



## VERDADE E SIGNIFICADO

*Ovídio A. Baptista da Silva*

Professor nos Cursos de Mestrado e Doutorado da Unisinos  
Professor titular (aposentado) de Direito Processual Civil da UFRGS.

1 . A sumarização de uma determinada demanda pressupõe que o juiz esteja autorizado a fundamentar o julgamento, em certa medida, num juízo de *verossimilhança*, numa verdade possível naquele momento processual, tendo em conta que a supressão de certas provas, como ocorre com o *mandado de segurança*, ou a eliminação de certas áreas do conflito, como nas *possessórias* – de modo que a lide não se apresente com as dimensões que poderia ter, não fora essas limitações –, fará com que o julgador não disponha de todos os elementos, de fato ou de direito, para formar o convencimento com a "plenitude" que seria desejável, caso as partes pudessem utilizar, na sustentação de suas alegações, todos os fatos e todas as alegações possíveis de direito, que as amparassem.

Encontramo-nos, portanto, ante uma questão importante, ligada à natureza, ou aos limites da cognição judicial em geral, bem como ante um problema crucial, relativo à própria da função jurisdicional. Em última análise, dispomos de uma perspectiva privilegiada para o exame de um dos pressupostos mais caros à doutrina processual, qual seja o entendimento de que o juiz, ao proferir a sentença, esteja a revelar a "vontade da lei".

Partindo da premissa de que o juiz seria aquele ser inanimado imaginado por Montesquieu, incumbido de relevar a "vontade da lei", chegaremos à conclusão de que o magistrado não poderá prestar jurisdição valendo-se de um juízo de *verossimilhança*, porquanto, ao sustentar-se, não na "vontade da lei", mas na simples possibilidade de que essa seja sua verdadeira vontade, estaria outorgando à parte uma proteção que provavelmente não correspondesse à expressão daquela "vontade".

Em última análise, estaria a proteger alguém não tutelado pela norma, porquanto – imagina-se – o julgador ainda não obtivera a "certeza" de ser essa a "vontade da lei", como insistia em dizer Chiovenda, ao referir-se à natureza da função jurisdicional, pressuposto, de resto, básico para a doutrina da "separação de poderes", segundo a qual o



direito é inteiramente produzido pelo Poder Legislativo, cabendo à jurisdição apenas revelá-lo (declará-lo). Revelar a "vontade da lei", não a vontade "provável" da lei; vontade naturalmente constante, como as fontes romanas conceituavam a justiça ( *Instituições de Justiniano* , Liv. I, 1: *Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuere* ("A justiça é a vontade constante e perpétua que atribui a cada um o seu direito")), de que Alessandro

Pekelis valeu-se para dar título a sua conhecida obra de filosofia do direito ( *Il diritto come volontà costante* , 1931, CEDAM, Pádua). Não será necessário recordar que essa prescrição fora editada por um tirano.

Embora a "constância" dessa imaginada "vontade da lei" nunca venha explicitada, é certo que ela é uma qualidade pressuposta. Como seria possível afirmar que a lei tem uma vontade, a ser descoberta pelo intérprete, se essa vontade se modificasse periodicamente? Não seria correto supor que a lei tivesse "uma vontade" quando as constantes modificações jurisprudenciais dão ao mesmo texto compreensões diferentes, aplicando-o muitas vezes em sentido diametralmente oposto ao proclamado pouco antes pelo mesmo tribunal.

Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável "vontade da lei" não passa de uma doce miragem. A verdade dos fatos interessa ao intérprete, especialmente ao juiz, porém como o estágio inicial da formação de juízo.

2. Antes de preocupar-se com a imaginada "vontade da lei", ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo será sempre o seu "significado" ou, como diz Gadamer, referindo-se a Vico, a busca do "sentido", um saber pelas causas, "que permite encontrar o evidente ( *verisimile* )" ( *Verdad y método* , Salamanca, 1988, p. 50-51). Gadamer complementa seu pensamento com esta asserção: "Pues bien, el concepto de la evidencia pertenece a la tradición. Lo 'verisimile', lo vero-simil, lo evidente forma una serie que puede defender sus razones frente a la verdad y a la certeza de lo demostrado y sabido" (p. 579).

Mostrara antes o filósofo a importância da retórica, enquanto arte de convencer, cuja utilização impõe-se, segundo ele, por uma inevitável contingência a que se



submetem os saberes que dependem da linguagem, afinal para as ciências da compreensão. Seu pensamento está resumido nesta esclarecedora proposição: " Y allí donde el hablar es arte lo es también comprensión. Todo hablar y todo texto están pues referidos fundamentalmente a la arte del comprender , a la hermenéutica , y es así como se explica la comunidad de la retórica (que es parte de la estética) y la hermenéutica" (p. 242).

Em obras posteriores, como em seu fundamental ensaio sobre a "arte de compreender", Gadamer volta a insistir na importância da *retórica* clássica, como um complemento das ciências hermenêuticas ( *L'art de comprendre - Herméneutique et tradition philosophique* , tradução de 1982, Éditions Aubier Montaigne, Paris, p. 128).

Estas palavras de Luís Ricasens Siches mostram não ser tarefa do legislador determinar o modo como a lei deverá ser interpretada, que, no fundo, é o que se pretende, por exemplo, com as súmulas vinculantes, constituídas em normas que, ao fixarem o sentido da lei, acabam engessando a jurisprudência: "O legislador poderá ordenar, através de suas normas gerais, a conduta que considere justa, conveniente e oportuna. Até aí pode estender-se seu poder. Entretanto, essencial e necessariamente está fora do poder do legislador decidir e regular aquilo que jamais se poderá incluir no conceito de legislação: regular o método de interpretação das normas gerais que ele produz. Às vezes, porém, os legisladores, embriagados de petulância, sonham com o impossível" ( *Introducción al estudio del derecho* , Editorial Porrúa, México, 1981, p. 240).

Paul Ricoeur, escrevendo a respeito da *querelle* entre Dworkin e o positivismo de Hart, mostra que os "fatos", não apenas quando valorados, mas até mesmo quando descritos, são objeto de múltiplas controvérsias jurídicas, porque, como diz Dworkin, o processo não trata de fatos em estado puro, mas, ao contrário, de fatos que carecem de interpretação que lhes atribua significado ( *Interpretazione e/o argumentazione* , Annuario di ermeneutica giuridica, CEDAM, 1996, p. 90).

O filósofo insiste na necessidade de superar a polaridade entre interpretação e argumentação, de modo a dar-lhes sentido dialético e, portanto, complementariedade (p. 78), porque, afirma Ricoeur, " . . . ho creduto di potermi basare sulle insufficienze di ciascuna posizione considerata per sostenere la tesi secondo la quale una ermeneutica giuridica, incentrata sulla tematica del dibattito, richieda una concezione dialettica dei rapporti tra



interpretazione ed argomentazione. Sono stato incoraggiato in questa impresa dall'analogia che mi è sembrato esistere, sul piano epistemologico, tra la coppia interpretare-argomentare sul piano giuridico, e la coppia comprendere-spiegare, dalla quale ho tempo fa mostrato la struttura dialettica, nell'ambito della teoria des testo, della teoria dell'azione o della teoria della storia" (p. 78).

3. Nem somente interpretação, nem, ao contrário, apenas "decisionismo". A argumentação exerce, no processo judicial, uma função complementar da interpretação. Tanto mais se argumenta, melhor hermeneuticamente se compreende. Remata Ricouer: "Spiegare di più per capire meglio" (p. 92). Esta é a explicação para um fenômeno conhecido de quantos exercem a docência, particularmente nas ciências humanas, que determina que o professor apreende mais que o aluno.

Referindo-se ao desprezo pela *retórica*, no alto Renascimento, mostra Renato Barili que "no fundo, é o velho divórcio, sempre temido pelos mais acérrimos defensores da retórica, entre palavras e coisas, entre *docere e movere*, sentidos e intelecto, conhecimento e vontade. Cada um destes momentos, no limiar da idade moderna, está a caminho de se constituir num plano de autonomia, de excluir uniões com outros: por um lado, uma procura do verdadeiro cada vez mais rigorosa e entregue a técnicas próprias; por outro, um fortalecimento das ciências morais baseadas na prudência. Quase um prenúncio da razão pura e da razão prática kantiana, incomunicantes entre si, unânimes só se se tratar de rejeitar os bons ofícios das artes do discurso" ( *Retórica*, Istituto Editoriale Internazionale, 1979, Lisboa, 1985, p. 95).

Barili confirma o horror do racionalismo com relação à retórica. A questão é conhecida, como o indicou Quentin Skinner, ao mostrar a ingente luta de Thomas Hobbes contra os argumentos retóricos, aos quais, aliás, seguidamente sucumbiu, sem contudo superar, apesar disso, o seu desprezo pela arte da argumentação ( *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*, Cambridge University, 1996, versão brasileira de 1999, Editora da UNESP, São Paulo, p. 457).

Para os racionalista as verdades são tão evidentes e claras que não há necessidade de perder tempo com argumentos, destinados a convencer o interlocutor de



"nossas" verdades, especialmente o juiz. (Somente o advogado moderno, militante, tem condições privilegiadas para ver a enormidade dessa ilusão).

Esta é uma circunstância curiosa e que releva o profundo sentido dos *paradigmas* científicos. As pessoas, muitas vezes, rejeitam, como ultrapassadas, certas percepções dos fenômenos, especialmente nas ciências do espírito, mas dissimulada e, mais ou menos, inconscientemente, as sustentam. O próprio campeão do racionalismo, que foi René Descartes, era um retórico. Sobre este ponto escreve Gadamer: "Descartes même, qui a soutenu avec grandeur et passion la cause de la méthode et de la certitude , est, en toutes ses oeuvres , un écrivain qui, comme l'a surtout démontré Henri Gouhier, use magnifiquement des moyens de la rhétorique " ( *L'art de comprendre - Herméneutique et tradition philosophique* , cit., p. 128).

A suposição de que a lei tenha uma "vontade" suprime a Hermenêutica, no pressuposto de que a missão do julgador seja apenas a descoberta dessa "vontade", para proclamá-la na sentença, como se a norma tivesse sempre o "sentido" que lhe atribuíra o legislador, mesmo que as circunstâncias históricas e os padrões de moralidade sejam outros, inteiramente diversos daqueles existentes ao tempo da edição da lei.

Obscurece-se, em última análise, a distinção entre a faculdade de "pensar" e a faculdade de "conhecer" (Kant), entre "verdade" e "significado" (Hannah Arendt (*A vida do espírito*, tradução de 1991, Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 45), esquecendo-se igualmente de que, para o Direito, o que realmente interessa não é a "verdade", mas o "significado".

A suposição de que a função do intérprete fique limitada à descoberta da "vontade" da lei – pressuposta invariável, sejam quais forem as circunstâncias históricas de quem deva aplicá-la –, ignora as ambigüidades inerentes à linguagem humana. Como observa Richard Palmer, "o sentido e a significação são, portanto, contextuais, são parte da situação" ( *Hermenêutica* , original inglês de 1969, Northwestern University Press, tradução portuguesa, 1986, Edições 70, Lisboa, p. 124).

Escrevendo sobre o que o autor indica como "estilo italiano", no que respeita à interpretação, mostra Merryman que o dogma da plenitude do ordenamento jurídico,



associado à busca da certeza, cria o pressuposto de que a *letra* da lei mantenha seu *significado* invariável, ao escrever o seguinte: " Benchè la lettera delle leggi rimanga invariata , il suo significato nell ´ applicazione spesso cambia di fronte alle nuove istanze sociali . L´ideale della certeza del diritto diviene un´ilusione di fronte alla incerteza che esiste nella realtà, dove per determinare il diritto delle parti spesso si deve attendere il risultato della lite. Tutto ciò è di lampante evidenza. Il giudice italiano non è, in pratica, soccorso da una chiara, completa, coerente e prevegente legislazione, che lo sollevi della necessità di interpretare e applicare le norme legislative. Come i suoi colleghi di *common law* egli è implicato in un processo vitale complesso e difficile. Egli deve individuare i problemi e sogliere e applicare ad essi norme di legge che assai raramente, o meglio mai, sono chiare nel contesto del caso per quanto chiare possono sembrare in astratto" (John H. Merryman, Lo "stilo italiano": La interpretazione, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* , 1968, p. 384).

Antes dissera Hannah Arendt: "Visto da perspectiva do mundo "real", o laboratório é a antecipação de um ambiente alterado e os processos cognitivos que usam as habilidades humanas de *pensar* e *fabricar* como meios para seus fins são os modos mais refinados do raciocínio comum. A atividade de conhecer não está menos relacionada ao *nosso sentido de realidade* (os itálicos são nossos), e é tanto uma atividade de construção do mundo quanto à edificação de uma casa" (ob. e loc. citados).

O problema do processualista é dar sentido aos fatos. Não basta estabelecer sua veracidade. Esta é a tarefa do historiador, não do magistrado. O direito nasce do fato, mas com ele não se confunde. As proposições mais simples e que poderiam parecer óbvias, dependendo do respectivo contexto poderão ter "significados" diversos e até antagonicos.

De resto, como advertiu Gadamer, "não nos esqueçamos de que, inclusive nas ciências, o 'fato' não se define como o simplesmente presente, fixado através da mensuração, da ponderação ou da contagem: 'fato' é antes um conceito hermenêutico, ou seja, algo sempre referido a um contexto de suposições ou expectativas, a um contexto de compreensão inquiridora de tipo complicado. Não tão complicado, mas igualmente difícil de levar a cabo é ver, na práxis vital de cada um, aquilo que existe, e não o que gostaríamos que existisse" ((Hans-Georg Gadamer, *Elogio da teoria*, original alemão de 1983, Edições 70, Lisboa, 2001, p. 36).



O que para nós é mito poderia ter sido "fato" para as civilizações que nos precederam. De resto, é freqüente criarmos nossos próprios mitos, para depois abandoná-los e regressar a certas "verdades" antigas. Dois pensadores contemporâneos, sem qualquer vínculo que os ligue, entre si, a determinada escola ou corrente filosófica, podem testemunhar essa óbvia constatação. Referimo-nos ao sociólogo francês Alfred Sauvy ( *Los mitos de nuestro tiempo*, tradução de 1969, Editorial Labor, Barcelona); e John Kenneth Galbraith, o conhecido economista americano ( *A economia das fraudes inocentes* , original inglês de 2004, Companhia das Letras, São Paulo).

Devemos ter presente que nossos "fatos" poderão tornar-se também mitos num período histórico de longa duração. Na profunda percepção de Heidegger, as "coisas", em suas aparentes evidências, não são "naturais". Quando indagamos a respeito das coisas, já temos uma idéia prévia acerca de sua essência; "fala já a história". "As respostas que damos já foram dadas há muito tempo" (*Que é uma coisa - Doutrina de Kant dos princípios transcendentais*, aula proferida no Curso de inverno de 1935/36, na Universidade de Freiburg, tradução de 2002, Edições 70, Lisboa, p. 49). Somos induzidos a supor que o *statu quo*, as coisas, sempre existiram, tal como nós as vemos agora. Mesmo as "coisas" criadas pela cultura. Temos uma tendência a "naturalizá-las" (vd., quanto a isto o que dissemos em *Processo e ideologia* , Forense, 2004, p. 16).

Cornelius Castoriadis refere-se, em certo sentido, a esta condição constitutiva do ser humano, ao mostrar como as instituições têm um elevadíssimo sentido de autopreservação, ao dizer: "As instituições e as significações imaginárias sociais são criações do imaginário radical, do imaginário social constituinte, da capacidade criadora da coletividade anônima, tal qual se manifesta claramente, por exemplo, na e pela criação da linguagem, das formas de família, dos costumes, das idéias, etc. A coletividade só pode existir como instituída. Suas instituições sociais são, a cada vez, sua criação própria, mas quase sempre, depois de criadas, elas aparecem para a coletividade como dadas (pelos antepassados, pelos deuses, por Deus, pela natureza, pela Razão, pelas leis da história, pelos mecanismos da concorrência, etc.). Tornam-se fixas, rígidas, sagradas. Sempre há, nas instituições, um elemento central, potente e eficaz de autoperpetuação (e os instrumentos necessários para esse fim)... O principal desses instrumentos é, como já disse, a fabricação de indivíduos conformes" (*O mundo fragmentado* , original francês de 1990, Rio de Janeiro, 1992, Editora Paz e Terra, p. 159).



Herbert Marcuse mostrara antes esta mesma tendência que nos leva a ter o *statu quo* como racional ( *El hombre unidimensional* , 1ª edição inglesa, 1954, Bacon Press, Boston, tradução de 1994, Ed. Ariel, Barcelona, p. 87).

Quando temos de enfrentar os chamados conceitos indeterminados, a ambigüidade semântica fica clara. Pense-se no que seja uma "falta grave" ou uma "injúria". Enfim que "significa" a locução "valores sociais do trabalho", inscrito no art. 1º da Constituição Federal, como um dos fundamentos da organização política brasileira? Uma "falta grave" não é um fato encontrado na natureza, que se possa tocar como uma coisa. Quando o juiz declara provada a "falta grave", certamente ele não está a dizer que, depois de investigá-la, como o cientista costuma medir as "coisas", está em condições de "demonstrar" cientificamente a existência do "fato" conhecido como "falta grave". Porém, na experiência judiciária, diz-se, com simplicidade, que a "falta grave", assim como outro qualquer conceito jurídico –, enquanto "fatos" –, resultaram provados.

Os conceitos jurídicos são, basicamente, hermenêuticos. A função hermenêutica, de que o direito processual nunca poderá prescindir, joga-nos na permanente antinomia, a que se refere Karl Engisch, entre a "abstração" jurídica inerente à norma, e a "totalidade concreta do caso" ( *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actual* , 2ª edição alemã de 1958, Ediciones Universitarias de Navarra, Pamplona, 1968, p. 259). O sentido não está, univocamente, no texto. O sentido será dado, necessariamente, pelo intérprete. Não há um sentido *a priori*, independente do respectivo contexto em que ele se insere. Depois de estabelecer a "verdade" dos fatos, o que já constitui uma tarefa laboriosa e sempre discutível (Karl-Otto-Apel, *Teoría de la verdad y ética del discurso* , tradução de 1987, Ediciones Paidós, Barcelona, p. 77), quem tenha a tarefa de interpretar (aplicar) o direito, terá de encontrar o "significado" do "fato".

4. Houve tempo em que as jovens que se exibissem com maiôs de duas peças nas praias brasileiras, corriam o risco de responder a processo criminal por atentado violento ao pudor. O Código Penal não mudou. Mudou o "fato", não obstante conservar-se o mesmo. Sua "significação" transfigurou-se, no curso do tempo. É esta indeterminação dos "fatos" que justifica a seguinte asserção de Jerome Frank, o célebre representante da escola do realismo jurídico americano: "Para sintetizar: 1) La mayoría de los pleitos son 'pleitos sobre hechos' "



( *Direito e incerteza* , original inglês de 1951, *New York University Law Review* , tradução de 1988, Buenos Aires, p. 85).

Pensar o Direito, como observou Hannah Arendt (ob. e loc. citados), qual o cientista que, encerrado em seu laboratório, vê com desprezo a tecnologia aplicada, como se a teoria pudesse prescindir da prática, é uma das tantas calamidades que nos tem conduzido ao mundo "administrado", de que somos servís instrumentos. É o que está pressuposto quando se imagina que a lei seja portadora da "vontade" do legislador, eliminada a função criadora do ato de sua aplicação. Ela já viria pronta do "laboratório" legislativo.

É uma graça divina, como pensou ouvir José Saramago, o grande escritor português, no diálogo mantido entre Deus e Jesus, que a lei não tenha uma vontade, mas inúmeras vontades, ou inúmeros "sentidos" que essa "vontade" poderá assumir, a serem revelados pelo intérprete, segundo suas circunstâncias históricas e as exigências políticas e sociais de seu tempo, de modo a harmonizar o texto – imperfeita expressão gráfica da norma – com as expectativas humanas contemporâneas ao julgador que a deva aplicar. Deus teria revelado, no diálogo, que nós, homens, somos induzidos a "acreditar somente no que vemos", embora se saiba que "vemos as mesmas coisa de maneira diferente", o que, diz o escritor, "tem-se mostrado excelente para a sobrevivência e relativa sanidade mental da espécie" (*O evangelho segundo Jesus Cristo* , Companhia das Letras, 1991, São Paulo, p. 378).

5. Seria, na verdade, impossível conceber o mundo se todos os homens vissem as mesmas coisas sempre de maneira idêntica. Só o tirano, pela força, poderá sonhar com um mundo desta espécie. Realmente, a sobrevivência e "relativa" sanidade mental da espécie humana alimentam-se das *diferenças* não das *identidades*, fabricadas pela lógica, contra a natureza, onde não existem identidades. Daí dizer Arthur Kaufmann, o "direito é originariamente analógico" (*Analogía y naturaleza de la cosa* , original alemão de 1965, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 58).

A lei que, porventura, tivesse uma única vontade – historicamente inalterável – que foi o sonho acalentado pelo Iluminismo europeu, é a lei do tirano, que imagina ter produzido o milagre de um texto divinamente perfeito, dado ao julgador como a expressão de "sua" vontade.



Por outro lado, a convicção formada a respeito dos fatos, num determinado processo judicial, na maior parte dos casos não afasta a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido; a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança (Wach, *Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana*, Buenos Aires, 1958, p. 241; Calamandrei, Verità e verosimiglianza, cit., p. 616). E mesmo quando a singeleza do fato e a superior consistência da prova possam conduzir-nos a um juízo de certeza, não será esta verdade que terá relevância para o processo, mas o seu "significado", apreendido pelo intérprete, desde suas perspectivas históricas, através do que Richard Palmer indica como a "confrontação do texto com um outro horizonte humano" (*Hermenêutica*, cit., p. 77), que não se confunde com o do legislador.

O processo não cuida de fatos tratados em sua pura materialidade, e sim de "fatos jurídicos", ou fatos juridicizados. Em última análise, o que se busca no processo é o "significado" a ser atribuído aos fatos. O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos "significados" que haverão de ser qualificados como jurídicos (Paul Ricoeur, *Annuario di ermeneutica giuridica - Ars interpretandi*, Cedam, 1996, Pádua, p. 90).

Jerome Frank observava que "um martelo não é a mesma coisa para um carpinteiro, um pintor, um poeta, um físico ou um assassino" ob. cit., p. 70). Certamente essa "coisa" chamada martelo, tem "significados" diferentes para cada um desses personagens.

Esta lição de Jerome Frank descreve, com fidelidade, a experiência dos advogados forenses. Referindo-se à possibilidade de que os tribunais anulem, desfigurem ou destorçam, deliberada ou inadvertidamente, os fatos, escreve ele: "Basta observar que a natureza intrinsecamente desconsertante da busca dos fatos e da falta de certeza que daí resulta, são responsáveis, em sua maior parte, pela insegurança jurídica, ou seja, pela incapacidade de os juristas predizerem o resultado dos julgamentos mais específicos, particularmente antes de o processo iniciar-se. A predição sobre uma sentença implica, em geral, uma profecia sobre as futuras reações subjetivas do juiz incumbido de investigar a prova, ou de um júri, relativamente às declarações contraditórias de determinadas pessoas que poderiam ser testemunhas. Presumivelmente pela incapacidade de predizer, em muitos casos, os "fatos", o juiz Learned Hand, contando com uma considerável experiência como juiz de prova, declarou, em 1921: ' *Devo dizer que eu, como litigante, temeria um pleito mais que*



*qualquer coisa, exceto a enfermidade e a morte' "* ( *Palabras y música - Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes* , original de 1947, Columbia Law Review, inserido na coleção intitulada "El actual pensamiento jurídico norteamericano", Editorial Losada, 1951, Buenos Aires, p. 198).

6. Não é nem mesmo a *verdade*, mas a *verossimilhança* – a verdade contextual e possível – que preside a atividade processual, tanto do juiz quanto, especialmente, dos litigantes que, como advertiu James Goldschmidt, não podem contar, enquanto figurantes da relação processual, senão com *expectativas* a respeito de seus pretensos direitos (*Principios generales del proceso* , 2ª edição da obra intitulada *Teoria general del derecho* , publicada em 1936, EJE, 1961, Buenos Aires, § 24 e sgts.). Este é o fenômeno que ainda resistimos a assimilar, para compreender que os direitos que se tornam litigiosos enfraquecem-se e perdem a tranqüila solidez que os protege, enquanto direitos materiais, pacificamente aceitos e observados no convívio social.

Os que pressupõem que a lei tenha sentido *unívoco* sustentam-se na idéia de que a "sua" leitura do texto seja a "única" "correta", sendo todas as demais arbitrárias, ou ideológicas, ou "alternativas" criações do intérprete. Esta seria realmente a justiça absoluta, incompatível com um regime político que se diz democrático, que Agnes Heller indica como a justiça do tirano (*Más allá de la justicia* , original inglês de 1987, Barcelona, Editorial Crítica, 1990, especialmente Cap. 5).

Luís Recasens Siches, para mostrar a ligação entre o movimento em favor da codificação no século XIX e os regimes políticos absolutos, recorda que também Justiniano proibira que seus códigos fossem interpretados, exigência expressa em algumas de suas Constituições, que declaravam que a obra legislativa desse imperador era perfeita, razão pela qual a função do julgador haveria de ficar limitada a simplesmente revelar a "norma" contida no "texto", em atividade praticamente mecânica (*Nueva filosofía de la interpretación del derecho* , 1980, Editorial Porrúa, México, p. 190).

Para a democracia verdadeiramente universal e participativa, que estamos empenhados em construir, a tolerância é um pressuposto básico; a tolerância concebida inicialmente como forma de superar as lutas religiosas, depois generalizada como tolerância política, racial e até mesmo ética, pilar sobre o qual foi construído do mundo moderno. É o



princípio de tolerância com o "outro", com suas convicções políticas, éticas e religiosas, que anula a pretensão, de resto ingênua, de que a lei possa ter sentido *unívoco*. Se considerarmos a distinção entre "verdade" e "significado", veremos que a própria natureza da linguagem determina uma essencial "plurivocidade" de sentido (Paul Ricoeur, *Anuario di ermeneutica giuridica*, cit. p. 91)

Escreve Arthur Kaufmann: "El intolerante lo inquieta las opiniones de los demás. El no puede elaborar la complejidad, porque no está abiertamente a favor de la pluralidad de la sociedad. El no posee la *ambigüedad de la tolerancia* (original sem os itálicos) para soportar la pluridiversidad de cosas e valores, la oscuridad de situaciones de decisión, los riesgos de la vida en el mundo moderno. Su formación de opinión no es un mero anticipo provisional, no es un antejucio, sino un prejuicio, pues no está dispuesto a experimentar, complementar, rectificar, en el comportamiento de los demás. El rechaza nuevas informaciones, en la medida en que no puede clasificarlas en su anquilosado sistema. No aprende básicamente nada fuera de eso. En medio del gran mundo abierto eleva un pequeño mundo cerrado ( *Filosofía del derecho* , 2ª edição alemã, Universidad Externado de Colombia, 1997 p 576).

Estando, como estamos, submetidos ao pensamento do "certo" e do "errado", fiéis ao raciocínio matemático, com a neutralidade axiológica que o sistema pressupõe que seja possível na experiência jurisprudencial, devemos oscilar entre o "branco", quando – a "nosso" juízo –, o julgador reproduzira a "vontade da lei"; ou, ao contrário, cairemos na zona "preta", sempre que a sentença, parecendo "branca" a nosso adversário, para "nós" será ofensiva da lei, conseqüentemente "preta", posto que errada.

As colorações, os incontáveis matizes que nos permitiriam encontrar a justiça nos casos individuais - por isso que infensos a regras - são recusados, por princípio. Em última análise, a penosa passagem do pensamento lógico para o analógico deve ter como pressuposto uma concepção do Direito que o faça comprometido com valores, que o conceba como um direito permeado pela eticidade (sobre este ponto, amparados em Kaufmann, consultar o que escrevemos na obra "Processo e Ideologia", Forense, 2004, Cap. XI).

Se a separação entre verdade e aparência é um fenômeno natural em todas as ciências, especialmente nas ciências sociais, não é menos verdade que nossa civilização



urbana de massa haja tornado ainda mais profunda a distância entre a verdade e as simples aparências.

A *verossimilhança* domina literalmente a ação judicial. É com base nela que o juiz profere a decisão de recebimento da petição inicial, dando curso à ação civil, assim como, igualmente baseado em critério de simples verossimilhança, emite todas as decisões interlocutórias e, eventualmente – nos casos em que nosso direito o permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos possessórios, no mandado de segurança e, agora, nas antecipações de tutela dos arts. 273 e 461, os quais tornaram genérica a tutela de tipo interdital que, como se sabe, era outorgada pelo *praetor* romano com base em *summaria cognitio*, tal como hoje os nossos magistrados outorgam as tutelas antecipadas (Arnaldo Biscardi, *La protezione interdittale nel processo romano*, Cedam, Pádua, 1937, pp. 37 e sgts.).

Mas nem só os provimentos judiciais anteriores à sentença são emitidos com base em verossimilhança, também o é a sentença de mérito. Se não o fosse, se o juiz – depois do mortificante procedimento ordinário – houvesse afinal encontrado a "vontade da lei", não haveria como justificar a cadeia recursal que nos inferniza. Porventura, a última decisão de última instância seria capaz de possuir o divino segredo recusado às instâncias inferiores? Somente esse julgamento será capaz de revelar a "vontade da lei"? Certamente não, porquanto também contra ele cabem revisões judiciais; cabem ações rescisórias. E rescisórias de rescisórias!

7. São estas considerações que revelam a diferença entre "verdade" e "significado", fazendo-nos compreender que a suposta "vontade da lei" transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete, a fim de que o "significado" da lei harmonize-se com as novas realidades sociais.

Encontramo-nos, realmente, no ponto de rotura entre o ideal do Iluminismo, com sua pretensão de domar a insegurança e as incertezas inerentes à vida humana, obtendo a máxima segurança através do Direito, e as novas realidades sociais e políticas que nos obrigam, com a força das potências históricas que as produziram, a abandonar essa perigosa ilusão.



Teremos de regressar ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem *unívoca*, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como essencialmente *problemático*, incapaz de admitir o raciocínio dedutivo, próprio da matemática. Pouco importa que gostemos ou não desta nova contingência. A superação do *dogmatismo*, que é a expressão mais visível de nosso *paradigma*, é uma imposição das novas realidades históricas.

A essencial *problematicidade* do Direito, que o aproxima inexoravelmente do "caso", dando azo à sua criação jurisprudencial, aparece hoje com uma tal evidência que nos faz duvidar de que, dois séculos antes, filósofos da grandeza de um Leibniz e jurista da competência e erudição de um Savigny, pudessem concebê-lo sob a forma de uma proposição algébrica, radicalmente *dogmática*.

O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a *univocidade* do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades, temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariade* com *arbitrariedade*. O juiz terá – na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não –, uma margem de discricção dentro de cujos limites, porém, permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.

Lênio Luiz Streck mostra a artificialidade da idéia de que a lei tenha univocidade de sentido, ao dizer que "no texto legal há sempre um contexto", conseqüentemente "quando o juiz aplica a lei estará aplicando *não o texto-em-si*, mas o sentido que esse texto adquiriu na tradição" (*Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, p. 462).

Basta distinguir – o que nem sempre se faz – racionalidade de racionalismo, que foi a grande ideologia constitutiva do mundo moderno.

A respeito da suposição da doutrina moderna de que a norma deva ter uma "única resposta correta", considera Robert Alexy que isto, além de pressupor que o conhecimento humano, seja capaz de superar "um Hércules dworkiano", ainda exigiria mais cinco condições: a) um tempo ilimitado; b) informação ilimitada; c) clareza lingüística ilimitada; d) capacidade ilimitada às mudanças de papéis do sujeito; e) ausência de



precompreensões igualmente ilimitada ( *Derecho y razón práctica* , 2ª edição, 2002, Biblioteca da Ética, Filosofía del Derecho y Política, México, pp. 20-23).

Alexy acrescenta outro pressuposto, ignorado pela doutrina processual, que é básica distinção entre o raciocínio dos juristas, quando laboram no domínio do direito material e a condição que lhes é imposta pela compreensão das categorias e instituições processuais. Como temos insistido (consultar, especialmente nosso ensaio intitulado "Direito material e processo", in *Revista Jurídica*, Editora NOTADEZ, nº 321, julho de 2004), no processo não existem o *ser* e o *não ser*. Tudo gira em torno do "em sendo", no domínio das simples possibilidades de vir a ser. Daí dizer Alexy: "En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga sin embargo a renunciar a la idea de la única respuesta correcta, sino que únicamente da ocasión para determinar en *status* con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de sí existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta" (ob. cit. p. 24).

Os figurantes que assumem, na relação processual, a condição de parte ou terceiros juridicamente interessados, devem supor, como "idéia regulativa", que as respectivas pretensões contenham uma única resposta correta. O autor não dirá, ao formular a petição inicial, que não acredita da existência de seu direito; ou que, embora esteja convencido de ter direito, é perfeitamente admissível que o juiz não o reconheça. Daí porque – como simples idéia regulativa – ele deve pressupor uma "única resposta correta". O mesmo fará seu contendor, ao sustentar a resposta contrária. Como disse Alexy, não existe "*una seguridad intersubjetivamente necesaria* ", que possa conduzir a uma única resposta correta.

8. Rudolf Jhering, em sua célebre obra sobre o "espírito" do Direito Romano, refere-se ao direito material como o "direito abstrato" que, no processo, deve ser aplicado aos



"casos concretos" (*L'esprit du droit romain*, tradução francesa de 1886-1888, vol. III, p. 21). A idéia do direito material, como um direito abstrato, é sugestiva, para mostrar a distinção entre essa condição do direito, tal como ele é praticado quotidianamente na vida social, e o direito submetido à jurisdição. A. Castanheira Neves referindo-se à H. M. Pawlowski escreve: "O processo é necessário para fixar o que *hoje* – o que *neste caso* – concretamente é o direito. Ele não serve, portanto apenas para impor e realizar um direito 'material subjetivo' previamente fixado; é antes necessário para que o direito – o direito subjetivo e o direito objetivo – seja determinado ou fixado; o direito que sem o processo e a sentença permaneceria indeterminado e só subjetivamente (e por diverso modo) conhecido . . . O processo é necessário uma vez que o direito, que está sempre em mutação, tem de ser fixado para um certo momento temporal" (*A natureza dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, p. 126).

Talvez, como observa Karl Engisch (ob. cit. p. 260), muitos mal-entendidos pudessem desfazer-se se esta essencial diversidade entre o direito material e o processo fosse preservada, com o abandono da pretensão de eliminar o dualismo existente entre a ordem jurídica material e o processo. Esta distinção é que introduz, no processo, um espaço retórico de argumentação.

Esta é a contingência imposta pela dinamicidade da condição processual, ao contrário da posição estática, do "ser" ou "não ser" do direito material, de que falou James Goldschmidt, quando propôs que se compreendesse o processo como uma "situação jurídica", ao dizer que "el modo de ver o considerar el derecho, que convierte todas las relaciones jurídicas en expectativas o perspectivas de un fallo judicial de contenido determinado, puede llamarse una consideración *dinámica* del derecho en contraste con la consideración corriente, que es *estática*, porque enfoca todas las relaciones jurídicas como *consecuencias jurídicamente necesarias de hechos presupuestos como realizados*" (*Principios generales del proceso*, cit., p. 64).

9. A verdade, incessantemente buscada através do juízo de certeza, e a irrelevância dos "significados", como se a lei tivesse uma vontade invariável ("vontade constante"), foi o preço exigido pelo positivismo jurídico, enquanto fiador do Estado Industrial.



Para o direito material, cujas categorias são empregadas descuidadamente pelos juristas que lidam com o processo, os direitos (pretensões) controvertidos na causa "são pressupostos como realizados" antes mesmo da sentença. Como mostrou Goldschmidt, referimo-nos ao acionista, ao proprietário, ao credor, ao possuidor; ou, no pólo passivo, ao réu como sendo devedor, inquilino, etc., enquanto a relação processual se desenvolve. As categorias estáticas do direito material subjugam o pensamento e a ação dos juristas dedicados ao processo, seja nas obras de doutrina, seja na prática forense. O desafio de Goldschmidt ainda não teve ressonância.

Entretanto, embora a doutrina processual se valha dessas categorias, o processo ignora as figuras de um proprietário, de um credor, de um acionista transformando-as em "*aquele que se diz*" acionista, credor, locador ou proprietário; ou naquele "*a quem se atribui a condição de*" devedor, do direito das obrigações, ou injusto possuidor, ou devedor de alimentos", etc.

Devemos ter presente que a lógica é um artifício humano, através do qual as coisas apenas análogas em sua essência, são tratadas como idênticas, para formação das "regras". Este é o fundamento de que se vale Arthur Kaufmann para mostrar que o direito, antes de ser lógico, é originariamente analógico. A lógica é uma construção humana, que tenta eliminar a "diferença" que existe no mundo. Mas o processualista que lida com um pedaço da história humana, conhecido como "lide", não deve perder de vista esta contingência.

**10.** No direito que se pratica na instância judiciária, os advogados que lidam com a "racionalidade forense", a que Gadamer se refere, invocando Chaïm Perelman (*Verdad y metodo*, cit., vol. II, Salamanca, 1992, Ediciones Sígueme, p. 113), utilizam-se essencialmente da *retórica*, pela natureza da "relação vital do intérprete com o texto". Como disse o filósofo é necessário aceitar a "ambigüidade retórica" como um ideal positivo para compreensão das ciências do espírito (Gadamer, *Verdad y método*, 4ª edição alemã, 1975, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1988, 403). A "aceitabilidade racional", expressa pelo *verossímil* do pensamento clássico, deve tomar o lugar da racionalidade linear da epistemologia das ciências empíricas.

A decisiva importância dada por Gadamer à retórica, como instrumento complementar da hermenêutica, pode ser avaliada pelo disse o filósofo neste parágrafo: "Hay



que insistir hoy en que la racionalidad de la argumentación retórica, que trata de utilizar los 'afectos', pero que reivindica fundamentalmente los argumentos y trabaja con probabilidades, es y seguirá siendo un factor definitorio de la sociedad mucho más poderoso que la certeza de la ciencia. Por eso en *Verdad y método* I hice una referencia especialmente a los trabajos de Ch. Perelman, que toma la praxis jurídica como punto de partida" ( *Verdad y método* , vol. II, cit. p. 394).

Escreve Aulis Aarnio: "La aceptabilidad racional, en tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, juega el mismo *papel* que la verdad en las ciencias empíricas. Así como las investigaciones empíricas tratan de aproximarse a la verdad, el objetivo de la dogmática jurídica es maximizar la aceptabilidad racional . . . Esto no significa la aceptación de algún tipo de 'teoría electoral de la verdad'. . . . Primero, la teoría de la aceptabilidad racional no se refiere en absoluto a la dicotomía verdadero/falso. Por el contrario, las posiciones normativas no pertenecen al ámbito de la verdad. Puede haber más de una posición normativa 'verdadera' en la sociedad, según el punto de partida que se adopte. Justamente en esta concepción reside el núcleo de la crítica con respecto a las teorías de la única respuesta correcta. El rechazo de una única respuesta correcta es una consecuencia directa de la tesis del relativismo axiológico . . . Desde el punto de vista del manejo sensato de nuestros asuntos comunes es necesario, pero también suficiente, lograr un consenso representativo sobre el sistema de valores que se encuentran en la base del orden jurídico. Este es el núcleo de la concepción occidental de democracia. Ciertamente la democracia no significa tratar de lograr resultados verdaderos. El objetivo es la creación de una base aceptable de acción desde el punto de vista de la comunidad. Por ello, el relativismo moderado no es más que una parte de la exigencia de la democracia. Expresa un ideal del manejo de los asuntos sociales; su objetivo es producir resultados apoyados por aquellas personas razonables que representan los valores adoptados e aceptados en general por la sociedad" ( *Lo racional como razonable* , original inglés de 1987, traducción de 1991, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 286-287).

Este modo de pensar o Direito Processual, este padrão epistemológico, e a necessidade que a civilização moderna tornou inevitável de tratar os litígios judiciais com base na *aparência*, admitindo a *razoabilidade* como critério de decisão; enfim, a distinção entre "verdade" e "significado", como critério de justiça para o caso concreto, é o grande responsável pela decadência do procedimento ordinário, com sua pretensiosa aspiração a



alcançar a verdade, tendo no juiz a figura de um operador neutro, impassível perante as injustiças, e, conseqüentemente, irresponsável (Mauro Cappelletti, *Juízes irresponsáveis?* original de 1988, Giuffrè, Milão, tradução brasileira, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989, p. 30 e sgts.).

Mesmo porque a busca da verdade dos fatos será sempre uma tarefa indispensável, porém preliminar, não conclusiva. A partir desse ponto, é que o julgador haverá de atribuir-lhes "sentido", não um suposto significado constante, dado previamente pelo legislador, como se as contingências, expectativas e valores estivessem petrificados na História. Ao contrário, como disse Gadamer, "o que é 'justo' é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas 'em si', independentemente da situação que as reclame" ( *O problema da consciência histórica* , conferência pronunciada em francês na Universidade de Louvain, em 1958, 2ª edição brasileira, 2003, Editora Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, p. 52).

Fatores de variadas procedências, especialmente políticos, porém basicamente culturais, fruto da própria modernidade, encarregaram-se de produzir o irremediável anacronismo dos sistemas processuais que ainda se encontram ancorados na esperança iluminista de construir uma ordem jurídica isenta de valores, na qual o magistrado seria uma entidade neutra e passiva, cuja missão haveria de ser apenas a de esclarecer (declarar) a suposta "vontade da lei".

Uma autêntica democracia, pela primeira vez experimentada no curso da história humana, com o pluralismo que lhe é inerente e com a tolerância com as aspirações, expectativas e valores do "outro", que haverão de ser respeitados e admitidos como igualmente válidos; a tentativa de publicização do processo civil, pela via de sua constitucionalização, em que predominam os "princípios"; o perfil coletivo dos novos conflitos; e a hemorrágica, confusa e contraditória produção de leis politicamente engajadas, que não têm a menor semelhança com o conceito de lei proposto por Montesquieu, são alguns dos fatores responsáveis pela obsolescência do *procedimento ordinário*, que é o núcleo duro do sistema, na verdade, a estrutura elementar do chamado Processo de Conhecimento.



11. Uma das conseqüências mais visíveis desse processo cultural, como notou Nicola Picardi (La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione, *in Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, 2004, I, p. 41 e sgts.), foi retornarmos ao direito formado jurisprudencialmente, ao contrário do século XIX, o qual, segundo Savigny, tinha vocação para a legislação. Enquanto o século XIX supunha que o direito deveria estar inteiramente contido na lei, nossa época perdeu essa ingênua ilusão, para admitir que a lei, enquanto texto, apenas uma pálida e tosca expressão da norma que o juiz tem de aplicar no caso concreto. Neste ponto, regressamos à sabedoria dos clássicos, para aceitar a imanente *plurivocidade* dos textos legais.

Este é o surpreendente resultado da "orgia legislativa". Seria de supor que o cipoal legislativo em que se encontra enredado o Estado contemporâneo fosse capaz de, afinal, dispensar a criação jurisprudencial do direito. Aconteceu, como observou Cappelletti, justamente o contrário: tanto mais leis são editadas, mais necessitamos da intervenção judicial na formação do direito (*Juízes legisladores?*, original de 1984, tradução brasileira, 1993, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, p. 18).

Outro conhecido jurista italiano, tratando do velho tema das cortes de cassação, que nossas circunstâncias tornaram atual, dissera: "Appartiene alla relatività storica il modo d'essere del rapporto (intellettuale, culturale, epistemologico) fra il giudice e la legge, e per molti aspetti il modo stesso di essere della legge. Non solo per la frammentazione dei testi, per la sovrabbondanza e la cattiva tecnica redazionale delle leggi, per il fenomeno della 'decodificazione', per le non rare ipotesi di sviamento di potere legislativo, per gli inediti problemi di gerarchia fra fonti del diritto, ma anche, e di più, perchè la legge non è frutto di una società omogenea e quindi rimanda al giudiziario incertezze non composte in sede parlamentare, e, ancora, perchè la legge stessa è sempre, potenzialmente, in discussione, non punto di arrivo ma doveroso punto di partenza di un dubbio, ogni qual volta essa possa apparire in contrasto con la Costituzione" (Giuseppe Borrè, La Corte di cassazione oggi, *in Diritto giurisprudenziale*, coletânea, organizada por Mario Bessone, Giappichelli Editore, Turim, 1996, p. 161). Não é a lei o "ponto de chegada", com que sonharam os filósofos do oitocentos europeu, o porto seguro contra nossas incertezas e aflições, o escudo de nossa liberdade, mas um mero ponto de partida para as dúvidas, frustrações e inseguranças.



Não se pode esquecer que nosso sistema processual conserva-se fiel aos padrões culturais do Iluminismo europeu, preservando intocado, e até exacerbado, o princípio da "separação de poderes". A alegação de que, comparado com os sistemas europeus do século XIX, o processo civil brasileiro apresenta uma extraordinária modernização, de que seria testemunha a criação jurisprudencial do direito, deve ser recebida com reservas. Como se teria produzido esse milagre, se as instituições conservaram-se inalteradas? Qual a origem dessa transformação, se a lei ainda é compreendida como portadora de "uma" vontade, naturalmente pressuposta como invariável, a impedir sua compreensão hermenêutica? Como, se consideramos natural "congelar" essa vontade através de súmulas vinculantes, que perenizam o sentido do texto? Como, se a jurisdição apenas "declaratória" – pressupondo o monopólio do poder legislativo na criação do Direito – conserva-se nos Códigos, na Universidade e nos livros? Partindo dessa dura realidade, como legitimar a criação jurisprudencial do direito?

É, sem dúvida, uma verdade indiscutível que nossos juízes – como qualquer julgador – labora com uma apreciável dose de *discricionariedade*. Entretanto (este é o verdadeiro problema), fazem-no de "contrabando", supondo ou fingindo que aplicam, religiosamente, a pura vontade da lei, mantendo-se, por isso, irresponsáveis, sob o pressuposto de que a eventual injustiça da sentença deva ser debitada ao legislador.

Esta discricionariedade "contrabandeada" permitiu a Jerome Frank a seguinte observação: "Nuestros tribunales, en verdad, han logrado subrepticamente esa individualización humana por intermedio de una amplia 'discrecionalidad en cuanto a los hechos' de los jueces de primera instancia y jurados. Pero los métodos subrepticios no son ni saludables ni democráticos... En lugar de pasar de contrabando en las sentencias la aplicación discrecional de las normas – para que se acomoden a los casos individuales – a través de la disimulada puerta trasera de la determinación de los hechos, bien podríamos revisar la mayoría de nuestras normas para que abiertamente confirieran esa discrecionalidad" (ob. cit., p. 107).

Temos insistido em que essa forma obscura de "contrabando", através da qual os juízes produzem direito, é uma dos tantos expedientes utilizados pelo sistema para mostrar-se evoluído, conservando-se, porém, inamovível.