



O ESTADO DA ARTE DA FILOSOFIA DO DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A (TRADICIONAL) JURISDIÇÃO PROCESSUAL

THE STATE OF THE ART OF THE PHILOSOPHY OF THE LAW AND ITS RELATIONSHIP TO (TRADITIONAL) PROCEDURAL JURISDICTION

Bruno Carli Lopes ¹

RESUMO

No atual contexto de democratização, torna-se necessário repensar o direito processual civil pelo novo paradigma constitucional e verificar a possibilidade do sistema processual civil ser transformado em *locus* democrático apto a romper com o pensamento objetificador pelo qual sustenta a ordinariedade processual (privilegiando a cognição exauriente) e a clássica cisão entre fato e direito (ensejadora do distanciamento entre o intérprete/juiz e o fato concreto), forjada pela busca da satisfação (efetividade) dos direitos fundamentais sociais.

Palavras-chave: Direito processual civil; Paradigma racionalista; Direitos fundamentais sociais; Filosofia no processo.

ABSTRACT

In the current context of democratization, it is necessary to rethink the civil procedural law by the new constitutional paradigm and to verify the possibility of the civil procedural system being transformed into a democratic locus capable of breaking with the objectifying thought by which it sustains procedural ordinariness (privileging the exuberant cognition) and the classic division between fact and law (which distances between the interpreter / judge and the concrete fact), forged by the search for satisfaction (effectiveness) of fundamental social rights.

Keywords: Civil procedural law; Rationalist paradigm; Fundamental social rights; Philosophy in the process.

INTRODUÇÃO

Com a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada num contexto de democratização, tornou-se necessário pensar hermeneuticamente o direito, assumindo o papel constitucional transformador da realidade social. Tal necessidade também atinge o direito processual civil, todavia, por força da tradição filosófica a qual assenta sua compreensão da processualística brasileira, acabou por não acompanhar os movimentos filosóficos, políticos e jurídicos surgidos a partir do século XX.

A ânsia pela sistematização procedimental e o consequente distanciamento do

¹ Graduado em direito pelo Centro Universitário Franciscano. Advogado. brunocarli86@gmail.com.



mundo prático acabou por promover um déficit de realidade, do qual resultou o afastamento do processo civil da própria Constituição. O problema do desajustamento jurídico e filosófico é que, mesmo tendo a atividade jurisdicional desempenhado importante função na busca pela concretização dos novos direitos surgidos a partir do segundo pós-guerra, o processo civil se transformou em ferramenta pouco democrática, não contribuindo satisfatoriamente na efetivação de direitos.

Pretende-se compreender, diante desse contexto de disfunção jurisdicional, as matizes paradigmáticas nas quais se assenta a resistência ao paradigma político instituído pelo Estado Democrático de Direito, verificando-se em que medida as escolas jurídicas tradicionais, ao sustentarem a ordinariedade processual (privilegiando a cognição exauriente) e a clássica cisão entre fato e direito (ensejadora do distanciamento entre o intérprete/juiz e o fato concreto), têm oferecido resistência ao paradigma político instituído pelo Estado Democrático de Direito, obstaculizando a concretização dos novos direitos.

Opta-se, a fim de traçar tal desiderato, pela hermenêutica filosófica (que não é método, tampouco instrumento de interpretação, mas *modo-de-ser-no-mundo*), pois terá fundamental importância no discurso jurídico e, para o artigo proposto, no processo civil, será a base estruturante para uma filosofia no processo, dada a necessária valorização da Constituição (dependente de uma necessária compreensão, pela linguagem) enquanto elemento estruturante do direito.

Enfatiza-se a relevância das discussões teóricas do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Processual Civil da Universidade Federal de Santa Maria (NEAPRO/UFSM) para o cumprimento do objetivo ora proposto.

1 O RACIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO PROCESSO CIVIL

A contemporaneidade revela a necessidade de se (re)discutir o modelo jurisdicional-processual, tornando-se possível a realização dos direitos fundamentais sociais e da democracia. Conforme Castanheira Neves, a atual problematidade do direito vai além de sua inadequação sistemática diante do meio contextual da sociedade que o solicita. Trata-se do problema radical do sentido do direito e de sua subsistência na atual



situação histórica.²

Ao procurar compreender o sentido do direito (leia-se processo), é indispensável uma breve incursão às condições históricas formadoras da Idade Moderna e revelar o vínculo do Direito Processual Civil ao Racionalismo, paradigma que o novo texto constitucional procura romper, através do Estado (de perfil) Democrático (e Social) de Direito.

Os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, acreditaram haver encontrado uma formulação teórica capaz salvaguardar as liberdades do homem³ contra o despotismo que marcara o continente europeu durante o *Ancien Régime*.

Tais pensadores acabaram influenciando diretamente tanto o direito quanto o processo civil, através da sobreposição da razão, pelo homem, como meio de acesso às verdades absolutas⁴. O jurídico passa a ser um sistema prescrito, definido em si mesmo e previamente em sua unidade, individualizados em sua problematicidade, um “platonismo de regras”, impondo a realidade humano-social essa sua racionalidade normativa, antecipada e racionalmente construída⁵.

Nesse contexto ocorreu o desenvolvimento do positivismo jurídico,

[...] que a partir do positivismo jurídico comteano - o qual, na tentativa de superação da metafísica, deu preferência às ciências experimentais - desenvolveu-se cientificamente vinculando à necessidade de segurança da sociedade burguesa. Se o *Ancien Régime* enfraqueceu a justiça através de um imensurável uso do poder da força, far-se-ia necessário a criação de uma sistematização jurídica que importaria aos juristas a valorização da lei⁶.

Esse uso constante do poder da força acabou condicionando a formação do espírito científico moderno, com o predomínio do vetor “segurança” sobre o vetor “justiça”, submetendo-se todo o pensamento jurídico a métodos e a princípios das ciências lógico-experimentais, ensejando um constante e gradual processo de codificação, sendo

² NEVES, Castanheira. **O direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Piaget, 2002, p. 17.

³ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 2.

⁴ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

⁵ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **O Direito hoje e com Que Sentido?...**, p. 25.

⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...**, p. 30.



considerado *locus* de satisfação das leis do Estado, pouco importando as eventuais injustiças, até mesmo porque o direito seria a expressão da vontade do soberano. Um mundo de conceitos e preposições jurídicas em-si-mesmas, resultando na continuação da tradição jus naturalista e a idéia de sistema enquanto método, onde o ser dos entes se encontraria no próprio texto legal, desvelando-se a partir prática da subsunção, a qual se estabelece pela premissa maior (lei) e menor (caso concreto)⁷.

Para compreender adequadamente esse fenômeno, é necessário observar o devir histórico do Estado Moderno, o qual teve formação determinada pelas deficiências da sociedade política medieval⁸. No Estado Antigo, o poder é individualizado, concentrando-se em uma única pessoa os instrumentos da potência e justificação da autoridade (poder carismático, na acepção de Weber)⁹, propiciando uma situação de insegurança.

A insegurança gerada no estado de natureza leva a um gradual processo de institucionalização do Poder, ou seja, “*o Estado Moderno deixa de ser patrimonial*”¹⁰, passando a exercer uma dominação legal-racional, a qual, conforme Weber, “descansa em la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal).”¹¹

Nicolau Maquiavel foi o primeiro pensador a elaborar uma teoria relacionada ao Estado-Nação, argumentando que o Estado não poderia sofrer qualquer limitação de sua autoridade, fosse pela Igreja, fosse por outro Estado¹².

Observa-se, nessa linha, que o Poder passa a ser institucionalizado, sendo exercido por uma empresa a serviço de uma idéia, com potência superior à dos indivíduos que a exercem, ocorrendo a distinção entre a autoridade e a pessoa que a exerce¹³. O Estado, conforme Paulo Bonavides, passa a deter o monopólio do poder, detentor da soberania, o

⁷ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...*, p. 30.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 24.

⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado...*, p. 24.

¹⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado...*, p. 24.

¹¹ WEBER, Max. *Economia e Sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 172.

¹² ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...*, p. 31.

¹³ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado...*, p. 25.



depositário da coação incondicionada¹⁴.

Daí a preocupação dos filósofos jus naturalistas em criar técnicas de liberdade, as quais possuíam o intuito de limitar o poder do próprio Estado e possibilitar a detenção de seu extravasamento pela irresponsabilidade do próprio Estado¹⁵.

Conforme o magistério de Cristiano Becker Isaia,

[...] o homem, que no medievo era propriedade do senhor feudal, no Estado Absolutista (primeira versão do Estado moderno) passa a súdito do rei, ao qual se impõe o dever de obediência. Todavia, ante as exigências por uma nova autonomia política e às reivindicações pelo respeito às liberdades individuais, a ruína do modelo absolutista seria inevitável, tendo sua derrocada na Revolução Francesa (1789), à qual se aliam a Inglesa e a Americana, exsurgindo justamente daí a segunda versão do Estado moderno: o Liberal.¹⁶

A classe burguesa, reivindicando poder político, formulou os princípios de sua revolta social¹⁷, só assim ela deixaria de ser classe dominada, o que se manteve com o advento da primeira versão do Estado Moderno (Estado Absolutista), para se tornar a classe dominante da segunda versão do Estado Moderno (Estado Liberal)¹⁸.

Dito de outro modo, o novo modo de produção em gestação (capitalismo) demandava um conjunto de normas impessoais/gerais que desse segurança e garantias aos súditos (burguesia em ascensão), para que estes pudessem comercializar e produzir riquezas (e delas desfrutar) com segurança e com regras determinadas. Assim, enquanto no medievo (de feição patrimonialista) o senhor feudal era proprietário dos meios administrativos, desfrutando isoladamente do produto, da cobrança de tributos, aplicando sua própria justiça e tendo seu próprio exército, no Estado centralizado/institucionalizado esses meios administrativos não são mais patrimônio de ninguém. É esta, pois, a grande novidade que se estabelece na passagem do medievo para o Estado Moderno.¹⁹

Ao salvaguardar os direitos da liberdade, o modelo liberal, através da contribuição

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 3.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 3.

¹⁶ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...**, p. 31.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 5.

¹⁸ Paulo Bonavides lembra, contudo, no momento em que a burguesia se apodera do controle político da sociedade, não se interessa mais em manter na prática a universalidade dos princípios políticos que fomentaram a revolução social, mantendo-se existente apenas formalmente enquanto princípios constitutivos de uma ideologia de classe (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social...**, p. 5).

¹⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado...**, p. 28.



de Locke e de Montesquieu, apostou na decomposição da soberania estatal em uma pluralidade de poderes, expressando a teoria da separação dos poderes enquanto princípio constitucional de organização do Estado²⁰.

A teoria tripartida dos poderes construiria a casa onde se protegeriam os direitos de liberdade individual, dando suporte a um Estado constitucional que se organizaria a partir da separação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais, apesar de cindidos, interligar-se-iam no controle do poder. Esse (o controle do poder) era a preocupação central de Locke, que no estado de natureza estava em cada indivíduo. Entretanto, a partir do consenso dos homens, passaria ao governo civil, organizacionalmente estruturado a partir da divisão dos poderes.²¹

Locke, em sua obra intitulada “Segundo Tratado sobre o Governo”, viu no legislativo um poder superior aos demais, sendo ele o titular do direito de elaborar leis para todo e qualquer membro da sociedade, prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução independente do local onde ocorra a transgressão²². Para o filósofo, o legislativo, embora superior, não estaria livre de controle, cabendo “ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo quando julgar que este age contrariamente a confiança nele depositada”²³.

Aliás, para ele, o poder estatal seria essencialmente delimitado, substituindo-se progressivamente o regime absolutista (primeira versão do Estado Moderno) pelo liberal-individualista, no qual consta o controle do Executivo pelo Legislativo e o controle do governo pela sociedade²⁴.

Já Montesquieu, motivado por um radical sentimento reacionário ao absolutismo, não tolerava formas mitigadas de limitação do poder. Com isso, a doutrina da separação dos poderes deixou de ter o caráter meramente teórico de Locke, correspondendo a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares inconfundíveis²⁵.

Dentre os ensinamentos de Montesquieu, ressalta-se sua compreensão sobre o ato de julgar, o que consistiria em um terceiro poder estatal. Para o filósofo iluminista,

²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, p. 9.

²¹ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...*, p. 31.

²² LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 519.

²³ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo...*, p. 518.

²⁴ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado...*, p. 38.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social...*, p. 15.



nos Estados monárquicos, existe uma lei: e nos lugares em que esta é exata, o juiz a segue; e nos lugares onde não o é, o juiz procura interpreta-lhe espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição os juízes observarem a letra da lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida.²⁶

Observa-se, portanto, a preocupação de Montesquieu em limitar a atuação dos magistrados, mantendo-os vinculados à reprodução fiel da lei, atitude que, como se verá, permanece latente nos diversos ramos do direito, em especial no processo civil²⁷.

Desse panorama de busca por segurança - o qual acaba criando o princípio da separação dos poderes, atribuindo-lhe, juntamente com a defesa das liberdades individuais, o núcleo existencial da modalidade (constitucional) estatal liberal²⁸ - nasce o processo civil²⁹, comprometido com a filosofia racionalista do século XVII, sendo compreendido (tradicionalmente) enquanto “instrumento” revelador de “verdades absolutas”. Conforme o magistério de Ovídio Baptista, a

[...] influência exercida pelas filosofias racionalistas sobre o Direito Processual Civil, tem seu núcleo de interesse centrado na concepção do Direito como uma ciência demonstrativa, sujeita à metodologia própria da matemática. Este foi, de fato, o fator responsável pela eliminação da Hermenêutica e, conseqüentemente, da Retórica forense, em favor de ‘verdades claras e distintas’ de Descartes, que nosso processo ainda persegue compulsivamente, numa ridícula demonstração de anacronismo

²⁶ MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção “A Obra-Prima de Cada Autor”. São Paulo: Martin Claret, 2005, livro VI, III, p. 89.

²⁷ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...**, p. 33.

²⁸ ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...**, p. 33.

²⁹ Ovídio Baptista sintetiza claramente a condição histórica em que se deu a criação do Poder Judiciário: “Afastada como teve de ser, a defesa privada, levada a efeito pelo próprio titular do direito, em regime de autotutela, já porque este tipo de realização da ordem jurídica gera uma constante intranquilidade e compromete a convivência social, já porque a realização privada do direito nem sempre resultará na vitória daquele que efetivamente tinha razão, mas acabará impondo a preponderância do interesse do mais forte, ou do mais astuto, a exigência de submeterem-se as pretensões daqueles que se digam titulares de algum direito, eventualmente ameaçado ou já vulnerado por que deveria cumpri-lo, a uma prévia averiguação de sua verdadeira existência e legitimidade faz com que a relação originariamente existente entre o titular do dever jurídico, do ponto de vista do primeiro, dê origem a uma *segunda relação*, por meio da qual aquele que afirma ser titular do direito - impedido de realizá-lo por seus próprios meios - terá de exigir do Estado seu auxílio (tutela), a fim de que este, através de uma instituição, especialmente criada para tal fim (o Poder Judiciário), o torne realizado, segundo a lei” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 7 ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense. V.1., p. 2).



epistemológico.³⁰

Os grandes responsáveis pela “geometrização” do Direito, dentre os filósofos racionalista do século XVII, foram Gottfried Wilhelm Leibniz e John Locke. Os ensinamentos desses filósofos acabaram sendo reproduzidos por Savigny através da recomendação de abandono do estudo do caso concreto por parte dos juristas práticos, face a grande complexidade de que eles se revestem, tornando impossível sua sistematização, subordinando-os a “regras gerais”³¹.

Desde seus primeiros ensaios, Leibniz demonstrou determinação em transformar o Direito e a Moral em ciências demonstrativas tão exatas quanto a matemática.

Ovídio Baptista, referindo-se a H. Welzel, relata que Leibniz compreende a ciência do Direito enquanto ciência puramente racional, não necessitando da experiência. A própria jurisprudência, quando amparada naquilo que se encontraria expressamente regulado, apoiar-se-ia totalmente em fundamentos racionais; igualmente, quando houvesse ausência de dispositivo legal, a decisão seria extraída do Direito Natural com o auxílio da razão³².

Em relação ao *conceitualismo* do filósofo racionalista, observa-se a seguinte passagem da obra “Los elementos del Derecho natural”:

La doctrina del derecho es de la índole de aquellas ciencias que no dependen de experimentos, sino de definiciones, no de las demostraciones de los sentidos, sino de la razón, y son, por así decirlo, propias del derecho y no del hecho. Así pues, como la justicia consiste en un cierto acuerdo y proporción, puede entenderse que algo es justo, aunque no haya quien ejerza la justicia, ni sobre quién recaiga, de manera semejante a como los cálculos numéricos son verdaderos, aunque no haya ningún número ni qué numerar, a la manera como se puede predecir de una cosa, de una máquina o de un Estado que, si han de existir, ha de ser hermosa, eficaz e feliz, aunque nunca hayan de existir. Por tanto, no es sorprendente que los principios de estas ciencias sean verdades eternas, pues todos ellos son condicionales, y ni siquiera necesitan que algo exista, sino que se siga algo a su supuesta existencia [...]³³.

Locke, principalmente em sua obra “Ensaio acerca do entendimento humano”, a

³⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia**. O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 69.

³¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**..., p. 38.

³² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**..., p. 77-78.

³³ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos de Derecho natural**. Tradução para o espanhol de Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991, p. 70-71.



qual representa ponto culminante do *empirismo* inglês, dedicou-se a pesquisar as fontes do pensamento, discordando da tese de que o ser humano viria ao mundo com o conhecimento dentro de si, cabendo ao filósofo apenas revelá-lo. Para ele, a compreensão é proveniente da experiência, da demonstração, justificando, assim, sua tese de direitos naturais, apreendidos pela razão, e da necessária proteção pela sociedade civil.

Para ele, o equilíbrio do homem com o direito natural deriva da propriedade, sendo ela o elemento constitutivo do sujeito humano. A propriedade seria compreendida enquanto objeto de acumulado pelo trabalho e enquanto vida e liberdade, tendo sua condição jurídica relacionada ao acúmulo de riquezas, situação em que no estado de natureza estaria em igualdade originária³⁴.

A instituição da moeda acaba superando os meios naturais de obtenção da privada, ocorrendo a transmutação de um estado de paz natural para um estado precário, gerando a necessidade da construção de leis regulamentadoras e limitadoras da própria propriedade. A seguinte passagem da obra “Segundo Tratado sobre o Governo” é esclarecedora:

O trabalho, portanto, no princípio, deu um direito de propriedade sempre que qualquer um houve por bem empregá-lo no que era comum, que durante muito tempo foi a maior parte e ainda é mais do que a humanidade pode utilizar. No princípio, os homens, em sua maioria, contentavam-se com aquilo que a natureza desassistida oferecia às suas necessidades. E embora depois, em algumas partes do mundo (onde o aumento da população e da riqueza, com o uso do dinheiro, tornou a terra rara, e portanto de algum valor), as diversas comunidades estabelecessem limites de seus diferentes territórios e, por meio das leis em seu seio, regulassem as propriedades dos homens particulares de sua sociedade - assim, por meio de pacto e acordo, estabelecendo a propriedade que o trabalho e o esforço haviam começado -, e as ligas que se haviam formado entre diversos Estados e reinos, rejeitando expressa ou tacitamente qualquer reivindicação ou direito à terra em posse dos outros, abandonassem por consentimento comum suas pretensões ao direito natural, que tinham originalmente a tais territórios, e desse modo, por meio de um acordo positivo, estabelecesse uma propriedade entre si próprios em diferentes partes e parcelas da Terra [...] ³⁵.

O compromisso do autor com as ciências matemáticas encontra sustentação em sua observação de que o conhecimento pode ser *intuitivo* ou, ao contrário, *demonstrativo*,

³⁴ ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica...*, p. 67.

³⁵ LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo...*, p. 424.



tendo em qualquer caso origem nas sensações³⁶.

No primeiro caso, a única certeza possível derivaria da intuição imediata proveniente de nossas percepções sensoriais. Para ele, as ciências morais seriam demonstráveis tanto quanto as ciências matemáticas³⁷. Em relação ao *conhecimento intuitivo*, descreve o pensador:

Todo o nosso conhecimento consistindo, como tenho dito, na visão que a mente tem de suas idéias que é a máxima luz e maior certeza de que nós, com nossas faculdades e nosso meio de conhecer, somos capazes, não será impróprio considerar um pouco os graus de semelhante evidência. Parece-me que as diferentes clarezas de nosso conhecimento dependem dos diferentes meios de percepção que a mente tem do acordo ou desacordo de quaisquer de suas idéias. Se refletirmos acerca de nossos meios de pensar, descobriremos que às vezes a mente percebe o acordo ou desacordo entre duas idéias *imediatamente por elas mesmas*, sem a intervenção de qualquer outra: penso que a isso podemos chamar de *conhecimento intuitivo*, já que neste a mente não tem que se esforçar para provar ou examinar, pois percebe a verdade como o olho faz com a luz, apenas por lhe estar dirigida. Deste modo, a mente percebe que o branco não é preto, que um círculo não é um triângulo, que três é mais do que dois e igual a um e dois. Tais tipos de verdade das idéias unidas a mente percebe, à primeira vista, simplesmente pela intuição, sem a intervenção de qualquer outra idéia; e este tipo de conhecimento é o mais claro e o mais seguro de que é capaz a fragilidade humana. Depende dessa intuição toda a certeza e evidência de todo o nosso conhecimento, cuja certeza cada um descobre ser maior do que pode imaginar e, portanto, não necessita de uma maior. Quem pede uma certeza maior do que esta não sabe o que está pedindo, e apenas mostra que é dotado de uma mente para ser cético, sem ser capaz de sê-lo.³⁸

Por tal motivo é que Locke, seguindo os demais racionalistas, preocupa-se com as definições, não com o que acontece enquanto comportamento moral³⁹. Destacam-se, nesse sentido, as seguintes palavras:

Uma parte destas desvantagens nas idéias morais que as tornaram supostas incapazes de demonstração pode, em certa medida, ser remediada pelas definições, localizando esta coleção de idéias simples que cada termos significará, e então usando os termos uniforme e constantemente para esta exata coleção. E que métodos a álgebra, ou algo deste tipo, pode sugerir mais tarde, para remover as outras dificuldades, não é fácil predizer. Estou confiante que, se os homens com o mesmo método, e com a mesma

³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 80.

³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 80.

³⁸ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. Tradução de Anoar Aiex. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultura, 1997, livro IV, cap. II, p. 217.

³⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 81.



indiferença, investigassem a verdade moral como o fazem com a da matemática, descobririam que eles têm entre si uma conexão mais forte, e uma consequência mais necessária de nossas idéias claras e distintas, e que se aproximam bastante da demonstração perfeita do que habitualmente se tem imaginado.⁴⁰

Já o *conhecimento demonstrativo*, conforme descrito por Locke, seria aquele proveniente das situações em que as percepções imediatas não fossem possíveis:

O grau seguinte de conhecimento consiste em a mente perceber o acordo ou desacordo de quaisquer idéias, mas não imediatamente. Entretanto, sempre que a mente percebe o acordo ou desacordo de quaisquer de suas idéias, a certo conhecimento: apesar disso, nem sempre ocorre que a mente veja o acordo ou desacordo existente entre elas, mesmo quando isto é descoberto; e neste caso permanece na ignorância e no máximo não vai além de uma conjectura provável. A razão pela qual a mente não pode perceber sempre, e de modo imediato, o acordo ou desacordo de duas idéias decorre do fato de que essas idéias, a respeito das quais a pesquisa constata o acordo ou seu desacordo, não pode ser pela mente reunidas para mostra-lãs. Neste caso, pois, quando a mente não pode reunir suas idéias mediante sua comparação imediata, e como se isto fosse justaposição ou aplicação de uma sobre a outra, para perceber seu acordo ou desacordo, a mente resigna-se, com base na intervenção de outras idéias (uma ou mais, segundo o que ocorre), a descobrir o acordo ou desacordo que busca, e é a isto que denominamos raciocínio. Deste modo, a mente, querendo conhecer o acordo ou desacordo entre os três ângulos de um triângulo e dois retos, não pode fazê-lo por um visão imediata e compara-los, porque os três ângulos de um triângulo, não podem ser trazidos imediatamente, e ser comparado com um ou dois ângulos; de sorte que a mente não tem conhecimento imediato e nem intuitivo. Neste caso, a mente se resigna a descobrir alguns outros ângulos, com os quais os três ângulos de um triângulo mantêm igualdade; e, descobrindo estes iguais a dois retos, vem a conhecer sua igualdade a dois retos.⁴¹

Portanto, para o filósofo, todo o conhecimento humano seria proveniente de nossos sentidos, como conhecimento *intuitivo*, ou então *demonstrativo*, quando a percepção imediata não for possível. A moral, assim como o direito, seria perfeitamente demonstrada através de idéias tão seguras quanto àquelas obtidas na matemática⁴².

⁴⁰ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, livro IV, cap. III, p. 230.

⁴¹ LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, livro IV, cap. II, p. 217-218.

⁴² A esse respeito, escreveu Locke: “A moral é capaz de demonstração. A idéia de um Ser supremo, de infinito poder, bondade e sabedoria, cuja obra nós somos e do qual dependemos, como ainda a idéia de nós mesmos, como criaturas racionais e inteligentes, por serem tão claras em nós, ofereceriam, suponho, se bem consideradas e pesquisadas, tais fundamentos para nosso dever e regra para a ação que poderiam situar a *moral* entre as *ciências capazes de demonstração*. A respeito disso, não duvido que as proposições evidentes por si mesmas, de consequências necessárias, tão incontestáveis como aquelas em matemáticas, as medidas do certo e do errado



Como observa Ovídio Baptista, o empirismo lockeano não encontra uma solução ao problema do conhecimento histórico e, de uma forma geral, das ciências hermenêuticas. Aqui não se admite falar em conhecimento *intuitivo*, quanto menos no *demonstrativo*⁴³.

Esses são, em linhas gerais, os pressupostos culturais que fomentaram a formação do sistema de direito escrito (*Civil Law*), substituindo os direitos costumeiros medievais pelo direito produzido pelo Estado, inicialmente pelo monarca, depois pelo poder legislativo. As classes dominantes, através de seus princípios políticos, conseguiram dois resultados significativos: a sujeição dos magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; e, ao concentrar a produção do Direito ao nível legislativo, sem a menor possibilidade de produção judicial por parte dos juízes, buscaram a concretização do sonho racionalista de certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, impossibilitando a interpretação da lei no momento de sua aplicação jurisdicional, o que a tornaria controversa e incerta⁴⁴.

Pressupostos que se relacionaram com o Direito Processual enquanto “ciência” preocupada apenas com a clareza dos textos jurídicos, através da pressuposição utópica de que estes teriam sentido em si⁴⁵, relegando a linguagem a uma terceira coisa⁴⁶.

devem ser estabelecidas por qualquer um que se aplicar com a mesma indiferença e atenção para uma como a outra dessas ciências. A *relação* dos outros *modos* pode certamente ser percebida, tanto quanto as do número e da extensão; e não posso ver porque eles não devem ser capazes de demonstração, se métodos adequados fossem cogitados para examinar e averiguar seu acordo ou desacordo. ‘Onde não há propriedade não há injustiças’ é uma proposição tão evidente como qualquer demonstração de Euclides; pois a idéia de propriedade, um direito a algo, e a idéia à qual se dá o nome ‘injustiça’, compreendem a invasão ou violação desse direito. É evidente que, essas idéias, assim estabelecidas e estes nomes anexados a elas, possam saber com tanta certeza que esta proposição é verdadeira como que um triângulo tem três ângulos iguais a dois retos. Outros exemplo: ‘nenhum governo permite liberdade absoluta’. A idéia do governo, sendo o estabelecimento da sociedade com base em certas regras ou leis, que exigem conformidade a elas, e a idéia da liberdade absoluta, sendo para cada um fazer o que for de seu agrado, sou tão capaz de estar seguro acerca da verdade desta proposição como de qualquer uma nas matemáticas” (LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano...*, livro IV, cap. III, p. 229).

⁴³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 82.

⁴⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 37.

⁴⁵ Lenio Streck afirma que “é preciso ter claro que as palavras da lei não são unívocas, são plurívocas. O ‘elo’ (imanência) que ‘vinculava’ significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem linguística ocorrida no campo da filosofia” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.80).

⁴⁶ Ver, para tanto, z. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise...*, p. 77 e segs, que fala sobre o fenômeno denominado “*fetichização do discurso jurídico*”, mencionando que “o discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo *uma-lei-em-si*, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se a sua condição-de-lei fosse propriamente ‘natural’”.



Interessante, nesse passo, a constatação de Ovídio Baptista:

a busca de 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 do “caso”, preocupando-se, tanto nos manuais quanto na docência universitária, apenas com a “norma”, com eliminação do “fato”. A separação entre “direito” e “fato”, inspirado nos dois mundos kantianos, o mundo do *ser* e o mundo 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* (grifo não constante no original)⁴⁷.

O comprometimento do direito brasileiro com o *paradigma racionalista* é latente na contemporaneidade, basta, para tanto, verificar a qualidade do ensino nas universidades, a qual leciona o “direito puro”, apenas a *norma* enquanto *axioma* e não enquanto *problema*. Ao aluno se oculta parcela essencial da *problemática*, que só vem a ser compreendida através de uma longa e penosa aprendizagem profissional, desfazendo as ilusões criadas nas cadeiras universitárias⁴⁸.

Outro resquício desta “metodologia”, conforme destacado por Cristiano Becker Isaia, é a manutenção, mesmo em tempos de economia globalizada e interesses supra-individuais, do reconhecimento preponderante da resolução de conflitos entre sujeitos iguais, opondo-se ao movimento constitucional contemporâneo; resquício este agravado pela resistência positivista no exercício da jurisdição⁴⁹.

É nesse panorama de separação entre direito e fato, entre o prática do foro e o direito exposto pela doutrina, que Joh H. Merryman traça um das tantas distinções marcantes entre o *Common Law* e o *Civil Law*, herdeira do direito romano-cristão. Lembra, em sua obra intitulada “La Tradición Jurídica Romano-Canônica”, que a doutrina dos países de tradição de direito civil é de autoria de teóricos e professores universitários, ao passo que naqueles de tradição de direito comum anglosaxão, os grandes doutrinadores

⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 36.

⁴⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 36.

⁴⁹ ISAIA, Cristiano Becker. *A proteção constitucional a direitos transindividuais e a necessidade de se repensar a relação entre ilícito civil, dano e processo: o exemplo privilegiado da tutela inibitória, ressarcitória na forma específica e de remoção de ilícitos nas ações ambientais e de consumidores*. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas do; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Os Direitos humanos e o constitucionalismo em perspectiva: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 104.



são em geral os magistrados⁵⁰.

O pensador, em sua obra, dedica-se a compreensão da história das fontes do direito continental europeu, de influência romano-canônica, comparando-a com o direito dos países herdeiros do direito comum anglosaxão, países cuja tradição jurídica não foi renegada, mas sim “creada originalmente y que ha crecido y se ha desarrollado en manos de los jueces, razonando en forma similar de caso em caso y construindo un cuerpo de leyes [...]”⁵¹.

Conforme Merryman, a atividade jurisdicional nos países descendentes da tradição romano-cristão está limitada a encontrar a resposta expedida pelo legislativo a todos os casos, declarando a vontade da lei, a qual deverá ser simploriamente ajustada a uma situação concreta, não se admitindo a interpretação dos preceitos legislativos⁵².

⁵⁰ Observa-se: “[...] el legislador em el derecho civil ocupa la posición dominante que ocupan los jueces en el derecho común anglosajón. Durante breves períodos de la historia de la tradición del derecho civil esto pudo haber sido cierto, pero pronto los legisladores se encontraron de nueva a la sombra de que quienes eran primordialmente responsables de la teoría del moderno Estado-nación, de las doctrinas del positivismo y la separación de poderes, de la forma, estilo y contenido de la codificación y de la teoría dominante de la naturaleza de la función judicial. El jurista-maestro es el verdadero protagonista de la tradición del derecho civil. El derecho civil es un derecho de los profesores. Al contrario, aunque la influencia de los profesores de derecho y de los eruditos legistas puede estar creciendo en los Estados Unidos, los jueces todavía ejercen la influencia más profunda en modelar el crecimiento y desarrollo del sistema jurídico norteamericano. Además, la ideología, dominante supone que ellos desempeñan este papel y ellos mismos están consciente de lo que se espera de ellos. La tradición del *jurisprudence* como la fuerza importante en el desarrollo del derecho común anglosajón es muy reciente y comparativamente aún un derecho común anglosajón es aún muy débil. El derecho común anglosajón es un derecho de los jueces” (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídico Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 103).

⁵¹ MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídico Romano-Canónica...*, p. 66.

⁵² Escreve o autor: “Con la revolución y su consagración del dogma de la estricta separación de poderes, la función judicial se vio restringida de manera notable. La insistencia revolucionaria en que la ley fuera creada sólo por las legislaturas representativas quería decir que el derecho no podía ser creado ni directamente ni indirectamente por los jueces. Una expresión de esta actitud era el requisito de que el juez usara ‘la ley’ sólo para decidir un caso y esto quería decir que no podía basar su sentencia en decisiones judiciales anteriores. La doctrina de *stare decisis* estaba rechazada. Otra expresión de la estricta separación de los poderes legislativos y judicial era la noción de que los jueces no debían interpretar una legislación incompleta, conflictiva o poco clara [...]. El cuadro del proceso judicial que nace de allí es de una actividad más bien rutinaria. El juez viene a ser una especie de empleado experimentado. Se encuentra con una situación concreta a la que habrá una respuesta legislativa expedita en todos los casos excepto, excepto en los extraordinarios. Su función es simplemente encontrar el precepto legal apropiado apropiado, ajustarlo a la situación concreta y entregar la solución que se produce de una manera más o menos automática al coincidir ambos. El proceso total de una decisión judicial está hecho para adaptarse a la estructura del silogismo, según la lógica escolástica” (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídico Romano-Canónica...*, p. 69-70).



CONCLUSÃO

O grande problema do modelo liberal-individualista, o qual acabou influenciando diretamente nas construções teóricas de romanistas como Savigny e Windscheid, bem como de outros processualistas, foi o distanciamento entre o direito processual civil e a realidade do caso concreto e, conseqüentemente, de outros sistemas que o cercam, dentre os quais o constitucional, o civil, o tributário, dentre outros.

Esse desprezo pela faticidade acabou impossibilitando a concretização dos *novos direitos*, isso porque o *ente* Processo Civil, pensado a partir de si próprio (portanto, pensado a partir do esquema sujeito-objeto), acabou não se preparando para a realidade emergente do constante processo de complexização social, principalmente daquela proveniente a partir do segundo pós-guerra.

Faz-se necessário, portanto, na atual quadra histórica, refletir o direito processual civil a luz da hermenêutica filosófica, tendo-se em mente que a atividade jurisdicional deve ser repensada para além do apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição de direitos dos cidadãos.

Isso é possível a partir da construção de uma filosofia no processo, inserindo-se a problemática apresentada no presente artigo em uma determinada situação hermenêutica, a qual propiciaria a pré-compreensão necessária do contexto da controvérsia e da constituição para uma adequada compreensão-interpretação-aplicação do direito processual civil.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

ISAIA, Cristiano Becker. **A proteção constitucional a direitos transindividuais e a necessidade de se repensar a relação entre ilícito civil, dano e processo: o exemplo privilegiado da tutela inibitória, ressarcitória na forma específica e de remoção de ilícitos nas ações ambientais e de consumidores**. In: NASCIMENTO, Valéria Ribas do; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Os Direitos humanos e o constitucionalismo em perspectiva: espectros da DUDH e da Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica: a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em direito: faticidade e oralidade.** Curitiba: Juruá, 2010.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Los elementos de Derecho natural.** Tradução para o espanhol de Tomás Guillén Vera. Madrid: Tecnos, 1991.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo.** Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano.** Tradução de Anuar Aiex. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultura, 1997.

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídico Romano-Canônica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis.** Coleção "A Obra-Prima de Cada Autor". São Paulo: Martin Claret, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

NEVES, Castanheira. **O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito.** Lisboa: Piaget, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 7 ed., rev. e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense. V. 1.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia.** O paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WEBER, Max. **Economia e Sociedad: esbozo de sociología comprensiva.** México: Fondo de Cultura Económica, 1996.