf von Gneist e Josef Kohler, tomado por forte impressão, a partir das quais passa a dedicar grande parte de seus interesses ao Direito Processual, área em que irá sobressair o gênio de suas ideias.

⁹² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introducción al Estudio del Derecho**. 53ª Ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2002, p. 22.

⁹³ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Bio-bibliografía. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 144.

Em 1901, Goldschmidt se habilita para a docência, com a apresentação da tese *A Teoria do Direito Penal Administrativo*, orientada por Liszt e Kohler.⁹⁴ Tornase, então, professor extraordinário em sua *alma mater*, no ano de 1908, onde chega ao cargo de professor público ordinário, dez anos depois. Pela proximidade com Liszt, iremos vê-lo, em 1911, colaborar com o Contraprojeto de Reforma do Código Penal Alemão. Depois, em 1919, receberá do Ministério da Justiça do Império a incumbência de elaborar o Projeto do novo Código de Processo Penal, que não agradaria o chefe ministerial, Gustav Radbruch. Já como decano da Faculdade de Direito de Berlin, vai dirigir a instituição entre 1920 e 1921. O trabalho que refletirá sua maturidade acadêmica, *Der Prozess als Retschlage: eine Kritik des prozessualen Denkens* (“O Processo como Situação Jurídica: uma crítica ao pensamento processual”), data-se de 1925.

A que escola do pensamento jurídico se filiou a obra de Goldschmidt, é uma questão sobre a qual nos ocuparemos adiante, tendo por preceito o diagnóstico que fizemos da chamada “*epistemologia da incerteza*”. Que acompanhou a tendência de sua época, absorvendo a derrocada do positivismo jurídica, é um fato, entretanto, que não se pode objetar. A bem dizer, o enquadramento de qualquer estudioso em tal ou tal corrente filosófica depende de critérios que vão além do exame de sua produção bibliográfica. Exige, a valer, a assimilação de todo um período histórico. É uma tarefa ainda mais incômoda quando ele não o faz assumidamente, incorrendo em polissemias e sincretismos.⁹⁵ Nada obstante, em linhas gerais, pode-se afirmar que a aversão de Goldschmidt à literalidade da lei outra coisa não é senão o espelho de seu tempo:

Y por esto, los tiempos actuales de necesidad en los cuales nuestro derecho tanto como nuestra moneda non han superado la prueba de fuego, tienen que enseñarnos a forjar un derecho que no se doblegue ni ante un poderoso ni ante una mayoría parlamentaria, bajo cuya proteccion el más débil individuo

⁹⁴ EBEL, Friedrich. **Leben und Werk von James Goldschmidt**. Disponível em: <<https://portal.dnb.de/opac.htm?view=redirect%3A%2Fopac.htm&dodServiceUrl=https%3A%2F%2Fportal.dnb.de%2Fdod>>. Acesso em 22.08.2019.

⁹⁵ É claro que não nos referimos aos neologismos criados por Goldschmidt, que derivam da própria tentativa de inovação, mas apenas ao empenho de originalidade, comum à vários pesquisadores, que recusa identificar-se com o que já lhe antecedeu.

esté seguro, y ante el cual, de acuerdo a lo expresado por el jurista americano, Beck, se mantengan tranquilas las “ondas altivas” del Estado.⁹⁶

É verdade que a gênese do direito é um problema que desafia a consecução da democracia contemporânea, e a isso, por óbvio, não ousaremos nos contrapor. Goldschmidt, com efeito, põe em xeque o livre-arbítrio dos legisladores, assim procedendo não por veneta: *“La manifestación del Directorio del Colegio de Jueces ante el Supremo Tribunal del Reich ha mostrado, con el resplendor del rayo, el abismo al que nos ha arrojado la acción de un Poder Legislativo carente de todo freno.”*⁹⁷ Afinal, se valerão as leis o valor de quem as legisla, suportaria ele as da estirpe dos nazistas: *“No ofrece nuestro Derecho constitucional protección suficiente contra la arbitrariedad legislativa?”*⁹⁸

Sua inquietação, porém, não foi suficiente para interrogar os fundamentos teóricos da construção normativa.⁹⁹ Longe disso, se contenta em transferir, sumariamente, a hegemonia do parlamento para a razão prodigiosa dos magistrados. Por isso é que o processo goldschmidtiano, quase sempre, prescindirá da legalidade. A atuação da lei não é mais que um *“fim ideal”*, de ordem *“metafísica”*, cuja manifestação não é dada a ninguém conhecer antes da decisão judicial.¹⁰⁰ Demais, o órgão sentenciante, aduz Goldschmidt, tem autonomia política para reconduzir o alvedrio legislativo, optando ou não por aplicar suas normas. Eis, dessa forma, o que seria *“el único medio del derecho político para asegurar al Derecho contra el absolutismo del Parlamento y de la mayoría.”*¹⁰¹

⁹⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 229.

⁹⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 165.

⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 215.

⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

¹⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 32.

¹⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 187.

A seu favor, diríamos que teve a vantagem de não ceder aos exageros (“*kitsch*”¹⁰²) e aos impulsos ilusórios dos que lhe foram coetâneos. Uma vantagem pouco expressiva, quando se considera que, por excesso de realidade, muitos realistas tombaram nas ilusões do real. É que os neokantistas de Baden e Marburg acreditaram realmente numa força normativa advinda do apriorismo intuitivo dos juízes, a definir o fim-em-si (categórico) da lei. Goldschmidt deles irá se afastar. Não há nada que prediga a normatividade até o pronunciamento decisório – nem a metafísica das leis, nem a intuição do decisor. Mas também nisto constitui o seu demérito. Do que escreveu, o que parece dicaz, quando menos distópico, de fato é a posição que nutre sobre o Direito Processual. Ver em vida duas guerras, ambas de alcance mundial, talvez justifique tamanho ceticismo; mas daí à admitirmos o que propôs, vai grande distância.¹⁰³

Essa a razão por que Cintra, Grinover e Dinamarco, seguidores do instrumentalismo de matriz austro-germânica, dizem, repetindo Calamandrei¹⁰⁴, que Goldschmidt tomou como regra, em sua teoria, as “*deformações do processo*”¹⁰⁵. É

¹⁰² O modernismo que acena para o século XX inaugura um período em que a vida e a arte se confundem de parte a parte. Os delírios românticos e a indiferença parnasiana encontram, de uma só vez, o palco da realidade. A existência torna-se cada vez mais estetizada. A tensão entre as nações europeias, desde o fim da Guerra Franco-Prussiana até o fragor da Primeira Guerra Mundial, num período conhecido como “*paz armada*”, é o que, em escala menor, vem à tona em quase todas as atividades do comportamento humano: nos figurinos da moda, no elã da *belle époque*, na deflagração homossexual, no sufrágio feminino, no clamor dos proletários. Com o fim da grande guerra, em 1918, tudo isso se acentua drasticamente. O que queremos dizer, baseando-nos em Eksteins, é que a abstração, o ânimo cultural, a construção dos mitos é, na arte, uma manifestação congênere ao que é na política e no direito. Neste quadro, veremos neoaristotélicos, neokantistas e neohegelianos disputarem o zelo reformista das vanguardas do novo século. Cf.: EKSTEINS, Modris. **A Sagração da Primavera**: a Grande Guerra e o nascimento da era moderna. Tradução: Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1992.

¹⁰³ A obra de Goldschmidt é, em todas as linhas, uma confissão de afogo e desalento. Sua posição acadêmica reflete a descrença de uma época que se viu lançada nas chafurdas da indecência política e do morticínio vulgar. Couture, que o conheceu pessoalmente, contou a seu respeito: “*Pero la angustia de los últimos años era dominante y la ansiedad filosófica se acrecentaba a medida que el tiempo se transformaba en tremenda incertidumbre de vida.*” Cf.: COUTURE, Eduardo Juan. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 09.

¹⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. **Il Processo Come Situazione Giuridica**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume I, 1927, p. 219 e ss.

¹⁰⁵ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 302.

certo que se trata de uma leitura imprecisa, a que não nos filiaremos, a despeito de bem descrever o radicalismo de Goldschmidt.¹⁰⁶ Ora, se tais deformações são uma exceção, e ele as toma como regra, mister explicitar sob qual referencial esse cálculo foi feito. Goldschmidt, a nosso ver, traz a lume um consectário do processo bülowiano e, se o que diz é uma deformação, é uma deformação que se encontra primeiro em Bülow. No momento, fiquemos com o que, de deformado, fez Goldschmidt se afastar de Bülow, na visão de tantos processualistas.

O processo é incerto, já dissemos; e assim é porque a ele incumbe o encontro da intenção legiferante com a indiferença da realidade. Das sublimidades da lei às anomalias do mundo, o espaço processual, nesse entremeio, é onde a repercussão da legalidade se revela sem que possa ser antevista. Para a movimentação de toda e qualquer norma, se suplica, portanto, as engrenagens do Direito Processual. Por força de sua “natureza”, é o processo, segundo Goldschmidt, um fenômeno **“dinâmico”**.¹⁰⁷

Logo na epígrafe de *Der Prozess als Retchslage*, Goldschmidt reporta-se ao historiador alemão Oswald Spengler, cuja formação também se deu na Universidade de Berlin: “Os romanos criaram uma estática jurídica; nossa missão consiste em criar uma dinâmica jurídica.” (Tradução livre).¹⁰⁸ A academia berlinense é mesmo o grande reduto do hegelianismo. Ao suceder Fichte na cadeira de Filosofia, em 1818, Hegel, ali, se transformou num patrimônio imorredouro. O historicismo de Spengler não tem outra raiz.¹⁰⁹ Goldschmidt faz referência ao seu trabalho mais importante, *A*

¹⁰⁶ Calamandrei, de passagem, irá retificar sua posição num artigo intitulado “O Processo como um Jogo”. Escreverá, em seguida, “Um Mestre do Liberalismo Processual”, em deferência ao legado de James Goldschmidt. Decerto que também não nos filiaremos a sua nova posição. Cf.: CALAMANDREI, Piero. **Il Proceso Come Giuoco**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume V, nº I, p. 23 a 51, 1950; **Un Maestro di Liberalismo Processuale**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume I, 1951.

¹⁰⁷ Recordemos que Ehrlich já falava num “direito vivo” ou “direito vivente”, insuscetível a qualquer projeto de sistematização. Como processualista, Goldschmidt observa que, na realidade, o que se move no direito é o processo. De toda maneira, a hipótese é deveras semelhante. Ao fim, será o julgador quem definirá os rumos dessa movimentação. Cf.: EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução: René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UnB, 1967, p. 378; GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retchslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 227 e ss.

¹⁰⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retchslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 05.

¹⁰⁹ Platão anunciou que o curso da história retornaria ao seu início em 72.000 anos. Políbio também falou num “movimento circular” pelo qual a história avançaria e recuaria indefinidamente. A história vista

*Decadência do Ocidente: esboço de uma morfologia da história universal.*¹¹⁰ Não há coincidência. Perquiriremos as matrizes filosóficas de Goldschmidt e, cedo ou tarde, estaremos frente a frente à Hegel. A incerteza do processo goldschmidtiano vem daí, da dinamicidade aludida por Spengler. A lei escrita, em si mesma, é “*estática*”. Espere colocá-la como o parâmetro da resolução de um conflito, e logo verá a inércia de sua correção ebulir-se num horizonte de impreviões.

Notemos, desde já, que Goldschmidt não se ombreia aos que veem na composição do ordenamento jurídico uma reciprocidade indissociável entre normas materiais e processuais, de acordo com uma certa “teoria unicista ou unitária”, entre cujos partidários tem-se Carnelutti. Está ele, ao lado de Chiovenda, em meio aos “dualistas”, que defendem a separação, em classes apartadas, das normas que regem procedimentos (processuais ou “adjetivas”) e das que instituem interesses (materiais ou “substantivas”).¹¹¹ Aí é que a lei material, por ser não-procedimental, dependerá do aporte das regras processuais para ganhar locomoção. Quando os destinatários normativos entram em litígio, é algo que se torna indubitável.

Abaixo, a conhecida metáfora de Goldschmidt sintetiza o que expomos até este momento:

como um agrupamento de ciclos históricos terá no pensamento europeu seu lugar-comum. Revisitando os filósofos da renascença, Vico irá usá-lo para sustentar um “*direito ideal eterno*”. A dialética de Hegel e, em seguida, o materialismo de Marx retratarão o cúmulo do historicismo moderno. Depois deles, o que se vê não são mais do que suas próprias derivações. Chegaremos, desse modo, em Spengler. A influência de Hegel sobre ele dispensa anotações, a despeito de divergências em aspectos decisivos. Spengler é menos pretensioso, certamente, o que, para um historicista, não chega a ser um elogio – todos eles se arriscam em excelsas profecias sobre o curso total de uma meta-história. Seus escritos estiveram em voga nos anos de 1920, pela riqueza de dados reunidos numa narrativa de enorme vigor imaginativo. Nesse sentido, assinala o historiador canadense, Northrop Frye: “*What Spengler has produced is a vision of history which is very close to being a work of literature — close enough, at least, for me to feel some appropriateness in examining it as a literary critic.*” Cf.: FRYE, Northrop. **Northrop Frye on Modern Culture**: Collected Works of Northrop Frye. Toronto: University of Toronto Press, 2003, p. 304.

¹¹⁰ SPENGLER, Oswald. **La Decadencia del Occidente**: bosquejo de una morfología de la historia universal. Traducción: Manuel G. Morente. Madrid: Espasa – Calpe S.A., 1966.

¹¹¹ Goldschmidt se dirige às normas materiais e processuais também como “substantivas” e “adjetivas”, respectivamente. É uma terminologia comum nos clássicos, mormente entre os dualistas, apesar da explícita imprecisão científica. Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 02.

Peço permissão para ilustrar a diferença do enfoque, aduzindo um exemplo de política. Durante a paz, a relação de um Estado com seus territórios e súditos é estática, constitui um império intangível. Quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em **expectativas, possibilidades e obrigações**, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que, na realidade, não lhe corresponde. Tudo isso pode se afirmar correlativamente a respeito do Direito material das partes e da **situação** em que estas se encontram a respeito dele, enquanto se entabulou o pleito sobre o mesmo. (*Grifo nosso*).¹¹²

1.2 A Lei e os Direitos em Sentido Processual para Goldschmidt

Há outra questão acerca da qual importa que bem se compreenda, por constituir ponto capital desta “*dinâmica*” processual pensada por Goldschmidt. Não é em vão que compare o seu processo à autotutela. Thomas Hobbes empregou o mesmo raciocínio, em nome do absolutismo moderno, quatro séculos antes. A incerteza faz do homem o lobo de seu irmão, já o dizia.¹¹³ Tal o estado da “naturalidade” humana, em que o medo daquilo que não se sabe agride para se defender. O cessar-fogo virá quando os interesses individuais forem abdicados em benefício dos arbítrios de um soberano, o “*Leviatã*”. Nisso se baseará a passagem do “estado de natureza” para o “estado civil”.¹¹⁴

O Leviatã goldschmidtiano é o juiz. O desfecho do enfrentamento das partes somente ele saberá. Elas, em sua reverência, não tardarão a pajeá-lo. Se obterão êxito, é um detalhe de somenos relevância, de vez que, já temos dito, a decisão judicial não precisa acompanhar o que determina a lei. O fato é que a passagem da guerra processual para a imposição de um direito qualquer dependerá, igualmente, do consentimento de um soberano.

¹¹² GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 49.

¹¹³ “*Minha mãe pariu gêmeos, o medo e eu*”, falou ele.

¹¹⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um República Eclesiástica e Civil**. 1ª Ed. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 149 e ss.

Para assimilarmos o “estado de natureza” do processo de Goldschmidt, vejamos o que ele chamou de “*dupla metamorfose*”¹¹⁵ do direito material. Cintra, Grinover e Dinarmarco, em sentido análogo, mencionam uma certa “*mutação estrutural*”¹¹⁶ na origem da processualidade. Dá-se, em todo caso, que o comando da norma, em sustentando uma pretensão de direito, se transfaça duplamente: primeiro, torna-se uma exigência de proteção jurídica daquele que pretende, o autor, frente ao Estado; segundo, reduz-se de exigência a “*mera expectativa ou possibilidade processual*” (grifo nosso) de tê-la reconhecida.¹¹⁷

A duplicidade da metamorfose se explica pela “*dupla natureza*” que constitui as normas legais. Goldschmidt enxergava o ordenamento jurídico como uma coleção de *imperativos e medidas*¹¹⁸, por ordem dos quais conviviam cidadãos e Estado. Se a convivência é pacífica, tem-se apenas a primeira natureza, a de instituir as “*leis da vida*” ou “*lebensgesetze*” (os imperativos¹¹⁹); se não é, tais leis hão de assumir um novo fim¹²⁰, já que precisam sinalizar para qual de seus destinatários dar prevalência, de maneira que se convertem em “normas polêmicas” ou “*streitentscheidungs-normen*” (as medidas para o julgador).¹²¹

A segunda natureza é incerta pela razão mesma de ser controversa. Embora decorrente da primeira, lembremos que esta não passa de um “*fim metafísico*”, de

¹¹⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 63.

¹¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 301.

¹¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 48.

¹¹⁸ “*Una sistematización de las disciplinas jurídicas ha de partir, lo mismo que una clasificación de las categorías jurídicas, de la doble concepción aplicable a las normas jurídicas; a saber, de imperativos y de medidas.*” Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 131.

¹¹⁹ “*Nenhuma das objeções levantadas contra a teoria imperativa pode refutar que tudo é absolutamente imperativo por natureza.*” (Tradução livre). Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage: ein Kritik prozessualen Dunken**. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 229.

¹²⁰ “*Las normas jurídicas no sólo son imperativos a los ciudadanos, sino, también, medidas según las cuales el juez juzga la conducta y estado de los mismos.*” Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 52.

¹²¹ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage: eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 245.

uma ficção legislativa, que haverá de ser posta sob o crivo do judiciário: “*Todo el derecho privado se transforma así en un derecho dependiente de la sentencia judicial.*”¹²² Aí se vê o porquê da processualidade de Goldschmidt se desdobrar em três categorias: **expectativa, possibilidade e carga (ônus)**, das quais falaremos em seguida. É também donde vem a dicotomia de que falamos no item anterior, entre a estática da lei material e a dinâmica da lei processual:

As normas jurídicas têm dupla natureza. Por um lado, representam imperativos aos cidadãos; por outro, são medidas para o juízo do juiz. A primeira qualidade convém às normas jurídicas, quando se referem à sua função extrajudicial. Por isso é a base da consideração estática ou material do direito. Da segunda, tem de partir a consideração dinâmica ou processual, sendo necessário estabelecer as categorias adequadas para compreender os nexos processuais.¹²³

A fim de tanger esta “fluidez”, peculiar às normas processuais, é que Goldschmidt viu a necessidade de elaborar uma nova teoria do processo, com categorias jurídicas que lhe fossem próprias. Malgrado o fato de ter Bülow, pioneiramente, levantado a dimensão pública da atividade processual, havia, em tal levantamento, resíduos do privatismo só explicáveis pelas normas “substantivas”.¹²⁴ Isso, aliás, merecerá nossa atenção em tópico específico. Aqui, cumpre observar que, para a definitiva autonomia do processo, tendo ele ou não uma roupagem pública, impunha-se a elaboração de institutos tal-qualmente autônomos. Ora, pensou Goldschmidt, todo o direito positivo, por ação ou omissão do legislador, conserva em si um “*hypothetisches Urteil*”, isto é: um **juízo hipotético** que expressa “*a vontade condicional do Estado para um comportamento específico*” (tradução livre).¹²⁵ Assim sendo, a incidência do Direito Processual independe do consentimento de quaisquer outras normas, exatamente por se situar no que, nelas, é acidental ou irrefreável.

¹²² COUTURE, Eduardo Juárez. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 16.

¹²³ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 39.

¹²⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 66.

¹²⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 227.

Ainda uma vez, e não deixaremos de insistir nisto, a tese goldschmidtiana tenciona esvaziar as demais funções estatais – que carrearam o mundo ao extermínio coletivo –, em detrimento da função jurisdicional. Não padece de dúvida que a mobilidade do processo em muito apraz à jurisdição, que o tem como o seu valioso instrumento. É ela a porta-voz do Estado, do alto de seu palanque, emendando o esboço legislativo, consoante as prédicas que prolata. Goldschmidt incorre em seu maior temor, ao vislumbrar na estrutura das normas materiais um espaço decisional a ser preenchido, pois acredita que a *boa-fé* dos magistrados corrigirá as transgressões do parlamento e da administração governativa. O sentido normativo passa a se esconder na clausura dos vereditos e, se o entrave ao regime democrático estava no “*absolutismo de la mayoría*”, de nada vale se agora convivamos com o absolutismo judiciário.

Impõe notar que os *imperativos* materiais, sem embargo da inação em que são gestados, uma vez levados ao ânimo da realidade, tendem a se desordenar, e é no âmbito de tal desordem que atuam as *medidas* processuais. Goldschmidt foi quem descobriu a **entropia** no direito.¹²⁶ O processo transita pela faixa de incerteza contingente à legalidade. Talvez por isso Aury Lopes Júnior tenha tentado associá-lo aos físicos de seu tempo.

Naquela ocasião, a nova mecânica demonstrara que a compreensão do mundo não se daria através do modelo clássico dos sistemas estáveis. O mundo não é um amontoado estático de coisas, e não haveria razão para crer sê-lo predizível. O estado de desalinhamento molecular em que se acham as múltiplas combinações da matéria

¹²⁶ Não podemos sustentar que ele o tenha feito a partir de adrede escolha teórica, como sugere o professor Aury Lopes Júnior. Não há em sua obra a menor insinuação nesse sentido. Trata-se, portanto, de uma mera correlação para fins explicativos, cuja cientificidade, nesta terra-de-ninguém que jaz entre o direito e a física, deve ser perquirida. É sabido que a segunda lei da termodinâmica é usada, por analogia, em diversos ramos do saber humano, como a economia e a linguística. O economista romeno, Georgescu-Roegen, dizia que a entropia é a mais econômica das leis físicas, não obstante a ciência econômica ter surgido em meio ao paradigma mecanicista, justo quando a termodinâmica se lançava contra a física newtoniana. Os níveis entrópicos, medidos em joules por kelvin, são uma grandeza da termodinâmica que aferem **o grau de irreversibilidade de um sistema, vale dizer, a sua capacidade de se desorganizar**. Diriam os químicos que a entropia mede a parcela de energia que não mais se converterá em trabalho mecânico sob determinada temperatura. Cf.: GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **The Entropy Law and the Economic Process**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

fez da indefinição e do caos um “princípio”, concedendo à hipótese indeterminista lastro científico. Por detrás dos objetos de mais alta organização, pululam processos irreversíveis de não-equilíbrio. Coube a Rudolf Clausius, ainda no século XIX, descrever o conceito de “*energia desperdiçada*”, a partir do qual se concluiu que a entropia de um sistema isolado progride de forma gradual com o passar do tempo, até atingir o seu valor máximo.

A descoberta do universo quântico daria início a um formidável período de investigações. Sob a égide de extensa classe de pioneiros, a Terra se reduziu a um amontoado de raios, ondas, vibrações e correntes. “*No mundo que é nosso, descobrimos em todos os níveis flutuações, bifurcações e instabilidades*”, afirmaria Prigogine, décadas depois.¹²⁷ Não queremos com isso dizer que Goldschmidt os tenha adotado como marco teórico, mesmo porque não é feita a mais singela remissão nesse pormenor; entretanto, a volatilidade de seu ambiente processual revela o que há de mais caótico no sistema jurídico. As garantias do processo, quando nada, são apenas “*prognósticos de causalidade*”. A estabilização dos significados legais é, de tal sorte, uma tarefa permanentemente imprevisível. E vem daí as referências elogiosas do professor Ovídio Baptista:

Este foi o mérito inegável de James Goldschmidt, de sentido verdadeiramente genial, ao mostrar que o direito processual – ao contrário do direito material – se caracterizava por um estado generalizado de incertezas, onde nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos.¹²⁸

Ora, mas não é descabido esperar que a lógica da processualidade democrática atue como um “agente neguentrópico”, a fim de promover, ainda que minimamente, a organização e a previsibilidade do sistema. Tal não chega, é certo, ao ímpeto de abolir a incerteza da vida humana, se bem que ao menos mitigá-la teria de ser um de seus propósitos. No Estado Democrático de Direito, a genialidade goldschmidtiana é recebida com mais comedimento. O que aguarda o cidadão ao

¹²⁷ PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1996, p. 63.

¹²⁸ BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. **Curso de Processo Civil**. Volume I. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

adentrar em juízo? O fato desta resposta estar confinada nas alcovas solitárias da consciência judicante, para Goldschmidt, não faz diferença. De qualquer modo, entende-se, doravante, por que *“las normas jurídicas son declaraciones de una actividad hipotética del Juez.”*¹²⁹ O raio da aplicação normativa será demarcado pela linha imaginária do entendimento jurisdicional, sem o que as normas vagariam à deriva, no rumo da própria anomia.

A expectativa de uma vantagem processual, em última análise, de uma sentença favorável; a liberação de uma carga processual; e a possibilidade de se chegar a uma certa situação pela realização de um ato no processo, constituem os direitos no sentido processual da palavra. (Tradução livre).¹³⁰

Em resumo, o direito material é apenas uma promessa de proteção ou ameaça do Estado-juiz; e o direito processual, uma mera expectativa ou possibilidade de que essa promessa se concretize¹³¹ – o que, a propósito, dependerá da superação dos “ônus”¹³² que sobrevierem ao longo do processo, conforme veremos em sequência.

1.3 O Processo como Situação Jurídica

Vimos até aqui que Goldschmidt é um “dualista” reticente.¹³³ As normas de fundo material nascem da idealização legiferante, em meio aos arcanos da metafísica,

¹²⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 119.

¹³⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 253.

¹³¹ Em outros termos, a lei positivada, *“como medida del juez”*, considera Goldschmidt, *“tienen frente a los individuos el carácter de promesas o amenazas de determinada conducta del juez”*; no plano do processo, toda ela se abrevia a *“expectativas de una sentencia favorable o perspectivas de una sentencia desfavorable”*. Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 57.

¹³² Noutras traduções, acha-se também o termo “encargo” ou “carga”.

¹³³ Há quem sequer o coloque nessa posição, alegando que o processo goldschmidtiano deriva de uma transmigração do direito material, imbricação comum aos unicistas. Cf.: ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del Proceso**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 17 e 18. Não é uma assertiva inoportuna, já que Goldschmidt engendra sua base processual sobre um direito material “metamorfosado”. Há, ademais, uma zona de intercessão, por ele chamada de *“dereito justicial”*, onde

e só alcançam uma finalidade empírica pela decisão do juiz, que as tem como medida de seu juízo. As normas processuais, a partir das quais tal decisão se construirá, adejam sobre o saber oracular da jurisdição e, para as partes, não passam de um presságio nebuloso. O processo goldschmidtiano, à vista disso, se traduz numa relação inquietante de espera.

É verdade que Kohler já falava em “*situação jurídica*”¹³⁴ – mas falava adstrito à lei material. Tratava-se de uma etapa (“*Stufe*”)¹³⁵ na formação do chamado “direito subjetivo” (*facultas agendi*)¹³⁶, algo como dois contratantes no átimo em que sucede a oferta do contrato e antecede a celebração. Alinhado ao dualismo, Goldschmidt não vê outra serventia ao direito processual, que não a de realizar o direito material – ressaltando, cabe recordar, a hipótese de o juiz recusar o conteúdo da lei, ocasião em que vemos surgir um certo “*direito judicial material*”, de que trataremos dentro em pouco. Se aqui lançássemos mão da “*dupla metamorfose*”, referida no último item, notaríamos que a situação jurídica de Kohler, que medeia os inúmeros negócios jurídicos na esfera privada, irá mediar, na esfera do processo, a pretensão do autor e a resistência do réu, a caminho da resolução do mérito. Diz Goldschmidt que o direito material se encontrará num “*estágio de desenvolvimento*” (“*Entwicklungsstufen*”), vale dizer: em vias de ingressar no domínio do processo, todo ele se converte em “*direitos pendentes*” (“*schwebenden Rechte*”).¹³⁷

O que havia de certo, já dissemos, decompõe-se em **possibilidades, chances e expectativas**. O negócio jurídico firmado antes do processo não

processo e pretensão se enleiam. Nada obstante, não é possível atribuí-lo a mesma homogeneidade vista entre os “unicistas”. Goldschmidt separa, em classes distintas, no bojo do ordenamento jurídico, direito material e direito processual. Chega mesmo a falar num pretense “*duplo ordenamento*”. Em capítulo posterior, melhor examinaremos a questão.

¹³⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 62.

¹³⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 254.

¹³⁶ Não nos interessa agora deslindar a infinidade de concepções acerca do “direito subjetivo”, inclusive as que negam a existência dele. Diremos apenas que, numa relação jurídica, o que se tem por uma “obrigação” é o comportamento exigível pelo titular de um direito subjetivo. Cf.: GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 11.

¹³⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 254.

remanesce em sede processual. Não há entre os contendores uma relação jurídica cujo vínculo redundaria em sujeição de um frente ao outro. A materialidade não mais se confunde com a processualidade. É tão-só o seu objeto, a *res in judicium deducta*, no dizer dos romanos.¹³⁸ Nesse instante, tudo o que litigantes aspiram é uma sentença, preferencialmente favorável. E tudo o que os separa dela é, portanto, uma **situação jurídica**.¹³⁹

A conclusão a tirar-se é que o direito material dá a seu titular o domínio sobre um *imperativo*, ao passo que o direito processual assim o faz sobre uma *situação*. O que se obtém por autorização das normas materiais é o que ainda se pretende obter, em se tratando das normas processuais. De um lado, a titularidade plena; de outro, a perspectiva de se chegar a um título judicial.¹⁴⁰ Ainda aqui importa que não percamos de vista a ambiguidade entre o “estático” e o “dinâmico”, donde se lança toda a teoria de Goldschmidt. As avenças da lei escrita se consomem nas trincheiras da guerra processual, e a poeira do campo de batalha torna impossível apontar o vencedor do conflito. Chamemos, assim, de “situação jurídica” a tensão que envolve as partes ante a incerteza do veredicto a que serão impingidas:

Na verdade, porém, o momento do inacabado e do inseguro está indissociavelmente ligado ao conceito de situação jurídica (...). A situação jurídica é o estado da causa de uma pessoa, encarado do ponto de vista de uma sentença judicial esperável, segundo a lei; em suma, é a perspectiva legal de se obter uma sentença judicial, favorável ou desfavorável, e,

¹³⁸ Bülow observou a independência dos fatos processuais frente aos fatos jurídicos da vida comum, periféricos à processualidade de nível jurisdicional. Mas não se incomodou em instituir, no processo, direitos e obrigações, à feição das normas materiais, decorrentes de uma **relação jurídica** entre juiz e partes. Goldschmidt não admitirá tal vinculação, como notaremos posteriormente.

¹³⁹ Cabe observar que há casos em que a situação jurídico-processual existe antes mesmo da propositura da ação. Quando, por exemplo, se está diante de um elemento de prova colhido de forma idônea, em cujo instrumento chega-se à evidência de uma pretensão ainda não apresentada ao Estado-juiz, o que se tem aí, dirá Goldschmidt, é também uma “situação jurídica”. Já nesta altura, nota-se a *expectativa* de uma sentença, em atenção a um pleito futuro. Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 145.

¹⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 253.

consequentemente, o reconhecimento da pretensão alegada como legalmente fundada ou infundada. (Tradução livre).¹⁴¹

Goldschmidt tem para si que a concordância da sentença com o direito legislado é uma fantasia distante das assimetrias da vida concreta.¹⁴² A legalidade do direito material, no processo, é mesmo ocasional, situacional. Daí o ponto de mira da situação jurídica ser uma sentença hipotética, na qual o magistrado alcançasse a proeza de retomar a vontade legislativa. É forçoso convir que esta é a única indicação pela qual as partes podem se guiar, uma “*sentença judicial esperável, segundo a lei*”, antes de se perderem nas tempestades cerebrais do julgador. Aliás, conforme também já mencionamos, “*quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada*.” Na arena processual, o que há de certo é a incerteza do resultado. Nessa direção, completa Ovídio Baptista: “*Para Kohler, a situação jurídica correspondia à condição de um direito ainda não inteiramente constituído; para Goldschmidt, o conceito equivalia à de um direito tido como existente, mas capaz de desaparecer em virtude da sentença*.”¹⁴³ Não é por outra razão que os manuais de Direito Processual são loquazes em repetir que o processo goldschmidtiano não passa de um “*conjunto de expectativas, possibilidades, cargas e liberação de cargas que uma parte dispõe*” (tradução livre).¹⁴⁴

¹⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 254 e 255.

¹⁴² Aos que diziam que a finalidade do processo consistia na proteção do ordenamento jurídico, Goldschmidt retrucou: “*Mas tal fim é de índole teleológica, ‘metafísica’, se encontra mais além do conceito de processo e se rejeita por sentença que não concordar com o direito material*.” A finalidade do processo, para Goldschmidt, será sempre “*o término do conflito, que se obtém pela força vinculativa da coisa julgada*”. Se o objetássemos quanto às ações executivas ou não contenciosas, Goldschmidt completaria, aduzindo que a executoriedade é uma “*qualidade secundária, que se baseia sempre na declaração contida na sentença, a qual, sendo definitiva, constitui a essência da coisa julgada. A declaração é a qualidade que corresponde a todas as sentenças*.” O fato de toda sentença, primordialmente, ter um fundo declaratório, não há o que objetar. O que fica à mostra é que o alvo do processo, havendo ou não conflito, segundo Goldschmidt, é a coisa julgada e sua declaração, pouco importando o trajeto que se levará até ela. Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 33.

¹⁴³ BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. **Curso de Processo Civil**. Volume I. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

¹⁴⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 259.

Passemos, desta feita, ao exame de cada uma dessas categorias.

* * *

Primeiro, definamos o sentido de *expectativa* – ou “*Aussichten*”. Diz Goldschmidt serem “*esperanças*” de obter uma vantagem processual, sem que, para tanto, haja a necessidade de praticar um ato próprio. São raras, não aparecem comumente no desenvolvimento válido e regular do processo. Goldschmidt toma como exemplo a esperança do réu de que a petição inicial seja inepta ou a do recorrido de que o recurso interposto não atenda aos pressupostos recursais.¹⁴⁵

A valer, a maior parte dos direitos processuais são *possibilidades* – ou “*Möglichkeiten*”. Delas pode-se falar com acerto que são situações de vantagem auferidas pela realização de um ato processual específico.¹⁴⁶ Há, nesse caso, uma atuação direta da parte, o que não ocorre na categoria anterior. Como exemplo, veja-se a produção de provas, a arguição de suspeição ou impedimento, bem como a denúncia da lide.¹⁴⁷

Repetimos mais uma vez que, se as normas materiais supõem uma faculdade para o seu titular e um dever para terceiros, as normas processuais nada supõem, senão uma mera situação de êxito ou insucesso. O *ônus* – ou “*Lasten*” – constitui a chave de compreensão deste **jogo** com o acaso. Cumpri-lo não significa mais do que diminuir riscos. A sentença é sempre uma incógnita. O que fizerem as partes para trazê-la a seu favor é um problema que só lhes diz respeito. Por isso é que Goldschmidt assinala que as cargas são “*imperativos do próprio interesse*”.¹⁴⁸ Diremos nós, em sua homenagem, que o ônus define a sobrevivência dos

¹⁴⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 194.

¹⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 280.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 195.

¹⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora, 2004, p. 65.

demandantes na batalha do processo. Seu descumprimento é um revés de difícil compensação. Mas não se segue daí que seja ele um dever legal, porquanto não instituído por uma vontade extrínseca a das partes, inexistindo, pois, coerção.¹⁴⁹ De tal modo é que liberar-se de um ônus significa abster-se de praticar um ato sem o temor de que sobrevenha qualquer sanção. Lembra Goldschmidt do beneficiário da assistência judiciária, que deixará de arcar com as custas dos atos processuais, restando, sem embargo, incólume sua pretensão.¹⁵⁰

A temática das cargas, cumpre dizê-lo, possui numerosas implicações. Iremos vê-las, adiante, com mais vagar, sobretudo as que se voltam ao instituto da prova. Antes, porém, impõe observar em que pé se manteve a rivalidade de Goldschmidt e Bülow, e se houve entre eles algum vitorioso.

1.4 A Lisonjeira Oposição entre “Situação Jurídica” e “Relação Jurídica”

A esta altura, temos nos limitado à explicação dos escritos de Goldschmidt, com uma ou outra admoestação. Decerto que não somos um expectador neutro de sua teoria. Desde o tratamento que a vimos dispensando, nota-se, de pronto, onde residem nossas preferências teóricas. Ocorre que, para lançar sobre outrem o peso de uma classificação, primeiro faz-se mister compreendê-lo em sua inteireza. Muitos são os que, confrontados pelo que pensam, declinam o debate, levados a crer na sua importância pessoal. Os seguidores de Bülow tanto dizem em sua defesa que mais parecem se referir à outra teoria. Goldschmidt não acumulou tantos adeptos, mas os que lhe sobram não procedem diferentemente. Nominamos de “lisonjeiro” o antagonismo de Goldschmidt e Bülow, porque, no que propõem, mais complemento há que concorrência – e dizemos isso com base no que escreveram, não no que poderiam ter escrito.

Afastemos por um momento a confrontação direta. Basta se lance um olhar atento sobre o pensamento de Goldschmidt para notar que sua metodologia não poderia mesmo trazer algum ganho epistêmico. *Eine Kritik des prozessualen*

¹⁴⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 91.

¹⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciências jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor., 1936, p. 196 e ss.

Denkens: “Uma crítica ao pensamento processual” (grifo nosso) – é como designa sua obra magna. O que seria elementar, em âmbito propedêutico, pelo menos, sequer ocupa o quadro de suas cogitações. Afinal, em que disposição lógica repousa a “crítica” goldschmidtiana? Abstendo-se da questão, Goldschmidt prostra-se no anonimato da intuição, a dar de ombros para as matrizes filosóficas condutoras do seu saber: sua crítica desabrocha como uma cortesia da racionalidade.

Ora, se o ato de criticar lhe parece uma faculdade inata da razão (iluminada em si mesma), só nos resta colocá-lo nas latrias do criticismo, junto ao folclore kantiano. Daí é que, a nosso ver, cometem grave erro seus leitores¹⁵¹, ao separá-lo de Kant sem demora, apenas por ter reprochado o apriorismo de Stammler e Radbruch. Goldschmidt rejeita a *Jurisprudência dos Valores* por um “eticismo formal”¹⁵² que intenta confinar em categorias *a priori* conceitos jurídicos que só se desvelam no leito do empirismo. É, antes de tudo, um processualista e, como tal, está vocacionado para a *práxis*. Atribui, resoluto, uma concepção predominantemente empírica ao processo.¹⁵³ Com efeito, não iria lhe agradar esta ética flutuante que se imiscui no direito pelo sendal da transcendência, à feição de uma *metafísica dos costumes*. Isso, todavia, não basta para contrapô-lo ao kantismo em ponto tão diametral.

De sua parte, suscita até que Radbruch tenha feito uma leitura imprecisa da doutrina kantiana, no que se refere à um pretense “*apriorismo relativo*”, já rechaçado pelo próprio Kant. Diz o mesmo de Stammler, que estabelece uma estreita correlação entre o direito e a justiça distributiva, de teor aristotélico, correlação inexistente no compêndio criticista.¹⁵⁴ Enaltece, alhures, as lições políticas ministradas por Kant,

¹⁵¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Bio-bibliografía. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944. COUTURE, Eduardo Juan. Prólogo. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 09.

¹⁵² GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 43.

¹⁵³ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 146 e ss.

¹⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 38, 39 e 70.

comovendo-se com o lirismo iluminista que colocou a liberdade e a igualdade na fundação do direito moderno.¹⁵⁵ Para mais, diz inclusive que em todo imperativo legal, afora as formalidades do texto, consta também uma faculdade de apetição inculcada pelo legislador, da qual procura fazer uso o litigante quando alega ser dele titular¹⁵⁶ – tais são, curiosamente, os termos da divisão moral proposta por Kant em sua *Metafísica dos Costumes*.¹⁵⁷

Lado outro, cabe-nos destacar que a teoria da *culpabilidade* proposta por Goldschmidt serviu-se de uma distinção rígida entre “*norma de ação*” (“*verpflichtende Norm*”) e “*norma de motivação*” (“*Plifchtnorm*”), a partir da qual o comando objetivo da norma e o móbil individual do agente traduzirão os parâmetros da “*responsabilidade*”.¹⁵⁸ É sabido que Kant, diferentemente, prezou por uma abordagem avalorativa do direito, apartando-o dos postulados morais, de modo que as motivações do infrator seriam irrelevantes para a subsunção normativa. A divergência, não obstante, reflete apenas o temperamento acadêmico da época, e não uma oposição absoluta, como pensou Couture.¹⁵⁹ Os ensinamentos de Kant foram acolhidos pelo positivismo do século XIX, mas não tardaram a decair no século seguinte, ao menos em sua formatação original.

Foi Edmund Mezger¹⁶⁰, em 1907, que suscitou o aspecto volitivo da conduta como elemento constitutivo do tipo penal. Para os crimes que não admitem a modalidade culposa, é crucial aferir as apetições do agente, antes de imputá-lo qualquer injusto. Doravante, a vontade não apenas tem valor jurídico, como também informa a configuração do crime. Goldschmidt estava a par disso, e tanto é que se

¹⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 43.

¹⁵⁶ NUÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la Culpabilidad. En: **La Concepción Normativa de la Culpabilidad**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 81 e 82.

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1ª Edição. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 60.

¹⁵⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 85 e ss.

¹⁵⁹ “*La proposición kantiana ‘cómo es posible lo conocimiento?’ aparece aquí sustituida por esta outra: ‘cómo es posible la voluntad?’*”. Cf.: COUTURE, Eduardo Juan. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 11.

¹⁶⁰ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte geral. 6ª Edición. Traducción: Conrado Finzi. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1955.

preocupou em sublinhar as normas que exigiam, à sua consecução, uma motivação específica. Assim mesmo, não seria uma demasia chamá-lo de “kantiano”.

Tal como observamos, ao sustentar a “dupla-natureza” das normas jurídicas, como *imperativos* e *medidas*, serve-se, decerto, da teoria da justiça de Kant. Ora, os imperativos estáticos do direito material são os mesmos imperativos hipotéticos da deontologia kantiana. É verdade que os neokantistas vão entregar ao julgador a prerrogativa de extrair o valor categórico da hipótese legal, ao passo que Goldschmidt não enxergará nenhum valor apriorístico capaz de se sobrepor às protestações do mundo concreto. Sem adentrar, porém, no mérito da disputa, o que importa para o momento é que sua *crítica* emana de uma reta-razão, ao gosto iluminista, que repele o assédio de qualquer controle metodológico.

Se o motor do criticismo segue encoberto pelo invólucro “racional”, não se pode, entretanto, dizer o mesmo de sua finalidade. Esta fica ao talante de tantos quantos queiram tecer “críticas”. Goldschmidt é um processualista clássico, repetimo-lo incansavelmente. A realidade vigente grita aos seus anseios. Criticar o pensamento processual, em tais circunstâncias, não é mais do que reafirmá-lo em termos atualizados. Vemos aqui aproximar-se de Goldschmidt um pensador que, amiúde, não recebe suficiente atenção: Claude-Henri de Rouvroy, o conde de Saint-Simon.

De acordo com a filosofia sansimoniana, a marcha evolutiva da história rege-se por uma lei geral que institui, em alternância, épocas *orgânicas* e épocas de *crise*.¹⁶¹ Quando a vida humana se organiza em torno de crenças bem estabelecidas – o catolicismo feudal, por exemplo –, dirá Saint-Simon que o homem vive num período “*orgânico*” (**estático**, por melhor dizer). Mas se os preceitos de uma quadra histórica já não mais podem sustentá-la, dá-se início a uma turbulenta (**dinâmica**, se preferirdes) estação de “*crítica*”, que questionará toda a sua organicidade – a Renascença e a Reforma Protestante, seguindo o exemplo anterior.

¹⁶¹ Escreve Saint-Simon: “A sociedade europeia apresentou sucessivamente esses períodos distintos de desenvolvimento e predominância orgânica exclusiva: a seu turno, foi agitada por atividades cruéis, cada vez que seu aumento foi caracterizado por doenças e movimentos críticos específicos; terríveis convulsões ameaçavam sua existência; revoluções terríveis foram o resultado de uma série de reações vitais que momentaneamente perturbaram a organização social.” (Tradução livre). Cf.: SAINT-SIMON, Henri de. Introduction aux Travaux Scientifiques du XIX e Siècle. Dans: **La Physiologie Sociale**. Oeuvres Choiesies par Georges Gurvitch. Collection: Bibliothèque de Sociologie Contemporaine. Paris: Presses Universitaires de France, 1965, p. 32.

O historicismo de Saint-Simon incorporou-se ao movimento social do século XIX e ganhou força no panfletário político pelas linhas de uma demagogia profética. Na pauta dos proletários, o comunismo seria a próxima época orgânica, uma vez ultrapassada a “crise” capitalista. Assim foi que Saint-Simon tornou-se o primeiro socialista utópico.

Também os hegelianos acolheram a *crítica* sansimoniana, deveras semelhante a *síntese* dialética. Há, no hegelianismo um desenvolvimento unitário da história, que se divide em graus (“*Stufen*”), consoante as progressões da consciência, até a realização do “*espírito Absoluto*”.¹⁶² Não é em vão que Engels tenha escolhido Saint-Simon e Hegel como as melhores “*mentes enciclopédicas*” da filosofia.¹⁶³ Em ambos os casos, o manar do tempo, no horizonte histórico, traz em si a verdade inexorável. O real é, desde sempre, racional, conforme já temos dito. Por isso é que, contra as categorias de Kant, Hegel arrastará o ser humano ao terra-a-terra da realidade: “*Ora, querer conhecer antes que se conheça é tão absurdo quanto o sábio projeto daquele escolástico de aprender a nadar antes de arriscar-se na água.*”¹⁶⁴

É franca a absorção do ideário hegeliano no pragmatismo de Goldschmidt. O direito de seu tempo sofria profundas transformações, em meio aos escombros de uma Alemanha que rastejava sob o Tratado de Versalhes. Veremos em sua obra, *Estudios de Filosofia Juridica*, um capítulo inteiramente dedicado à “*Crisis del Derecho*”.¹⁶⁵ A crítica de Goldschmidt tem, pois, este propósito, o de ser revisional, culturalizante, *corretiva de crises*, reconduzora de desvios históricos; numa só palavra: **dialética**. É donde promanam os furos epistemológicos que jamais permitiriam a “teoria” do processo como *situação jurídica* suplantam a ideologia processual de Oskar Bülow, senão tão-só corroborá-la. O tratado goldschmidtiano assemelha-se, enfim, a um pêndulo que, num movimento sincrético, ora está em Kant e, outrora, em Hegel.

¹⁶² HEGEL, G. W. Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. Tradução: Antônio Pinto Carvalho. Textos Filosóficos, Vol. 31. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 348 e 349.

¹⁶³ *Apud* HARVEY, David. **Para entender “O Capital”**. Livros II e III. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014, p. 325.

¹⁶⁴ HEGEL, G. W. Friedrich. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio, Volume I**. Tradução: Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995, p. 50.

¹⁶⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Estudios de Filosofia Juridica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 155 e ss.

A esse respeito, julgamos necessário fazer uma consideração aos que buscam nesta dissertação a reprodução facilitada dos ensinamentos de Goldschmidt. É possível que ainda estejam alheados ao nome que lhe foi dada – **“A Vertente Dialética do Processo em Goldschmidt”** –, pelo que se mostra forçosa uma justificativa menos prosaica. Aos demais, pedimos licença para os sucintos apontamentos de ordem filosófica que se darão nas próximas páginas, certificando-os de que não serão muitas.

* * *

Pois bem: que a dinâmica processual é incerta, pela força de seu movimento, e que tal convicção reporta às primeiras cogitações do pensamento dialético – o de Heráclito, especialmente –, é algo que se evidenciará quando do exame da *situação jurídica* sob a ótica procedimental. Notaremos, então, a vertente dialética do processo, em Goldschmidt, por uma perspectiva ligeiramente diversa da que exporemos agora. Lá, também estará à mostra a falácia do alardeado princípio da *“dialeiticidade processual”*, tão caro ao vozerio dos processualistas. Deixemo-la de lado, por enquanto, para notarmos apenas que o fluxo dialético pressupõe **unicidade**.

À primeira vista, dir-se-á de um despautério filosófico – mormente se levado em conta que, já em Platão, por dialética se entendia um *“método de divisão”*.¹⁶⁶ Ligando-se *dia* (“mediante à”), *logos* (“razão”) e *techné* (“técnica”), encontramos a acepção clássica do termo: a arte de dialogar. Na *katharsis* grega, o solilóquio do rapsodo encolhia-se ao corifeu e ao coro que a este seguia sob a forma de faunos e sátiros. Não havia dialética no cantar das epopeias. Em oposição ao monólogo

¹⁶⁶ Compete à dialética platônica o trespassar do *sensível* ao *inteligível*. As deformidades da percepção, quando submetidas ao juízo dialético, aproximam-se das formas puras. No diálogo de *Fedro*, Platão a indica como uma *“arte na condução das almas”*. Efetivamente, remonta à pedagogia socrática, de perguntas e respostas (*“maiêutica”*), razão por que é considerada uma técnica de investigação em conjunto, em colaboração. Decompondo o problema, os debatedores levarão a questão para um nível mais depurado, de maior clareza. A dialética, como método de divisão, é o ponto de maior altitude a que se pode chegar com a interlocução curiosa. Cf.: FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofia**. Tomo I. 5ª Ed. Barcelona: Montecasino, 1978, p. 444.

(*monos*), o diálogo delineou o gênero dramático no teatro ocidental, séculos a fio.¹⁶⁷ Ora, o conflito dialético reclama interlocutores. Se não os há em presença, lhes nota ao menos em ideias. A contraposição, o entrechoque, o **encontro** – sem isso, impossível valer-se desta técnica. Mas, para Aristóteles, usá-la como um método de divisão seria contraproducente. A dialética não é tão prodigiosa aos peripatéticos. Recebe, no *Órganon*, o status de “aparência de filosofia”. A divisão platonista, pensavam eles, não ostenta capacidade dedutiva.

Daí vem que, na lógica aristotélica, o discurso dialético é um mero silogismo de cujas premissas não se chega a uma conclusão exata.¹⁶⁸ O silogismo dialético, chamado de “*entimema*”, conduz em suas premissas (as “*endoxas*”) enunciados de probabilidade.¹⁶⁹ Sua conclusão não traz, portanto, uma verdade assertórica e inconcussa, a exemplo do que ocorre no discurso apodítico. Entende-se, então, por que o vocábulo “dialética”, entre um sem-número de acepções, é também empregado como “*lógica do provável*”. Platão e Aristóteles, aqui, se opõem frontalmente. A dialética platônica aproxima o discurso, de talho aparente, à veracidade das formas. Converte-se mesmo numa “*ciencia de la realidad como tal*”, diz o filósofo espanhol, José Ferrater Mora.¹⁷⁰ Por outro lado, em Aristóteles, é mais uma disputa do que uma ciência. É mais palavreado do que proposição. Resumidamente: o *método da divisão* quer dar realidade à aparência, ao passo que a *lógica do provável* quer dar aparência à realidade.

¹⁶⁷ GROTOWSKI, Jerzy. **Em Busca de um Teatro Pobre**. 4ª Ed. Tradução: Aldomar Conrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992, p. 47 a 51.

¹⁶⁸ ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos e refutações sofísticas. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005, p. 348.

¹⁶⁹ O silogismo dialético (*entimema*) não aceita situações contingenciais. Quando suas premissas (*endoxas*) não induzem a sequência silogística para uma conclusão lógica, tem-se uma “contingência” – tais são as premissas “problemáticas ou contingenciais”. Para saná-las, os debatedores lançarão mão da argumentação tópica. Seu uso conferirá maior grau de segurança ao raciocínio dialético. A tópica, então, conserva um aspecto teleológico, já que sempre se ordena à resolução de problemas, aspecto que a diferencia da *endoxa*, cujo conteúdo, ainda que similar aos *topoi*, funciona apenas como premissa do *entimema*. Dispõe Viehweg: “o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema (...) constitui-se, portanto, a técnica do pensar problemáticamente.” Cf.: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Kelly Susane Alflen Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 33 e 34.

¹⁷⁰ FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofia, Tomo I**. 5ª Ed. Barcelona: Montecasino, 1978, p. 445 e ss.

Quanto à unicidade de que falamos há pouco, é fácil detectá-la na proposta de Platão. Os sentidos do intelecto, nas errâncias do mundo sensível, tão numerosos quão dissonantes, passam a vislumbrar a coesão do ideal. Com a divisão, é possível identificar o que, neles, há de homogêneo. Nesse sentido, não estamos tão distantes do que já diziam Parmênides e Heráclito, mas não ignoremos a acepção lançada por Aristóteles. De fato, a dialética não tem um significado único; travar uma correlação entre todos pode ser demasiado. Ainda assim, diremos que na dialética aristotélica há também unicidade, e ela se manifesta pela fala da tradição, que tem na *tópica*¹⁷¹ a sua porta-voz. Se nos podemos exprimir desta forma: em Platão, há uma nítida pretensão totalizante do saber; em Aristóteles, tal pretensão se refugia no totalitarismo do saber tradicional.

Convém que avancemos mais um pouco, a fim de que não percamos o ponto de nosso interesse. Ainda miramos o título desta dissertação.

Entre os neoplatônicos, Proclo é digno de nota. Mencionado por Hegel tantas vezes, tinha a dialética como um modo de ascender à realidade superior.¹⁷² À frente dele, Abelardo, um dialético extremista, veio a convertê-la no método cardinal da escolástica.¹⁷³ O que, na dialética, restava da lógica aristotélica, sofreria duras críticas no período renascentista. Nada obstante, seja na conformação platônica ou aristotélica, terá em Descartes um adversário mais qualificado:

¹⁷¹ Tópica, do grego *topos*, significa “lugar”. No plural, se diz *topoi*. Não é uma conceituação unânime, mas suficiente para indicar o porquê de os lógicos chamarem-na de “*lugar-comum*”. Com o estudo da dialética e da retórica, *topos* deixou de se referir à lugares físicos para designar os argumentos que aparentam ser verídicos para a maioria ou para os mais sábios: lugar-comum, portanto. Quando Aristóteles diferenciou os argumentos tópicos dos argumentos apodícticos, sustentou que a tópica partia do plausível, do provável, ao passo que a apodítica se valia de proposições primárias ou verdadeiras. Argumentar topicamente, afirma Atienza, é ter como ponto de partida não um *primum verum*, mas o que aparenta ser razoável, crível a todos ou à maioria. Cf.: GRATEKI, Gabriel Gomes; MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz. A Supremacia Jurisprudencial: intercessões da tópica de Theodor Viehweg com o institucionalismo processual de Jaime Guasp. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 113 a 140.

¹⁷² CANDILLAC, Maurice de. **Hegel e o Neoplatonismo**. Tradução: Danilo Vaz-Curado Ribeiro. Porto Alegre: Revista Opinião Filosófica, Vol. 3, 2012.

¹⁷³ FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofia, Tomo I**. 5ª Ed. Barcelona: Montecasino, 1978, p. 445.

Alguns espantar-se-ão, talvez, que neste lugar em que procuramos os meios de nos tornarmos mais aptos para deduzir as verdades umas das outras, omitamos todos os preceitos dos Dialéticos, com os quais julgam eles governar a razão (...). Ora, para que se torne ainda mais evidente que esta arte de raciocinar em nada contribui para o conhecimento da verdade, importa observar que os Dialéticos não podem construir com a sua arte nenhum silogismo cuja conclusão seja verdadeira, **a menos que se tenha já a sua matéria, isto é, a não ser que já antes conheçam a mesma verdade que nele se conduz.** (*Grifo nosso*).¹⁷⁴

Nas *Regras Para a Direção do Espírito*, Descartes recusa a maternidade oculta donde germinam as certezas da dialética. Não lhe parece possível um método entregar de pronto a verdade apenas por aflorar de si uma litigiosidade imanente. O litígio não oferece de bom grado um pacto de entendimento, exceto se os litigantes já houverem firmado um foro de decisão – é o que Descartes quer dizer: pouco conta se estará nas formas imutáveis ou nos adágios do consueto, a dialética pressupõe unicidade porque sabe das respostas antes mesmo das perguntas. O movimento que a circunda é, pois, o de regresso... Regresso ao que provém, ao que eflui, ao que dimana. São dois filhos em contenda, a volverem ao seio materno, sequiosos por corrigenda. Pela fragmentação (“*dí*”) dos princípios “*aléticos*” melhor compreenderemos a objeção de Descartes e a unicidade sobre a qual temos insistido. Nesse passo, outra significação do termo será trazida à baila, sem prejuízo do étimo convencional.

Na lógica modal, os predicados **aléticos** integram o chamado quadrado ontológico: “*necessário*”, “*possível*”, “*impossível*” e “*contingente*”. Lembremos que todo ato proposicional constitui-se de referência e predicação. As proposições que referenciam a verdade de estados de coisa são sempre predicalizadas em termos aléticos, leciona Parret.¹⁷⁵ A etimologia não deixa dúvida: *alétheia* foi uma das primeiras palavras aludidas à antiga filosofia dos gregos, no sentido de um saber verdadeiro e necessário. Diferencia-se, dessa maneira, da modalidade deôntica, a lógica das normas, cuja predicação se valerá de léxicos como “*certo*”, “*errado*”,

¹⁷⁴ DESCARTES, René. **Regras Para a Direção do Espírito**. Tradução: João Gama. Coleção: Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2002, p. 59 e 60.

¹⁷⁵ PARRET, Herman. **Enunciação e Pragmática**. Tradução: Eni Pulcinelli Orlandi e outros. Campinas: Editora da UNICAMP, 1988, p. 79 e 80.

“vedado”, “permitido”... Só não nos esqueçamos que os juízos deônticos também podem se submeter ao cálculo proposicional, conforme ressalta Kalinowski.¹⁷⁶ Sem discutir o mérito de tal questão, vejamos que a **di-alética** descende de uma imposição dogmática de princípios, a partir dos quais gralharão, a esmo, os dialogadores. O diálogo concerne a uma principiologia que lhe é anterior e, sobretudo, imperativa. A verdade irrecusável (*alétheia*) segue à sombra dos dialéticos, acenando para os descaminhos (*di*) da argumentação, na espreita de ser avistada. A solução é congênita ao problema. Não há ganho epistêmico; não há avanço lógico. Ou melhor, ganhará quem primeiro topar-se com o caminho de volta.

Ora, coube a Heráclito, em primeira mão, dizer que todas essas contradições, na verdade, compunham um absoluto primordial. Não nos admira o neoplatonismo da tarda-antiguidade descrever o percurso dialético como um permanente derivar e regressar ao “Uno”, nos termos de Proclo.¹⁷⁷ A *anamnesis* platônica era o recobrimento da verdade (*alethes*), momentaneamente esquecida pelo homem, ao encarnar no mundo sensível. No diálogo de *Ménon*, vemos Sócrates “relembrar” a um jovem as variáveis do teorema pitagórico. A maiêutica socrática e a dialética de Platão se confundem neste quadrante: todo o conhecimento é, antes, um re-conhecimento (“*reminiscência*”¹⁷⁸). Por esse ângulo, observa-se com mais acerto a unicidade de que temos falado, mas cumpre que sigamos mais à frente.

Na terceira seção da *Crítica da Razão Pura*, Kant introduz a “*Dialética Transcendental*”. Qualquer teorização que se valha apenas da razão, diz ele, pode sustentar, racionalmente, soluções opostas para problemas idênticos. Não há nada na razão que não seja aparentemente racional. Sem saber, o racionalismo vagueia por uma polissemia inadministrável. Falta-lhe uma bússola exterior. Na lógica kantiana, a dialética assume uma concepção pejorativa, porque descreve o modo como esse entendimento puro, descolado da experiência externa, é apresentado em linhas formais: “*Por diferente que seja o significado em que os antigos empregavam*

¹⁷⁶ KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la Lógica Jurídica**: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducción: Juan A. Causabon. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973, p. 98 e ss.

¹⁷⁷ REALE, Giovanni. **Introduzione a Proclo**. Bari: Editori Laterza, 1989, p. 35 e 36.

¹⁷⁸ PLATÃO. **Ménon**. Tradução: Maura Iglésias. São Paulo: Edições Loyola, 2001, p. 04.

*esta designação (...), pode, todavia, deduzir-se com segurança do seu uso real, que a dialética entre eles era apenas a lógica da aparência (...).*¹⁷⁹

Kant chama de “aparência” o gênero de conhecimento não demonstrável, redundante de uma razão dialética que se enxerga em condições de ultrapassar, segundo seus próprios princípios, os limites da experiência possível. Tais limites são por ele traçados na *Estética Transcendental* e na *Analítica Transcendental*. Ocorre, contudo, que servir-se apenas do conhecimento puro, e desta clandestina principiologia, é deveras atraente para aqueles que, quedados ao palavrório da tribuna, mais se importam em afirmar a condição formal de um enunciado do que a veracidade de seu conteúdo. A dialética, em Kant, aproxima-se da definição aristotélica. É um procedimento erístico que só resultará em sofismas pessoais. Um deleite para as peregrinações da mente; um “*kathartikon do intelecto*”. Adotá-la como método é entregar-se ao “*perigo de, mediante ocas sutilezas, fazer uso material de princípios meramente formais do entendimento puro e de julgar indiscriminadamente sobre objetos que não nos são dados, e que talvez de nenhum modo o possam ser.*”¹⁸⁰ Pela dialética, argumentos contraditórios servem à mesma conclusão, sem agravo à logicidade da argumentação. Kant não admitirá tal possibilidade, ao que conclui: “*A dialética transcendental deverá contentar-se em descobrir a aparência de juízos transcendentais.*”¹⁸¹

Ainda no século XVIII, Schleiermacher tentará retomar o sentido platônico da dialética. Seu objetivo é alcançar uma hermenêutica universal. “*Todas las formas del ser están comprendidas en el espíritu humano*”, afirma.¹⁸² A unicidade, dessa vez, descende do próprio homem. É fora de dúvida que a presunção do discurso dialético ganha uma tonalidade fátua entre os hermeneutas. Mas será em Hegel que a dialeticidade encontrará sua culminância. O idealismo hegeliano irá conduzi-la aos pináculos da “*Providência*”. A fim de bem entendermos o que propôs Hegel, temos de nos reportar novamente ao pensamento kantiano.

¹⁷⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 121.

¹⁸⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 123.

¹⁸¹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Tradução: Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001, p. 324.

¹⁸² SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Estética**. Colécción: Verbum Ensayo. Traducción: Antonio Lastra. Madrid: Editorial Verbum, 2003, p. 15 e 109.

O criticismo de Kant dificultou a vida de não poucos filósofos. Pensar que a realidade que nos cerca é, para nós, apenas um “*fenômeno*”, cuja matéria-prima segue, furtiva, nos domínios longínquos da *coisa-em-si*, é tão intrigante quanto pensar que, sem tais “*fenômenos*”, o intelecto puro, com sua misteriosa dialética, está fadado a contradizer-se. Contra o empirismo tateante e o racionalismo solitário, Kant soerguerá o conhecimento moderno sob as vigas de uma filosofia “crítica”. Eis em que termos o quociente filosófico chega a Hegel. A questão da vez é dar ao homem a posse da coisa-em-si, e a resposta virá algum tanto previsível: a razão não atribui sentido às coisas pela apreensão fenomênica do mundo: a razão, em verdade, é o próprio mundo.

Estamos diante de uma absoluta associação entre pensamento e realidade. Tudo o que existe se aglutina na completude do real. A expressão do ser é a “*autoessência*”¹⁸³ da razão. Esse o motivo de Popper ter escrito que a ontologia hegeliana “*foi, sem dúvida, uma tentativa de restabelecer o racionalismo sobre nova base.*”¹⁸⁴ Já não mais cabe ao homem tentar demarcar os limites da experiência possível. Tudo ao seu redor é intrinsecamente razoável. Tal o *princípio da identidade*: o real é racional e o racional é real. A razão retoma, condignamente, o trono da verdade; agora, com poderes ilimitados.

Ainda uma vez, voltemos a Kant e, com ele, perguntemos – o que dizer dessa razão no turbilhão de suas contradições? Ora, a racionalidade está por toda parte. O múltiplo, o opoente, o conflitante: tudo o que de si é desigual nada mais faz do que postá-la à frente de sua face. A realidade não é estática; não há propósito para que a razão o seja. O cartesianismo sucumbiu aos pés de Kant, precisamente porque pensou ser estável, livre de alteridades. Constatemos, de imediato, que só mesmo recorrendo à autoridade da *alétheia* para viabilizar, em regime lógico-filosófico, o tumulto de tantas contradições. A lógica imanentista de Hegel se fecha no dogma dialético e suas aspirações ilimitadas lhe rendem a alcunha de “panlogismo”: a dialética hegeliana tudo justifica.

¹⁸³ HEGEL, G. W. Friedrich. **Fenomenologia do Espírito, Parte I.** 2ª Ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Editora Vozes, 1992, p. 163 e 164.

¹⁸⁴ POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações: o progresso do conhecimento científico.** 5ª Ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 2008, p. 356.

É mister, a nosso ver, insistir nestas explicações, de maneira que todos os pontos fiquem suficientemente claros. Não apenas porque aí se situa todo o bosquejo da nossa hipótese de trabalho (James Goldschmidt é um hegeliano contumaz...); mas, sobretudo, pela urgência de se expor as manobras filosóficas sobre as quais se arrima a “*dialeticidade processual*”.

Com Hegel, e o *princípio da identidade*, a dialética não é mais uma técnica do pensamento, tampouco um procedimento formal. Achemo-la, doravante, na posição de uma lei natural – por sinal, a mais importante delas: a lei que regerá o desenvolvimento da realidade. É certa a afirmação de Abbagnano, ao assinalar que a dialética de Hegel é a “*transcrição filosófica do conceito religioso de Providência*.”¹⁸⁵ Onde existir vida, impulso, movimento, lá também estará a dialética. De tal sorte é que se mostra um desacerto empregar o vocábulo “antinomia” para se referir às irregularidades da razão. A lei é una e indivisível. Se sua aplicação se realiza entre contradições, é um impasse que não mais afeta sua unicidade.¹⁸⁶

Deve-se à Heráclito de Éfeso, já dissemos, a autoria desta crença. No século V a. C., ele havia sustentado que a constituição da *physis* não era senão uma unidade de opostos.¹⁸⁷ A adesão de Hegel é confessa: “(...) *por eso Heráclito es considerado en todas partes como un filósofo de pensamiento muy profundo.*” Prossegue: “(...) *no hay, en Heráclito, una sola proposición que no hayamos procurado recoger en nuestra ‘Lógica’.*”¹⁸⁸ A novidade é que as oposições heraclíticas se movimentarão num esquema triádico. Entretanto, não é uma novidade trazida pela doutrina hegeliana. Proclo, ao afirmar a dependência de todas as coisas frente ao “*Uno*”, argumentou que o pensar dialético percorre sempre três etapas circulares: primeira, a permanência (*moné*) do ser em sua originalidade; segunda, suas derivações (*proódos*), que,

¹⁸⁵ ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. 7ª Ed. Tradução: Antônio Borges Coelho e outros. Lisboa: Editorial Presença, 2006, p. 81.

¹⁸⁶ PARRET, Herman. **Enunciação e Pragmática**. Tradução: Eni Pulcinelli Orlandi e outros. Campinas: Editora da UNICAMP, 1988, p. 47.

¹⁸⁷ “*La contrapuesto reside en lo mismo, y así, por ejemplo, la miel es dulce y amarga*” – escreveu o efésio. Cf.: *Apud* HEGEL, G. W. Friedrich. **Lecciones Sobre la Historia de la Filosofía**. Traducción: Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 263 e 264.

¹⁸⁸ HEGEL, G. W. Friedrich. **Lecciones Sobre la Historia de la Filosofía**. Traducción: Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 258.

egressas de uma só origem, a ela pertencem, mesmo estando distantes; e terceira, o retorno (*epistrophé*) do derivado ao original.¹⁸⁹

A reputada “*síntese dos opostos*” tem aí sua explicação. No fim das contas, a reconciliação dialética reunirá as divergências da razão na perfeição do *todo*. Para Hegel, que acreditava no progresso dialético do conhecimento, sua filosofia só o beneficiou. O saber filosófico evoluirá, mas seja qual for o raio de sua evolução, o idealismo hegeliano será sempre a etapa mais evoluída. Hegel presta uma finória homenagem ao próprio intelecto, reconheçamos a sutileza.

Não foi difícil adequar a força ontológica da dialética em esboços materialistas. Afinal, a temporalidade histórica informa ao ser humano as veredas da perfeição. Depois de Hegel, muitos pensadores se lançaram à descoberta da síntese de suas épocas. Eram os profetas da filosofia, anunciando o caminho dos dias venturosos. Debruçados no real, cada qual decidiu dirigir a história segundo suas convicções. No vórtice da **incerteza**, o homem dialético delira de poder. A seu turno, o mundo vai respondendo de forma inequívoca: os vitoriosos serão os que melhor interpretarem os desígnios da *Providência*. A **realidade**, sua preposta direta, não deixa dúvidas quanto ao resultado. Marx, por exemplo, dividiu as contradições da dialética em duas classes: os detentores dos meios de produzir e as engrenagens humanas da produção. O “*materialismo dialético*” trouxe, assim, a *síntese socialista*.¹⁹⁰

Marx não viveu para ver o fracasso de suas predições, mas os marxistas, não obstante, permanecem fervorosos, tentando reavivá-las em novos augúrios. A dialética não espera ser compreendida. Empurra a humanidade para o sorvedouro do destino, com ou sem consentimento – eis a turra dos frankfurtianos, na sanha de negar radicalmente o que vigora (“*dialética negativa*”). A unicidade é avassaladora... Em suas teias, atados, ouvimos os vagidos de Adorno e Horkheimer: “*o passado se prolonga como destruição do passado*”, porquanto “*o ciclo fechado do que é idêntico torna-se o sucedâneo da onipotência*.”¹⁹¹ O curso dialético perambula em círculos,

¹⁸⁹ REALE, Giovanni. **Introduzione a Proclo**. Bari: Editori Laterza, 1989, p. 31.

¹⁹⁰ ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boitempo, 2005.

¹⁹¹ ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 13 e 156.

repetindo-se à exaustão. Não há atalhos: o hoje e o nunca são a mesma coisa. No cárcere do *Uno*, a dialética, diz o professor Rosemiro Pereira Leal, desfila pelos “corredores isotópicos da história”¹⁹². Com Sartre, poremos fim a estas digressões, voltando-nos aos estudos de teoria processual:

A dialética é, pois, atividade totalizadora; não tem outras leis, além das regras produzidas pela totalização em curso, e estas evidentemente concernem às relações da unificação com o unificado, é dizer, os modos de presença *eficaz* do devir totalizador e das partes totalizadas. (Tradução livre).¹⁹³

James Goldschmidt não se importava em ter a realidade como mentora. Ele apenas deveria saber que, dessa forma, não poderia transpor os limites da aparência. É a aparência de suas impressões que o leva, despercebido, a aparar as apreensões de Bülow. Goldschmidt incorrerá nas próprias coisas que teme. É da dialética: essa compulsão pela repetição. O balanço epistêmico foi pouco aproveitável.

Senão, vejamos.

* * *

O Direito Processual não é uma invenção bülowiana – nunca é demais dizê-lo. Aos que atribuem a Oskar Bülow o volante do *processualismo científico*, conviria não omitir que tamanha “cientificidade” já pairava pelas glosas do direito justinianeus. Não temos a intenção de rebaixar o trabalho dos glosadores (eles já estão na baixa Idade Média), de vez que é certo o seu impacto no deslindar da civilística moderna; porém, é de lamentar que o primeiro “cientista do processo”, do alto de ancha fecundidade, tenha reproduzido um bordão medieval no cerne de sua teoria. Das sumas ítalo-canônicas, muitos institutos do Direito Processual foram elaborados.¹⁹⁴

¹⁹² Informação Verbal. Aula ministrada por Rosemiro Pereira Leal no Programa de Pós-graduação *strictu sensu* em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 29 ago. 2018.

¹⁹³ SARTRE, Jean-Paul. **Crítica de la Razón Dialéctica**. Tomo I: Teoria de los Conjuntos Prácticos. Traducción: Manuel Lamana. Buenos Aires: Editorial Losada, 1963, p. 195 e 196.

¹⁹⁴ No compêndio de Tancredi (*Ordo iudicarius*, de 1216), o reitor da Universidade de Bolonha, bem como no volumoso *Speculum iuduciale* (1271), de Guglielmo Duranti, o processo já era dividido em

Chiovenda, em valiosa obra, escreve: “*El derecho procesal de gran parte de las naciones modernas se debe sustancialmente a Bolonia, lo mismo que el derecho civil a Roma.*”¹⁹⁵

Os méritos de Bülow devem ser reconhecidos, não sobrevalorizados. Foi mesmo preciso que a ciência do processo, antes de tudo, inventasse o seu objeto e, nesse mister, muito se deve a ele.¹⁹⁶ Recordemos que o Direito Processual, na modernidade, desenvolveu-se na esteira do Direito Civil. Como um conjunto de ritos procedurais, esteve ao largo dos debates universitários, reduzindo-se ao *modus operandi* das regras de direito privado. Deflagravam-se as revoluções burguesas, e o privatismo se levantava feito uma carapaça jurídica, a regular as relações patrimoniais e familiares dos “*cidadãos*”¹⁹⁷, em face dos arbítrios e estatalidades do absolutismo régio. A reboque, lá estava o “processo”, servindo-lhe ao manuseio.

A primeira intenção teórica, em âmbito processual, caberá ao francês Robert Joseph Pothier (1699-1772), para quem o processo imitava um “contrato”. O comparecimento das partes em juízo assemelhava-se a um vínculo contratual, na medida em que se comprometiam a aceitar o pronunciamento decisório do Estado. Decerto que a imbricação dos temas, ainda não apartados, naquela época, em disciplinas jurídicas autônomas, explica o fato de Pothier ter recorrido a uma categoria do Direito Civil tão logo se propôs a conceituar o fenômeno processual. Com Couture, todavia, veremos que nada demais ele fizera, senão apenas seguir as tendências acadêmicas que estavam em voga; duas delas, especialmente.

“*tempos*”, oito ou dez, em regra, à imagem do que se vê na ordinariedade dos códigos hispano-americanos atuais. Aí está a origem do instituto da *preclusão*. Cf.: ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. Tomo II. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 298.

¹⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **La Acción en el Sistema de Derechos**. Breña: Pacifico Editores, 2015, p. 09.

¹⁹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 27.

¹⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Belo Horizonte: VirtuaJus Revista Eletrônica, Vol. 4, nº 2, 2005.

A primeira: o *neoclassicismo*¹⁹⁸, que tencionou resgatar, como amostra de comparação aos problemas modernos, a tradição clássica da Antiguidade. O que Pothier alvitra no seu *Tratado das Obrigações*¹⁹⁹ é um ponto de vista rigorosamente romano. Na primeira fase do *período formular*, por volta de 150 a.C., os demandantes nomeavam livremente o árbitro (*iudex*) por um termo de compromisso em que convencionavam a eficácia da decisão arbitral. Malgrado o *iudex* ter de observar as diretrizes das fórmulas pretorianas, dispunha ele de cômoda independência na condução dos ritos e do julgamento. O direito romano arcaico não era mais do que uma arbitragem privada.²⁰⁰

A segunda tendência: o *contratualismo rosseauiano*²⁰¹, que, explicando a convivência social a partir de um contrato, induziu juristas de todos os cantos a fazerem o mesmo, em se tratando do matrimônio, das letras de câmbio, das associações e também do processo. O que Rousseau propõe a nível macroscópico, alega Couture, Pothier e outros propunham a nível microscópico.²⁰²

Contudo, a teoria do processo como *contrato* mostrou-se uma concepção débil para explicar a questão processual em toda a sua abrangência:

¹⁹⁸ Desde o último quartel do século XVII, a cultura europeia manifestou uma generalizada reação “antibarroca”. O classicismo francês, antes de modo disperso, passou a granjear os círculos intelectuais sob a forma de correntes arcádias ou neoclássicas. A arte cortesã, que chegara a um ponto morto com o fim da Renascença, é completamente superada pelo subjetivismo burguês. O século XVIII é o “*Século das Luzes*”. O Iluminismo pertence à burguesia, e o pensamento liberal, bradando os valores do indivíduo, prepara os caminhos da revolução. São retomados, como elemento estético, os modelos clássicos greco-latinos e a mitologia pagã do humanismo. O neoclassicismo estava em tudo: nas óperas de Haydn, Mozart e Beethoven; na arquitetura pastoril, com vigas paralelas, à semelhança da acrópole ateniense; na poesia árcaica dos inconfidentes mineiros; no ideário dos *founding fathers* americanos e dos revolucionários franceses... Cf.: HAUSER, Arnold. **História Social da Literatura e da Arte**. Volume II. Tradução: Walter H. Geenen. São Paulo: Mestre Jou, 1982, p. 645.

¹⁹⁹ POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las Obligaciones**. Ciudad de México: Dirección de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial do Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

²⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 45.

²⁰¹ Durante a guerra dos Sete Anos (1756-1763), França e Inglaterra lutaram pela posse de territórios coloniais. Contra os desmandos do Estado absolutista, Jean-Jacques Rousseau publicaria *Emílio*, obra em que enceta a “*educação natural*” e o “*bom selvagem*”, e *O Contrato Social*, em que discute a fundação da sociedade civil – ambas de 1762.

²⁰² COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 40.

Só subvertendo a natureza das coisas, é possível ver no processo (situação impositiva, na qual um litigante, o autor, incita o seu adversário, opositor de seus desejos naturais, a contestar suas reclamações) o fruto de um acordo de vontades. (Tradução livre).²⁰³

Ora, não é sempre que os cidadãos se utilizam da função judiciária do Estado de forma espontânea – bem sabe o réu. É o que acentua Hugo Alsina: a proposta de Pothier não consegue explicar os institutos da revelia, da contumácia e da desistência.²⁰⁴ Acaso seriam por vício de consentimento as alegações de ilegitimidade processual? Acrescemos, com Leal, que a jurisdição, no século XVIII, já era obrigatória, e não dependia da autonomia privada das partes para tornar suas decisões coativas.²⁰⁵ A bem dizer, a arbitragem perdera fôlego desde a decadência do império, no século II d.C., momento em que, visando recuperar sua unidade política, Roma decidiu impor a vontade imperial sobre os particulares, valendo-se dos Editos *Perpétuo e Provincial*.²⁰⁶

Se o consentimento dos litigantes não é inteiramente livre, pensou Arnault de Guényvau, por eliminação: o processo só pode ser um “quase-contrato”. Soa redundante – e, de fato, é. Tem nos admirado o tratamento que recebe de manualistas abalizados, como uma teoria do processo independente. A valer, é uma rubrica à suposição de Pothier, não mais que uma emenda, e, por assim ser, derroga-se sob as mesmas objeções lançadas contra o próprio.²⁰⁷ Sem mais detalhes dignos de menção, endossamos a posição de Alcalá-Zamora y Castillo²⁰⁸, em pesquisa

²⁰³ COUTURE, Eduardo Juán. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 104.

²⁰⁴ ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo I: parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956, p. 416.

²⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 46.

²⁰⁶ CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva da. **Curso de Direito Romano**. Edições do Senado Federal, Volume 78. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 340.

²⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 129.

²⁰⁸ ACALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, Autocomposición y Autodefesa**: contribución al estudio de los fines del proceso. Ciudad de México: Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 123.

elogiável: “(...) *el concepto de cuasicontrato se halla mucho menos elaborado que el de contrato y resultan, por tanto, mucho más arriesgadas las manipulaciones con él.*”

Os privatistas consideraram o processo apenas pela perspectiva dos demandantes. As **doutrinas** que virão em sequência se notabilizaram pelo oposto. O austríaco, Anton Menger, esteve interessado na reação proletária que se alastrou pela segunda metade do século XIX, e atribuiu ao juiz a função de equacionar o desequilíbrio social. *Ex officio*, o magistrado deveria atuar como advogado da parte hipossuficiente, inclusive no momento da instrução. Para tanto, Menger supôs que uma ampla reforma nos regramentos processuais deveria acontecer, mas, até lá, recomendou: “*En el período transitorio, aquellas funciones judiciales podrían confiarse á los Abogados de los pobres, los cuales podrían ser nombrados en número suficiente y pagados por el Estado.*”²⁰⁹

Oskar Bülow, por seu lado, ocupou-se de desenhar um **poder** judiciário para o novel Estado alemão, em vias de se unificar. Sua *magnum opus*²¹⁰ antecede em três anos o fim da Guerra Franco-Prussiana (1870-1871), que culminaria, duas décadas depois, com a proclamação do 2º Reich pelo *kaiser* Wilhelm II. A expulsão dos franceses da Alsácia-Lorena, liderada por Bismarck, marca o último capítulo da unificação dos reinos prussianos, originando o Império Alemão.

Observemos que o trabalhismo de Menger e o chovinismo de Bülow apresentam resultados semelhantes: a ênfase na dimensão pública da atividade processual; no entanto, são resultados colhidos por vias absolutamente distintas – impõe ressaltar. As relações que se veem entre o *socialismo processual* e a teoria do processo como *relação jurídica* carecem, não raro, de parcimônia.

Os historiadores do Direito Processual chamam essa época de “*Idade de Ouro do Processualismo Germânico*”²¹¹. Ali, vemos a célebre disputa de Bernhard Windscheid e Theodor Muther, sobre o conceito de “ação” (*Klagerecht*), posteriormente estudada por Heinrich Degenkolb; as lições pioneiras de Bethmann-

²⁰⁹ MENER, Anton. **El Derecho Civil y Los Pobres**. Traducción: Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 127.

²¹⁰ Em Giessen, no ano de 1868, é publicada *Die Lehre von den Prozesseinreden un dir Prozessvoraussetzungen*, a “Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”.

²¹¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. Tomo II. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 309.

Hollweg, o precursor da “relação jurídico-processual”; a evolução do conceito de “pretensão” (*Anspruch*) pelos estudos de Adolf Wach; a interlocução de Conrad Hellwig e Friedrich Stein em torno da “coisa julgada” (*Rechtskraft des Urteils*); a ideia de “coisa julgada material” (*Materielle Rechtskraft*) proposta por Josef Kohler e Jahrb Pagenstecher; e o processo administrativo de Otto Mayer. Quase todos, com efeito, se arremeteram à volta do capital científico de Oskar Bülow.

O avanço universitário dessa incipiente processualística também se serviria da dedicação dos austríacos, como Julius Glaser e Franz Klein, este último, fiel discípulo de Menger, com relevante trabalho na esfera legislativa, dada a sua posição de ministro da justiça do Império Austro-húngaro. A escola suíça, de igual forma, frequentou os “anos áureos” do processualismo acadêmico, com destaque para Heusler e seu notável trabalho sobre as vias probatórias.

Já no início do século XX, serão as letras italianas a trazerem aportes proveitosos para a doutrina de Bülow. Giuseppe Chiovenda é, sem contradita, o maior de seus representantes. Afora as muitas adaptações, a teoria do processo como *relação jurídica*, definitivamente, ganhara solidez. Referenciando-a, é que incontáveis institutos do Direito Processual foram delineados por Chiovenda e seus alunos.²¹² O processo civil do século XX pertence a Itália. Vem mesmo daí o equívoco de estudiosos respeitáveis, como Alsina²¹³, quando percorrem, apressados, de Bülow aos italianos, sem estada na vastíssima produção alemã que os medeia. Ora, basta notar que Goldschmidt, para se contrapor ao processo bülowiano, só invocou nomes da academia alemã.²¹⁴ As exceções se limitaram à Bertolini e Chiovenda, pela Itália, e aos franceses, Dusquesne, Girard, Petot e Viard.

Seja como for, é imperioso entendermos porque a hipótese de Oskar Bülow assinala a emancipação do processo ante os conteúdos de direito privado. E, com tal intuito, é que julgamos pertinente passar em revista um importante capítulo histórico.

* * *

²¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal**. Tomo I. Traducción: José Casais e Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 108 e ss.

²¹³ ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo I: parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956, p. 413.

²¹⁴ É o que se verifica de suas referências bibliográficas. Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 536 a 557.

Na civilística dos romanos, o direito de agir era uma predestinação inerente à cidadania romana. É sabido por todos que Roma foi a civilização da tradição. Assim como o Senado simbolizava a *auctoritas patrum*, em alusão a autoridade patriarcal do núcleo familiar (a figura primeira da religião doméstica que intercedia pela divindade interior, nominada de “*lar familiae pater*”): o direito exercia o papel de preservar a cidade tradicional.²¹⁵ No período arcaico, lembremos que as leis eram aplicáveis exclusivamente aos romanos, descendentes dos quirites, os cidadãos, daí porque *ius civile*. Por esse ângulo, compreende-se a célebre definição de *actio* proposta pelo jurista Celso: “*ius persenquendi in iudicio quod sibi debeatur*”.²¹⁶ De fato, perseguir em juízo o que é devido só era mesmo possível para os que já nasciam credores. Na antiga Roma, a condição da ação era o próprio direito material, visto que o poder de agir já pressupunha titularidade sobre o mesmo. Não havia ação sem direito e direito sem ação.

De conseguinte, dispensou-se, ao trâmite das demandas, a noção de um único padrão procedimental – o que hoje chamamos de “ordinariedade” –, ainda que se estivesse diante de pretensões isomórficas. Era o misticismo da jurisprudência arcaica, regida por uma linguagem performativa, repleta de fórmulas e ritos, que revelava os apanágios dos titulares das “ações de lei” – as técnicas de analogia ou de uniformização das formas não se prestavam à cerimônia, uma vez que suprimiriam o encantamento da fala. Não se explica de outro modo a afirmação corrente de que, em Roma, não se conheceu a *actio*, mas as *actiones*: de que a civilística romana era mais um complexo de ações do que um sistema de direitos.²¹⁷

O que aí convém ser notado é que a *actio* poderia ser afastada em certas ocasiões; muito embora, em nenhuma delas, constasse a negação de sua validade. Quando, por exemplo, o *iudex*, seguindo a fórmula dos pretores, desconsiderava os efeitos de um negócio jurídico, cuja eficácia era suscitada por meio de uma ação, ele assim o fazia com base na *denagatio actiones*. O negócio jurídico seria nulo para o *ius honorarium*, as normas de elaboração pretoriana restritas ao âmbito da

²¹⁵ COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 74.

²¹⁶ PROVERA, Giuseppe. **A Noção Romana de Actio**. Seminários de Direito Romano. Brasília: Editora da UnB, 1984.

²¹⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 190 e ss.

litigiosidade; todavia, sua validade permanecia a mesma perante o direito quiritário, o *ius civile*. A propósito, encontraremos no *Digesto*, séculos à frente, a indicação de que a *denagatio actiones* nunca esteve apta para produzir os efeitos da *res iudicata*.

Algo semelhante ocorria no caso da “*exceptio*”. Tratava-se de uma defesa indireta levantada pelo réu com vistas a paralisar uma ação proposta em conformidade ao *ius civile*. Sua utilização data-se do processo formular.²¹⁸ Na prática, era uma cláusula negativa inserida no formulário de julgamento (*iudicium*), a restringir a atuação do árbitro. Para proceder com a condenação do demandado, o *iudex* deveria, antes, identificar a ausência da exceção no cartapácio pré-sentencial. Do contrário, se não absolvido, o réu, ao menos, veria sua condenação reduzir-se.

As alegações excetivas, cumpre dizê-lo, não negavam o direito invocado pelo autor (coextenso ao direito de ação). Limitavam-se à uma resistência indireta com a finalidade de apontar os defeitos de sua postulação. De acordo com as *Institutas* de Gaio, uma fórmula que soubesse preparar o julgamento seria aquela que bem esmiuçasse suas partes “principais” e “acessórias”.²¹⁹ Era em face da *intentio* (uma das partes principais, em cujo teor encontrava-se o pleito do autor), que a *exceptio* (uma das partes acessórias) se insurgia. A juntada dava-se precisamente em sequência. Ouve-se, amiudadas vezes, que a *exceptio* se contrapunha à *actio*: é, certamente, uma imprecisão que não se pode admitir, sequer por cortesia acadêmica. A exceção jamais faria frente ao poder (“*ius*”) de ingressar em juízo (“*actio*”), imanente à condição de cidadão. Seu ataque, em verdade, dirigia-se à pretensão (“*intentio*”) mal postulada. O mérito, portanto, quedava-se incólume.

Oskar Bülow, em vista disso, tomou firme posição. Não era difícil, dizia ele, vislumbrar que, à margem da relação de direito material, sobre a qual nascera o litígio, subsistia uma relação processual com regras próprias, cuja inobservância inviabilizava o debate dos litigantes. Entretanto, estar a cargo do contestante conferir

²¹⁸ IDUARTE, Marta Morineau; GONZÁLEZ, Román Iglesias. **Derecho Romano**. 4ª Ed. Ciudad de México: Oxford University Press México, 1998, p. 95.

²¹⁹ As partes principais eram compostas pela *demonstratio*, *intentio*, *audiudicatio* e *condemnatio*. Antes delas, estava a cláusula de designação do árbitro (*iudex esto*). Já as partes acessórias só podiam ser inseridas na fórmula a requerimento das partes – eram elas: *praescriptio*, *exceptio* e *replicatio* (*duplicatio* ou *triplicatio*, em certos casos). Cf.: MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 224 e 225.

a lisura de tais regras era o que lhe causava incômodo. Havia aí um domínio de “natureza pública”, e seu controle jamais seria de competência do réu. Assim é que propõe uma revisitação ao instituto da exceção, a fim de evocar o verdadeiro sentido que os romanos o conferiram: “(...) *yacen en la penumbra las más importantes y básicas ideas procesales, oscurecidas por una construcción conceptual inadecuada y una errónea terminología.*”²²⁰ A *exceptio* sobrevivera ao tempo, mas não sem os golpes de estouvadas interpretações – é o que Bülow vem dizer.

Ora, se é contra a *intentio* que a *exceptio* se levanta, sua aplicação não ultrapassa os limites da relação litigiosa. A exceção dos romanos não poderia, em absoluto, ser uma “*exceção processual*”, na acepção direta do termo, por uma impossibilidade topológica: a *actio* permanecia intocável. Para Bülow, impunha-se, então, uma reformulação terminológica. Doravante, há que se falar em “*pressupostos processuais*”²²¹, que, para além das exceções, variantes à casuística, determinarão o desenvolvimento válido e regular de todo e qualquer processo.²²² Por consequência, também há que se falar que a convalidação da relação processual não mais estará relegada aos interesses do demandado. A autoridade estatal, de ofício, é quem decidirá o que é e o que não é “processo”, mediante a verificação de seus *requisitos de admissibilidade*. Nesse sentido, vejamos André Cordeiro Leal, em primorosa tese de doutoramento:

A troca de “*exceções*” por “*pressupostos*” tornaria patente, a partir de então, o fato de que o controle da relação processual, porque atribuição do julgador, não poderia continuar a ser entendido como uma autorização do réu ou algo que se originaria exclusivamente de sua provocação.²²³

²²⁰ BÜLOW, Oskar. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Pressupeustos Procesales**. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 15 e 16.

²²¹ Goldschmidt se pronunciou a esse respeito: “*El hecho de haber liberado éstos de sus antiguas trabas constituye el mérito inolvidable de Bülow.*” Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 23.

²²² “*Según lo dicho, no puede ya pensarse que el compejo de presupuestos procesales debe ser mirado desde el punto de vista de las excepciones procesales, como ha ocurrido sempre hasta ahora.*” BÜLOW, Cf.: Oskar. **La Teoría de las Excepciones Procesales y los Pressupeustos Procesales**. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964, p. 296.

²²³ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 43.

É verdade que Búlgaro de Bolonha e Bernardo Dorna, dois comentadores do baixo medievo, já descreviam o “estar em juízo” como um ato de três personagens: juiz, autor e réu (“*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*”). Cordeiro Leal leciona que o vocábulo “*actum*”, no étimo original, faz referência a uma relação obrigacional de direito privado, o que afastaria a origem medieval da concepção bülowniana.²²⁴ É amplamente aceito que Bülow, ao reputar o processo como uma relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu, tenha se orientado pelos jurisprudências italianos. Tendemos a concordar com a corrente majoritária, sem embargo da advertência suscitada por Cordeiro Leal.

É que Bülow somente (e tão somente) deslocou a privacidade das obrigações para o enredo do publicismo. Cabe lembrar que no processo de Pothier haviam requisitos obrigatórios para a formação da coisa julgada – e não vem ao caso o fato de serem idênticos aos de um instrumento privado do direito civil: capacidade, objeto lícito e forma legal.²²⁵ Se é certo que os pressupostos bülownianos, em matéria pública, devem ser atendidos pelas partes, não menos certo é que os requisitos contratualistas de Pothier, em matéria privada, também o devem. É só uma questão de enfoque – quando cotejados entre si, não revelam intenções distintas. Os vínculos obrigacionais não deixaram de existir na teoria do processo como relação jurídica. Couture é certo, nesse sentido, ao escrever que a relação jurídico-processual veio para demarcar os deveres e poderes dos “sujeitos” do processo.²²⁶ É impossível desconsiderar que, aferrado ao voluntarismo do antiquado direito subjetivo, Bülow subordinou o réu ao autor, e ambos ao juiz. À semelhança das obrigações civis, o processo bülowniano é fracionado em focos de subordinação: os famígeros “polo ativo” e “polo passivo”.

²²⁴ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008, p. 38.

²²⁵ ACALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, Autocomposición y Autodefesa**: contribución al estudio de los fines del proceso. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 123.

²²⁶ COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4ª Ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 111.

Nesta altura, acha-se o ponto capital da impugnação de James Goldschmidt. Segundo ele, o que Bülow chama de “*pressupostos processuais*” não passa, na realidade, de pressupostos para uma sentença de mérito. O processo existirá, observando-os ou não: é apenas o exame meritório que se prejudica em virtude de sua inobservância. Explicar a “natureza” do processo pela imposição de requisitos à sua existência é tão cômodo quão impreciso. Começa que, nesse caso, os requisitos só se prestam à aferição da “*idoneidade*”²²⁷ do ato processual, mas não da sua existência. A (in)admissibilidade é sempre ulterior, e informa como o processo deve ser realizado à mira de sua eficácia; todavia, nada diz sobre a processualidade em si mesma. A proposta bülowiana, efetivamente, ainda se demorava na “*escola privatística e ortodoxa*”, da qual pensou ter saído – cumpriria uma nova ruptura:

Es un antiguo error de la construcción jurídica, el creer que los conceptos del Derecho privado se convierten en públicos o procesales por agregárseles el epíteto “público” o “procesal”. (...) es preciso buscar las categorías que son adecuadas al Derecho procesal.²²⁸

Foi sob o dístico de “*crítica ao pensamento processual*” que, em 1925, *Der Prozess als Rechtslage* ganhou publicação. “*Producto de larga gestación que se inicia antes de la Guerra Europea y concluye siete años después, es el libro más revolucionario desde la llamada edad de oro del procesalismo alemán*” – narra, efusivo, Alcalá-Zamora y Castillo.²²⁹ A teoria do processo como relação jurídica contou com opositores diversificados – August Hegler, Wilhelm Kisch e Leo Rosenberg, dentre os de alta qualificação.²³⁰ Mas é forçoso convir que Goldschmidt foi, com sobras, o mais contundente de todos. Salta aos olhos a densidade filosófica de sua obra, incomum até mesmo na afamada *Escola Sistemática*, de Francesco Carnelutti.²³¹ É fora de dúvida que não se desatou da hegemonia hegeliana, que

²²⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 81.

²²⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 13.

²²⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Bio-bibliografía. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 149.

²³⁰ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General del Proceso**. 3ª Edición, revisada y corregida. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1997, p. 50.

²³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 4 Volumes. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

também acometera Bülow, reinante na academia europeia do século XIX e início do XX; contudo, seu esforço acadêmico é bastante louvável.

O processo não é uma relação jurídica. Não há vínculos de obrigação entre as partes e o juiz. O réu não está, *ex ante*, subordinado ao autor. E a atividade processual, enfim, não se dá de maneira harmônica, ou melhor, com uma finalidade mútua, uma vontade comum. Todas essas são características de um negócio jurídico regido pelo direito material. A noção de “*imperativo*” não pertence, pois, ao processo. Bülow permaneceu apegado à inação do direito privado. A relação jurídica de índole processual, cujos pressupostos instituíam prerrogativas e imposições, soava à Goldschmidt como um ressaibo hereditário de urgente erradicação. Faltava-lhe, certamente, “*dinâmica*”²³².

Remonta ao direito romano tamanha “cooperação” para a resolução do mérito.²³³ Não é que os romanos, em litígio, fossem cordiais; mas recordemos que havia ali uma interlocução pré-processual, na medida em que escolhiam voluntariamente o árbitro da controvérsia. Aliás, era o ato testemunhal das partes (*cum testari*), ao assentimento da vontade do *iudex*, uma condição sem a qual o trâmite não ocorreria: donde vem o vocábulo “*litis-contestatio*”, a judicialização regular do pleito.²³⁴ A asserção de Pothier e Guényvau foi absolutamente anacrônica, tendo em vista a obrigatoriedade da *iurisdictio*, em pleno século XVIII. Porém, não seria impossível objetivar a autonomia contratual dos particulares em requisitos imperativos de direito público. O resultado traria apenas o que já estava evidente, a autoafirmação do Estado moderno. Não é simplório concluir que esse tenha sido o movimento feito por Bülow, em que pese o seu arranjo ideológico, obviamente, dispor de maior detalhamento. Se o processo bülowiano é simpático ao privatismo, e é, está aí a explicação.

Por outro lado, admitamos, com efeito, que há, sim, uma obrigação do juiz de atuar quando provocado junto aos casos de sua competência. Goldschmidt não a

²³² GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 228.

²³³ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 81.

²³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14^a Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 133.

rejeita; no entanto, diz que se trata de uma obrigação decorrente da própria investidura: é um dever funcional (“*Amtspflicht*”), inerente às atribuições do cargo. Rege-se, conseqüentemente, pelas normas do Estado, de cunho administrativo – “(...) *a negação da justiça não é apenas uma violação do dever de um funcionário público, mas, acima de tudo, o dever do Estado de fornecer justiça*” (tradução livre).²³⁵ Portanto, as obrigações impostas ao magistrado em nada derivam de uma relação jurídica firmada com as partes em sede processual.²³⁶

O mesmo se pode considerar a respeito dos litigantes. Eles não firmam uma relação jurídica com o julgador apenas por requererem uma resposta estatal aos seus problemas. Não há outro vínculo, nesse contexto, que não os já existentes entre o cidadão e a administração governativa.²³⁷ A sujeição do particular à função jurisdicional é congênita ao próprio juízo natural, de vez que, se assim não fosse, estaríamos entregues à autotutela.²³⁸

Goldschmidt quer demonstrar que as partes estão livres para agirem como melhor lhe aprouverem, desde que suportem o **ônus** correspondente.²³⁹ O não comparecimento do réu, por exemplo, “*no implica otra sanción que no la continuación del pleito sin su presencia, es decir, el juicio en rebeldía.*”²⁴⁰ Não há um dever inafastável de provar, de arguir, de declarar, de recorrer... Logo, os pressupostos processuais não enunciam a existência do processo, mas tão-só as **possibilidades** de atuar com êxito dentro dele. É a incerteza que constitui a processualidade, repetimo-lo frequentemente.²⁴¹ O dinamismo processual abrevia o direito legislado a um mero conjunto de **expectativas**. Seja lá o que se entenda por “pressuposto”, é

²³⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 79.

²³⁶ “*Claro está que incumbe al juez la obligación de conocer la demanda: pero para se fundar esta obligación no se precisa de una relación procesal.*” Cf.: GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 20.

²³⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 21 e 22.

²³⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 91.

²³⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 335 e ss.

²⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 23.

²⁴¹ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 65 e 66.

qualquer coisa que esteja presa ao imaginário do legislativo. É, no todo, “*metafísica*”, porque não se coaduna com o processo da prática, do empirismo forense, onde as suposições prévias (pré-supostas) se perdem na imprevisibilidade da decisão judicial.

Havemos de dedicar um capítulo inteiramente ao estudo do ônus – é uma questão que merece ser ampliada, por constituir um dos passos fulcrais da doutrina goldschmidtiana. Antes, todavia, frisemos um outro aspecto vindo no mesmo segmento.

Se as partes estão livres de obrigações, agindo consoante o direito potestativo que lhes assiste, o juiz, por extensão, também ostenta idêntica autonomia. Sem imposições e faculdades na esfera processual, duas consequências são notórias: os demandantes respondem pelos encargos que omitirem; e o julgador flaina livremente nas andanças da hermenêutica.

É claro que esta não foi sua intenção, mas Goldschmidt só fez legitimar o decisor bülowiano. Por sinal, legitimidade é algo que não mais lhe faltará. Sem contas a prestar e sem deveres a limitá-lo, o magistrado age, permanentemente, sob um salvo conduto. “(...) o direito subjetivo, que Goldschmidt tanto combateu, migrou, em sua teoria, para a atividade jurisdicional do juiz” – escreveu Rosemiro Pereira Leal.²⁴² A liberdade indemarcada é mesmo uma liberdade-em-vão. Ir e vir é também um privilégio dos animais. A ampla-defesa dos praxistas, porque pensada ilimitadamente ampla, tem sua amplitude, no fim das contas, demarcada pelo pulso firme da autoridade. Não nos socorre ser livre, sem sabermos para onde ir...

A liberdade das partes custou para Goldschmidt o valor de sua teoria. Houvesse Bülow conhecido a *situação jurídica*, vinte anos após sua morte, e, do que escreveu, algumas poucas alterações teria feito. É uma corroboração brilhante, temos de reconhecer. A *relação jurídica* não precisava de tanto para enfatizar a função judiciária do Estado. Bastava não interferir na independência das partes e exigir que elas fizessem o mesmo quanto à sua. Piero Calamandrei, em tributo à obra de Goldschmidt, publicou um artigo de nome “*Un Maestro di Liberalismo Procesuale*”. O que o eminente jurista italiano não suspeitou é que a mão invisível dos liberais, no mercado do processo, bate forte com o martelo, aos olhos nus dos litigantes.

²⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 136.

* * *

A dialética é implacável... Mormente aos que tem fé na realidade. O eixo de seu esclarecimento é idêntico a si mesmo e o “agir esclarecido” se autorreproduz na esteira inesgotável da eternidade. James Goldschmidt homologa a vida que vige, tentando a sua refutação. O mais brilhante de seus filhos, Werner Goldschmidt, não se constrangeu ao reconhecer que o empreendimento teórico de uma vida esteve sempre em harmonia com os que lhe serviram de contraponto. Encontraremos sua confissão no prefácio do manual de Prieto Castro, penalista espanhol, colhida por Aury Lopes Júnior:

(...) mientras la teoría de la situación destaca lo que ocurre en el Derecho cuando éste opera en el plano dinámico del proceso, la teoría institucional, señala Aragonesees Alonso, se mueve en el mundo abstracto de los conceptos. Por ello, estas dos posiciones no sólo se ofrecen como incompatibles, sino como complementarias, **de la misma forma que pueden concebirse como complementarias a la teoría de la relación.** (*Grifo nosso*).²⁴³

Mas é Alsina, a nosso ver, quem melhor identificou o logro da ideologia de Goldschmidt. Ressalvamos que ele o fez em defesa de Bülow; porém, suas objeções em muito se comunicam com a propedêutica adotada em nossas *Noções Preliminares*. É também verdade que seu entendimento sobre epistemologia é frágil, pelo que se comprova da terminologia polissêmica: “*doutrina*” e “*ciência*” não possuem os mesmos compromissos, mesmo que, eventualmente, contemplem os mesmos objetos. Sem mais embargos, diz ele:

La teoría de la situación jurídica destruye sin construir; (...). Esta doctrina considera o proceso no como debe ser, sino como es as veces; (...) es un criterio demasiado realista que no puede constituir el fundamento de una doctrina científica.²⁴⁴

²⁴³ *Apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017, p. 344.

²⁴⁴ ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo I: parte general. 2ª Ed. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956, p. 423.

Passemos, com isso, ao estudo sintético de alguns tópicos do compêndio goldschmidtiano, uma vez superada a árdua tentativa de mapear seu itinerário teórico.

2 AS CARGAS PROCESSUAIS E O ÔNUS DA PROVA EM GOLDSCHMIDT

A ontologia hegeliana elevou a dialética ao posto de condutora da realidade. As contradições de seu movimento não se dão apenas em ideias; a colisão dos opostos não se dá apenas em conceitos. É na concretude do existir que o homem regressa ao “*Uno*”, sob os desígnios providencias. A “síntese” não é, portanto, uma mera convicção do pensamento. Estamos diante dos rumos palpáveis que a existência toma dia após dia. Por isso é que Marcuse destaca que a unicidade do sistema de Hegel é, antes, uma “*ação unificadora*”²⁴⁵. Nas várias quadras da história, teses e antíteses não dialogaram por abstrações. Superado o *noúmeno* kantiano: **ser**, **pensar** e **fazer** tornaram-se uma coisa só. A partir de Hegel, para conhecer, é necessário agir.²⁴⁶

Ora, “a realidade é racional”. Se bem-sucedida, a *práxis* é um aceno positivo da *Providência*. O peso do não-agir pode ser fatal. A omissão afasta o homem do fado que lhe foi reservado. Assim sendo, o nascedouro da realidade não é outro, a não ser uma “ação criadora”; noutros termos: o progresso dialético só é possível com essa “*acción conceptuante y conceptuada*”.²⁴⁷

Na progressão processual, isto é tudo que sobra às partes: agirem! Só assim saberão se a lei as assiste:

A luta das partes constitui a essência do processo, impondo-as a necessidade de agir, vale dizer, de empregar todos os meios de ataque e defesa. A consequência do descuido de uma delas é o agravamento de sua situação processual, isto é, o avanço da perspectiva de uma sentença desfavorável. (Tradução livre).²⁴⁸

²⁴⁵ MARCUSE, Herbert. **Ontologia de Hegel**. Traducción: Manuel Sacristán. Barcelona: Ediciones Martínez Roca, 1970, p. 34.

²⁴⁶ Aspecto marcante da filosofia do século XIX, o fato de que, não apenas esforçando-se para compreender o mundo, apresenta, *ad latere*, manifestos de atuação, organogramas, cartilhas de conduta e filiação de partidários. A militância não mais se divorciou da técnica filosófica, e os arroubos marxistas são exemplos protocolares até os nossos dias.

²⁴⁷ MARCUSE, Herbert. **Ontologia de Hegel**. Traducción: Manuel Sacristán. Barcelona: Ediciones Martínez Roca, 1970, p. 269.

²⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 92.

Quem, das partes, melhor traçar uma estratégia, pode levar a disputa para o raio de seu interesse. Quem se omitir talvez não tenha o azo da redenção: “(...) *a mais grave culpa contra si próprio é deixar passar uma **oportunidade** (...), este princípio não somente tem valor no processo, como também na vida*” (grifo nosso).²⁴⁹

Nada obstante, à frente das oportunidades fatalmente se postará o pontífice da verdade, para a derradeira conciliação dialética. Goldschmidt não foi somente um extraordinário complemento à Bülow, como dissemos há pouco. Para além, forneceu ele contornos aterradores ao processo bülowiano: o julgador tornou-se um mensageiro do destino.

No corpo-a-corpo com o acaso, o ônus saúda a fortuna e o baldão. Caminhando pelo incerto, as partes avançam às cegas, dialogando (*di-alethes*) com o futuro, até o choque do **encontro**. Neste capítulo, discutiremos a vertente dialética do processo, em Goldschmidt, a partir do plano procedimental.

2.1 A Classificação do Ônus e dos Atos Processuais na Doutrina de James Goldschmidt

O ônus é um móbil do próprio interesse. Nisto é que se difere do dever: não é um imperativo extrínseco, imposto pela lei ou por terceiro. Vimos que no processo não há deveres. A atuação das partes não é um comportamento exigível mediante contraprestação ou sanção. Mas, se ao cabo da atividade processual, desejam elas ter reconhecidas suas pretensões, cumpre que, ao menos, se desincumbam dos ônus de que sejam acometidas. Dessa forma, o conteúdo de qualquer ônus processual é sempre a exigência de uma atuação direta da parte.²⁵⁰

²⁴⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 66.

²⁵⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 95.

No tópicos em que explicamos *A Lei e o Direito em Sentido Processual para Goldschmidt*²⁵¹, observamos que o processo se traduz num conjunto de possibilidades, expectativas e cargas. *“En realidad, non se trata de derechos propriamente dichos, sino de situaciones que podrían denominarse con la palabra francesa: ‘chances’.”*²⁵² Observamos também que a categoria das “possibilidades” se refere às situações de vantagem auferidas pela realização de um ato específico; supõe, pois, uma conduta ativa dos litigantes no prélio procedimental. Aí é que, entre as cargas e as possibilidades, há uma correlação facilmente detectável. Abster-se de uma carga, sem amparo legal, é desperdiçar uma possibilidade de êxito.²⁵³ Essa omissão, diz Goldschmidt, denomina-se *“culpabilidade processual”*. O elemento de culpa, em tal caso, não é aferido por uma lesão praticada à terceiros. O ônus processual se resolverá, invariavelmente, em prejuízo de quem o omite.²⁵⁴ Nesse sentido, Goldschmidt decide desmembrá-lo em dois tipos: perfeitos e menos perfeitos.

O *“ônus perfeito”*, uma vez descumprido, provoca ao litigante omissor um prejuízo imediato. As preclusões temporais servem de exemplo. Não observado o prazo para recorrer, o ato recursal é imediatamente intempestivo – *“No es trascendencia que el perjuicio se produzca (...)”*²⁵⁵ Por outro lado, há prejuízos que exigem a apreciação do magistrado. O descumprimento do ônus é patente, mas as perdas do descumpridor precisam ser declaradas. À primeira vista, talvez não seja um engano pensar que a resposta do réu, se apresentada fora do prazo, seja o descumprimento de um ônus perfeito. É fora de dúvida que o revel tem sua defesa prejudicada tão logo a descure. Mas convém indagar se as alegações do autor serão reputadas como verdadeiras em todos os casos. A revelia resulta de um ônus perfeito até o exame de seus efeitos. Daí à frente, dada a apreciação do magistrado, é tida

²⁵¹ Páginas 48 a 54.

²⁵² GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 58 e 59.

²⁵³ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 203.

²⁵⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 75.

²⁵⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 109.

como um “*ônus menos perfeito*”.²⁵⁶ Tomemos como amostra a legislação processual brasileira. O pleito do autor não tem presunção de veracidade, se houver (não em cumulação): I) pluralidade de réus, dos quais um não tenha sido revel; II) litígio que verse sobre direitos indisponíveis; III) ausência de documento indispensável à prova do pedido; e IV) alegações inverossímeis.²⁵⁷ Os efeitos secundários da revelia decorrem de um ônus, dirá Goldschmidt, cuja dimensão do prejuízo depende de um *arbitrio iudicis*. Relevante constatar, por último, que não há um ônus de todo “imperfeito”. Se o ônus não leva prejuízos para quem o descumpra, não há ônus nenhum.

À vista disso, percebamos que a posição do litigante no processo é definida por uma ação ou omissão, de sua parte ou da parte contrária. As situações jurídicas se determinam pela negligência ou diligência de atos processuais. São eles que “*dan vida a la situación jurídica procesal, es decir, que crean, modifican o extinguen las perspectivas, posibilidades y cargas procesales, o la liberación de estas.*”²⁵⁸ James Goldschmidt elaborou um catálogo minucioso de atos processuais, com uma criteriolgia variada, concernente à função, estrutura, finalidade e natureza.²⁵⁹ Para fins didáticos, dois grandes blocos nos permitirão seguir do geral ao específico, sem nos demorar em detalhes inoportunos. Insta apenas salientar que a taxionomia de Goldschmidt se baseou no Código Processual prussiano. Tanto quanto possível, procuraremos contextualizar os termos empregados.

Quanto aos “sujeitos”, tem-se os atos das partes e do juiz.²⁶⁰ Uma classificação elementar, incauta quiçá, certamente aprazível ao principiante da área, mas algo inusitada para um tratado acadêmico da envergadura de *Der Prozess als Rechtslage*. Não há muito o que se discorrer para mais do que a simples nomenclatura

²⁵⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 109.

²⁵⁷ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigo 345. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar., 2015.

²⁵⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 228

²⁵⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 227 a 315.

²⁶⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 364 e ss., 495 e ss.

sugere. Devemos apenas ressaltar que esse critério suprime a atuação de inúmeros “sujeitos” auxiliares que, muito amiúde, também desempenham atos específicos no processo (testemunhas, oficiais, peritos, administradores, leiloeiros, etc.).²⁶¹ É também pertinente a ressalva de Alcalá-Zamora y Castillo, quanto ao fato de que a oposição de Goldschmidt à doutrina da *relação jurídica* não chegou a este tópico.²⁶² Entre as objeções goldschmidtianas, a negação dos “direitos subjetivos” no plano processual é de grande destaque. Assim mesmo, James Goldschmidt, à imagem de Wach e Chiovenda, bülowianos resolutos, não deixou de adotar um critério subjetivo à diferenciação dos atos processuais, critério já exaurido por seus antecessores.²⁶³ Nada de novo, até então.

Quanto ao “objeto”, dirá Goldschmidt que o cerne da atuação do juiz são os “*atos de resolução*”. Neles está contida a declaração de vontade do magistrado na determinação do que é “justo”. As resoluções se dividem em “*sentenças*” (decisões proferidas após a audiência de instrução, segundo lei prussiana), “*autos*” (decisões colegiadas – no Brasil e em Portugal, chamadas de “acórdão”) e “*decretos*” (decisões monocráticas ou unipessoais). Lateralmente, vê-se as “*comunicações*” (o que, no processo brasileiro, convencionou-se por “despacho”); os “*atos reais*” (que dizem respeito à logística procedimental: fornecimento e devolução de documentos, por exemplo); os “*atos de instrução*” (requerimento e valoração probatória); e os “*debates*” (condução das audiências).²⁶⁴

Do lado das partes, tem-se os “*atos de obtenção*” (*Erwirkungshandlungen*) e os “*atos de causação*” (*Beweisführungen*).²⁶⁵ Noutras traduções também se acham,

²⁶¹ ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo II: organizacion judicial, jurisdiccion y competencia. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956, p. 329 e ss.

²⁶² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. Tomo II. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, p. 58.

²⁶³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal**. Tomo II. Traducción: José Casais e Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922, p. 06.

²⁶⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 301 e 302.

²⁶⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 364 e ss. e 432 e ss.

sob a mesma designação, as expressões “atos de postulação” e “atos de constituição”.²⁶⁶ Os atos de obtenção (ou postulação) não induzem consequências instantâneas, porque dependem de outro ato para se consumarem. A solicitação de provas constitui exemplo frisante, já que não possui uma finalidade em si mesma. São atos que visam a obtenção de meios, cujos fins não lhe são acessíveis. Viabilizam, então, o percurso do procedimento, consoante o pleito do requerente. Daí porque, segundo Goldschmidt, ocupam o centro do processo: de obtenção em obtenção, talvez se chegue a uma sentença favorável.²⁶⁷

Já os atos de causação (ou constituição) produzem um efeito direto.²⁶⁸ Geram, sem intermédios, consequências frontais. Nesse quadrante, não percamos de vista o fato de Goldschmidt ser um “dualista”. O direito processual é a via instrumental para a realização do direito material. Logo, os atos de causação, argumenta Goldschmidt, quebrantam o processo, exatamente porque não são mediadores de novos atos. Não existem por si só, de vez que estão sempre numa relação de finalidade com os atos de postulação. À título ilustrativo, ele cita os “convênios” processuais, como a submissão, a transação e a conciliação; tanto quanto as “declarações unilaterais”: revogação, desistência e renúncia.²⁶⁹ Com os atos de causação, não ocorrerá a prolongação do *procedere*: para os dualistas, a atividade mediadora por excelência.²⁷⁰

* * *

²⁶⁶ Referimo-nos à tradução do manual “*Zivilprozessrecht*”, por Leonardo Prieto Castro, catedrático da Universidade de Zaragoza, publicada em espanhol pela Editora Labor, em 1936

²⁶⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 75.

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 228.

²⁶⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961, p. 110.

²⁷⁰ Couture explica que os atos de causação ocupam a periferia do processo, porque não são hábeis para desenvolver o trâmite processual. Por outro lado, os atos de obtenção, diz ele, são a própria essência da processualidade: “*basta pensar qué es lo acontecería se en un tipo determinado de proceso no fuera posible formular peticiones (...)*”. Cf.: COUTURE, Eduardo Juárez. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1979, p. 61.

Considerando que o dinamismo processual transmuta o direito posto num enigma movediço a ser desvendado pelo magistrado, cabe indagar em que medida todos esses atos influem na construção de sua decisão. Goldschmidt se atém ao conhecido *princípio dispositivo*, e aduz que o ônus de determinar a amplitude e o conteúdo das decisões judiciais pesa sobre as partes: “*ne iudex eat ultra petita partium*”. Incumbe aos litigantes o oferecimento de provas e alegações capazes de condicionar o esboço decisório. Tal o ônus de maior valor estratégico, ele afirma.²⁷¹ É donde vem sua predileção pelos atos de obtenção (ou postulação), já que, se aproveitados, são as melhores oportunidades de tangenciar o convencimento do julgador.

Certo, a omissão é crucial para a derrota. Mas ainda não sabemos o que vale a ação para o decisor goldschmidtiano. Começam, aqui, as distorções práticas do processo como *situação jurídica*. A atividade processual pouco se distinguirá de um **jogo** de azar. Para respondermos satisfatoriamente, talvez convenha introduzir o conceito de “procedimento”, tarefa olvidada por James Goldschmidt.

2.2 Procedimento e Processo: Institutos Similares em Goldschmidt

A leitura de Niklas Luhmann pode não ser tão aprazível ao fazzalarianos mais prosélitos. Dela se extrai indicações suficientemente claras de que o estruturalismo processual de Elio Fazzalari tem inconfessas raízes em James Goldschmidt.²⁷² Entretanto, não se segue daí que os significativos avanços trazidos pela concepção do processo como *procedimento realizado em contraditório* já se encontravam, todos eles, no compêndio goldschmidtiano. Se, de um lado, é descabido ignorar a interlocução entre ambos; de outro, é temerário reduzir a tese estruturalista à uma situação jurídica repaginada.

²⁷¹ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 82.

²⁷² LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Processo**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Coleção: Pensamento Político, Vol. 15. Brasília: Editora da UnB, 1980, p. 21 e ss.

A célebre distinção empreendida por Fazzalari, no final dos anos de 1970, aboliu a convicção singela de que “procedimento” é a mera exteriorização fenomênica do “processo”. Os bülowianos sustentaram essa celeuma por tempo indeterminado, com vistosa precariedade de argumentação.²⁷³ A obra de Fazzalali inaugura na disciplina do *processo* horizontes técnicos mais explícitos, argumenta Rosemiro Pereira Leal.²⁷⁴ Os modelos procedimentais passam a disciplinar a manifestação do arbítrio estatal.

Por procedimento, entendamos a atividade preparatória dos provimentos do Estado, estruturada em atos jurídicos sequenciais que se desenvolvem ao reflexo da lei. É **estrutura técnica** pela qual se encadeiam, na prolongação do espaço-tempo, atos legalmente reconhecidos. Na lógica estrutural do procedimento, os atos anteriores pressupõem os posteriores, sempre seguindo o molde especificado pela legislação atinente. Sucessivamente, encaminham o pronunciamento decisório do Estado – o ato consumativo do percurso procedimental. A decisão estatal é, de tal maneira, derivativa de sua preparação, porquanto expedida pela técnica estruturante de uma sequência lógica: *“cada um dos atos é ligado ao outro, à guisa de ser a consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue.”*²⁷⁵

Com o processo não se dá de modo distinto. Também ele é um procedimento técnico-estrutural. Todavia, diferente da modalidade genérica dos procedimentos, irá receber, no manejo de sua estrutura, a modulação do **contraditório**. O contraditório é a pedra de toque da processualidade, a qualidade que permite separá-la dos demais modelos procedimentais: *“alguma coisa a mais e diversa, uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: (...) justamente o **contraditório**.”*²⁷⁶

Uma vez inserida a garantia do contraditório na estruturação procedimental, alega Fazzalari, haverá processo. O processo, desse modo, provém de um atributo

²⁷³ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 247.

²⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 63.

²⁷⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 114.

²⁷⁶ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 119.

incorporado ao procedimento, denominado “contraditório” – continua: “*a participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória, na simétrica paridade de suas posições (...)*.”²⁷⁷ Daí vem a corriqueira asserção de que “processo” é espécie do gênero “procedimento”, cujo traço diferenciador é o atendimento do direito ao contraditório entre as partes.

Fazzalari alcunhou a teoria de Oskar Bülow de “*clichê pandectista*”. Não é um gracejo pejorativo, como pensam os instigadores. De fato, a relação jurídico-processual tem origem nas glosas romanistas, a despeito de se lançar como uma reação ao contratualismo processual, da preferência de Pothier, Guényvau e Savigny, inclusive. É certo que o contraditório fazzalariano não poderia contemplar, em caráter prévio, vínculos de exigibilidade, subordinação ou sujeição, sob as rédeas de uma relação jurídica (*vinculum juris*). É tão-só uma garantia e, como tal, não pode ser impositiva – assegura apenas que “*cada contraditor possa exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros (...)*.”²⁷⁸

Há muito mais de Goldschmidt, em Fazzalari, do que este último gostaria de admitir. Não se pode colocar uma obra do nível de *Der Prozess als Rechstalage* atrás de esparsas remissões. Em muitos trechos, a correspondência é quase discipular. Ora, em 1925, vimos a mesma autonomia ser conferida às partes: a abolição de deveres e imposições no plano processual, a liberdade dos litigantes na condução estratégica dos seus interesses, o entrechoque tático da pretensão e da resistência – tudo isso já era objeto das cogitações goldschmidtianas. Concordemos que as “*posições subjetivas de vantagem*”, de que fala Fazzalari, ao tratar das movimentações dos contraditores, nada traz de novidade, se comparadas com as “*possibilidades de êxito*” aludidas por Goldschmidt. O mesmo se diz da “*paridade de armas*”, expressão de Jhering repetida à exaustão na redação fazzalariana²⁷⁹, que bem poderia municiar a guerra atordoada do dinamismo processual.

²⁷⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 121.

²⁷⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 117.

²⁷⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 120.

Mostra-se uma crassa imprecisão pensar que a *relação jurídica* de Oskar Bülow tenha sofrido o primeiro baque com o contraditório estrutural de Fazzalari. Argumento análogo fora disparado por Goldschmidt com meio século de antecedência. Aliás, o maior avanço do estruturalismo processual não está aí. Calha recordar que a *situação jurídica*, mesmo acomodando um debate pareado entre autor e réu, confere uma soberania desmesurada ao juiz. O Estado-judiciário, benévolo doador do bem-estar social, é que ofertará os padrões desejáveis de civilidade à predação dos querelantes. **Medir** o decisor das situações jurídicas é, sem contradita, o êxito mais notável de Elio Fazzalari.

Nos limites lógicos do procedimento, o ônus é temporalmente repartido pelo regime de preclusões. O espaço-tempo da lógica procedimental coloca as partes em simétrica paridade. Os atos jurídicos do procedimento se enfileiram numa estrutura de coextensão, deslindada pelo tempo legal (prazo). De tal maneira, autor e réu marcham na malha métrico-temporal do procedimento, atentando-se para a duração fatal de seus atos.²⁸⁰ Se a cronologia procedimental concebe o ato anterior como pressuposto do posterior, a sentença há de ser o reflexo direto do soldo discursivo angariado na via preparatória do contraditório. Com Fazzalari, os acessos criativos da magistratura estão circunscritos à procedimentalidade do processo, uma vez que os fundamentos decisórios são erguidos pelos destinatários do provimento final antes mesmo de sua prolação.²⁸¹

Já em Goldschmidt, o ônus é uma oferenda singela, sem a qual o litigante desdenha da **sorte**. O desfecho da situação jurídica, à semelhança dos ritos herméticos, pertence aos domínios do mistério. É sobre-humana a intervenção do decisor: “*hercúlea*”, segundo um floreio renomado. Nesse **desequilíbrio de incertezas**, o instituto da prova assume sua configuração mais primitiva.

²⁸⁰ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Teoria Geral da Efetividade do Processo**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, V. 1, nº 1, 1º sem., 1998, p. 91.

²⁸¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992, p. 195.

2.3 Os Sistemas Históricos de Enunciação da Prova e a Teoria do Processo como Situação Jurídica

“*Týkhe*” foi o termo empregado por Aristóteles para se referir aos eventos de cuja causa nada se poderia asseverar.²⁸² Da ausência de causa, descende o acaso; mas é pelo vocábulo “*sorte*” que as traduções, comumente, o referenciam. As opressões do destino (*moira*) reverenciam a bonança e o infortúnio. Nas cambiâncias da incerteza, os homens procedem rumo à sorte que lhes foi destinada – às vezes benfazeja, não raro, porém, desditosa. *Moira* e *týkhe* se entrelaçam com agudeza no teatro grego, ofertando uma das cogitações mais intrigantes da filosofia ocidental: a liberdade autoral do homem ante o pendor incontornável das posições pré-fixadas.

É Hécuba quem diz, na tragédia homônima de Eurípedes: “*Nenhum mortal pode considerar-se livre; uns são escravos da riqueza, outros da sorte.*”²⁸³ Os punhos do acaso concebem o homem trágico... Em torno dele, enreda-se uma zona fronteira, onde a razão humana parece não atuar e os resultados de suas ações atingem as raias do imponderável.

Foi também Aristóteles que chamou de “*peripécia*” as reviravoltas do espaço-tempo, verossímeis e necessárias, mas extrínsecas aos arbítrios dos homens. Daí vinha a *katharsis* do auditório: tanto melhor a trama quanto maiores suas peripécias – é o que escreve na *Poética*:

Assim, no *Édipo*, o mensageiro que viera com a intenção de tranquilizar o rei e de libertá-lo do terror que sentia nas suas relações com a mãe, depois de revelar quem ele era, produziu o efeito contrário.²⁸⁴

A trilogia tebana é a mais bela expressão da debilidade do ser humano em face das certezas previamente assentadas pela relação *moira-týkhe*. Ao leitor, perdurará a dúvida sobre o desfecho infausto da narrativa, se os seus protagonistas

²⁸² ARISTÓTELES. **Física**. Traducción: Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Ed. Gredos, 1995, p. 44.

²⁸³ EURÍPEDES. **Hécuba**. Tradução: Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1992, p. 49

²⁸⁴ ARISTÓTELES. **Poética**. Tradução: Ana Maria Valente. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p. 57

não se esforçassem tanto para ludibriar o fado a que estavam jurados. Jocasta desafiará a retidão dos oráculos e, antes de perceber o seu equívoco, dirá com desdém: “*O acaso cego é seu senhor inevitável e ele não tem sequer pressentimento claro de coisa alguma.*”²⁸⁵ Não tardaria ela a saber que as linhas tortas do destino se esquivam dos atalhos, e que a cegueira da sorte seria, ao contrário, a cegueira de Édipo.

O ocultismo do fadário convocará seus eleitos consoante os anátemas da justiça divina – tem-se aí a **agonística** dos gregos. É condição comum ao estado hominal, pensavam eles, essa inépcia em conhecer e dirigir as variáveis que ajustam o destino. Pela perspectiva mitológica, os grandes dramaturgos traduziram um dos interesses basilares do pensamento filosófico.

Sófocles nunca escondeu seu entusiasmo pelas reflexões heraclíticas. Foi Heráclito o filósofo que descobriu a mudança (a **dinâmica**, para sermos apropriados), motivo por que é visto como o “*pai da dialética*”. Antes dele, a filosofia dos jônios, influenciada por ideias orientais, enxergava o *kósmos* pelo próprio *kósmos*. O elemento originário da constituição do mundo era parte integrante do mesmo mundo. Heráclito transcende o naturalismo que contempla na realização da *physis* uma estrutura estável. “*O kósmos, no melhor dos casos, é como uma pilha de entulhos reunidos ao acaso*”, disse ele. O universo natural não é o produto estático de todas as coisas, não é a somatória neutra de sua composição. É, na realidade, um processo ininterrupto. “*Tudo está em fluxo e nada em repouso*”, eis o mote de sua filosofia. Para Heráclito, toda a matéria, seja sólida, líquida ou gasosa, é como uma chama: é, primordialmente, fluidez e não coisa, pelo que a supõe como uma variação do fogo.²⁸⁶

É claro que o mundo antigo não apreendia os ditames da ordem jurídica senão através de exhibições prodigiosas e ruidosos fanatismos. Nos rituais da lei, muitos povos primitivos alcançaram rebuscada extravagância, ofertando sangue humano aos altares do julgador. O sacrifício de Ifigénia, em capítulo memorável da guerra troiana,

²⁸⁵ SÓFOCLES. **A Trilogia Tebana**. Tradução: Mário G. Kury. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1990, p. 61.

²⁸⁶ POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos, Volume I: o fascínio de Platão**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, p. 25 a 28.

ilustra com precisão a ingerência do mito na vida dos antigos. Nem mesmo a coragem de Agamémnon, à frente de seu poderoso exército, foi capaz de dispensar os favores do olimpo. Pouco antes de embarcar para Tróia, oferece sua primogênita ao capricho de Ártemis, tentando assegurar o bom êxito da expedição.²⁸⁷

Algumas dessas manifestações vão se aligeirando na vacilação dos séculos; contudo, lastimáveis sequelas de excentricidade ainda se notam em “liturgias” de tal natureza... Seria demasiado para o momento desenhar os sistemas de enunciação da prova em todas as suas especificidades históricas. O que, malgrado, não podemos omitir é que o tratamento probatório, sob a incerteza de Goldschmidt, reveste-se de um misticismo não menos irracional do que as oblações dos antigos. Em que eixo linguístico o instituto da prova foi articulado em sua teoria, faz-se agora o foco de nossa ocupação.

* * *

A força espiritual da palavra, na teia longínqua das experiências humanas, deu significação ao *ser*. Falar a verdade era fazer com que as coisas do mundo se refletissem no espelho da língua. No alvorecer de sua história letrada, o ser humano encontra a linguagem como uma realidade dada, de cuja efetividade não se diferencia a realidade física. Já dissemos, à luz de Cassirer, que essa totalidade causal entre *palavra* e *coisa* é peculiar à imagem mítica da existência.²⁸⁸ A dicção da natureza, em arrasadora metáfora, situa a linguagem no seio da ambiência, ao lado das plantas, ervas, pedras e animais.

Foucault explica que o aglomerado das sílabas era o depositário das virtudes que aproximavam o mundo de suas marcas. As línguas são várias, mas a natureza uma só. No caminho entre as figuras visíveis e os traços discursivos de sua decifração, lá estava a linguagem antiga, reveladora em si mesma: “*os nomes eram depositados sobre aquilo que designavam, assim como a força está escrita no corpo do leão.*”²⁸⁹

²⁸⁷ EURÍPEDES. **Ifigénia entre os Tauros**. Série: Autores Gregos e Latinos. Tradução: Nuno Simões Rodrigues. São Paulo: Annablume Editora e Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

²⁸⁸ CASSIRER, Ernst. **A Filosofia das Formas Simbólicas**. 1ª Ed. Tradução: Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 79 e ss.

²⁸⁹ FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Tradução: Salma Thanues Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 49.

Essa era a via pela qual Deus falava ao homem, prossegue Foucault, citando Claude Duret:

(...) os hebreus, os cananeus, os samaritanos, os caldeus, os sírios, os egípcios, os púnicos, os cartaginenses, os sarracenos, os turcos, os mouros, os persas e os tártaros escrevem da direita para a esquerda, seguindo assim o curso e o movimento diário do primeiro céu, que é muito perfeito conforme opinião do grande Aristóteles; (...) ao contrário dos supracitados, os mexicanos escrevem de baixo para cima, em linhas espirais, como as que o Sol faz sobre o curso anual do Zodíaco.²⁹⁰

No capítulo das provas, o estudo do direito processual se lança ao emaranhado sutil da linguística. A disposição dos meios intelectivos de prova é, antes, a disposição linguística da enunciação probatória. A prova é o ponto arquimédico da relação *linguagem-mundo*. É em meio as redes linguísticas e os sítios demarcados por sua significação que se estendem os elementos probatórios. Coletá-los é uma tarefa que não pode extravasar os limites da apreensão comum, ao menos se deseja ser inteligível. Uma prova psicografada só se prestaria à laica jurisdição quando alicerçada por rédeas linguísticas (...). A processualística moderna, a seu modo, não tardou a desconfiar dos entraves linguísticos ao acesso da realidade.

Alcalá-Zamora y Castillo, comentando a lei processual porto-riquenha, lamenta a influência anglicista que empobreceu a compreensão do instituto da prova na legislação daquele país. É que a “evidência” do direito bretão (*evidence*) não pode se confundir com a probática desenvolvida no *civil law*. Do contrário, o que chamamos de “instrumento de prova” é tomado, em reprovável engano, pelo grau de persuasão do seu conteúdo.²⁹¹ Também Carnelutti já havia percebido que a prova é tão-só a fixação dos fatos nos autos do processo, não se imiscuindo em juízos de verdade.²⁹² Mas a didática de Couture, novamente, tem a nossa predileção: “*La prueba civil, a pesar de lo que dicen ciertas definiciones legales, no es un medio de averiguación, sino un medio de controlar las proposiciones de hecho formuladas por las partes.*”²⁹³

²⁹⁰ FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Tradução: Salma Thanues Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51.

²⁹¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de Terminología Procesal**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972, p. 100.

²⁹² CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. Traducción: Niceto Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 44 e 45.

²⁹³ COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1979, p. 63.

Com efeito, a finalidade da prova não é mais do que a demarcação da causa de pedir remota, isto é: a visibilidade formal da origem fática da pretensão. Segue daí o brocardo latino “*ex autis, ex mundi*”: o que está fora dos autos está fora do mundo.

Os sistemas probatórios registrados na história da humanidade traduzem as formas pelas quais o homem se relacionou com a língua. Remonta às eras mais remotas dos agrupamentos societários o **sistema da certeza legal**. O que há de “legal”, em tal certeza, não é nada que promane de uma elaboração técnico-jurídica, a exemplo das modernas codificações francesas e alemãs. A legalidade, nesse caso, é natural, proclamada pela voz divina, nos sinais da sazonalidade ou na elucubração sacerdotal. Os critérios de decisão, a erigirem as vigas do *arbítrio*, são os juízos da lei divinatória (ordálias). Sacrifícios e holocaustos decidem a controvérsia. Os duelos corporais (*per pugnam*) são também usuais. Vemos aqui o exaurimento linguístico carregado no próprio elemento de prova (portador espontâneo de autoevidência), uma vez que a linguagem, mais imagética que propositiva, não se dissociava da expressão límpida da natureza.

As bases de certeza, ao longo do tempo, cederam lugar às bases de discricionariedade. A convicção se tornou *secundum conscientiam*, nos termos da clarividência e ilustração dos magistrados, a se guiarem pela ficção da aura social. É fenômeno facilmente detectável no *common law*, onde a predestinação dinástica nivelava a nobreza em inatos “direitos comuns”, prolatados pela sabedoria secular do *trial*. O juízo passa a se nortear por critérios personalíssimos, idiossincráticos, em intocável subjetivismo. Tal o **sistema da livre convicção**, no qual a decodificação linguística da prova encontra-se circunscrita à escuta prodigiosa dos julgadores.²⁹⁴

Parece ainda intrincada, para certa classe de processualistas, a acepção do processo como “*médium linguístico*”, proposta pela Teoria Neoinstitucionalista do Direito, da autoria de Rosemiro Pereira Leal. Esperamos que este brevíssimo ensaio sobre a linguagem probatória, sem pretensões de esgotamento, possa trazer alguma interface de compreensão. Nos regimes democráticos, a eficácia probante não é aferida pela sensibilidade dos leitores privilegiados da prova, e sim pelos referenciais lógicos do **discurso legal**. Sem a prévia designação de um paradigma jurídico-linguístico, que possa operacionalizar os níveis da processualidade, o instituto da

²⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 265.

prova permanecerá entregue aos modelos judiciaristas, hoje camuflados na retórica indevassável da hermenêutica filosófica.

Não por outro motivo, Leal esquematiza a realização procedimental da prova em categorias normativas com aptidão para fiscalizar a constitucionalidade da apreciação probatória. O procedimento, desde Fazzalari, assinala a organização temporal dos atos que preparam o pronunciamento decisório do Estado. Portanto, o **espaço** procedimental é balizado pelo **tempo** em que as articulações dos legitimados são postas segundo a **forma** legal. Observando as dimensões da procedimentalidade é que as linhas principiológicas da prova devem ser engendradas.

Em pioneiro estudo, Leal deduz três princípios para a efetivação da prova no procedimento. Começamos com a **indiciariedade**, que se caracteriza pelos componentes de integração da realidade sensorial. Os *elementos* do *espaço* informam os indícios a serem coletados ao sustento de uma hipótese probatória. Mas, para tanto, impõe-se um exercício intelectualivo à sua apreensão. É pelos *meios* do pensar, nos limites cognitivos do *tempo*, que os *elementos* do *espaço* se fazem perceptíveis (somatizáveis): eis o princípio da **idearidade (ou ideação)**. Traduzindo a realidade pensada para a *forma* legal, o *elemento* apreendido pelo *meio* é, por último, materializado num *instrumento*. Nesse ponto, tem-se a **instrumentalidade (ou instrumentação)**.²⁹⁵

É redundante dizer que os *meios* de ideação jurídica para elaboração do *instrumento* de prova devem ser idôneos, porquanto a mera existência do *elemento* na realidade espacial não abona a produção de provas *contra legem*. O reconhecimento intelectualivo do *elemento* no *espaço* não goza de liberdade irrestrita, e deve ser limitado pelos *meios*²⁹⁶ indicados em lei, sob pena de lavratura de *instrumento* eivado de nulidade. Se a declaração dos fatos testemunhais (*elemento*) for obtida por coação (*meio*), o respectivo depoimento (*instrumento*) não encontrará lastro na legalidade processual.

²⁹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 269.

²⁹⁶ Sem embargo dos porfiados estudos de Hernando Devis Echandía, a detalhada taxionomia dos meios de prova por ele proposta não se equipara à densidade teórica alcançada por Leal, o que não nos impede, porém, de sugerir sua valiosa leitura. Cf.: ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalía, 1970, p. 51 e ss.

Por isso é que Leal, ao formular a concretização da prova no âmbito procedimental, vale-se dos binômios *espaço-elemento (indiciariedade)*, *tempo-meio (idearidade)* e *forma-instrumento (instrumentalidade)*. Quem quer que pretenda assimilar a teoria do procedimento nas democracias contemporâneas, terá de passar forçosamente pelo estudo minucioso dos sistemas enunciativos da prova. A adoção deste ou daquele modelo probante definirá o teor democrático da ordem jurídica em vigor. Não há dúvida de que as categorias *espaço-tempo-forma* representam valorosa conquista ao processo constitucionalizado, tendo em vista que o arbítrio estatal só poderá se manifestar em cláusulas procedimentalizáveis.

O procedimento, no Estado Democrático de Direito, é instituto de impessoalização do referente probatório. Seus contornos espaço-temporais dimensionam a ordenação cronológica dos instrumentos de prova, eximindo-os das abordagens subjetivistas apenas reveláveis ao misticismo judicial. Daí a importância de se examinar as características do padrão procedimental adotado, já que, a depender de sua formatação, saberemos ou não se houve processo. “*O procedimento processualizado é a prova das provas*” – ensina Leal.²⁹⁷ Ora, compete ao **discurso processual**, pela mediação linguística de seus enunciados (direito-garantia da ampla-defesa, contraditório e isonomia), a depuração da estrutura do procedimento. De outro modo, o itinerário procedimental jamais será dotado de processualidade.

Fala-se muito, atualmente, no **sistema da persuasão racional**, em oposição aos arcaicos modelos da **certeza legal** e da **livre-convicção**. Certo, não é difícil objetar que as decisões do Estado, na contemporaneidade, possam derivar do *logos* naturalista, de matriz greco-romana, ou de um *nous* mitificado pelos *entimemas* idealistas da iconografia popular. Ocorre que, prescindindo da principiologia da prova, nos moldes esmiuçados pela Teoria Neoinstitucionalista do Direito, a linguagem probatória permanece atada às herméticas motivações da jurisdição, pouco importando as nomenclaturas engenhosas entre as quais os acadêmicos só fazem encobri-la.

Vejamos, senão, o aclamado “*garantismo processual*”, conferindo paramentos constitucionais ao voluntarismo da autoridade judicante, que passa a deter o monopólio interpretativo da Constituição, em nome do seu fiel cumprimento. Os

²⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 268.

garantistas não suspeitam que, sem a adoção de um paradigma linguístico à sinalização do percurso procedimental, o sentido normativo da constitucionalidade segue relegado às simpatias do intérprete oficial do Estado. Ainda uma vez: cabe ao processo, como “*médium linguístico*”, modelar a topologia do procedimento, a fim de que a cogitação das provas possa refletir o compartilhamento hermenêutico dos contraditores. Não será a fertilidade insaciável dos glossários jurídicos a subordinar a convicção do julgador em juízos *secundum legis*. A teoria da prova, em proposta democrática, há que se radicar no recinto discursivo da processualidade. Não sendo assim, impossível falar em “persuasão reacional”.

* * *

Da vasta bibliografia de James Goldschmidt, alguns excertos tem peculiar . De posse do que já pesquisamos, vejamos em que sistema enunciativo da prova sua teoria ganha enquadramento:

1) “*la justicia es una virtud que solo puede practicarse exclusivamente por la autoridad a la que le incumbe la constitución y la aplicación de derecho.*”²⁹⁸

2) “*la ley no debe pretender vincular incondicionalmente al juez.*”²⁹⁹

3) “*el destinatario de los actos de postulación es siempre el Tribunal o cualquier otro órgano de la administración de la justicia.*”³⁰⁰

À primeira vista, o processo goldschmidtiano nada deixa a desejar às formas interditas das sociedades herméticas. À semelhança dos ritos iniciáticos, cujo desfecho se encobria à vidência das pitonisas, tem-se em Goldschmidt a agonística da incerteza ante o arbítrio do Estado-juiz. O capricho das divindades faz de seus

²⁹⁸ GOLDSCHMIDT, James Paul. *Problemas Generales del Derecho*. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 26 e 27

²⁹⁹ GOLDSCHMIDT, James Paul. *Estudios de Filosofía Jurídica*. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947, p. 187.

³⁰⁰ GOLDSCHMIDT, James Paul. *Derecho Procesal Civil*. Enciclopedia de Ciencias Jurídicas e Sociales: ciencias jurídicas. Traducción: Leonardo Prieto Castro. Madrid: Editorial Labor, 1936, p. 228.

devotos joguetes da ritualística. Também o faz o julgador goldschmidtiano com as situações jurídicas em que se acham as partes. O juiz de James Goldschmit é um oráculo. Os atos processuais, de “obtenção” ou “causação”, são jogos de profecia, no panteão judiciário. Vemos Goldschmidt nas ordálias da “certeza legal”, certamente. Nem um otimismo cabalístico pode prever o resultado de seu processo. Mas o vemos ainda mais no olimpo racional do Estadojuiz, onde impera a “livre convicção”. Em suma, o que são as cargas, senão os direitos das partes imolados em nome da divindade jurisdicional? O que é mesmo o ônus, a não ser uma oferenda desgastada ao judiciário divinatório?

2.4 A Pretensão e a Defesa Perante as Cargas Processuais

Chegamos a este ponto a par da interdição do processo de conhecimento promovida pela doutrina da “situação jurídica”. O recinto lógico-procedimental, em cujo desenvolvimento se concatenam a atuação das partes, transforma-se, em Goldschmidt, num amontoado de atos processuais construídos ao acaso. A decisão final está, de tal modo, descolada do domínio lógico da procedimentalidade. As garantias constitucionais do contraditório e da ampla-defesa restam, inócuas, diante da absoluta incerteza do saber jurisdicional.³⁰¹

Neste quadro, pretensão e defesa bradam, isoladas, no confessionário do processo. A produção argumentativa das partes é uma indulgência modesta. Com a negação da *cognitio*, as oblações do contraditório dependem da empatia do Estadojuiz.

Sem a demarcação procedimental, o pleito de discursividade das partes não é mais do que um permanente dizer e contradizer sobre a matéria controvertida. Nesse encontro de incertezas, o falar da dialética é a fragmentação (*di*) da sorte (*alea*), diriam os latinos. Talvez Goldschmidt tenha mesmo se inspirado nas legiões romanas quando comparou o processo a uma guerra indefinida. Júlio César, às margens do rio Rubicão, pensou similarmente. Depois de vencer os embates na Gália, voltaria a Roma para enfrentar o triunvirato numa guerra civil, ao que disse: “*alea jacta est!*” É

³⁰¹ GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 59.

exatamente o que dizem os litigantes antes de ingressarem em juízo: a sorte está lançada!

3 GARANTISMO, ATIVISMO E PROTAGONISMO JURISDICIONAIS EM GOLDSCHMIDT

James Paul Goldschmidt era filho de judeus. Seu pai, Robert, alcançou sucesso como banqueiro na capital do Império Alemão, educando-o desde cedo na escola francesa. A formação jurídica viria depois, em 1893, com uma parte dos estudos em Heidelberg e outra em Berlin. Na vocação acadêmica, que dividia com os afazeres do fórum, a vasta erudição saltava às linhas de sua escrita irretocável, rica de densidade e concisão, ao gosto francês.

Contava com 59 anos quando o nacional-socialismo ascendeu ao poder. Já era um jurista experimentado, de insuspeita notoriedade: na vida prática, presidiu o Senado do Tribunal de Arbitragem para assuntos econômicos, durante a Primeira Guerra Mundial; na vida universitária, chegou ao posto de diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Berlin.³⁰² Um homem de sua importância não esperaria os monturos do holocausto ao aceno enlouquecido dos nazistas.

Tão logo teve cancelada sua licença de ensino, em 1935, viaja para a Espanha, em intercâmbio acadêmico. Dentro de poucos meses, já se fazia compreender no idioma local. O êxito das conferências em Madrid, Zaragoza e Valência, rende às suas obras uma boa recepção no espanhol, cujas traduções foram empreendidas pelo penalista, Leonardo Prieto Castro. A vida no continente torna-se insustentável em 1938, ano em que emigra com a esposa para a Inglaterra.³⁰³ De Cardiff, envia uma carta ao notável Eduardo Juan Couture, pedindo ajuda. Goldschmidt nunca o vira pessoalmente, e o tom de desalento chama atenção:

(...) conozco sus libros y tengo referencias de usted. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España

³⁰² EBEL, Friedrich. **Leben und Werk von James Goldschmidt**. Disponível em: <<https://portal.dnb.de/opac.htm?view=redirect%3A%2Fopac.htm&dodServiceUrl=https%3A%2F%2Fportal.dnb.de%2Fdod>>. Acesso em: 22.08.19.

³⁰³ A Guerra Civil Espanhola foi o laboratório da força aérea alemã (*Luftwaffe*). O franquismo contou com o suporte do *Terceiro Reich* e se arrastou por mais três décadas após o fim da 2ª Guerra Mundial.

menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo.³⁰⁴

Couture lhe atende às súplicas prontamente. Em algumas semanas, Goldschmidt desembarca no Uruguai: *“Angustiado lo vi llegar una tarde de otoño llena de luz, serenidad y calma”* – narra o processualista anfitrião. A Faculdade de Direito de Montevideu o recebeu de braços abertos: *“La ovación que saludó su presencia en la catedra duró varios minutos con el auditorio reverentemente de pie.”*³⁰⁵ Poucos dias depois, o cerco alemão chegava a Paris, apertando os franceses no regime de Vichy. James Goldschmidt ainda preparava sua terceira lição, quando sofreu um infarto fulminante. Morreu aos 66 anos, num apartamento da capital uruguaia, em 1940, dois meses após o início de seu magistério na América do Sul.

Os últimos anos da vida de Goldschmidt, desde que se mudou para a Espanha, são marcados por um estranhamento filosófico. O que, no passado, tinha um aspecto esplendoroso, revelava agora, ante a violência incontornável da realidade, toda a sua miudeza. A prosa intrincada de Mann ou a voz roufenha de Dietrich também não saberiam explicar como o centro cultural da Europa havia conduzido o mundo para uma rota de autoextermínio. O eminente professor de Berlin teve de reconhecer que não mais sabia as respostas.

Es que en la vida de todo jurista ha un momento en que la intensidad del esfuerzo entorno a los textos legales conduce a un estado particular de insatisfacción. (...) El jurista advierte entonces como si la tierra le faltara bajo los pies, y clama por la ayuda de la filosofía. La más grande de las desdichas que le pueden ocurrir a um estudioso del derecho, es la de no haber sentido nunca su disciplina, en un estado de ânsia filosófica.³⁰⁶

* * *

³⁰⁴ COUTURE, Eduardo Juárez. **La Libertad de la Cultura y la Lei de Tolerancia**. Disponível em: <<http://wold.fder.edu.uy/archivo/documentos/couture-libertad-de-la-cultura.pdf>> Acesso em: 22.08.19.

³⁰⁵ COUTURE, Eduardo Juárez. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 8.

³⁰⁶ COUTURE, Eduardo Juárez. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944, p. 9.

Se a constituição não advier de um espaço processualizado, elevar a principiologia do processo ao patamar de garantia constitucional, como bradam os descendentes de Héctor Fix-Zamudio³⁰⁷, é ingênuo artifício que só assiste ao despotismo da interpretação.³⁰⁸ A constitucionalização do processo suplica, antes, a processualização da constituição. Do contrário: *“a Constituição transforma-se em Escritura Sagrada só decifrável pelas autoridades investidas numa escuta sobrenatural restrita ao Estado-juiz.”*³⁰⁹ O *status* hierárquico de “norma constitucional” pouco interessa se não estiver acompanhado de uma teoria processual informativa dessa constitucionalidade. “Garantismo” e “ativismo” são faces da mesma moeda: qualquer que seja o seu lado, o julgador assume o protagonismo.

Ora, imaginar na realidade jurídica um espaço não decidido, decorrente de uma lei fatalmente lacunosa a ser preenchida pelo decisor garantista-ativista, é deslocar o instrumentalismo ítalo-germânico para o plano constitucional. “[...] *A crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que esta seja dotada de uma incompletude fatal*” – é o que diz Rosemiro Pereira Leal.³¹⁰ A superioridade hermenêutica preeminente ao Estado-juiz encontra esteio na própria constituição, para garantir o cumprimento dela mesma. Mas é justamente no limiar entre a atuação do julgador e a lei escrita que se encontra o ponto de suspensão do ordenamento jurídico, a fundação do estado de exceção denunciada por Giorgio Agamben:

Longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal. A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, a possibilidade mesma de sua aplicação. E como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que,

³⁰⁷ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos**. Ciudad de México: Instituto de Inverstigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

³⁰⁸ CASTORIADIS-AULAGNIER, Piera. **La Violencia de la Interpretación**: del pictograma al enunciado. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2007.

³⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 06.

³¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Due Process e o Devir Processual Democrático**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, 2010.

em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor.³¹¹

Goldschmidt fortificou o Estado de exceção, sob o pretexto de desconstruí-lo: é o que observaremos neste capítulo.

3.1 A Judicialização do Processo em Goldschmidt

A origem romana da *iurisditio* não deixa qualquer dúvida: nunca houve processo na Roma antiga. É do monopólio estatal da arbitragem que nasce a jurisdição. A função jurisdicional do Estado, em absoluto, não anuncia consigo o nascimento do processo. Ora, o mero exercício de julgar, monopolizado pela estatalidade, não traz, intrinsecamente, qualquer critério prévio de decidir e proceder. O processo, no direito contemporâneo, se desenvolve como principiologia constitucional aferidora da legitimidade dos órgãos jurisdicionais. Não é a jurisdição que lhe tem como instrumento; mas é ele que instrumenta a atuação legítima da jurisdição. Jurisdição sem processo é palpite, sugestão, cantilena... O processo não é, portanto, o método da jurisdição: é o agir jurisdicional que se disciplina pela metodologia do processo.³¹² As expressões “processo judicial” e “processo jurisdicional” desinformam a verdadeira relação de subordinação entre os dois institutos. O processo jamais pode ser judicializado, de vez que, antes, é a jurisdição que se legitima depois de processualizada.

Em Goldschmidt, essa noção se precariza drasticamente. Recordemos que as garantias do processo são devaneios legislativos, reclusos à órbita metafísica dos parlamentares. O que vale, na prática, é o que prática pode dar. O processo nada garante sem o manejo de um julgador benevolente.

³¹¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Coleção: Estado de Sítio. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 48.

³¹² LEAL, Rosemíro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 47 e ss.

3.2 O Jogo de Interesses Processuais e a Negativa da Reserva Legal

Em sua *Viagem à Itália*, no outono de 1786, Goethe esteve presente numa sessão do tribunal de Veneza, ocorrida no palácio do Doge:

Já hoje assisti a uma outra comédia que me agradou bem mais. Ouvi, no Palácio Ducal, uma audiência pública. O advogado de uma das partes era tudo que um bom bufo deve ser. (...) Chamo isso de comédia porque provavelmente tudo já estava determinado quando se deu a apresentação pública. (...) Os juízes sentam em semicírculo, numa espaçosa sala do Palácio. (...) Enquanto o escrivão lê, o tempo não corre. Quando o advogado deseja falar, concedem-lhe um prazo limitado da seguinte maneira: no momento em que o escrivão lê, o homenzinho mantém o relógio em repouso; assim que o advogado abre a boca, o relógio é posto na posição vertical. Esta é que é a grande arte praticada pelos advogados: fazer observações superficiais e breves ao longo da leitura, de modo a chamar atenção sobre si e pontuar as evidências (...) é semelhante aos demônios nos teatros de bonecas, que não sabem reagir diante do grito do maroto Hanswurst: *Berlique, berloque!*³¹³

Os esfíngicos ornamentos do *rito*, seguidos pelo palavreado oco dos advogados, fazia da sessão motivo de troça, até mesmo para a polidez de Goethe. Seria a justiça uma pantomima solene? “O advogado habilidoso sabia interromper a monotonia com piadas, e o público ria desmedidamente de suas brincadeiras.”³¹⁴ Há mesmo um certo ardor esportivo na prática forense.³¹⁵ A feição lúdica da competição judicial ilustra com precisão o tabuleiro de incertezas em que se lançam os demandantes, ao entregarem suas pretensões à apreciação do agente público decisor. É deste **fator agonístico**, circundante aos itinerários da normatividade, de que se serviu Goldschmidt, ao conceber o processo como um fenômeno dinâmico. Os descaminhos normativos produzem resultados de tormentosa imprevisão, a infirmar as mais frutuárias teses em prol da racionalidade jurídica. Segundo Calamandrei, em artigo de inspiração goldschmidtiana (*Il Processo Come un Giuoco*): “para obter-se justiça, não basta ter razão.”³¹⁶ Diria Goethe, talvez, que um pouco de parvoíce possa ser útil.

³¹³ GOETHE, Johann Wolfgang von. **Viagem à Itália**. Tradução: Wilma Patrícia Maas. São Paulo: Editora da UNESP, 2017, p. 113.

³¹⁴ GOETHE, Johann Wolfgang von. **Viagem à Itália**. Tradução: Wilma Patrícia Maas. São Paulo: Editora da UNESP, 2017, p. 115.

³¹⁵ HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4ª Edição. Tradução: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000, p. 60.

³¹⁶ **CITAR CALAMANDREI.t**

Tratar o processo como um jogo. É de inspiração goldschmidtiana as recentes abordagens do processo penal com um expediente.

O recinto processual tem vida própria. O funcionamento do processo não depende da lei. A legalidade engessa sua fluidez. O dinamismo de Goldschmidt inaugura um processo anárquico – é o que notaremos no próximo capítulo. De tal sorte, não existe antijuricidade no processo. Não há parâmetros para tal aferição. A processualidade, em face da letargia do direito material, entrega contornos inéditos a legalidade. Num amontoado de atos, o desfecho da lide se constrói pelos descaminhos da incerteza. O trajeto procedimental não possui logicidade.

No processo não se produz o fim da relação causal antes da sentença, que é, no fundo, uma consequência não jurídica, mas judicial. Daí é que as consequências jurídicas, ou seja, os direitos processuais, não sejam nada mais do que prognósticos de causalidade.³¹⁷

Até segunda ordem, no coliseu goldschmidtiano, vale tudo.

3.3 O Caráter *Justicial* do Processo em Goldschmidt

Pedimos séria atenção para esse ponto. Está aqui um dos eixos centrais sobre o qual arrima toda a teoria de Goldschmidt.

O clamor por segurança jurídica não raro se deslumbra pelo vicejo da autoridade. James Goldschmidt sabia que, com tamanha autonomia, os juízes, cedo ou tarde, contradiriam a si mesmos. O grande bloco interpretativo da cognição jurisdicional deveria se perpetrar com alguma similitude. Goldschmidt percebeu que, no limiar entre o direito material e a esfera do processo, havia uma zona interpretativa autônoma. A lei já não é a mesma pensada originalmente pelo legislador, mas também não se encontra agasalhada por uma sentença.

Esse domínio, onde as pretensões se constroem e se apresentam ao magistrado, é regido pelo “*direito justicial*”.

³¹⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 53 e 54.

A norma material, inerte em si mesma, começa a se locomover. Gradualmente se depara com um recinto adventício, cujos limites, fluidos e etéreos, são aparados ou ampliados pela hermenêutica da jurisdição. Segundo Goldschmidt, há, às margens do sistema, um outro ordenamento, sem pretensões sistemáticas, correndo pela volatilidade do processo. Tal ordenamento ostenta uma coleção de coisas julgadas que, quanto mais arregimentam, mais lhe dão força. O talismã do “direito justicial” é a *res iudicata*.

Um é o direito material; outro é o direito justicial. A relação entre ambos é nítida na pretensão do autor³¹⁸, mas, ainda mais, na sentença do juiz. O direito se descola de sua sistematicidade e procura um significado na *práxis* do real. Goldschmidt diz: “A lei dá à sentença uma eficiência tal, que aquilo que o juiz reconhece como direito, assim o vale.” (Tradução livre).³¹⁹

Do ordenamento jurídico é partejado um ordenamento alternativo, que decerto responde aos problemas concretos da vida jurídica com maior prestimosidade. Essa é a teoria do “duplo-ordenamento” – “*doppelten Rechtsordnung*”.³²⁰ Goldschmidt conseguiu fechar seu sistema. O direito começa e termina no dizer da jurisdição.

3.4 O Processo Como Atividade Real e de Risco Para as Partes e Juiz

Que as partes respondem pelos ônus que não assumirem, já dissemos. Para elas, o processo é um caminho perigoso. Mas quanto ao juiz: como ele responde por seus erros?

Para Goldschmidt, se o juiz incorre em erro, ele não viola a lei material. No processo, temos dito, há um ambiente alvoroçado, mas de plena autonomia, onde o caos da processualidade desorienta a legalidade e sua fixidez. Ao abolir deveres e

³¹⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Justicial Material**. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editoras Jurídicas Europa-América, 1959, p. 22 e ss.

³¹⁹ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 213.

³²⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage**: Eine Kritik des prozessualen Denkens. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 211.

limites na atividade jurisdicional, a teoria do processo como relação jurídica dá uma carta branca à jurisdição. Senão, vejamos Rosemiro Pereira Leal:

Em sendo o processo um meio de seu livre manejo, incorreria o juiz nas sanções das leis materiais criminais ou civis, jamais processuais, porque, diz ele, não gera “consequências processuais, senão criminais ou civis, a consequência jurídica de uma infração da lei cometida pelo juiz”.³²¹

É importante notar que, ao se opor a Bülow, Goldschmidt não só excluiu a noção relação jurídica, como subestimou o “publicismo” da processualidade. O pressuposto do Direito Processual pode ser público, mas o seu exercício não. O juiz não mais se constrange em requisitos públicos para a validade de sua atuação. O processo não lhe impõe qualquer dever de caráter público. Dessa forma, não há responsabilização no plano processual:

Os direitos processuais não são públicos. Ao direito público pertence o fundamento do processo, que entram em cena quando se fazem valer consequências extraprocessuais, como a reponsabilidade civil, criminal ou disciplinar dos juízes e magistrados. Mas a consideração ou ponto de vista processual (dinâmico) desconhece a distinção entre Direito público e privado, posto que esta se baseia na concepção da relação jurídica, ou seja na concepção estática do direito.³²²

O processo é uma atividade de risco – não para os juízes. Ora, com o perdão da redundância, acaso é a ausência de causa. No processo de Goldschmidt, não há causalidades. É mesmo de se esperar que magistrado não responda por nada. Quanto maior o grau do acaso, maior o grau da irresponsabilidade.

³²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do Processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 137.

³²² GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 56.

4 A VALIDADE E EFICÁCIA DA SENTENÇA EM GOLDSCHMIDT

Nas democracias plenárias, a sentença não pode ser entendida como um ato maiêutico desentranhado espontaneamente dos prodígios cerebrais do julgador. É ato que descende da discursividade procedimental, sob a preparação das partes e consumação do juiz.³²³ Significa dizer que a sentença não mais decorre do agir solitário do magistrado, apartado do procedimento discursivo construído processualmente. O pronunciamento decisório há de se encontrar adstrito ao plano cognitivo da procedimentalidade, de maneira que, na estrutura técnica que organiza a atividade processual, a sentença guarda conteúdo lógico-jurídico com os atos que lhe antecederam. Em suma, o ato decisório é coextenso à produção procedimental que lhe é anterior. Não é por outra razão que André Cordeiro Leal tenha sustentado a imbricação dos institutos do contraditório e da fundamentação das decisões. Ora, não é possível fundamentar uma sentença, apartando dela o enfrentamento em contraditório de seus destinatários.

James Goldschmidt encontra-se distante dessas perspectivas, e o estudo do ato sentencial, em sua teoria, possui algumas particularidades, sobre as quais nos ocuparemos agora.

4.1 Sentença Justa e Injusta e seus Efeitos Jurídicos

Na contemporaneidade, os devaneios aristotélicos do “justo” e do “equitativo” cedem lugar à subordinação procedimental do devido processo legal. A justeza da decisão não é afinada pela íntima ligação do julgador com os desígnios de *Dikè*: mas pela observância do regramento processual constitucionalizado. Nesses termos, diz-se que a sentença, sob pena de invalidez, deve acatar três requisitos, sucessivamente: **relatório** (histórico da causa e identificação das partes); **fundamentos** (linha argumentativa que se deslinda a partir da causa de pedir próxima); **dispositivo** (trecho conclusivo do discurso sentencial que arremata a produção da ordinariedade do procedimento).

³²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018, p. 450.

Em Goldschmidt, todavia, há uma distinção que deve ser feita. A correção de uma sentença nada tem a ver com a sua “justiça”. Uma sentença incorreta, aquela que não se verga aos ditames processuais, pode ser “justa”, ao passo que o oposto também se aplica. Isso decorre do fato de que, na tese da situação jurídica, o decisor dispõe de um largo espaço criativo. De tal modo, é possível que o seu senso de justiça esteja à frente da legislação que lhe impinge.

Lembremos que o chamado direito material, além de ser um imperativo à vida de relação, é também medida para o juízo do juiz. Assim é que tal mensuração será realizada consoante as percepções de cada julgador. É absolutamente metafísico, ~~já dissemos~~, esperar que o juiz refaça as intenções do legislador. No mundo da vida, as idealizações legiferantes são trazidas à realidade pelo pragmatismo dos decisores.

À vista disso, o espaço processual segue afastado do ordenamento jurídico, conduzido pela hermenêutica judicante, segundo a engenhosidade dos seus jurisconsultos. Um inocente pode ser declarado culpado e, a despeito da inexistência de sua culpabilidade “material”, no processo sua pena será cominada. Assim sendo, a sentença está voltada para o âmbito da processualidade e não para o ordenamento jurídico que lhe confere legitimidade. Por esse ângulo, observa-se a serventia de um “duplo ordenamento”. O repertório de coisas julgadas irá delinear o caos interpretativo que advém da liberdade decisória dos magistrados.

Pero al violar la ley aplicándola, el juez – desde el punto de vista de la consideración procesal – no infringe un deber; es decir, no comete objetivamente una atinjuridicidad, ni se le imputa objetivamente una culpabilidad, sino que sólo pone en evidencia, objetivamente, una interpretación incorrecta de la ley, la falta de un artesano al manejar su instrument, y subjetivamente, ignorancia o error, es decir, una falta de inteligencia, no un motivación reprochable.³²⁴

Goldschmidt arremata com o exemplo da execução de uma sentença incorreta. A antijuridicidade da qual está eivada não se pode negar. Ainda assim, “*los atos do funcionario executor permancen conforme o Direito.*”³²⁵ A jurisdição é intocável às ameaças coercitivas da legalidade.

³²⁴ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 134.

³²⁵ GOLDSCHMIDT, James. **Der Prozess als Retschlage: Eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer-Verlag, 1925, p. 297.

4.2 O Relativismo da Segurança Jurídica pela Sentença no Estado

Dogmático

O vazio da lei é onde descansa o voluntarismo jurisdicional. Ora, se a lei faculta ao juiz preenchê-la quando for omissa, estamos diante de um impasse estrutural: a lei autoriza sua própria interdição em benefício de uma decisão extra-sistêmica. A vontade dos cidadãos, já anuladas nas transações escusas do parlamento eleito, é agora escamoteada pela jurisdição justiceira.

Goldschmidt não só se deparou com tal encruzilhada, como reverenciou a infinidade de caminhos pelos quais o julgador poderia trilhar. Assombra o que diz, nesse sentido: “(...) *el juez se encuentra encima y, por conseguinte, fuera del Derecho.*”³²⁶

4.3 A Crença Cética na Absoluta Incerteza Constitutiva da Sentença

É uma questão já abordada, quando do exame da dinamicidade do direito processual. A dinâmica da processualidade traz em si esse caráter randômico, impermanente: **incerto**. Aqui, mostraremos o que há de “cético” nesta crença, tanto quanto a impossibilidade do ceticismo goldschmidtiano responder os seus próprios problemas.

James Goldschmidt, na realidade, revela uma profunda aversão ao método. Regulamentar o processo decisório é tolher a inventividade do juiz. Para encontrar a genialidade de suas decisões, o decisor não pode se prender as exigências metodológicas da legalidade. As amarras da metodologia impedem o seu livre pensar. As regras legais são inimigas da iluminação decisória. Goldschmidt advoga pela multiplicidade de caminhos. Não se pode hierarquizar a lei sobre os “*insights*” dos julgadores. Antes, pelo contrário, é o estatuto cognitivo da jurisdição, gestado na dinâmica da judicatura, que entrega movimento a inação do direito material. A metódica do procedimento não deve travancar a criatividade do Estado-juiz.

³²⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944, p. 134.

O nó da questão é que, inevitavelmente, a jurisdição recairá num confronto indecidível de opiniões (mesmo valendo-se das sugestões de um ordenamento à parte do sistema jurídico). Se o método embota a intuição dos juízes, como saber, dentre tantas intuições, qual irá prevalecer? O anarquismo goldschmidtiano fez do processo um antro de irracionalidade. O juiz se esquiva do desafio de fundamentar, a pretexto de que deve adequar a inércia das leis ao vai-e-vem do mundo real. O melhor método, nesse caso, é a ausência de método.

Aqui, a proposta de Goldschmidt inscreve-se num círculo vicioso: para fundamentar a incerteza da legalidade, carece partir de um fundamento certo. Ao afastar a possibilidade de reduzir a incerteza normativa, Goldschmidt se imuniza ante o próprio argumento. Sua premissa ostenta inarredável certeza, inobstante o indeterminismo derrotista de seu conteúdo. Ao rejeitar o legalismo francês, o determinismo do “certo” é incorrer no dogma legalista, e Goldschmidt não era simpático ao positivismo francês; mas abster do pleito de certeza (que se dá pela tentativa de mitigar o incerto) o fez incorrer no dogma anarquista. O anarquismo gnosiológico de Goldschmidt, para além da roupagem despótica, possui falhas lógicas: só é possível sustentá-lo dogmaticamente.

É esse o problema do ceticismo... Enaltece o que despreza para sustentar o seu desprezo. Ofertar ao decisor ampla margem de atuação, sob a alegação de que a incerteza é intrínseca ao processo, é paradoxal, na medida em que, bem aí, assenta o ponto de certeza da sentença do decisor. Não há ganhos hermenêuticos em tamanha balbúrdia. A anarquia processual não se apresentou em linhas de credibilidade epistêmica. Das sentenças que produz, não se encontra complementaridade crítica, porquanto os parâmetros de comparação foram abolidos com o cancelamento da lei.

Dizer que o processo é incerto é afirmar a certeza do julgador. Abolindo o vigor da normatividade, Goldschmidt contempla o autoritarismo de seus intérpretes. A oposição certo-incerto encerra-se sem vitória, a menos que se afirme um deles dogmaticamente.

4.4 A Influência de Goldschmidt no Processo dos Estados Dogmáticos e a Insuficiência de sua teoria para a Construção do Estado Democrático de Direito

A importação do processo ítalo-germânico deixou máculas desastrosas no direito brasileiro.

Desistir de uma ação, após vê-la distribuída para um juiz que se posiciona contrariamente aos interesses do autor, é artifício recorrente na realidade das varas cíveis. A previsibilidade do direito permanece encarcerada ao repertório opinativo dos julgadores. Goldschmidt sabia disso. Faz parte da “mutação” que se encontra na gênese do processo: *“Cada advogado faz tal metamorfose, quando o cliente lhe pergunta se poderá demandar com êxito.”*³²⁷

James Goldschmidt convive diariamente com a advocacia dos nossos tempos. A jurisprudência sazonal, manejada pelo Estado-juiz segundo suas conveniências mais insólitas, não raro se assemelha a um ordenamento jurídico à parte.

É lastimosa a condução tribalística da procedimentalidade... Um jogo de interesses, amiúde inescrupuloso, cercado de torpezas e dissimulações... As frivolidades das partes, a pajear os julgadores, com ofertas e regalos, enchendo-os de favores e elogios... O menoscabo da lei, em vilipêndio a isonomia, sem agravo das cortesias e do compadrio... Calamandrei, declarado simpatizante do ideário goldschmidtiano, num dos artigos que escreve sob evidente inspiração de Goldschmidt, *“Il Processo come Giuco”*, não se inibe em bramar: *“para obter-se justiça, não basta ter razão.”* (Tradução livre).³²⁸

As estratégias irão variar de acordo com as possibilidades de êxito. Sem o esteio da legalidade, na imundície humana, a única regra desse jogo é evitar a derrota: custe o que custar.

³²⁷ GOLDSCHMIDT, James. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004, p. 48.

³²⁸ CALAMANDREI, Piero. **Il Processo Come Giuco**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume V, nº I, p. 23 a 51, 1950.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De Direito Processual, quem apenas conhecesse o burburinho dos fóruns, dificilmente poderia saber que ali está a engrenagem da democracia. A parenética da lei, por mais engenhosa que seja, nada constrói sem os alicerces da processualidade. Goldschmidt não estava inteiramente errado ao imaginar que caberia ao processo conduzir o trespassse das normas legais às vias do mundo real. Nesse expediente, ele apenas se contentou em entregar o timor da normatividade para o senso de justiça da jurisdição.

Está aí a serventia dos estudos de *“Teoria Geral do Processo”*: impedir que repitamos os equívocos da processualística clássica. A perquirição das matrizes filosóficas que norteiam a legalidade processual é, comumente, preterida à usualidade técnica de seus institutos. Os pressupostos teóricos da legislação caem no sincretismo da dialeticidade.

Goldschmidt foi para nós um contraponto de alta qualificação – não temos dúvida. Muitas vezes, procuramos nos afastar do embate direto, a fim de que o seu pensamento pudesse ser explicitado sem demais interferências. Que não nos agrada as soluções que propôs em face da imperícia instrumentalista, é redundante dizer. Mas caberá ao leitor a última palavra.

Se afirmamos que o aproveitamento democrático de sua teoria é irrisório, é porque ela nos mostra com clareza o caminho oposto do que ansiamos. As divergências acadêmicas, para os que, modestamente, tencionam reduzir a massa de **incerteza** do conhecimento humano, são benquistas, tanto quanto réprobas são elas para os prisioneiros da verdade.

Para além de uma análise literal, nossa intenção, portanto, vislumbrou mapear o percurso teórico de James Goldschmidt. O resultado foi uma vocação hegeliana, embuçada, é verdade, como a tônica de seu discurso. Dos ensaios mais breves à sua extensa obra magna, Hegel transita com portentosa elegância.

Como quer que seja, se nos concedemos o espaço de enumerar os pontos de maior destaque de sua doutrina, não demoraríamos em escolher:

- 1) A extinção de obrigações e prerrogativas no plano processual;
- 2) A redução dos direitos processuais em possibilidades, expectativas e ônus;

- 3) A introdução do instituto do ônus processual;
- 4) A subdivisão dos atos processuais em “atos de obtenção” e “atos de causação”;
- 5) A criação de um “duplo-ordenamento jurídico”;

Goldschmidt dedicou sua vida acadêmica à descoberta de um núcleo essencial do Direito Processual. Empenhou-se em encontrar uma explicação “autêntica” ao fenômeno do processo, sem recorrer aos demais ramos do direito. É um esforço respeitável, sobretudo se fizermos o exercício de abster o seu fracasso. A leitura de Goldschmidt é mais proveitosa quando dela não exigimos tanto comprometimento científico. Do contrário, é impossível tomá-la como parâmetro, senão tão-muito como contraponto.

A hierarquia processual desenhada por Oskar Bülow, cuja forma geométrica foi inutilmente indagada por alguns de seus alunos, subsiste no processo goldschmidtiano, com fluidez e energia (**dinâmica**). O impacto não poderia ser outro, além de um juiz desabrido que se deleita às refregas das partes.

O juiz de Goldschmidt assiste, alheio, ao duelo processual. Provoca os litigantes da maneira que lhe apraz. É um entretenimento a seu gosto. As partes se sacrificam em seu nome: talvez ele atenda suas lamúrias – talvez não...

A **incerteza** com que Goldschmidt julgou descobrir a “essência” do processo no fez recordar o misticismo das sociedades esotéricas. A atividade processual encolheu-se nas mesmas indefinições dos ritos herméticos.

O cerne desse desastre, dissemos em nossas considerações introdutórias, sempre esteve na metodologia de pesquisa adotada por Goldschmidt. O mundo real não é um professor confiável. À maneira de uma concha, em cuja cavidade traz o barulho do mar, ouvimos os brados das legiões romanas, quando abrimos os códigos de Direito Processual. O excesso de realidade perpetrou dois milênios tão rapidamente, que nossos legisladores sequer notam essa distância. Na roda viva da história, o passado tem sido o melhor dos nossos “destinos”.

Daí é que, em nenhum momento, negamos a incerteza que assola o futuro dos homens. Apenas colocamos que, com Goldschmidt, o processo resulta num **desequilíbrio** de incertezas. O juiz é um mensageiro do tempo hegeliano, estabilizando o acaso, em sínteses subjetivas.

Se a processualidade não é capaz de reduzir a imprevisibilidade da vida humana, decerto que não se presta ao Estado Democrático de Direito. Não temos receio em reafirmar que Goldschmidt foi uma vítima de suas angústias. Padeceu sob as atrocidades de duas guerras mundiais, morrendo precocemente no exílio. Todavia, a condução arbitrária da vida alheia foi exatamente a conclusão a que sua pesquisa chegou.

O julgador das situações jurídicas conduz a futuridade das normas aos rincões idiossincráticos de sua discricionariedade.

BIBLIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5ª Ed. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. 7ª Ed. Tradução: Antônio Borges Coelho e outros. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGAMBEN, Giorgio. O que é o Contemporâneo? In: AGAMBEN, Giorgio. **O que é o Contemporâneo e Outros Ensaio**s. Tradução: Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos Editora (UnoChapecó), 2009.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Coleção: Estado de Sítio. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008

AGOSTINHO DE HIPONA. **A Trindade**. 2ª Ed. Tradução: A. Belmonte. São Paulo: Paulus Editora, 1994.

ANGELIS, Dante Barrios de. **Teoría del Proceso**. 2ª Edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. Contribución al Estudio de los Fines del Proceso. Ciudad de México: Instituto de Inverstigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Bio-bibliografía. In: GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. Tomo II. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autonomas de México, 1992.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Cuestiones de Terminología Procesal**. Ciudad de Meéxico: Universidad Nacional Autónoma de México, 1972.

ARISTÓTELES. **Metafísica, Livro I**. Tradução: Giovani Reale. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

ARISTÓTELES. **Física**. Traducción: Guillermo R. de Echandía. Barcelona: Editorial Gredos, 1995.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Coleção: A Obra-prima de Cada Autor. Tradução: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos e refutações sofísticas. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2005.

ARISTÓTELES. **Poética**. Tradução: Ana Maria Valente. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.

ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo I: parte general. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956.

ALSINA, Hugo. **Tratado Teorico Practico de Derecho Procesal Civil y Comercial**. Tomo II: organizacion judicial, jurisdiccion y competencia. 2ª Edición. Buenos Aires: Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956.

BACON, Francis. **Novun Organun**. Traducción: Clemente Fernando Almorí. Buenos Aires: Editorial Losada, 2003.

BACON, Francis. **O Progresso do Conhecimento**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 2006.

BAPTISTA, Ovídio Araújo da Silva. **Curso de Processo Civil**. Volume I. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Belo Horizonte: Revista da Faculdade Mineira de Direito, Volume II.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Artigo 345. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 mar. 2015

BRÉHIER, Émile. **História da Filosofia**. Tomo II. Tradução: Eduardo Sucupira Filho. São Paulo: Mestre Jou, 1977.

BROAD, Charlie D. **The Philosophy of Francis Bacon**: an adress delivered at Cambridge on the occasion of the Bacon tercentenary. Cambridge: Cambridge University Press, 1926.

BÜLOW, Oskar. **La Teoria de las Excepciones Procesales y los Pressupeustos Procesales**. Traducción: Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

BUNGE, Mario. **Las Pseudociencias**: vaya timo! 1ª Edición. Traducción: Rafael González del Solar. Navarra: Editorial Laetoli, 2010.

BUNGE, Mario. **Dicionário de Filosofia**. Coleção: Big-Bang. Tradução: Gita K. Guisnburg. São Paulo: Perspectivas, 2002.

CALAMANDREI, Piero. **Il Processo Come Situazione Giuridica**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume I, 1927.

CALAMANDREI, Piero. **Il Proceso Come Giuoco**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume V, 1950.

CALAMANDREI, Piero. **Un Maestro di Liberalismo Processuale**. Padova: Rivista di Diritto Processuale, Volume I, 1951.

CANDILLAC, Maurice de. **Hegel e o Neoplatonismo**. Tradução: Danilo Vaz-Curado Ribeiro. Porto Alegre: Revista Opinião Filosófica, Vol. 3, 2012.

CARPAUX, Otto Maria. **História da Literatura Ocidental**. Tomo II. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistemas de Direito Processual**. 4 Volumes. Tradução: Hiltomar Martins. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. Traducción: Niceto Alcalá-Zamona y Castilho. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CASSIRER, Ernst. **A Filosofia das Formas Simbólicas**. 1ª Ed. Tradução: Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

CASTORIADIS, Cornelius. Reflexões sobre o Desenvolvimento e a Racionalidade. In: **Revolução e Autonomia**: um perfil de Cornelius Castoriadis. Belo Horizonte: COPEC – Cooperativa Editorial de Cultura e Ciências Sociais, 1981.

CASTORIADIS-AULAGNIER, Piera. **La Violencia de la Interpretación**: del pictograma al enunciado. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil, Volume I**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. **La Acción en el Sistema de Derechos**. Breña: Pacifico Editores, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal**. Tomo I. Traducción: José Casais e Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Procesal**. Tomo II. Traducción: José Casais e Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1922.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CIURO CALDANI, Miguel Angel. **Comunicación: Werner Goldschmidt**. II Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Rio de Janeiro: CONPEDI, 2018.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

COUTURE, Eduardo Juan. Prologo. In: GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1944.

COUTURE, Eduardo Juan. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. 4ª Edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4ª Edição. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de Derecho Procesal Civil**. Tomo I. Buenos Aires: Ediar Editores, 1979.

COUTURE, Eduardo Juán. **La Libertad de la Cultura y la Lei de Tolerancia**. Disponível em: <<http://wold.fder.edu.uy/archivo/documentos/couture-libertad-de-la-cultura.pdf>> Acesso em 22.08.2019.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. **O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade**. Porto Alegre: Editora Síntese, 1979.

CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva da. **Curso de Direito Romano**. Edições do Senado Federal, Volume 78. Brasília: Senado Federal, 2006

DESCARTES, René. **Meditações Metafísicas**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Tradução: Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2013.

DESCARTES, René. **Regras Para a Direção do Espírito**. Tradução: João Gama. Coleção: Textos Filosóficos. Lisboa: Edições 70, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

EBEL, Friedrich. **Leben und Werk von James Goldschmidt**. Disponível em: <<https://portal.dnb.de/opac.htm?view=redirect%3A%2Fopac.htm&dodServiceUrl=https%3A%2F%2Fportal.dnb.de%2Fdod>>. Acesso em 22.08.2019.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução: René Ernani Gertz. Brasília: Editora da UnB, 1967.

EKSTEINS, Modris. **A Sagração da Primavera: a Grande Guerra e o nascimento da era moderna**. Tradução: Rosaura Eichenberg. Rio de Janeiro: Rocco Editora, 1992.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General del Proceso**. 3ª Edición, revisada y corregida. Buenos Aires: Editorial Universidade, 1997.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoría General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalía, 1970.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto Comunista**. Tradução: Álvaro Pina. São Paulo: Boi-Tempo, 2005.

EURÍPEDES. **Hécuba**. Tradução: Mário da Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1992.

EURÍPEDES. **Ifigénia entre os Tauros**. Série: Autores Gregos e Latinos. Tradução: Nuno Simões Rodrigues. São Paulo: Annablume Editora e Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERGUSON, Adam. **Ensayo sobre la Historia de la Sociedad Civil**. Traducción: Maria Isabel Wences Simon. Madrid: Ediciones Akal, 2010.

FERRATER MORA, José. **Diccionario de Filosofia**. Tomo I. 5ª Edición. Barcelona: Montecasino, 1978.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos**. Ciudad de México: Instituto de Inverstigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1980.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**. Tradução: Salma Thanues Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRYE, Northrop. **Northrop Frye on Mordern Culture: Collected Works of Northrop Frye**. Toronto: University of Toronto Press, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Introcución al Estudio del Derecho**. 53ª Ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2002.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Traducción: José Luis Moreneo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2000.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **The Entropy Law and the Economic Process**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

GOETHE, Johann Wolfgang von. **Viagem à Itália**. Tradução: Wilma Patrícia Maas. São Paulo: Editora da UNESP, 2017.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Der Prozess als Retchslage: eine Kritik des prozessualen Denkens**. Berlin: Springer-Verlag, 1925.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Teoría General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1961.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Princípios Gerais do Processo Civil**. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Problemas Generales del Derecho**. Buenos Aires: Editorial de Palma, 1944.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Estudios de Filosofía Jurídica**. Traducción: Roberto Goldschmidt e Carlos Pizarro Crespo. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1947.

GOLDSCHMIDT, James Paul. **Derecho Justicial Material**. Colección dirigida por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Editoras Jurídicas Europa-America, 1959.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes. 6ª Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1987.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GRATEKI; Gabriel Gomes; MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz. A Supremacia Jurisprudencial: intercessões da tópica de Theodor Viehweg com o institucionalismo processual de Jaime Guasp, 2018. In: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor. **Teoria Crítica do Processo**: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GROTOWSKI, Jerzy. **Em Busca de um Teatro Pobre**. 4ª Ed. Tradução: Aldomar Conrado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

HARVEY, David. **Para entender “O Capital”**. Livros II e III. 1ª Ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2014.

HAUSER, Arnold. **História Social da Literatura e da Arte**. Volume II. Tradução: Walter H. Geenen. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Introdução à História da Filosofia**. Coleção: Textos Filosóficos. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Edições 70, 2006.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio, Volume I**. Tradução: Paulo Meneses. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

HEGEL, Friedrich. **Fenomenologia do Espírito, Parte I**. 2ª Ed. Tradução: Paulo Meneses. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

HEGEL, G. W. Friedrich. **A Razão na História: uma introdução geral à Filosofia da História**. 2ª Ed. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2001.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Lecciones Sobre la Historia de la Filosofia**. Traducción: Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou Matéria, Forma e Poder de um República Eclesiástica e Civil**. 1ª Ed. Tradução: João Paulo Monteiro. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HUIZINGA, Johan. **Homo Ludens**. 4ª Edição. Tradução: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

HUME, David. **Investigações sobre o Entendimento Humano e sobre os Princípios da Moral**. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora da UNESP, 2003.

HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. 2ª Ed. Tradução: Débora Danowski. São Paulo: Editora da UNESP, 2000.

HUSSERL, Edmund. **Lições Para Uma Fenomenologia da Consciência Interna do Tempo**. 1ª Ed. Tradução: Pedro Alves. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1994.

HYPOLITE, Jean. **Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel**. Tradução: Andrei José Vaczi. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

IDUARTE, Marta Morineau; GONZÁLEZ, Román Iglesias. **Derecho Romano**. 4ª Edición. Ciudad de México: Oxford University Press México, 1998.

JHERING, Rudolf von. **A Luta Pelo Direito**. 1ª Ed. Tradução: João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Martin Claret, 2009.

JOLIVET, Régis. **Tratado de Filosofia**. Tomo III: Metafísica. Tradução: Maria da Glória Pereira Pinto Alcure. Rio de Janeiro: Livraria Agir Editora, 1965.

KALINOWSKI, Georges. **Introducción a la Lógica Jurídica**: elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica. Traducción: Juan A. Causabon. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1973.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5ª Ed. Tradução: Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

KANT, Immanuel. **Prolegômenos a Toda Metafísica Futura**. Tradução: Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1998.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 1ª Edição. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KANTOROWICZ, Herman. La Lucha por la Ciencia del Derecho. En: **La Ciencia del Derecho**. Traducción: Werner Goldschmidt. Buenos Aires: Losada, 1949.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KOYRÉ, Alexander. **Galileu e Platão**: do mundo do “mais ou menos” ao universo da precisão. 1ª Ed. Tradução: José Trindade Santos. Lisboa: Editora Gradiva, 1986

KUNDERA, Milan. **A Insustentável Leveza do Ser**. Tradução: Teresa Bulhões. 1ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3ª Ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LAUDAN, Larry. **Teorias do Método Científico**: de Platão a Mach. Tradução: Balthazar Barbosa Filho. Campinas: Cardemos de História e Filosofia da Ciência, Suplemento I, 1980.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinicius Lott. **A Dogmática Processual e a Exceção Cotidiana**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n.92, p. 13- 29, out./dez., 2015.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A Teoria Neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Coleção: Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Vol. 7. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos Continuados de Teoria do Processo, Volume VI**: a pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo Civil e Sociedade Civil**. Belo Horizonte: VirtuaJus Revista Eletrônica, Vol. 4, nº 2, 2005.

LOCKE, John. **Considerações sobre as Consequências da Redução do Juro**. Tradução: Walter Paixão. São Paulo: Associação Editorial Humanitas.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

THIBAU, Vinicius Lott. **Garantismo e Processualidade Democrática**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Processo**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Coleção: Pensamento Político, Vol. 15. Brasília: Editora da UnB, 1980.

LYOTARD, Jean-François. **A Fenomenologia**. Tradução: Armindo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2008.

MARCUSE, Herbert. **Ontologia de Hegel**. Traducción: Manuel Sacristán. Barcelona: Ediciones Martínez Roca, 1970.

MILLER, David (Org.). **Popper**: textos escolhidos. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2010.

MENGER, Anton. **El Derecho Civil y Los Pobres**. Traducción: Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**: parte geral. 6ª Edición. Traducción: Conrado Finzi. Buenos Aires: Editora Bibliográfica Argentina, 1955.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. Considerações Extemporâneas. In: **Obras Incompletas**. Coleção: Os Pensadores. Tradução: Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, Demasiado Humano**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. **O Crepúsculo dos Ídolos**. Tradução: Edson Bini e Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Editora, 2001.

NUÑEZ, Ricardo C. Bosquejo de la Culpabilidad. En: **La Concepción Normativa de la Culpabilidad**. 2ª Edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

PARRET, Herman. **Enunciação e Pragmática**. Tradução: Eni Pulcinelli Orlandi e outros. Campinas: Editora da UNICAMP, 1988.

PLATÃO. **Ménon**. Tradução: Maura Iglésias. São Paulo: Edições Loyola, 2001

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado de las Obligaciones**. Ciudad de México: Dirección de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial do Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.

POPPER, Karl. **Conjecturas e Refutações**: o progresso do conhecimento científico. 5ª Ed. Tradução: Sérgio Bath. Brasília: Editora da UnB, 2008.

POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**: uma abordagem evolucionária. Coleção: Espírito do Nosso Tempo, Vol. 13. Tradução: Milton Amado. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1975.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos, Volume I**: o fascínio de Platão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

POPPER, Karl. **A Sociedade Aberta e Seus Inimigos, Volume II**: a preamar da profecia. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 2ª Ed. Tradução: Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2013.

POPPER, Karl. **O Conhecimento e o Problema Corpo-mente**. Tradução: Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: Edições 70.

POPPER, Karl. **All Life is Problem Solving**. Translation: Patrick Camiller. London and New York: Routledge: Taylor & Francis Group, 2007.

PRIGOGINE, Ilya. **O Fim das Certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp Fundação, 1996.

PROVERA, Giuseppe. **A Noção Romana de Actio**. Seminários de Direito Romano. Brasília: Editora da UnB, 1984.

REALE, Giovanni. **Introduzione a Proclo**. Bari: Editori Laterza, 1989.

ROUANET, Sérgio Paulo. **A Razão Cativa, As Ilusões da Consciência**: de Platão a Freud. 3ª Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1990.

SADÉ, Marquês de. **Os 120 Dias de Sodoma**. Tradução: Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SAINT-SIMON, Henri de. Introduction aux Travaux Scientifiques du XIXe Siècle. Dans: **La Physiologie Sociale**. Oeuvres Choisies par Georges Gurvitch. Collection:

Bibliothèque de Sociologie Contemporaine. Paris: Presses Universitaires de France, 1965.

SANTOS, Mário Ferreira dos. “**O Homem que Nasceu Póstumo**”. 2ª Ed. São Paulo: Editora Logos, 1958.

SARTRE, Jean-Paul. **Crítica de la Razón Dialéctica**. Tomo I: Teoría de los Conjuntos Prácticos. Traducción: Manuel Lamana. Buenos Aires: Editorial Losada, 1963.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Estética**. Colección: Verbum Ensayo. Traducción: Antonio Lastra. Madrid: Editorial Verbum, 2003.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Antiga**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.

SEVERINO, Emanuele. **A Filosofia Moderna**. Tradução: José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.

SÓFOCLES. **A Trilogia Tebana**: Édipo Rei, Édipo em Colono e Antígona. Tradução: Mário Gama Kury. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1990.

SPENGLER, Oswald. **La Decadencia del Occidente**: bosquejo de una morfología de la historia universal. Traducción: Manuel G. Morente. Madrid: Espasa – Calpe S.A., 1966.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Kelly Susane Alflen Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

WEBER, Max. Os Três Tipos Puros de Dominação Legítima. In: **Max Webber**. 7ª Ed. Coleção: Os Grandes Cientistas Sociais. Organizador: Gabriel Cohn. São Paulo: Editora Ática, 2004.