

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

MARCIA TEIXEIRA ANTUNES

**ENTRE A SEGURANÇA E A INCERTEZA:
RACIONALIDADE E CAOS NO PROCESSO E DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre

2009

MARCIA TEIXEIRA ANTUNES

**ENTRE A SEGURANÇA E A INCERTEZA:
RACIONALIDADE E CAOS NO PROCESSO E DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 30 de março de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Dr. Ricardo Aronne

Dra. Clarice Beatriz da Costa Söhnngen

Dr. Carlos Alberto Molinaro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A636e Antunes, Marcia Teixeira

Entre a segurança e a incerteza: racionalidade e caos no processo e direito civil constitucional / Marcia Teixeira Antunes. – Porto Alegre, 2010.

102 f.

**Diss. (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientação: Prof. Dr. Ricardo Aronne**

1. Direito Processual Civil – tutela de urgência. 2. Filosofia do Direito. 3 Teoria do caos. I. Aronne, Ricardo II. Título.

CDD 341.46

**Ficha Catalográfica elaborada por
Sabrina Vicari
CRB 10/1594**

RESUMO

O conhecimento científico, inicialmente resumido às ciências exatas, desenvolveu-se à luz do paradigma determinista comprometido com a ordem, com a previsibilidade, a certeza e a segurança.

A partir do Iluminismo a racionalidade do conhecimento científico (determinismo) foi estendida às ciências sociais, que passaram a buscar a mesma certeza, segurança e previsibilidade das ciências naturais. Os Iluministas acreditavam que qualquer fenômeno natural, social, religioso ou econômico poderia ser explicado através da razão. O mundo era explicado pela razão.

Nasce o juracionalismo, que, com a pretensão de renovar a sociedade e o Direito com base na razão humana, é considerado o precursor do positivismo jurídico, corrente que admitia a lei como única fonte do Direito.

O positivismo é reflexo do paradigma determinista, posto que para alcançar as almeçadas certeza e segurança jurídica, a lei foi apartada do contexto social e de qualquer interpretação, evitando, assim que a aplicação do Direito sofresse alguma influência externa. A lei, em decorrência da precisão, herdada das ciências exatas, possui um único sentido.

No Direito Processual Civil o determinismo é representado pelo procedimento ordinário, cuja cognição é exauriente, previsto como regra geral, independentemente das particularidades e urgências do caso *sub judice*.

O paradigma determinista passou a ser contestado a partir de algumas descobertas científicas, dentre as quais a teoria da relatividade, a teoria quântica, o princípio da incerteza, a teoria dos sistemas dinâmicos, a topologia e a teoria do caos, que comprovaram que a certeza e a previsibilidade pretendidas pela ciência eram ilusórias ante a complexidade do universo. O determinismo foi substituído pela complexidade.

Assim como o paradigma determinista das ciências exatas contaminou o Direito, o paradigma da complexidade o contagiou da mesma forma, motivo pelo qual passa a ser estudado como um sistema aberto, dinâmico e não-linear.

Palavras-chave: teoria do caos - procedimento ordinário - tutela de urgência – determinismo - complexidade

ABSTRACT

The scientific knowledge, originally restricted to the exact sciences, was developed by the paradigm of determinism, which is committed with the ideas of order, foreknowledge and prescience, certainty and reliableness.

By the rising of Illuminism, the rationality of determinism was extended to the social sciences, which became to seek the same certainty, reliableness and foreknowledge that constitutes the natural sciences. The Illuminists believed that every event in life could be elucidated by reason. The world was explained by reason.

In this scenery, the Jusracionalism was born, pretending to renew the society and the Science of Law as well. These changes, based on human reason, are the elements that made the Positivism Movement take its place, having the law as the only resource of a Law System.

As a result of the deterministic paradigm, the Positivism, in order to get the desired certainty, took the law out of its social context, obstructing any kind of interpretation. As matter of fact, the law, without interpretation, has only one meaning.

In Brazil, Determinism is represented by the way the lawsuits takes course into the courts. Generally, the lawsuits goes through so many procedures that, when it comes to the end, all the facts were object of proof, in despite of the needs and urgency of some cases.

The Chaos Theory (among with the Theory of Relativity and others) started questioning the deterministic paradigm, showing that certainty and foreknowledge are nothing less that an illusion. At this point, the determinism was replaced by complexity.

The paradigm of complexity took its place in the Law System and nowadays is analyzed as an open, dynamic and non-linear system.

Key words: Chaos Theory - ordinary procedure - urgency tutelage – determinism - complexity

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O homem moderno e sua busca pela certeza	13
3 O procedimento ordinário e o paradigma determinista	33
4 O método no tempo e o tempo do método	46
5 A tutela de urgência e a urgência das rupturas	64
6 Pós-modernidade, complexidade e caos	75
7 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo se faz alusão à “crise do Direito”, tema que tem sido muito debatido entre os juristas. Percebe-se que alguns participam da discussão, simplesmente porque almejam pôr fim à crise, limitando-se a encontrar uma solução para retornar “aos tempos de paz”. No entanto, não tentam compreendê-la e tampouco visualizam a necessidade de qualquer alteração na ciência jurídica.

Crise? Melhores dias virão... Não. Complexidade. Caos.

Os estudiosos mais ventilados, ao contrário, debatem sobre os motivos que desencadearam essa mudança, denominada “crise”, a fim de compreendê-la, para, posteriormente, questionarem as alterações necessárias.

A expressão “crise do Direito” não parece ser a mais adequada por duas razões.

A primeira é que a palavra crise denota a idéia de algo negativo, ruim. Contudo, neste estudo será possível constatar que a nova fase do Direito é resultado das reivindicações da sociedade, que aspira a um Direito justo e efetivo.

A segunda razão que faz com que a expressão “crise do Direito” não seja a mais apropriada, é que a palavra “crise” transmite a idéia de algo passageiro, efêmero. Entretanto, percebe-se que esta nova fase do Direito perdura há muitos anos, pelo menos desde a Constituição de 1988, e persistirá até que a sociedade reclame novas mudanças, o que provocará uma “nova crise do Direito”.

A tão controvertida “crise do Direito” representa, sim, a evolução da ciência jurídica, que se liberta de um paradigma arcaico e simplificador, comprometido com um conhecimento que não mais existe.

O que a doutrina clássica denominou “crise do Direito”, nada mais é que a repersonalização do Direito, decorrente da sua constitucionalização.

A Constituição Federal de 1988 alterou, sobremaneira, o paradigma do direito privado, porquanto privilegiou valores não-patrimoniais, como a dignidade da pessoa humana, em detrimento do patrimônio.¹

O Código Civil de 1916 abarcava valores da sociedade liberal do século XIX, sendo o patrimônio o centro do ordenamento jurídico.

O excessivo prestígio ao patrimônio que se verificava nos códigos, passou a ser incompatível com o novo paradigma introduzido pela Constituição Federal de 1988, cuja alteração no centro do sistema jurídico, tornou a dignidade da pessoa humana o cerne dessa nova ordem. O ser humano passa a ocupar o lugar até então preenchido pelo patrimônio.

A constitucionalização do Direito Processual Civil provocou mudanças significativas no que diz respeito à prestação da tutela jurisdicional.

Com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal² a tutela jurisdicional passou a ter como objeto tanto a lesão quanto a ameaça de direito. Surge, assim, a necessidade da tutela jurisdicional preventiva, novidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O inciso LXXVIII do mesmo dispositivo legal³ garante a todos a razoável duração do processo. O cidadão, agora, não possui somente o direito de obter do Estado a tutela jurisdicional, o seu direito é muito mais amplo, a tutela recebida há que ser efetiva.

Este novo cenário demanda compreensão.

Com efeito, mostra-se necessário investigar o significado da “crise do Direito” e os motivos que a desencadearam.

Para repensar o Direito, obrigatoriamente, tem-se que analisar a sua trajetória ao longo dos tempos. O estudo da História do Direito se mostra necessário para uma

¹ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;”

² “Art. 5º, CF – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

³ “LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

melhor compreensão da atualidade. Somente após analisar a evolução da ciência jurídica, cujo exame requer a pesquisa da sua formação e desenvolvimento, ter-se-á condições de entender os motivos que a conduziram à atual fase.

Faz-se necessário desconstituir para construir.

Nesse mister, importante salientar que essa “crise” não se instalou somente sobre o Direito. Verifica-se que profissionais de outras áreas, da mesma forma, fazem referência ao colapso que se alojou sobre a ciência que estudam.

Trata-se de uma crise das ciências. Mudança de paradigma? Determinismo? Complexidade...

O determinismo foi o paradigma do conhecimento científico, que, influenciado pela exatidão das ciências naturais, passou a perseguir a segurança e a certeza, acreditando na previsibilidade da ordem do Universo.

O Direito, enquanto ciência, também se desenvolveu à luz do determinismo, observando a racionalidade das ciências exatas. Assim como era possível chegar a um único resultado correto numa equação; quando da aplicação do Direito, também era possível obter uma única consequência.

Se, em um primeiro momento, os cientistas, pelo sucesso obtido em diversas experiências, acreditaram que isto era possível, posteriormente, a própria ciência demonstrou que a ordem do Universo nem sempre era previsível, posto que, por vezes, seus movimentos eram aleatórios. Caos? Complexidade...

Trata-se de uma crise (revolução) das ciências. Mudança de paradigma? Determinismo? Complexidade...

7 CONCLUSÃO

O paradigma determinista e sua busca pela segurança e certeza jurídica, que ao longo da história estruturou o procedimento ordinário, está, timidamente, sendo “expurgado” do Direito.

O procedimento ordinário, previsto como regra geral, em razão da cognição exauriente, possui uma tramitação excessivamente lenta e não raro sem sentido. O tempo de duração do processo pode representar um ônus para o cidadão que busca a tutela jurisdicional, posto que para conseguir o bem da vida pretendido, precisa aguardar a sentença; considerando que a cognição há que ser exauriente.

A cognição exauriente decorre da necessidade do provimento judicial ser alicerçado na certeza, pois, somente assim, a almejada segurança jurídica é conquistada. Tal postura é reflexo do moderno paradigma determinista.

A sociedade reivindica uma tutela jurisdicional efetiva, que, no menor tempo possível, possa satisfazer, da forma mais ampla possível, a pretensão do jurisdicionado. Celeridade na impossibilidade de certeza !

O legislador constitucional, atendendo à reivindicação social, incluiu entre os direitos e garantias fundamentais, o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e a proteção à ameaça de direito (art. 5º, XXXV).

O legislador infraconstitucional, por sua vez, introduziu no ordenamento jurídico as tutelas de urgência.

A inclusão dos direitos fundamentais anteriormente mencionados e das tutelas de urgência representa a ruptura da ciência jurídica com o paradigma determinista, posto que reclamam cognição sumária.

A cognição sumária é incompatível com o paradigma determinista, pois a prestação jurisdicional é concedida com base em um juízo de verossimilhança, de probabilidade. A certeza e a segurança exigíveis pelo paradigma determinista inexistem na cognição sumária.

As ciências, de forma geral, reconheceram que almejar a certeza é pretender atingir o impossível. A certeza é uma ilusão do qual o processo não pode ser um simulacro. Daí a importância da ruptura de paradigmas.

A incerteza, na racionalidade contemporânea, claramente intersubjetiva, não conduz necessariamente à aleatoriedade, pois a segurança do ordenamento jurídico não decorre da certeza, e sim, da não-surpresa.

A aplicação do Direito exige interpretação. Portanto, critérios.

A interpretação é norteada por atratores; que são, em ordem de relevância, a Constituição Federal, os princípios e as normas. Não há surpresas com a eliminação do determinismo. Encontra-se o Caos, não no sentido grego, mas no de padrão. Por trás da aparente irracionalidade da jurisprudência contemporânea, emerge um padrão.

Por trás da questão em pauta, repousam os valores que fundam o sistema e tocam o intérprete. Em um processo de legitimação recíproca. Possibilitando ao sistema respirar a cada ressystematização.

O Direito existe em função da sociedade, cujas relações, na pós-modernidade, são dinâmicas, interdisciplinares e complexas. O homem é um ser complexo. O Direito é vida!

A vida não pode ser engessada em um ordenamento jurídico fechado e com pretensão de completude. Ela é muito mais que um emaranhado de normas, ela é dinâmica e complexa.

Diante desta complexidade é impossível que o legislador consiga regulamentar todas as situações que podem ocorrer na vida social. A vida é caótica e, conseqüentemente, imprevisível. O efeito borboleta impede a previsão dos seus movimentos (acontecimentos) futuros.

O Direito, como precisa evoluir *pari e passu* com a sociedade, tem que ser compreendido como um sistema aberto, dinâmico, complexo e em constante evolução. É um sistema caótico!

A ruptura com o paradigma determinista provocou a denominada “crise das ciências”. Esta “crise” é conseqüência da revolução científica que introduziu nas ciências o paradigma da complexidade, libertando-as das amarras do determinismo.