

NOVO PROCESSO CIVIL IMANTADO PELO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: DESCONSTRUÇÃO DA TRADIÇÃO CIENTÍFICO-RACIONAL DO PROCESSO*

Pedro Manoel Abreu**

RESUMO: O presente artigo científico procura analisar os desafios do Direito Processual Civil e da Teoria do Processo em relação aos avanços do constitucionalismo contemporâneo, decorrentes de uma nova concepção de Constituição e processo. Nesta perspectiva, o processo deixa de estar centrado nos ditames da Teoria Geral do Processo para ser elevado à condição de direito constitucional, sendo por este imantado. Para tanto, uma interpretação teórica e prática precisa ser levada a cabo, não sendo possível manter a tradicional e clássica compreensão científico-racional do processo, preocupada tão só com o rito e com a forma. Utilizou-se, para o desenvolvimento desta presente pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de conceitos operacionais e da pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Processo Civil. Racionalidade.

Introdução

Um dos desafios atuais do Direito Processual Civil e da teoria do processo é afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e, mais do que isso, visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito.

Em verdade, erigiram-se em torno do processo civil conceitos dogmatizados, estruturados numa visão liberal de Estado, que, embora importantes no sentido histórico, pois demarcam a evolução científica do direito processual como ramo autônomo do Direito, hodiernamente não resistem ao exame mais acurado do tema.

É inteiramente pertinente, nesse aspecto, a crítica de Lédio Rosa de Andrade, ao abordar a ciência do Direito, visualizada em sua forma tradicional, dogmática, e, a feição antípoda desta, caracterizada pela criticidade. Colhe-se:

Independente do sistema jurídico a ser focado, a Ciência do Direito pode ser analisada de duas formas distintas. A primeira, de visão dogmática, caracterizada pela postura tradicional, formal, com base em preceitos preestabelecidos. A segunda, antípoda desta, caracterizada pela criticidade, onde nada é admitido como certo, imutável, absolutamente justo e universal. Lá, a certeza é a pauta; aqui, o

* Enviado em 27/5, aprovado em 5/7, aceito em 5/8/2011.

** Doutor em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina; professor de cursos de pós-graduação em Ciências Jurídicas (mestrado e doutorado) - Universidade do Vale do Itajaí; professor convidado de cursos de pós-graduação em Direito Processual Civil - Universidade Federal de Santa Catarina, Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, e Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Faculdade de Direito, Departamento de Pós-Graduação. Florianópolis, Santa Catarina, Brasil. E-mail: pmanreu@brturbo.com.br.

questionamento é a fonte base da investigação. Divergem, sobretudo, quanto ao comprometimento do Direito com a realidade social. Os dogmáticos prendem-se ao seu estudo isolado, fora do contexto social, restringindo-se à esfera jurídica, não perquirindo suas consequências na vida cotidiana da sociedade. Uma vez obedecidos os princípios formais, estará o Direito legitimado, as suas teorias tidas como justas, não se considerando as relações sociais concretas. Os juristas tradicionais afastam-se e fazem afastar o Direito dos problemas mundanos, como se não existisse interligação e interdependência entre eles. Dicotomizam o ser humano em jurista e cidadão. Os críticos da dogmática, ao contrário, preocupam-se menos com as questões formais do Direito, buscando aferir a repercussão de sua aplicação no viver afetivo das pessoas. (ANDRADE, 2008, p. 21-22)

Um dos problemas sérios da doutrina processual é justamente o cientificismo e o dogmatismo de alguns de seus conceitos, que somente tenderam a promover um confinamento de suas regras e princípios - como se isso fosse possível -, criando um território infenso à interlocução com outros ramos do Direito, e mais do que isso, com a evolução do pensamento político.

Sobre o pensamento dogmático, disserta Lédio Rosa de Andrade:

Para uma compreensão ampla sobre o significado de dogmática jurídica, necessário se faz conceituar dogma. São preceitos estabelecidos *a priori* e apresentados como verdades definitivas, incontestáveis, tidos como naturais, sem influência ideológica em sua elaboração. São feitos para serem aceitos e seguidos, sem discussão ou análise crítica. Não se admite dúvidas ou questionamentos. Melhor definição é dada por Agostinho Ramalho Marques Neto: “Dogma é assim, em sentido lato, aquela adesão acrítica um sistema de verdades estabelecidas, cuja validade não se questiona, e de cujo conteúdo ideológico, que oculta a realidade, geralmente sequer se suspeita”. O pensamento dogmático, por pretender ser perfeito, acabado e neutro, serve como fonte de manutenção das relações sociais de poder estabelecidas, atuando como uma espécie de freio a qualquer possibilidade de mudança. É um eficaz argumento de dominação, consolidando a desigualdade, a submissão e a exploração entre os homens. Lyra Filho demonstra com clareza a função do dogma na manutenção das diferenças entre pessoas, quando explicita seu papel camuflador dos fatores ideológicos na construção da estrutura social: “O dogma, afinal, atravessa a história das ideias como uma verdade absoluta, que se pretende erguer acima de qualquer debate; e assim, captar a adesão, a pretexto de que não cabe contestá-la ou a ela propor alternativa. Neste viés, terá, sempre, uma tendência a cristalizar as ideologias, mascarando interesses e conveniências dos grupos que se instalam nos aparelhos de controle social, para ditarem as normas em seu próprio benefício. Como toda ideologia, aliás, não é questão de má-fé, uma vez que produz a cegueira mental e tem como resultado um delírio declamatório”. A dogmática jurídica deve ser entendida de forma ampla, englobando tanto a corrente defensora do afastamento do Direito do ambiente social, justificando seu fundamento em critérios apriorísticos, identificando-o com princípios ideais absolutos, por exemplo, a divindade, a lei natural, a consciência humana, o instinto social, a moral, produzindo a ideia de possibilidade de um Direito universal, imutável e constante, legitimando o ordenamento jurídico vigente, quanto a que vê a essência da Ciência Jurídica no entendimento do objeto pelo sujeito, tendo o conhecimento

como resultado da experiência, ou seja, “o estudo científico do Direito é o estudo do Direito experimentalmente constatável”. Nos dias atuais, a norma é tida como a base do ordenamento jurídico, entendendo-se o Direito intralei. Os textos legais vigentes são passíveis apenas de ser interpretados em seus aspectos gramatical, lógico, sistemático, sem outras divagações. Nesses enfoques, ora o principal dogma jurídico é a crença em valores absolutos, pré-fixados, transcendentais, ora é a adoração à norma, legitimada por si só. (ANDRADE, 2008, p. 22-24)

A respeito do tema, confira-se também: Marques Neto (1982, p. 143-144); Lyra Filho (1980, p. 12) e Miaille (1989, p. 43).

Essa visão dogmática – retratada nos compêndios e repetida maquinalmente pela doutrina tradicional – aposta na autonomia científica construída a partir do século XIX, calcada numa anacrônica visão racionalista e normativista e numa inquietante visão de “verdade”, que encapsulou e congelou o Direito Processual no tempo, tornando a doutrina tradicional caudatária do constitucionalismo contemporâneo.

É justamente sobre esse tema e a desconstrução do chamado “Direito processual científico-tradicional” a que se atém o presente artigo, fazendo uma abordagem teórica, enlaçando a teoria processual em novas vertentes – da teoria jurídica à teoria política, do racionalismo filosófico, responsável pela geometrização do Direito, às novas perspectivas contemporâneas de procedimentalização como fundamento da própria democracia.

1 O novo processo civil imantado pelo constitucionalismo contemporâneo

O Direito Processual Civil, embora ciência autônoma, mantém, na dicção de Oliveira, afinidades com outros ramos do Direito, com quem se inter-relaciona. Essa relação com o Direito Constitucional, entretanto, é intensa, acentuada e indissociável. O Direito Constitucional é fonte do Direito Processual Civil, pois é justamente nele que se localizam os princípios fundamentais do processo (OLIVEIRA, 2003, p. 1.093-1.094).

Tem o Direito Processual sua base no Direito Constitucional, que lhe fixa os fundamentos, notadamente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição, “função soberana e indelegável do Estado”.

Ajustando-se essa afinidade à circunstância de que são os princípios que distinguem e revelam os sistemas processuais, conclui-se que, por trás dos princípios que informam as normas processuais, sempre está um comando constitucional. Interligam-se, dessa forma, os preceitos constitucionais e os princípios que informam o processo, razão pela qual muitas vezes se identificam nos dois ramos do direito os mesmos princípios. (OLIVEIRA, 2003, p. 1.096)

Dentro desse contexto, a Constituição Federal de 1988 foi a carta política que mais se preocupou, em toda a história do constitucionalismo brasileiro, com a questão processual e também com o acesso à justiça. Enfrentou as questões relativas à assistência judiciária aos carentes e a legitimidade para agir. A par disso, criou uma série de novos instrumentos processuais para a garantia dos direitos individuais e transindividuais,

além de converter em norma constitucional uma série de garantias e princípios gerais do direito processual (OLIVEIRA, 2003, p. 1.096).

Nesse tocante, Willis Santiago Guerra Filho acentua a tendência contemporânea a uma procedimentalização do Direito. Alude especialmente à concepção desenvolvida recentemente pelo jusfilósofo frankfurtiano Rudolf Wiethölter (1989):

Segundo a qual o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de Max Weber, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno. Isso significa que, no momento em que se tratava de pôr um fim a formas de dominação feudais e absolutistas, tem-se como função jurídica principal a garantia formal do respeito à posição social dos indivíduos e sua possibilidade de livre atuação. Em seguida, dá-se a falência desse modelo político, pela sua incapacidade de suprir reclamos básicos da coletividade ao uso do Direito para materializar certas exigências sociais, realizando concretamente a igualdade básica de posição dos indivíduos, antes apenas (pressu)posta formalmente em lei. Porém, assim como o controle realizado naquele momento inicial através de uma intervenção jurídica pontual, mínima, acarretou danos sociais insuportáveis, também a administração constante e ubíqua dos diversos setores da vida em sociedade, levada a cabo para cumprir o programa político que se oferecia como alternativa, termina custando um sacrifício abominável de prerrogativas dos indivíduos, antes garantidas, ainda que mínima e formalmente. Transpondo os termos do dilema com que, então, nos deparamos, para o plano do direito constitucional, tem-se como resultado o aparecimento de uma tensão entre aqueles direitos fundamentais que se pode chamar tradicionais, voltados para a proteção de uma esfera de liberdade civis dos indivíduos, e, de outro lado, os direitos fundamentais previstos para assegurar a concretização dos objetivos da coletividade. A decisão sobre qual dos dois haverá de prevalecer não é possível de ser tomada antes de verificadas as situações em que se conflitam, do que decorrer a inadequação de normas gerais e abstratas para regulá-las. O que se precisa - e se pode -, então, fazer, é estabelecer procedimentos para que se chegue a essas decisões, procedimentos esses que naturalmente, deverão ser dotados de determinadas características para cumprir a função sociopolítica que assumem nesse contexto. A adoção de um procedimento para tomar decisões favorece o acatamento e aceitação do decidido tanto daqueles que dele participam, segundo a conhecida tese luhmanniana da "legitimidade pelo procedimento", como pelos outros ausentes. Desde que não se "feche" a questão, deixando-a em aberto para ser decidida diferentemente no futuro ou em situações diversas. É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vista da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la". E completa: "Vale, também, ressaltar que a ideia de procedimentalização do Direito se encontra situada no âmbito de uma teoria crítica (= filosofia) da sociedade, com a feição que essa assume no pensamento de seu mais lídimo representante atual, Jürgen Habermas. Trata-se de

um “caminho do meio”, uma via mais discreta, que se oferece como alternativa aos projetos grandiosos, com suas promessas de terem a fórmula de resolução de todos os problemas. Diante da complexidade do mundo (pós)moderno, as soluções melhores só aparecem quando se procura colocar as opiniões divergentes em comunicação, partindo de um consenso em torno da possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo. Para isso, contudo, não se pode já partir de ideias preconcebidas, que se deve impor aos outros. O melhor a fazer é deixar que a solução se mostre, pragmaticamente, na situação comunicativa; e de antemão se pode refletir sobre o procedimento a ser adotado, para chegar a soluções que harmonizem os interesses individuais e coletivos, com base em um princípio de proporcionalidade” (GUERRA FILHO, 2000, p. 67-70).

Para Oliveira, o Direito Processual é inerente à Constituição, no sentido de que, muito mais do que mero instrumento técnico, o processo é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais. O exame dos princípios processuais, que se revelam nas leis do processo, reforça a constatação desse liame do Direito Processual ao Direito Constitucional. Daí ser inarredável um paralelo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que este se desenvolve (OLIVEIRA, 2003, p. 1.097).

Sobre a compatibilização entre processo e Constituição, observa Guerra Filho (2000, p. 24-25) que o final dos anos 1960 e o princípio da década de 1970 demarcou o advento de uma virtual renovação dos estudos do Direito Processual, quando se passou a realçar a importância da origem constitucional dos institutos processuais básicos. Proliferaram, então, as análises da vinculação do processo com a constituição, ao ponto de se poder encarar o Direito Processual como uma espécie de “Direito Constitucional aplicado” - como, certa feita, formulou a Corte Constitucional alemã.

No entanto, essas análises se limitaram, no dizer de Guerra Filho (2000), a envidar esforços no sentido de adaptar a dogmática processual às exigências de compatibilidade aos ditames de nível constitucional, pautados diretamente com o processo, como aquelas garantias do denominado “devido processo legal”: a independência do órgão julgador, o direito de os interessados terem acesso ao juízo e serem tratados com igualdade, etc. Conclui o autor, com inteira pertinência ao tema:

Inexplorada permanece ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de conceber o processo ao se tentar estruturá-lo de acordo com os imperativos de um Estado de direito social e democrático, como atualmente se configuram as sociedades políticas ditas mais desenvolvidas, já que ele se forma modernamente sob o influxo das ideologias de cunho liberal, a partir do século passado, passando depois pela influência do autoritarismo predominante no segundo quartel em curso. (GUERRA FILHO, 2000, p. 24-25)

2 O imobilismo do Direito Processual tradicional em contraposição ao Direito Político

Sobre esse imobilismo do direito processual “tradicional”, encapsulado em si próprio e no cientificismo construído nos seus fundamentos, vale a crítica aguda de

Gonçalves, quando enfatiza que a ciência, como atividade humana, é um processo em permanente e contínuo de desenvolvimento, e não um conjunto de conhecimentos cristalizados e imobilizados no tempo. Adverte o autor que a renúncia da ciência a novas conquistas importa a renúncia a si própria e ao aperfeiçoamento de suas técnicas, “porque as transformações no mundo humano são permanentes e é a realidade humana que exige seu progresso”. Enfatiza que a palavra de fé no crescimento da ciência é a da confiança em sua racionalidade. Essa confiança de que as respostas ainda não encontradas “poderão ser alcançadas através de um esforço conjunto, na reflexão das construções legadas pelo passado e no seu repensar no presente, para que os resultados obtidos possam ser postos à disposição da sociedade” (GONÇALVES, 2001, p. 189).

No Direito, para Gonçalves (2001, p. 189), a ciência se construiu estabelecendo sua técnica, formulando seu instrumental teórico para unificar em modelos amplos o fenômeno jurídico. Essa técnica voltou-se para a compreensão e elucidação de seu objeto, o direito gerado na sociedade pelos órgãos por ela legitimados a gestá-lo.

A ciência do Direito Processual Civil, sob esse prisma, fez-se autônoma ao definir seu próprio campo de investigação e ao obter seu próprio instrumental teórico para o trato de seu objeto. Sua autonomia, no entanto, não deve denotar onisciência, porquanto refletiu apenas o começo de um extenso caminho de construção doutrinária (GONÇALVES, 2001, p. 189).

Tracejando um perfil histórico do processo civil, destaca-se que o ordenamento jurídico certamente não esperou pela autonomia do Direito Processual Civil para incidir sobre os fatos sociais. Lembra Gonçalves (2001) que tão antigo quanto o Direito foram os variados ritos de sua aplicação: “o culto doméstico dos Manes, os oráculos, as fórmulas, os procedimentos diferenciados que, com seus ritualismos, chegaram ao século passado”.

O procedimento era rito e era forma quando a ciência do Direito Processual Civil começou a se formar, na segunda metade do século XIX, período em que o individualismo alastrava-se por todas as formas de relações humanas e caracterizava o próprio espírito da época. O instrumental teórico do Direito Processual Civil foi elaborado sobre o que havia de disponível no campo do conhecimento e da realidade jurídica. Em sua resposta aos problemas que deveriam encontrar solução no plano da racionalidade, as doutrinas nascentes utilizaram os conceitos construídos no curso da história. E da Alemanha, de WINDSCHEID e MÜLLER, mais tarde da Itália de CHIOVENDA, expandiu-se um Direito Processual Civil que se consolidou em torno do conceito do “direito de ação”. Este teve a sua base na concepção de direito subjetivo que se fora elaborando, a partir da Idade Média, em dois sentidos: como um poder absoluto de que não se presta contas ou como um poder de exigir condutas de outrem. Dessa conexão com a ação surgia a concepção de processo como “relação jurídica”. (GONÇALVES, 2001, p. 190-191)

As teorias sobre o direito de ação, segundo Aroldo Plínio Gonçalves:

Fizeram dela o centro de interesse do Direito Processual Civil. Talvez seja o tema mais discutido nesse ramo do Direito, e, com apoio em CELSO BARBI, pode-se

afirmar que “o conceito de ação talvez seja o mais polêmico entre todos os do Direito Processual”. A importância histórica que o conceito de ação teve no desenvolvimento da investigação e da construção científica do Direito Processual Civil certamente justificou esse imensurável interesse por ele. O lugar ocupado pelo direito de ação, considerado, ao lado da jurisdição e do processo, como elemento fundamental na estrutura científica do Direito Processual Civil, é ainda destacado como o foi (embora não se tenha certeza de que o verbo possa ser usado corretamente no passado) o do direito subjetivo, no Direito Civil. As teorias sobre o direito de ação, construídas sobre o conceito de relação jurídica, não podiam deixar de vislumbrá-lo como um direito subjetivo. E sobre a espécie de direito subjetivo que seria, no amplo quadro da classificação que cresceu à medida que o tema se desenvolvia, formularam-se as propostas doutrinárias. A partir da polêmica entre WINDSCHEIDT e MUTHER, com seus desdobramentos, surgia a concepção de ação como um direito subjetivo público oponível ao Estado, que assumia o dever, no pólo passivo de uma relação jurídica, de prestar a tutela jurídica, e a conquista da noção de “prestação” jurisdicional se fez básica em vários conceitos, que encerram variações sobre o direito concreto ou abstrato correlato dessa “prestação”. CHIOVENDA sempre merecerá destaque especial na história do Direito Processual Civil; com ele, firmou-se a concepção do direito de ação como direito subjetivo de natureza potestativa e do processo como relação jurídica e como instrumento de atuação da lei. (GONÇALVES, 2001, p. 136-137)

Confira-se, também, Barbi (1991, p. 16); Podetti (1963, p. 335-415); Chiovenda (1930, p. 18-26). Gonçalves acrescenta:

À medida que a construção jurídica resplandecia, o procedimento, então mero rito, era repudiado. Esgotando-se na forma, não merecia um esforço de reflexão mais sério. A ação tornou-se o centro do universo do Direito Processual Civil, e desse centro se irradiaram os conceitos que seriam utilizados no tratamento de seu objeto, mesmo quando este foi edificado na norma processual e no processo.

O Direito Processual Civil brasileiro deve a sua renovação ao brilhantismo intelectual de Liebman. E se desenvolveu em paralelo com a doutrina italiana, que recebera suas bases da Alemanha do século XIX, privilegiando, também, em suas investigações o direito de ação.

A doutrina do Direito Processual Civil esteve consciente das dificuldades geradas pelas múltiplas teorias da ação, mas não se deteve suficientemente no reexame dos conceitos que estavam em suas bases.

O direito subjetivo, a ação, a relação jurídica, o processo, formavam um quadro conceitual desenhado no século passado para explicar a atividade do Estado que se manifesta na jurisdição. (GONÇALVES, 2001, p. 190-191)

Gonçalves continua sobre a importância do pensamento de Liebman na doutrina processual civil brasileira:

À importância que CHIOVENDA teve no desenvolvimento do Direito Processual Civil pode-se comparar a importância que teve ENRICO TULLIO LIEBMAN, no desenvolvimento do Direito Processual Civil no Brasil. O realce que lhe é devido não se liga apenas a seu magistério na Universidade de São Paulo, que seus discípulos lembram

com justo orgulho e especial veneração pela figura do Mestre, mediante o qual influenciou profundamente a formação de brilhantes processualistas, mas também às possíveis marcas de várias de suas teses no próprio Direito positivo, através do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, que traz a chancela do Congresso Nacional, sob a exposição de motivos de um dos seus discípulos, o Ministro da Justiça ALFREDO BUZAID. LIEBMAN distingue o “poder de agir em juízo”, “garantia constitucionalmente instituída”, “reflexo *ex parte subiecti* da instituição dos tribunais pelo Estado”, do direito de ação, “direito subjetivo sobre o qual está constituído todo o sistema do processo”, delineado no art. 24 da Constituição italiana, e caracterizado na norma infraconstitucional. Do art. 24 da Constituição italiana, extrai a “legitimação para agir”, referindo-o à atribuição da tutela dos próprios direitos e interesses legítimos, e o “interesse de agir”. “Como”, segundo diz, “o direito de agir é concedido para a tutela de um direito ou interesse legítimo, é claro que existe apenas quando há necessidade dessa tutela, ou seja, quando o direito ou interesse legítimo não foi satisfeito como era devido, ou quando foi contestado, reduzido à incerteza ou gravemente ameaçado”. Nos termos do art. 24 da Constituição (italiana), dentre os que podem propor uma demanda encontram-se os “que são titulares de um verdadeiro direito que, com referência a uma situação determinada e concreta, visam a obter um pronunciamento sobre essa demanda, para que ela seja julgada procedente ou improcedente, sendo com isso negada ou concedida a tutela pedida. Esse direito é precisamente a ação, que tem por garantia constitucional o genérico poder de agir, mas em si mesma nada tem de genérico; ao contrário “guarda relação com uma situação concreta, decorrente de uma alegada lesão a direito ou interesse legítimo do seu titular [...]”. A existência da ação, em LIEBMAN, tem como requisitos duas condições: o interesse de agir e a legitimação, e esses requisitos de existência são dados na norma processual. O fato de que LIEBMAN haja admitido que o provimento pode não ser favorável à pretensão do autor não é significativo, pois lesão e ameaça a direitos se provam no processo, e o conteúdo da decisão final depende, e muito, do que está nos autos. Entre a alegação de uma lesão de direito substancial e o conteúdo de uma sentença há uma relação inegável, mas entre eles há, também, inegavelmente, todo um desdobrar de atos processuais que preparam as condições do advento da sentença, e também as condições materiais para a formação de seu conteúdo. Significativa, na verdade, é a cisão feita por LIEBMAN entre “o direito de agir em juízo” e “o direito de ação” delineado no art. 24 da Constituição italiana, tendo sua existência caracterizada na norma infraconstitucional em relação à situação jurídica concreta: a ação separada do poder de agir, o corte entre o genérico poder de agir como garantia constitucional e o direito de ação, a “ação como direito ao processo e ao julgamento do mérito”. O art. 24 da Constituição italiana, que reserva o direito de agir em juízo para a “tutela dos próprios direitos e interesses legítimos” não teve paralelo fiel nas Constituições brasileiras. Ressalte-se que, [...] não se pode deixar de pôr em evidência a premissa de que partia LIEBMAN, por ele próprio explicitada, quando separou o ‘poder de agir em juízo’ e o ‘direito de ação’, no plano constitucional e no do direito infraconstitucional nele alicerçado” (LIEBMAN, 1984, p. 139-140). (GONÇALVES, 2001, p. 193-212)

As construções teóricas desenvolveram-se, segundo Gonçalves (2001, p. 191), para seguir a evolução do Direito que as conquistas sociais produziam. E se aperfeiçoaram o bastante para abrigar a grande conquista do direito contemporâneo que já não nega,

mas reconhece o conflito e busca resolvê-lo com a participação dos interessados, em contradição. Nesse diapasão, o conceito do contraditório evoluiu: não mais se restringe ao direito da parte de ser ouvida, ao direito de se defender, “mas erigiu-se como uma garantia dos destinatários da decisão de participar do processo, em simétrica igualdade, na etapa preparatória do ato imperativo do Estado - a sentença -, para influir em sua formação” (WARAT, 1995, p. 22).

3 A tradição científico-processual e seu compromisso com o paradigma racionalista

De forma intensamente crítica, Ovídio Baptista da Silva constata que o Direito Processual Civil tem compromisso com o paradigma racionalista. Relembra o empenho das filosofias liberais do Iluminismo europeu de fazer do direito uma “ciência”, sujeita aos mesmos princípios metodológicos manejados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência, nos moldes do pensamento moderno - concebendo como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a pesar, medir e contar -, para Ovídio Baptista transformou o direito num sistema de conceitos, “com pretensão à eternidade, desvinculando-o da história” (SILVA, 2003, p. 19-36).

Esse autor pondera que o Direito Processual Civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, justamente por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social. Nesse particular, os juristas do direito material tenderiam a levar uma enorme vantagem sobre aqueles que se destinam ao direito que se cumpre na agitação da vida forense. Isso porque o direito, em sua dimensão estática, suportaria, com maiores chances de sobrevivência, essa mutilação metodológica do que o direito dinâmico representado pelo processo (SILVA, 2003, p. 19).

Impende, por isso mesmo, suplantar essa redução metodológica imposta pelo sistema, tanto ao ensino universitário quanto à experiência forense (WARAT, 1994, p. 19). Para tanto, é fundamental superar o dogmatismo, trazendo o Direito para o seu leito natural, de ciência da cultura. Ninguém duvida, hodiernamente, que o Direito é uma construção humana, e, como tal, não há possibilidade de uma ordem jurídica imutável, “previamente inscrita na natureza das coisas”. Nesse viés, a lei é uma proposição cambiável, já que deve modificar-se “para atender às variantes necessidades e contingências históricas” (SILVA, 2003, p. 19).

Constata-se, por outro lado, uma significativa distância entre o discurso teórico e a prática forense.

Nesse tocante, observa Ovídio Baptista da Silva que:

A busca da segurança jurídica que o racionalismo pretendeu obter através da utilização da metodologia das ciências da natureza ou da matemática - origem do normativismo moderno - fez com que a doutrina e o ensino universitário suprimissem o estudo de “casos”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o do *dever ser*, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece

intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como *ciência da compreensão*, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado. Ensina-se, ao contrário, nas universidades o “direito puro”, apenas a *norma*, como *axioma*, não como *problema*. Ao aluno oculta-se a essencial dimensão *problemática* do Direito, que só pode ser compreendido depois, através de uma longa e penosa aprendizagem profissional, que desfaça as ilusões que a Universidade lhe inculcara. (SILVA, 2006, p. 36)

Embora sejam conhecidos os avanços da Filosofia do Direito no século XX, notadamente o resgate do pensamento clássico e o conseqüente retorno da hermenêutica, as instituições universitárias e legislativas impõem um comportamento dogmático.

O dogmático do Direito, segundo Rafael Bielsa, de certo modo, é um geômetra e:

Disto retira fundamento dialético a afirmação que fazemos ao dizer que nas discussões sobre direito procedemos com a serenidade do geômetra, pois a dogmática não se dirige a fins políticos, econômicos ou sociais, nem está influenciada por eles; é o direito positivo que está influenciado por direções, olhares ou tendências; tampouco tem substrato valorativo; também por isso a dogmática é objetiva. Mas, está claro, sua ciência, seu acerto e eficácia depende do jurista que constrói o conceito. O grau de intuição [...], o rigor lógico de sua racionalização, a unidade de suas concepções e até a elegância da construção jurídica diferenciam necessariamente os juristas e o nível de seu espírito científico. (BIELSA, 1961, p. 69-70)

A dogmática jurídica, para Bielsa (1961, p. 15-16), é “a disciplina científica que tem por objeto o ordenamento sistemático dos conceitos”. Trata-se de uma ciência que se forma “de acordo com os preceitos científicos e técnicos”.

Já a dogmática jurídica, para Warat, apresenta-se como a tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem produzir sobre este nenhum juízo de valor: é convertida em uma mera ciência formal. Destacando o pensamento de Bielsa, Warat sublinha que:

A dogmática jurídica partiria do pressuposto de que é possível descrever a ordem legal sem nenhum tipo de referências de caráter sociológico, antropológico, político e econômico. Portanto, se apresenta como uma construção teórico-objetiva e rigorosa, uma elaboração conceitual do direito vigente sem nenhuma indagação acerca de sua instância ideológica e política; uma mera ciência lógico-formal dedicada ao estudo exclusivo das normas legais. O texto legal é o dado imediato do qual parte o jurista em seu trabalho científico. [...]

A dogmática jurídica requer um trabalho de lógica e de técnica jurídica, através do qual se realizariam operações de análise e síntese, de dedução e indução que dariam como resultado uma série de conceitos e princípios por meio dos quais se obteria uma interpretação clara das regras legais integrantes do direito positivo. Esta tarefa construtiva é chamada método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, considerado pela dogmática jurídica como o único método possível no estudo da ciência jurídica. (WARAT, 1995, p. 16)

O Direito, assim, é idealizado como produto exclusivo do Poder Legislativo, e a conseqüência dessa distorção representa tornar os juristas, “além de irresponsáveis,

uma espécie de braço mecânico do Poder". É o direito dos "práticos", apartado do "direito dos sábios e filósofos", que deveria estar ou continuar sendo ensinado nas universidades (SILVA, 2003, p. 19-20).

Ao revés do que se constata, o exercício autêntico da democracia participativa não pode prescindir de um Judiciário forte, "responsável e politicamente legitimado". A compreensão dos entraves causados pelo paradigma racionalista, ambientado nas filosofias liberais que plasmaram o pensamento europeu a partir do século XVI, pode apontar os principais obstáculos enfrentados pela prática judiciária, decorrentes desse modelo (SILVA, 2003, p. 20).

O modelo racionalista aplicado ao Direito, bem de ver, representa uma distorção ideológica. Nesse aspecto, segundo Mannheim (1976), as práticas que eventualmente foram válidas para uma determinada situação histórica não se entremostam mais condzentes com as novas experiências políticas, sociais, econômicas ou filosóficas. Devem ser abandonadas. Para Mannheim (1976, p. 122), uma teoria será errada se, na prática, utilizar-se de conceitos e categorias que impedem o homem de adaptar-se àquele estágio histórico. Adverte que "normas, modos de pensamento e teorias antiquados e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo".

Sob esse prisma, o conhecimento converte-se em ideológico quando desconsidera as novas realidades, ocupando-se com circunstâncias práticas por meio de formas de pensamento que as encubram ou as retratem com categorias impróprias (SILVA, 2006, p. 20). A consequência disso, é que a ideologia, consoante Mannheim, teima em manter o *status quo*, enquanto as utopias, buscam, quando se expressam em condutas, a abalar a ordem vigente. Para Mannheim (1976, p. 122), qualquer situação histórica produzirá utopias, tendo em vista que a relação entre utopia e a ordem existente aparece como uma relação dialética.

Lembra Ovídio Baptista que o racionalismo procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica.

Sobre a ciência do Direito positivo, concebida na metodologia das ciências naturais, da matemática e da lógica, merecem destaque dois autores, fundamentais no desenvolvimento do positivismo - Hans Kelsen e Rudolf Stammler. De fato, conforme Jefferson Luiz Dutra:

No desenvolvimento das bases da ciência jurídica positiva, destacaram-se dois autores: Kelsen e Stammler. Embora o primeiro tenha recebido merecido destaque, acompanhado de inúmeros estudos e desenvolvimento de sua *Teoria pura*, Rudolf Stammler (1856-1938) ainda permanece relativamente desconhecido, apesar de sua grande contribuição na tentativa de incluir a ciência jurídica no grupo das ciências naturais, da matemática e da lógica. No seu *Tratado de filosofia del derecho*, Stammler estabelece os principais pontos do que viria a ser conhecido como o formalismo neokantiano que, partindo da especulação idealista transcendental apela para o Direito justo como ideal social. A justiça desempenha aqui papel fundamental, o que difere de Kelsen e das correntes neopositivistas por ele influenciadas,

mais associadas à leitura kantiana da Escola de Marburgo. Contudo e ainda assim, a justiça era vista mais como uma forma ideal que propriamente como um valor. A afirmação de um racionalismo objetivista, baseado na separação entre ser e dever ser, a contraposição entre Direito e Moral e o isolamento dos conceitos jurídicos dentro de um conjunto estrutural próprio são as características desse formalismo, que, no entanto, refletem-se ainda hoje no uso indiscriminado de definições abstratas e na difusão de relações delas decorrentes. A tentativa de aplicação de métodos próprios das ciências exatas, da matemática ou da lógica conduz a ciência jurídica a um novo patamar. Contudo, uma pergunta permaneceu: até que ponto tais métodos e analogias poderiam ser suficientes para a compreensão do conjunto da realidade que é passível de experiência, ou seja, seriam os métodos objetivistas das *ciências naturais* capazes de representar a complexidade inerente às ciências históricas ou culturais como o Direito? Na tentativa de responder tal questionamento, o formalismo stammleriano foi alvo de críticas de duas grandes linhas de pensamento jusfilosófico do século passado: uma de caráter neo-hegeliana, na qual se aliaram Julius Binder (1870-1939), Erich Kaufmann (1880-1972) e Karl Larenz (1903-1993); e outra de matriz neokantista, mais conhecida como neokantismo tardio sudocidental alemão, tendo como destaques Rickert, Lask e Radbruch. (DUTRA, 2006, p. 490-493)

Ovídio Baptista da Silva alude que Leibniz dizia que a moral era uma ciência capaz de demonstração, como qualquer problema matemático.

Destaca Ovídio Baptista que a *geometrização* do Direito:

Que teve em Leibniz, em Locke e nos demais filósofos racionalistas do século XVII seus representantes mais ilustres, foi depois reproduzida por Savigny na recomendação de que os juristas práticos abandonassem o exame dos casos concretos dada a extrema complexidade de que eles se revestem, a tornar impossível sistematizá-los, subordinando-os a “regras gerais”. Segundo ele, não haveria remédio senão renunciar à sabedoria da experiência, como já haviam preconizado os filósofos do iluminismo, afastando-se cada vez mais da realidade social. (SILVA, 2006, p. 38)

Sobre o assunto, disserta Savigny, que teve grande influência no pensamento jurídico do século XIX (especialmente na formação da “ciência” processual):

Considera-se, com frequência, que seria possível adquirir, por meio da experiência, um conhecimento completo dos casos singulares em si mesmos, para resolvê-los de acordo com o correspondente enquadramento legal. Porém, quem tenha observado com atenção os casos litigiosos dar-se-á conta facilmente de que esta empresa haverá de ser infrutífera, porque os casos reais apresentam, entre si, inimagináveis diversidades. Precisamente os códigos mais modernos abandonaram por completo todo o esforço destinado a sugerir esta integridade material, sem que, no entanto, se a tenha substituído por qualquer outra. Certamente pode-se conseguir uma tal integridade de outra maneira, capaz de ser explicada mediante uma expressão técnica da geometria. Com efeito, em cada triângulo há certos dados conhecidos, de cuja combinação inferem-se necessariamente todos os demais: por exemplo, mediante a combinação de dois lados e o ângulo entre eles compreendido, estará dado o triângulo. De modo análogo, cada parte de nosso Direito tem certos fragmentos dos quais se derivam os demais: podemos chamar-lhes os princípios retores. (SAVIGNY, 1970, p. 64)

Foi esse um dos pressupostos de que se valeu Montesquieu e os filósofos da Revolução Francesa para subtrair da instância judiciária qualquer anseio quanto à possibilidade de criação do direito. Tal tarefa haveria de ser exclusiva do legislador, que se julgava “um super-homem iluminado, capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo”. A retórica forense e a arte do convencimento judicial, assim como a dimensão hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico, foram proscritos justamente por ser dimensionado o Direito como uma ciência tão exata quanto a Matemática. Nessa dimensão, segundo Ovídio Baptista, como não se necessita de eloquência argumentativa para convencer alguém da correção de uma equação matemática, idealizou-se que também a “verdade” adviria, nas controvérsias forenses, com a evidência própria dos silogismos (SILVA, 2003, p. 32-33). Hobbes, com essa percepção, lutou com firme resolução para abolir a retórica, tachando-a de ser uma falsa ciência (SKINNER, 1997). A eloquência, de outro lado, era vista como um charlatanismo dispensável, muito embora tenha sucumbido a ela na maturidade (SILVA, 2003, p. 33).

Consoante Ovídio Baptista da Silva (2003, p. 33), ao contrário do que as filosofias liberais procuram insinuar, o sonho racionalista possui um componente autoritário, “correspondendo a um modelo político muito mais tirânico do que o democrático, como hoje é possível perceber”. Imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensada sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa afigura-se a expressão da “vontade do legislador”, portanto, a vontade do poder constituído – ou seja, no dizer de Cappelletti, a lei produzida pelo Poder, não a lei criada por seus “consumidores”.

As teorias formalistas, segundo Warat, são formas do pensamento jurídico nascidas a partir da necessidade de produzir-se uma legitimação teórica para o modelo napoleônico de Direito.

As teses elaboradas pelas correntes formalistas representam uma afirmação ideológica referida ao fenômeno jurídico global. Pode-se ver, assim, que todas as suas manifestações teóricas constituem uma tentativa de consolidação do compromisso de segurança ideologicamente estabelecida pelo modelo napoleônico de direito. Através da exaltação deste valor (segurança) busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como seu legítimo guardião sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais. A norma geral adquire, assim, o valor de uma autolimitação apriorística do exercício do poder. Na medida que se possa relacionar um ato decisório com alguma norma geral pré-existente, este será vivido sempre como justo. As extralimitações a esse marco serão também sentidas como justas na medida em que possam ser apresentadas argumentativamente como derivadas do marco referido! Nenhuma decisão jurídica será também legitimada se não consegue lograr um efeito de segurança. As teses formalistas perseguem fundamentalmente estabelecer tal efeito. A suposição de existir um legislador racional de uma ordem jurídica com os mesmos atributos, a afirmação do caráter neutro da atividade judicial, a pretensão de uma ciência do direito descomprometido dos atos decisórios e do jogo social são as bases constitutivas desse efeito de segurança. (WARAT, 1994, p. 53)

Salienta Warat que a mensagem normativa fica clara porque é dogmaticamente decodificada. E acrescenta:

Ora, a dogmática jurídica é o código predominante da comunicação normativa. Linguisticamente, todo código uma condição de sentido. As condições de sentido são também normas do sistema. Não devemos, pois, esquecer que tais condições são em muitas hipóteses expressamente acolhidas pelo direito segundo vontade expressa dos próprios legisladores como sucede, por exemplo, com o princípio da legalidade. [...]

Do exposto depreende-se as teorias dogmáticas (princípios dogmáticos, também chamados princípios gerais de direito, conceitos analíticos e teorias por eles produzidos) são condições retóricas de sentido, quer dizer, vinculando-se uma afirmação às mesmas tem-se assegurado um valor de mensagem em termos normativos. (WARAT, 1994, p. 54)

E, a título de sistematização, elenca as principais características das teorias formalistas (dogmáticas):

(1º) A única fonte do direito é a lei. (2º) As normas positivas constituem um universo significativo auto-suficiente, do qual se pode inferir por atos de derivação racional, soluções para todos os tipos de conflitos normativos. (3º) O ato de interpretação é um ato de conhecimento e não de vontade, uma atividade mecânica através da qual o juiz, mediante a aplicação das regras de cálculo lógico, obtém certas conclusões logicamente deriváveis das premissas normativas. O raciocínio jurídico responde às regras do silogismo demonstrativo. (4º) Os códigos não deixam nenhum arbítrio ao intérprete. Esse não faz o direito porque já o encontra realizado. (5º) As determinações metajurídicas não têm valor, devendo-se encontrar todas as soluções dentro do próprio sistema jurídico. (6º) Os conflitos normativos são somente aparentes devendo o juiz mediante procedimentos lógico-dedutivos adequados superá-los, mostrando-nos em suas soluções a coerência profunda do ordenamento positivo. (7º) A linguagem jurídica é formal e, portanto, precisa: possui um unívoco sentido dispositivo. (8º) O juiz é neutro, imparcial. (9º) Do ordenamento jurídico extrai-se uma certeza total sobre as condutas proibidas e permitidas. O homem comum não pode ter dúvidas nem temores em relação a ser sancionados por uma conduta permitida pelo ordenamento jurídico. (10º) As normas jurídicas são esquemas conceituais abstratos e inflexíveis, ficando descartado como irrelevante tudo aquilo que as mesmas não prescrevem. (11º) As normas sempre determinam com precisão, porque elas não podem permitir e proibir simultaneamente uma mesma conduta, sob pena de violar o princípio normativo da não contradição. (12º) O direito é um modelo axiomático, um sistema completo, dotado de plenitude hermética, do qual se pode extrair conclusões para todas as hipóteses. (13º) A ciência jurídica deve estudar, sem formular juízos valorativos o direito positivo vigente. A atitude científica dos juristas baseia-se na aceitação sem questionamento do direito positivo vigente. (14º) O conhecimento do direito é um saber desvinculado de toda a preocupação sociológica, axiológica, econômica, política ou antropológica. As teorias jurídicas produzem um conhecimento ideologicamente neutro. (15º) Desqualifica-se a possibilidade de que nos atos decisórios vinculados à produção jurídica existam componentes irracionais ou compromissos ideológicos. (WARAT, 1994, p. 55-56)

O projeto racionalista serviu-se do problemático conceito de “vontade geral”, formulado por Rousseau e depois utilizado por Kant, para interpretar a lei como expressão da “vontade geral” dos cidadãos. Na realidade, os cidadãos fariam as leis por intermédio de seus representantes - utopia que “a ‘democracia de partidos’ e o conceito moderno de lei transformaram em mais uma quimera. A “vontade geral”, como fundamento para o regime democrático representativo era sustentada por Hobbes (apud BOBBIO, 1991, p. 49). Para o filósofo inglês, nenhuma lei pode ser considerada absolutamente injusta, na medida em que cada homem cria, com seu consentimento, a lei que é obrigado a observar. A lei, por conseguinte, teria de ser justa, a não ser que um homem pudesse ser injusto consigo mesmo. Essa lógica dedutivista de estilo matemático era peculiar aos juristas e aos filósofos racionalistas (SILVA, 2003, p. 33).

Para os racionalistas, sendo o Direito uma ciência tão exata quanto uma equação algébrica, as soluções judiciais teriam de ser necessariamente “certas” ou “erradas”, como consequência de qualquer problema matemático. Essa conjectura, segundo Ovídio Baptista (2003), está tão radicada em nossa formação que tanto os leigos quanto os juristas práticos não hesitam em dizer que o juiz produzira uma sentença *certa* quando o resultado lhes era favorável; ou, então, que o juiz *errara*, ao julgar a causa a favor do antagonista. Tornou-se inteiramente anacrônica, todavia, essa compreensão do fenômeno jurídico, porquanto hodiernamente ninguém mais põe em dúvida que “o processo não produz verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas”, como já proclamara Kelsen (1998, p. 231). E argumenta Ovídio Baptista da Silva:

Depois de haver François Géný, nos albores do século XX, denunciado a ilusão de imaginar a lei como “um sistema dotado de exatidão matemática”, depois de James Goldschmidt advertir que a futura sentença nada mais é do que um simples “prognóstico” que perdurará como simples prognóstico até que se conheça o resultado; depois de Chaïm Perelman investir-se na condição de um Aristóteles moderno, construindo uma “nova retórica”; ou de um Theodor Viehweg recuperar a tópica aristotélica; ou de um Luis Recaséns Siches postular para a interpretação jurídica o “logos de lo humano” ou de “lo razonable”; ou depois de Josef Esser - para citar apenas os mais expressivos do moderno pensamento filosófico no campo do direito - haver transferido para campo jurídico as proposições básicas de Gadamer; afinal depois de tudo o que se escreveu nas modernas filosofias críticas, nosso sistema permanece congelado na suposição de que os juizes continuam sendo a “boca da lei”, como desejava o aristocrático Montesquieu, de que o processo seria um milagroso instrumento capaz de descobrir a “vontade da lei” (Chiovenda). Vontade esta que, ao que se supõe, somente será revelada na última decisão da última instância. (SILVA, 2003, p. 34)

É justamente o processo de conhecimento o instrumento dessa ideologia. É por meio dele que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdita, para assegurar sua neutralidade ou passividade durante todo o curso da causa. Somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda) é que lhe é autorizado o julgamento, “produzindo o sonhado juízo de

certeza - na cândida ilusão de que a norma jurídica possua univocidade de sentido” (SILVA, 2003, p. 34).

O Direito, ao revés do que pretendem os racionalistas, “é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito longe da matemática, e muito próximo das ciências históricas”. Nessa perspectiva, sublinha Ovídio Baptista da Silva (2003, p. 34), o Direito, afinal, “é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa”. A lide, por outro lado, é uma porção da história humana. Por isso, deve ser compreendida como uma expressão da cultura que a produziu. O juiz, nessa perspectiva, tem vontade própria; e o ato jurisdicional será necessariamente discricionário.

A ética liberal separou o Estado da sociedade civil como duas entidades em conflito de interesses. Nesse viés, os juízes, enquanto representantes do Poder, “haverão de ser, organicamente, inimigos da sociedade, pensada por meio de *individuos* isolados” (SILVA, 2006, p. 35). Essa ideologia, atrelada às metodologias das ciências exatas, distante da história, incutiu na doutrina processual a mesma desconfiança que a Revolução Francesa devotava aos magistrados - à época legítima, mas ideológica para os tempos atuais. Anota o autor que nossas circunstâncias culturais são outras: em muitos sentidos opostas àquelas do século XVIII. Ovídio Baptista da Silva acrescenta:

A história deu voltas e voltas sobre si mesma, mas os fundamentos que norteiam nossa prática judiciária, e a própria doutrina, conservam-se inalterados. Continuamos a praticar, como observou Guido Fassò, referindo à doutrina jurídica europeia, um sistema processual que fora compatível com as sociedades estáticas, predominantemente agrícolas, para as quais fora concebida a “jurisprudência dos conceitos” produto da “Escola de Exegese” do século XIX europeu, sem atentar para a circunstância de estarmos a viver, em sua aterradora plenitude, a experiência inédita de uma sociedade caracterizada pelo extremo dinamismo de suas profundas transformações, que o direito terá inexoravelmente de acompanhar. [...]

Compreende-se, a partir desta perspectiva ideológica, a vedação imposta aos magistrados franceses de interpretar as leis que lhes cabiam aplicar. Explica-se igualmente o desespero de Napoleão ao perceber que seu Código seria, inevitavelmente, interpretado pelos tribunais. Seu reconhecido gênio político não teve dúvida de que a interpretação - portanto a criação jurisprudencial do direito - roubar-lhe-ia uma parcela significativa de poder. A “sua” interpretação do direito, consagrada no Código, acabaria democratizada, tornando-se a interpretação do “outro” coletivo”. (SILVA, 2003, p. 35)

A respeito, veja-se também Fassò (1972, p. 900). A ilusão liberal desmoronou, segundo Ovídio Baptista da Silva, quando essas doutrinas políticas, “minadas em seus fundamentos pelo *individualismo*, separaram o Estado da ‘sociedade civil’, tendo-os como inimigos potenciais”.

A encantada “vontade geral” que daria legitimidade ao Estado Democrático, fazendo com que a lei fosse a garantia das liberdades, perdeu-se irremediavelmente, em virtude do fracionamento do “interesse geral” em infinitos “interesses parciais” de grupos, representados pela “democracia de partidos”. (SILVA, 2003, p. 36)

O sistema recursal seria, nesse diapasão, o testemunho por excelência do compromisso ideológico do Direito Processual. Os recursos, levados ao exagero, criaram a mais absoluta incerteza jurídica, embora concebidos como dispositivo de segurança. Essa orientação política teve como consequência perversa a perda de legitimidade dos magistrados de primeiro grau, criando-se um círculo vicioso de difícil superação - juízes não confiáveis "porque os recursos lhes retiraram qualquer legitimidade e poder, transformando-os em servidores públicos subalternos" (SILVA, 2003, p. 36).

Conclusão

Os maiores desafios atuais do Direito Processual Civil e da teoria do processo talvez sejam afeiçoar seus conceitos à realidade constitucional e visualizar a jurisdição sob o prisma político, incorporando no exercício jurisdicional os princípios e valores que qualificam o processo como instrumento da democracia no Estado democrático de direito.

Um dos problemas sérios da doutrina processual é justamente o cientificismo e o dogmatismo de alguns de seus conceitos, que tenderam a criar um confinamento científico de suas regras e seus princípios, fundando um território infenso à interlocução com outros ramos do Direito e com a evolução do pensamento político.

A visão dogmática, retratada nos compêndios e repetida maquinalmente pela doutrina tradicional, aposta na autonomia científica construída a partir do século XIX, calcada numa anacrônica visão racionalista e normativista e numa inquietante visão de "verdade", que encapsulou e congelou o direito processual no tempo, tornando a doutrina tradicional caudatária do constitucionalismo contemporâneo.

O Direito Processual Civil mantém, embora ciência autônoma, afinidade intensa e indissociável com o Direito Constitucional. Este é fonte do Direito Processual Civil, pois é justamente nele que se localizam os princípios fundamentais do processo. Tem o Direito Processual sua base no Direito Constitucional, que lhe fixa os fundamentos, notadamente quanto ao direito de ação e de defesa e ao exercício da jurisdição. Por detrás dos princípios que informam as normas processuais, sempre está um comando constitucional. Interligam-se, dessa forma, os preceitos constitucionais e os princípios que informam o processo.

O Direito Processual é inerente à Constituição: muito mais do que mero instrumento técnico, é instrumento ético de efetivação de garantias constitucionais. Nessa vereda, o Direito Processual pode ser vislumbrado como uma espécie de Direito Constitucional aplicado. Apesar dos esforços no sentido de adaptar a dogmática aos ditames de nível constitucional, pautados diretamente com o processo, permanece inexplorada ainda a via que pode levar a uma completa reformulação do modo de concebê-lo, estruturado de conformidade com os imperativos de um Estado de direito social e democrático.

O imobilismo do Direito Processual tradicional, encapsulado em si próprio e no cientificismo liberal construído nos seus fundamentos, é paradoxal porquanto a ciência, como atividade humana, é um processo em permanente e contínuo desenvolvimento,

e não um conjunto de conhecimentos cristalizados e imobilizados no tempo. A renúncia da ciência a novas conquistas importa a renúncia a si própria e ao aperfeiçoamento de suas técnicas, já que as transformações no mundo humano são permanentes e é a realidade humana que exige seu progresso.

O Direito Processual Civil tem compromisso com o paradigma racionalista. A redução do conceito de ciência, nos moldes do pensamento moderno - concebendo como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a pesar, medir e contar - transformou o Direito num sistema de conceitos, com pretensão à perenidade, desvinculado da história. O Direito Processual Civil foi o domínio jurídico mais danificado por essa metodologia, justamente por ser o processo aquele ramo do conhecimento jurídico mais próximo do mundo da vida, da prática social. É fundamental superar o dogmatismo, trazendo o Direito para o seu leito natural, de ciência da cultura. Ninguém duvida, hodiernamente, que o Direito é uma construção humana, e, como tal, não há possibilidade de uma ordem jurídica imutável.

O Direito, idealizado como produto exclusivo do Poder Legislativo, tem como consequência dessa distorção configurar os juristas como irresponsáveis e como uma espécie de braço mecânico do poder. O modelo racionalista aplicado ao Direito representa uma distorção ideológica. As práticas que eventualmente foram válidas para uma determinada situação histórica não se entremostam mais condizentes com as novas experiências políticas, sociais, econômicas ou filosóficas. O conhecimento converte-se em ideológico quando desconsidera as novas realidades, ocupando-se com circunstâncias práticas por meio de formas de pensamento que as encubram ou as retratem com categorias impróprias.

O racionalismo procurou transformar o Direito numa ciência lógica, tão exata e demonstrável quanto uma equação algébrica. Foi esse um dos pressupostos de que se serviu a Revolução Francesa para subtrair da instância judiciária qualquer anseio quanto à possibilidade de criação do Direito. Tal tarefa haveria de ser exclusiva do legislador, que se julgava capaz de produzir um texto de lei tão claro e transparente que dispensasse o labor interpretativo. A retórica forense e a arte do convencimento judicial, assim como a dimensão hermenêutica na compreensão do fenômeno jurídico, foram proscritos. O sonho racionalista, por isso, apresenta um componente autoritário. Imprimindo à lei um sentido unívoco, dispensada sua compreensão hermenêutica, a proposição legislativa é a expressão da vontade do legislador, a vontade do poder. Essa compreensão do fenômeno jurídico, todavia, é inteiramente anacrônica. Hodiernamente, ninguém mais duvida que o processo não produz verdades e que a lei admite duas ou mais soluções legítimas.

O Direito, ao revés do discurso racionalista, é uma ciência da cultura, que labora com verdades contingentes, situando-se muito longe da Matemática, e muito próximo das ciências históricas. Nessa perspectiva, o Direito, afinal, é uma ciência da compreensão, não uma ciência explicativa. A lide, por outro lado, é uma porção da história humana - por isso, deve ser compreendida como uma expressão da cultura que a produziu. O juiz, nessa perspectiva, tem vontade própria; e o ato jurisdicional

será necessariamente discricionário, tendo o magistrado o compromisso fundamental de honrar a constituição e concretizar os valores que a sociedade pretende preservar.

NEW CIVIL PROCEDURE FOR MAGNETIZED CONSTITUTIONALISM CONTEMPORARY: DECONSTRUCTION OF THE TRADITION OF SCIENTIFIC-RATIONAL PROCESS

ABSTRACT: This research paper seeks to examine the challenges of Civil Procedure and Process Theory in relation to the advances of contemporary constitutionalism arising from a new conception of the Constitution and procedure. In this perspective, the process is no longer centered on the dictates of the general theory of the case to be elevated to constitutional rights, and by this magnetized. For this, a theoretical interpretation and practice must be carried out, it was not possible to maintain the traditional and classic scientific and rational understanding of the process, concerned only with the so-rite and form. It was used for the development of this research, the inductive method, operated by the techniques of operational concepts and literature.

KEYWORDS: Constitutionalism. Civil Procedure. Rationality.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito, 2011.

ANDRADE, Lédio Rosa. *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar, 2006.

BIELSA, Rafael. *Metodologia jurídica*. Santa Fé: Castellvi, 1961.

BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile (1900-1930)*. Vol. I. Roma: Società Editrice - Foro Italiano, 1930.

_____. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Reus, [s/d].

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

DUTRA, Jeferson Luiz. Jurisprudência dos valores. BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo; Rio de Janeiro: Unisinos; Renovar; 2006. p. 490-493. p. 490-493.

- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961.
- FASSÒ, Guido. Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1972. p. 897-952.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: José Buchatsky, 1977.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GENY, François. *Método de interpretação e fontes de direito privado positivo*. Madrid: Reus, 1925.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas generales del Derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos; Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Ed.). *Critical legal thought: an American-German debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LYRA FILHO, Roberto. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do Direito: conceito, objetivo, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. Constituição, processo e o princípio do due process of law. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e processo: estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. São Paulo: RT, 2007. p. 1.095-1.106.
- PERELMAN, Chaim. *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique*. 3. ed. Bruxelas, 1976.
- PODETTI, J. Ramiro. *Teoria y técnica del Proceso Civil y trilogia estructural de la ciencia del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediar, 1963.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid: Aguilar, 1970. Ed. alemã original: 1814.

- SKINNER, Quentin. *Razão e retórica na filosofia de Hobbes*. São Paulo: Cambridge; Unesp, 1997.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1980.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- _____. Processo e ideologia. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, ano 28, abr./jun. 2003, p. 19-36.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STAMMLER, Rudolf. *Tratado de Filosofía del Derecho*. Madrid: Reus, 1930.
- _____. *La génesis del derecho*. Madrid: Espasa-Calpe, 1936.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*. V. I: Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- _____. *Introdução geral ao Direito*. V. II: A epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, [s.d.]
- WIETHÖLTER, Rudolf. Proceduralization of the category of Law. In: JOERGES, Christian; TRUBEK, David M. (Ed.). *Critical legal thought: an American-German debate*. Baden-Baden: Nomos, 1989. p. 465-473.