

O Direito como ciência do espírito: a necessidade de mudança paradigmática do processo

The Law as the science of the spirit: The need for a paradigmatical transformation in the process

Jeferson Dytz Marin¹

Universidade de Caxias do Sul, Brasil
jdmartin@ucs.br

Carlos Alberto Lunelli¹

Universidade de Caxias do Sul, Brasil
calunellimarinadvogados@gmail.com

Resumo

O paradigma é um propulsor do conhecimento científico, sendo possível afirmar que opera no sentido de conduzir ao progresso da ciência. A ciência jurídica e o Direito Processual sustentam-se a partir de paradigmas, utilizando-se de determinados conceitos e modos sintéticos de produção do conhecimento. Por sua vez, o jusracionismo marcou-se pelo rigor no método, que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo.

Palavras-chave: ciência, direito, paradigma, processo.

Abstract

The paradigm is a propellant of scientific knowledge, being possible to state that operates in the sense to lead to the progress of science. The Juridical Science and the Procedural Law are sustained from paradigms, using certain concepts and synthetical modes of knowledge production. In turn, the rationalism of justice was marked by rigor in the method, which was also one of the ways to ensure the validity of the laws now consecrated and to support the assertion of anthropocentrism against of the theocentrism.

Key words: science, law, paradigm, process.

¹ Universidade de Caxias do Sul. Rua Francisco Getúlio Vargas, 1130, 95070-560, Caxias do Sul, RS, Brasil.

Introdução

As ciências do espírito, espaço da compreensão e da interpretação, têm um modo de conformação diferente daquele das ciências exatas. Todavia, a ciência jurídica submeteu-se, ao longo da história, aos métodos das ciências naturais, ou seja, também admitiu a forma de produção do conhecimento científico das ciências da natureza.

Assim, também a ciência jurídica aceitou a evolução através das revoluções científicas, abandonando, em determinadas épocas e situações, os conhecimentos construídos e então existentes, a partir do surgimento de novos referenciais. Esses referenciais científicos – próprios das ciências da natureza – são compreendidos por Thomas S. Kuhn (1983, p. 356) no seguinte conceito: “Um paradigma é o que os membros de uma comunidade científica, e só eles, partilham. Reciprocamente, é a respectiva posse de um paradigma comum que constitui uma comunidade científica, formada, por sua vez, por um grupo de homens diferentes noutros aspectos”.

A formação de um *paradigma* não se constitui, em si, numa desvantagem. Ao contrário, a ciência avança pelo surgimento de um novo paradigma, quando a comunidade migra para o novo referencial, deixando para trás o conhecimento até então produzido. E, como refere Kuhn,

[q]uando, pela primeira vez, no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em grande parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma (Kuhn, 1983, p. 39).

O paradigma, então, é um propulsor do conhecimento científico, sendo possível afirmar que opera no sentido de conduzir ao progresso da ciência. Produz uma concentração das atenções científicas, delimitando o campo objetivo de estudo e, mais do que isso, produz uma definição nova e mais rígida do campo de estudos, porque produz um direcionamento da atenção dos cientistas.

Porém, o paradigma que bem pode ser definido como um instrumento de evolução das ciências naturais não serve, ao menos na mesma dimensão, ao Direito Processual. É que esse campo do saber não tem as mesmas conformações das ciências da natureza. Por exemplo, o campo do saber jurídico processual deve também se informar pela perspectiva histórica dos eventos, o

que torna esse modo de evolução científica insuficiente para as ciências do espírito.

Na ciência processual, o paradigma atua provocando a restrição da visão do cientista, como reconhece Kuhn (1983, p. 45): “A pesquisa científica normal está dirigida para a articulação daqueles fenômenos e teorias já fornecidas pelo paradigma.” Quer dizer, então, que o paradigma funciona como um limitador da visão científica, porque a evolução da ciência acontece a partir desse ponto tido como de aceitação pelo grupo científico. Considerado em si, o paradigma não representa um *defeito*, mas cumpre um papel decisivo, na medida em que conduz à segmentação e clara definição do objeto de estudo. Opera, assim, conduzindo a uma investigação profunda acerca de algum aspecto da ciência, e o comprometimento com o paradigma produz o avanço científico.

Um paradigma, para a ciência, constitui-se num modo de escolha dos problemas que serão objeto da investigação, permitindo que a comunidade científica que o adota tenha aquele grupo de problemas como passível de uma solução possível.

Essas observações levam à conclusão de que o paradigma, em si, é benéfico para a evolução científica, porque se constitui quase uma *ferramenta* que torna possível o avanço da investigação. Não se pode, todavia, pretender fazer dessa afirmação uma generalização também para o Direito Processual.

Entretanto, a ciência jurídica e também o Direito Processual sustentam-se igualmente a partir de paradigmas, utilizando-se de determinados conceitos e modos sintéticos de produção do conhecimento. Um exemplo disso é o paradigma racionalista, o paradigma da verdade, que foi incorporado pela ciência do Direito, que passou a operar de acordo com essa formulação.

A influência do cartesianismo no Direito

A princípio, a ciência jurídica já registrava, antes mesmo dos séculos XVII e XVIII, um compromisso com um rigor lógico, herdado do Direito Romano. Todavia, o juracionalismo marca um momento na história da humanidade, representando o surgimento de uma nova concepção de vida e de produção do conhecimento.

Hannah Arendt traz um dos elementos que, seguramente, justifica plenamente a afirmação de que o juracionalismo representou uma nova concepção de vida, quando aponta a orientação para a ação, ocorrida a partir do século XVII, determinante do abandono da contemplação:

Sem dúvida, a mudança que ocorreu no século XVII foi mais radical do que se pode depreender da simples inversão da ordem tradicional entre a contemplação e a ação. A rigor, essa inversão tinha a ver apenas com a relação entre o pensar e o fazer, ao passo que a contemplação, no sentido original de contemplar a verdade, foi inteiramente abolida (Arendt, 1987, p. 304).

Esse abandono da contemplação e o comprometimento da comunidade científica com a ação determinaram o surgimento de um novo paradigma, o paradigma do racionalismo, orientado no sentido de busca do rigor lógico da ciência. E tal paradigma adaptou-se muito bem às ciências da natureza, sendo também incorporado pelo Direito. Alf Ross (1994), ao justificar as características do Direito Natural, afirma que “[s]e despojado de su atuendo teológico y adoptó el ropaje de la ciencia pura, auxiliada por el método matemático-deductivo que fue el gran descubrimiento de la época”.

A partir do fim da escolástica, com a afirmação do Direito Natural profano, surge uma nova concepção de *ratio*, agora fundada na certeza cartesiana (Descartes, 1960, p. 135), e não mais na compreensão de que o homem, animal racional, era também social e político. Assim, abre-se espaço para o surgimento de um racionalismo diferente, em que não importa mais o obrar social, mas o alcance da verdade. Como afirma Welzel,

[I]a *ratio* es, prescindiendo de toda metafísica aristotélica de forma y materia, simplemente la *clara et distinta perceptio*, el conocimiento claro y distinto, en el que Descartes veía el fundamento de toda certeza. Clara y distintamente, empero, se conoce solo lo que puede concebirse, no simplemente en su apariencia externa, sino en las condiciones que determinan su origen. Los fenómenos, por eso, tienen que desintegrarse en sus diversas partes y reconstruirse después, basándose en el conocimiento de la conexión de ellas; el método analítico y sintético de Galileo y Descartes se convierte en modelo para la nueva teoría del Derecho Natural (Welzel, 1979, p. 114).

O jusracionalismo representou a afirmação de um direito natural profano que se alforriou das amarras que mantinham o Direito Natural preso às concepções teológicas da Idade Média. Nesse ponto, representou uma evolução para o Direito, no sentido

de que garantiu sua independência da doutrina absoluta do divino. O homem, ser racional, é a justificativa para conferir-se uma nova abordagem ao conhecimento científico e também à ciência jurídica. Wieacker é quem percebe esse aspecto:

Se voltarmos à influência particular sobre a *história do direito*, são os traços metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu. Como *teoria*, ele liberta finalmente a jurisprudência técnica das autoridades da Idade Média e dá-lhe um sistema interno e um método dogmático específicos – a construção a partir de conceitos gerais; como exigência *prática* fornece desde logo à crítica do direito, e depois à própria legislação um novo padrão moral (Wieacker, 1967, p. 306).

A ideia da existência de um Direito Natural também contribuiu para a desconsideração dos fatores que implicavam a compreensão do Direito. Informado pelo Direito Natural (Mozos, 1988, p. 21)² e pela expectativa de atingimento de leis de validade universal, o racionalismo sustentava-se exatamente na descontextualização do Direito. Um Direito inserido numa realidade local e temporal não servia aos propósitos naturalistas e, assim, justificou-se a utilização de um método capaz de atender a esses objetivos. Esse método precisava ser capaz de conferir uma validade universal ao Direito que poderia ser obtida a partir da afirmação da sua atemporalidade e supraespacialidade. Assim, Kaufmann e Hassemer afirmam que

[o]s juristas racionalistas procediam totalmente de acordo com a escolástica, na medida em que também eles estavam convencidos da possibilidade de, a partir de um reduzido número de princípios superiores apriorísticos, extrair, através da pura dedução, todas as restantes regras de direito, sem ter em conta a realidade empírica, as circunstâncias espaciais e temporais (pois só assim se acreditava poder-se assegurar ao direito natural a validade universal, para todos os tempos e para todos os homens). Na realidade, acabava por se proceder empiricamente, quando se pediam “empréstimos” ao direito romano, cuja racionalidade se enaltecia (era o tempo da recepção). Só assim puderam nascer os grandes códigos jusnaturalistas (Kaufmann e Hassemer, 2002, p. 93).

² É interessante, nesse sentido, registrar a utilização do Direito Natural como recurso retórico, que é percebida por José Luis de Los Mozos: “La otra utilización del Derecho Natural, como mera referencia ideal o como simple recurso retórico, también tiene su origen en otras tendencias metodológicas, todavía más divulgadas y extendidas actualmente, aunque procedan de un tiempo más lejano. Efectivamente, arrancan del racionalismo. De un intento por construir el sistema jurídico more geometrico, como consecuencia de reducir la relación entre verdad y método, únicamente, a lo que es susceptible de ser demostrado por aquel medio, con lo que el derecho, la moral, la historia quedan, a partir de entonces, en una incómoda situación metodológicamente hablando. Pero ésta todavía se agrava más como consecuencia de la Ilustración, cuando aquella idea se transforma en ideología” (Mozos, 1988, p. 21).

Era necessária a utilização de um método que garantisse a universalidade, exatamente porque essa era uma das premissas sustentadoras do Direito Natural. Somente um Direito que se afinasse a essa condição – garantir a validade universal – poderia servir aos seus propósitos. Do contrário, estaria comprometida a própria afirmação do Direito Natural.

A ciência jurídica e o paradigma racionalista

A universalidade era uma das características do Direito Natural. Todos os homens carregavam, em si, os fundamentos desse Direito como algo imanente ao próprio ser. Embora o fundamento primeiro de sua existência fosse Deus, era na revelação humana que o Direito Natural efetivamente acontecia; como apontou Christian Thomasius (1994, p. 220), “El derecho natural, como está escrito en los corazones de cualquier persona, no necesita ser revelado por otros ni de una autoridad exclusiva; por eso se llama divino, a saber, porque tiene su origen en el autor de toda naturaleza, también de la naturaleza humana, en Dios”.

E essa natureza estava fundada na razão humana; por isso, Hugo Grocio (1925, p. 39) afirmava que “suelen comprenderse bajo el nombre de la Naturaleza las costumbres comunes conformes a la razón natural”. Quando se sustentou a existência de uma razão natural, comum à essência da natureza humana, conduziu-se à ideia de universalidade, na medida em que qualquer homem, apenas por ser homem, é racional em qualquer espaço e em qualquer tempo.

Referindo Jhering como um dos precursores da universalidade da ciência jurídica, Bobbio afirma que

[e]sta ideia de uma ciência jurídica universal estava muito mais próxima da concepção racionalista do que da concepção historicista do direito. A universalidade da ciência jurídica é possível porque se serve de um método próprio, de certas técnicas de pesquisa elaboradas e refinadas através dos séculos, as quais são válidas para o estudo de qualquer ordenamento. Jhering define este método como um *precipitado* da *sã* razão humana em matéria de direito (Bobbio, 1995, p. 123).

Assim, a justificativa para a recepção do método pelo jusracionalismo também encontra resposta na

tentativa de validação universal do Direito. O embate que se criou entre o Direito Natural e os ordenamentos positivos também explica a busca pelo rigor lógico, indispensável para a sustentação desse novo modo de pensar que se impunha.

Não bastava ao jusracionalismo a crítica ou a contestação aos ordenamentos positivados. Era preciso mais, já que compatibilizar o Direito Natural emergente era condição de sua afirmação e sobrevivência. Essa constatação é de Wieacker, que reconhece esse aspecto decisivo. Não bastava a crítica, era necessário garantir a validade dessa nova filosofia:

O jusracionalismo recebeu da tradição, quase sem alterações, o método de argumentação. Ele recebeu sobretudo as construções auxiliares características que de há muito tinham que dominar, do ponto de vista lógico, o seu problema fundamental, ou seja, a relação do direito natural com os direitos positivos existentes. O conhecimento destas construções é indispensável para a compreensão da influência do jusracionalismo sobre o sistema e teoria do direito privado. Como teoria que quer fundamentar a validade de todo o direito, o jusracionalismo não se pode bastar com os protestos de uma consciência jurídica ferida ou com o acordo de uma outra já saturada; deve antes tornar inteligível, através de meios lógicos, a vigência do direito ou a sua crítica. Em especial, sempre que ele abandona a fase da crítica permanente ou de recusa revolucionária do existente e se compreende como filosofia de uma ordem determinada, ele deve compatibilizar a validade da situação constitucional ou jurídica positiva com postulados suprapositivos. Foi esta tarefa que o pensamento ocidental tentou realizar através do modelo ou símbolo de um *contrato social* (Wieacker, 1967, p. 300).

O jusracionalismo marcou-se, assim, pelo rigor no método, que também foi uma das formas encontradas para garantir a validade das leis agora consagradas e para sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo. Esse deslocamento do eixo de sustentação filosófica representa, aliás, a efetiva mudança afirmada pelo jusracionalismo. O homem, agora sujeito, somente o é diante de um mundo explicável racionalmente. Por isso a incessante necessidade de garantir-se a verdade e a certeza (Welzel, 1979, p. 120)³, afastando-se do provável e do plausível.

³ De acordo com Welzel, “[e]l Estado y su Derecho han cumplido ya su cometido esencial si son capaces de oponer al bellum omnium contra omnes un orden que garantice la existencia de los ciudadanos. Cuál haya de ser el contenido de este orden es, en cambio, una cuestión secundaria. La teoría idealista del Derecho Natural descuidaba el problema de la existencia real de un orden jurídico y hacía de esta cuestión secundaria su único problema, creyendo poder deducir de la ‘naturaleza’ del hombre ciertos principios éticos materiales. Dada su idea del hombre, este camino se hallaba cerrado desde un principio para Hobbes. Si el hombre es un ser peligroso, destructor, malvado, no es posible deducir de su ‘naturaleza’ ninguna estructura axiológica para la vida humana en común. De la natura corrupta se deduce, sin duda, la necesidad de un orden, pero no su contenido. Mientras que la certeza de una verdad matemática o geométrica, el contenido del orden estatal es de carácter contingente” (Welzel, 1979, p. 120).

Aos olhos do racionalismo, a construção lógica representava a afirmação de que o homem, expoente desse momento, revestia condições de superar o deslocamento do eixo de compreensão, desviando-se do teocentrismo. Quando percebe tal aspecto, Grondin (1999, p. 118) afirma que “era pressuposição básica do racionalismo que o espírito humano, embora mortal, tinha, não obstante, condições de reconhecer, com ajuda de seu pensamento, a construção lógica e coerente do mundo”.

A justificativa para essa qualidade, típica do jusracionalismo, está na compreensão do antropocentrismo e na necessidade de sua afirmação. O homem ousou desafiar Deus. Era natural que esse desafio exigisse muito, como fez o racionalismo. Verdades prováveis não eram suficientes para se contraporem à sabedoria divina. Era preciso mais, era necessário o esgotamento das possibilidades, para alcançar-se a certeza. É assim que Wieacker afirma essa nova concepção, derivada da nova postura antropológica:

No jusracionalismo médio, os métodos das novas ciências da natureza estendem-se à ética social. Eles transformaram também o homem, como ser social, em objecto de observação e de conhecimento liberto de pressupostos, procurando, assim, as leis naturais da sociedade. O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece, não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através das leis naturais (Wieacker, 1967, p. 288).

A partir do Racionalismo, a razão aparece como a possibilidade de superação de todos os obstáculos que se apresentavam ao mundo da época ou, nas palavras de Merryman (Merryman, 1973, p. 28), “[l]a Ragione fu considerata la forza dominante dell’uomo, capace di abolire con il corretto esercizio di essa – il prudente ragionare di ogni individuo intelligente – tutti gli ostacoli”.

Continuando a discorrer sobre o pensamento racionalista, Wieacker (1967, p. 288) justifica a necessidade de demonstração matemática, própria do jusracionalismo, quando reconhece que “[a] pretensão moderna de conhecimento das leis naturais é agora estendida à natureza da sociedade, ou seja, ao direito e ao Estado; também para estes devem ser formuladas leis com a imutabilidade das deduções matemáticas [...]”.

Ao referir o modo de produção do conhecimento filosófico no século XVII, Cassirer (Cassirer, 1992, p. 24) reconhece que se tratou essencialmente da busca

da certeza que pudesse ser logicamente demonstrável, numa precisão absoluta. Depois de referir que a tarefa que se apresentava era a de criar uma conexão a partir de uma certeza absoluta, Cassirer reconhece a necessidade de percorrer-se uma “cadeia do cognoscível” e que “[n]enhum elo dessa cadeia pode ser separado do conjunto, nenhum deles se explica nem se conclui por si mesmo”.

Como sustentador do Iluminismo, o Racionalismo teve o papel de conferir e justificar as profundas alterações por ele trazidas, o que torna facilmente explicável a sua atração pelas fórmulas exatas, pela verdade absoluta e pelo culto à racionalidade.

O Iluminismo representou uma ruptura dos padrões morais e religiosos. Representou, também, a busca de um novo sentido para a vida. Representou uma humanização do pensamento, e essa humanização foi possível através da justificação racionalista. Essa constatação é de Wieacker, quando reconhece que

[...] ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer quanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias, tais como a abolição dos delitos de magia, da tortura e das penas corporais (Wieacker, 1967, p. 354).

Nessa mesma ordem, o pensamento de Merryman traz, inclusive, a ideia de superação dos tradicionais esquemas mentais – foi a formação de um novo paradigma – produzindo uma revolução nos campos social, econômico e político, a partir da transformação intelectual produzida pelo Iluminismo:

La profonda trasformazione intellettuale compiutasi con l’illuminismo produsse quegli eventi politici di straordinaria importanza per la storia del mondo moderno. Le nuove concezioni sull’uomo, la società, l’economia e lo Stato superarono i vecchi schemi mentali a lungo radicati nei rapporti fra Stato e individuo, e, perfino in quei Paesi occidentali rimasti indenni dalla violenza rivoluzionaria (Merryman, 1973, p. 25).

Embora emancipando-se dos padrões morais teológicos e iluminando-se pela racionalidade humana, que conferia uma nova ótica científica, os juristas do racionalismo não se desligaram do método que viera da Idade Média. A escolástica permaneceu como método, contribuindo para a racionalização dos procedimentos e para a busca do Direito Lógico.

Gadamer reconhece a influência das ciências naturais sobre as ciências do espírito, inclusive creditando essa influência ao Racionalismo, na medida em que a garantia do método tem a função de assegurar a certeza, afastando os juízos que não a tenham como fundamento:

Somente a fundamentação, a garantia do método (e não o encontro com a coisa como tal) confere ao juízo sua dignidade. Aos olhos do *Aufklärung*, a falta de fundamentação não deixa espaço a outros modos de certeza, pois significa que o juízo não tem um fundamento na coisa, que é um juízo “sem fundamento”. Essa é uma conclusão típica do espírito do racionalismo. Sobre ele repousa o descrédito dos preconceitos em geral e a pretensão do conhecimento científico de excluí-los totalmente (Gadamer, 1999, p. 408).

A promiscuidade entre os diversos campos do saber científico deveu-se também à atuação da própria Filosofia, que elaborou uma visão conexas das ciências. Os ideais humanistas que se valeram da racionalidade para sua afirmação espalharam-se por todo o pensamento científico, produzindo a “contaminação” de todo esse conhecimento, inclusive pelo modo operacional das ciências da natureza.

Essa atuação da Filosofia não se restringiu ao conhecimento científico, mas também alcançou o campo da religião e o próprio Estado, como reconhece Dilthey:

Este progresso das ciências do século XVIII fica freado, porém, pelas ideias filosóficas. Ao diferenciar-se o trabalho das ciências particulares, aparece a função nova da filosofia, que consistirá em atuar por meio do espírito filosófico de cada investigador, que nasce da visão conexas das ciências. Todo o século transborda com o ideal cultural do progresso do gênero humano e do conhecimento e domínio da natureza, com uma religiosidade racional fundada no pensamento, na consciência moral e na direção, graças a princípios racionais, tanto da vida econômica e política quanto da educação. A filosofia, instrumento destas grandes ideias da Ilustração, atua dentro do estado e da igreja com um sentido reformador (Dilthey, 1972, p. 151).

Embora Wieacker perceba que, nesse mesmo período, verificou-se a libertação da filosofia da moral, aponta a mesma atuação da filosofia, conduzindo à conexão científica referida por Dilthey:

Um traço característico da época do direito racionalista reside, todavia, tanto no facto de que durante toda uma época a própria filosofia social, sem a mediação ou a elaboração da jurisprudência especializada estabelecida, teve a pretensão de se tornar em teoria

do direito como neste outro facto de que ela levou a cabo este programa num período em que ela própria, por seu lado, se emancipou da teoria moral (Wieacker, 1967, p. 280).

A preocupação com a certeza representou uma das marcas do Racionalismo. A certeza galgou a categoria de um valor jurídico abstrato, cuja atuação é comparada por Merryman (1973, p. 73) “come la regina nel giuoco degli scacchi può muoversi in ogni direzione”. A certeza torna-se, assim, um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, produzindo uma ciência processual mecanicizada.

Dogmatização, processo e racionalismo

A dogmatização em torno da certeza também ocorreu na Ciência Processual que a incorporou como um paradigma, orientando-se em sua busca e procedendo no sentido de alcançá-la. Reconhecendo essa circunstância, Engisch fixa no tempo a rigorosa vinculação do juiz à lei, como forma de garantir a segurança jurídica:

Houve um tempo em que tranquilamente se assentou a ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas, através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos (Engisch, 1996, p. 206).

Esse aspecto pode ser percebido inclusive a partir da obra de Pontes de Miranda (1970, p. 9), num excerto do *Tratado das ações*, quando, ao classificar a ação mandamental, Pontes reconhece que alguns juristas europeus preocuparam-se de fato com tal classe de ação, “mas faltava a investigação lógico-matemática da classificação científica das ações e das sentenças, onde, no estrangeiro e no Brasil, principalmente por influência dos livros italianos, há balbúrdia, e até absurdos na enumeração das classes de ações”. Essa afirmação, de fato, é preciosa para comprovar a influência das ciências exatas na ciência processual.

Aliás, a busca da certeza, incessante luta do Direito Processual, expressa através do processo de conhecimento, não considera o fato de que a transformação da incerteza inicial realiza-se, exatamente, através de uma atividade eminentemente subjetiva que é aquela do julgador.

Essa atividade transformadora da incerteza jurídica em certeza, utilizando-se de um meio essencialmente subjetivo, é a confirmação do dogma que impregna a

ciência processual, incapaz de perceber a contradição em que se insere. Mandrioli (1955, p. 322) reconhece tal aspecto, quando diz que “il vero è che, non appena sorge il processo, l’incertezza obbiettiva si esprime nell’incertezza soggettiva di quell’organo che è destinato a eliminarla: il giudice”, concluindo, enfim, que o resultado obtido (certeza) decorre do convencimento.

A univocidade de sentido, que o jusracionalismo procura conferir à norma legal, retira do julgador a possibilidade de interpretar, usurpando, assim, o seu poder criativo. Suprime-se inclusive sua autonomia crítica e o julgador não age *valorativamente*, mas apenas *descobre* a vontade unívoca do legislador. Como diz Merryman (1973, p. 56), o juiz aparece quase como um perito técnico⁴, que deverá revestir tão somente a habilidade de, rotineiramente, aplicar a solução legal para o caso concreto. A premissa maior é a lei, a menor é o fato concreto, e a solução desponta espontaneamente.

Nesse ponto, há um aspecto importante que não pode passar despercebido: quando se retira a autonomia do julgador, impondo-se a ele apenas a função de descobridor do sentido unívoco da lei, transfere-se ao legislador a responsabilidade pela realização da justiça. Se o juiz apenas descobre um sentido unívoco da lei, numa tarefa matemática, então a realização dos ideais de justiça é própria do legislador e de ninguém mais.

Essa característica faz do Direito Processual uma ciência que enfrenta um paradoxo constante. De um lado, a espera da segurança jurídica absoluta, o anseio pela uniformidade das decisões judiciais e a sistematização de seus códigos e instrumentos. De outro, a expectativa do mundo contemporâneo em relação à atividade jurisdicional, tão diferente daquele do século passado. Na verdade, a busca do sentido unívoco da norma jurídica, da “vontade” do legislador, marca da função declarativa da jurisdição, impede a compreensão do texto legal, como reconhece Ovídio Baptista da Silva:

[...] como seria impensável supor que a lei tivesse “duas vontades”, toda norma jurídica deverá ter, consequentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade” (Baptista da Silva, 2003, p. 266).

Essa busca pela univocidade do sentido da lei que eliminou a compreensão hermenêutica traduziu-se na redução da função jurisdicional à função declaratória, ou, como refere Ovídio Baptista da Silva (2003, p. 269), “o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a ‘vontade da lei’”.

Enfim, não cabe nessa tarefa descobridora que se confere ao julgador qualquer espaço de autonomia crítica: é possível, assim, garantir a “neutralidade” do julgamento, atendendo-se também aos propósitos da validade universal do Direito. A segurança jurídica constituiu-se num elemento que o racionalismo valorizou ao extremo, em prejuízo do próprio ideal de alcance da justiça. Para Hernández Gil (1981, p. 23), o paradigma racionalista que se incorporou ao Direito produziu o sacrifício do caráter individual das regras e do próprio ideal do Direito. Representou, assim, um triunfo da certeza que, como reconhece o autor, terminou por este-reotipar o direito.⁵

Esta é a afirmação de um descomprometimento da atividade jurisdicional com a realização da justiça, numa explícita “transferência” dessa função para o legislador.

A importância conferida à segurança jurídica, consequência do desejo incontido de alcance de um Direito perfeitamente determinável, justificou também o desenvolvimento dos sistemas legalistas e de sua expressão através da codificação. Como afirma Ovídio Baptista da Silva (1997, p. 105), “é interessante observar como o domínio da *segurança* sobre os ideais de *justiça*, que, na Europa continental, deu ensejo à era das codificações, foi igualmente uma constante na doutrina jurídica inglesa”.

A codificação representou a materialização dos propósitos de alcance da certeza e da segurança que fluíam através da lei, escapando do subjetivismo do julgador. A incorporação de métodos de raciocínio e dedução lógicos, a completa absorção do espírito científico peculiar daquele momento histórico, conduziram os rumos da ciência jurídica. A propósito, Wieacker (1967, p. 309) elege como a mais importante contribuição do jusracionalismo para o Direito Privado europeu o seu sistema, afirmando que

⁴ Diz o autor que “il processo de interpretazione ed applicazione giurisprudenziale del diritto nei Paesi continentali appare quindi ridotto ad una mera *routine*. Il giudice diviene quasi un perito tecnico, che deve affrontare fattispecie concrete per le quali la pronta soluzione legislativa sarà in genere automaticamente trovata, salvo in casi eccezionali” (Merryman, 1973, p. 56).

⁵ Antonio Hernández Gil afirma que “el conocimiento del Derecho pasó de la doxa (el practicismo no importa que erudito de los glosadores y exegetas) y de la filosofía (el Derecho natural racionalista) a la ciencia. Estos dos grandes sacrificados ante la ciencia – las reglas en su individualidad y el ideal del Derecho – no han dejado de formular protestas y reivindicaciones, que algunas veces se han convertido en incompatibles, pero es lo cierto que la ciencia jurídica quedó estereotipada, como hemos dicho, a imagen de la naturaleza y de la lógica” (Gil, 1981, p. 23).

[p]ara o jusracionalismo, desde Hobbes e Pufendorf, a demonstração lógica de um sistema fechado tornou-se, em contrapartida, na pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos. Quando, no século XVIII, ele começou também a ordenar as exposições do direito *positivo*, facultou-lhes o sistema; aquele sistema que ainda hoje domina os códigos e os manuais (Wieacker, 1967, p. 309).

E, juntamente com os códigos, absorveu-se o componente ideológico que impregna o Direito Processual em sua essência. A própria estruturação dos códigos é o produto de um arranjo ideológico; no dizer de Tarello (1995, p. 40), “no obstante el valor unívoco que la reflexión del siglo XIX ha dado al *código*, no es una ideología, sino que es la confluencia de diversos y discrepantes complejos ideológicos, que vemos presidir la gestación de los derechos codificados”.

Todavia, a confluência desses diferentes e discrepantes complexos ideológicos, que produziu a codificação do Direito, não significa que esses códigos estivessem comprometidos com posições conservadoras. Ao contrário, as codificações foram produto de atitudes revolucionárias, carregando, em geral, a expectativa de construção de uma nova sociedade.

É por isso que, examinando-se o conteúdo desses códigos, não há como emprestar validade à ideia de que mantivessem o Direito atado ao passado. Ao contrário, sua concepção está atrelada à afirmação de um novo ordenamento, modernizado e afeiçoado às revoluções do século XVIII. É de Wieacker essa constatação:

Os códigos jusracionalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas de seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projectos de um futuro melhor. Elas recordam eventualmente, na sua confrontação violenta com a tradição, a vontade impetuosa de reforma com que, no nosso século, os estadistas progressistas dos países não europeus receberam os códigos europeus para fazer dos seus povos nações modernas. Foi por esses mesmos motivos que os códigos

jusnaturalistas protestaram muito frequentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham (Wieacker, 1967, p. 367).

A codificação não significou um momento reacionário, mas caracterizou o empenho e comprometimento com os propósitos do direito natural que tinham na justiça seu ideal. Alf Ross (1994, p. 261), a esse propósito, afirma que “[e]n la filosofía del derecho natural, la idea de justicia ha ocupado siempre un lugar central”. Então, através da valorização da segurança, pretendia-se a afirmação da própria justiça, afirmada no Direito, em oposição à moral. Por isso, era perfeitamente compatível e justificada a codificação a que se procedia.

Isso foi possível a partir daquilo que Alf Ross (1994, p. 242) denomina “admissão de uma duplicação do sistema jurídico”, onde se aceitou a existência do Direito Natural, como um conjunto de direitos subjetivos, por trás da própria categoria dos direitos subjetivos.⁶ De qualquer maneira, um dos efeitos perversos das codificações é que, a partir delas, o Direito passa a ser considerado um corpo autorizado de normas, imaginado como um sistema fechado, que contenha em si as fórmulas para solução dos casos que se apresentam.

Essa compreensão dissocia o Direito da realidade social em que está inserido, mantendo-o como um conjunto de fórmulas abstratas⁷, como define Brutau:

[...] o Direito, como algo vivo e diferente dos mandatos da autoridade e da doutrina das escolas, formou-se e se forma incessantemente graças à atividade criadora dos práticos, em íntimo contato com a vida social. Os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesse são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito (Brutau, 1977, p. 132).

Essa dimensão, enfim, é tolhida pelas codificações e pela abstração do Direito Processual.

A partir do paradigma racionalista, impôs-se a criação e desenvolvimento de um Direito mais eficaz na consecução de objetivos políticos e econômicos. Não se pôs tanto o Direito como uma instância de cooperação, mas conferiu-se a ele um caráter mais instrumental. “O novo direito deverá ser cada vez mais *procedimentalista*”, diz José Reinaldo Lima Lopes (2002, p. 181), quando reconhece tal circunstância.

⁶ O autor afirma que “[...] los hombres fueron inducidos a admitir una duplicación del sistema jurídico: por detrás o por encima de las relaciones jurídicas fácticas (expresadas principalmente en la categoría ‘derecho subjetivo’) existía otro conjunto de derechos subjetivos, los derechos naturales. De acuerdo con esta idea se llegó a una distinción tajante entre el derecho y la moral” (Ross, 1994, p. 242).

⁷ Brutau afirma que “não incorriam neste equívoco os romanos, para quem o Direito não era um ordenamento jurídico cerrado, teoricamente sem lacunas, do qual se pudesse deduzir com exatidão a regra aplicável ao caso controvertido [...]” (Brutau, 1977, p. 132).

Seguindo essa linha, a partir do historicismo, afirmou-se ainda mais o culto ao procedimento, amparado pela busca do rigor lógico. A *certeza* passa a ocupar um lugar de destaque, justificando-se até mesmo como um valor social, como referido por Chiovenda (1993, p. 67), quando diz que “la certezza del diritto, imponendosi alle menti di tutti, accresce, come vedemmo, la sua importanza sociale”⁸. E o esquecimento da tradição, nesse momento, implicou a consolidação de uma ciência jurídica dissociada da dimensão moral e comprometida com a ideia de que o alcance de seus propósitos derivaria da certeza e do rigor procedimental. Wieacker reconhece esse grave aspecto, quando afirma:

Quando os “Fundamentos metafísicos da teoria do direito”, de Kant, derrubaram, com meios filosóficos, o apriorismo ingênuo do direito natural racionalista, estas tendências uniram-se, na Escola Histórica do direito, no sentido de uma visão histórica mais aprofundada das fontes jurídicas romanas (e alemãs) e de uma renovação total da ciência jurídica positiva. Em vez da filosofia moral do iluminismo, cada vez mais banalizada, foi uma ciência jurídica segura de si que exigiu então como tarefa própria a fundamentação do direito; foi-se tornando dominante a convicção de que o direito se esgotaria na suma das teses jurídico-dogmáticas, e, depois, a de que ele se esgotava na suma das prescrições legais. Com isto, a ciência jurídica perdeu, pela primeira vez, aquele carácter de moral sobreposta ao direito positivo que fora próprio do direito natural medieval ou do jusracionalismo moderno; daí que ela tenha ficado na convicção, muito tributária do jusracionalismo, de que através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais se podia atingir o direito justo (Wieacker, 1967, p. 13).

Por sua vez, Gadamer percebe nesse ponto o deslocamento da discussão para a questão hermenêutica: a perda da tradição histórica representou um momento em que se permitiu o surgimento da compreensão hermenêutica que, todavia, não foi capaz de afastar o compromisso com o rigor lógico.

Porém, a questão da hermenêutica penetrou mais fortemente na consciência filosófica do problema não só quando teve que superar em âmbitos particulares uma distância de altura e uma distância de longitude – como

era o caso dos documentos religiosos, dos textos legais ou dos clássicos em línguas estrangeiras – mas também quando o todo da tradição histórica se deslocou para uma grande distância (Gadamer, 1999, p. 65).

A seguir, o autor reconhece que esse deslocamento operou-se a partir da ruptura da tradição provocada pela Revolução Francesa. Como afirma Gadamer (1999, p. 65), “o passado, enquanto tal, tornara-se estranho”.

A partir daí, afirma que o Romantismo se converteu em pioneiro da consciência histórica e que começou a trilhar caminho completamente novo. Isso justificou, então, um esforço específico para não interpretar mal os textos, já que a nossa imagem histórica do passado foi situada num campo totalmente novo. Foi preciso um cuidado maior com as regras gramaticais e, ainda, fez-se necessário o estabelecimento de uma relação objetiva entre os enunciados do texto e a própria compreensão do assunto.

Gadamer afirma, porém, que a época pós-romântica não foi capaz de satisfazer o estabelecimento dessa razão, donde conclui que o procedimento da exegese não encontrou espaço, em face do compromisso com os métodos das ciências da natureza:

A progressiva autoconsciência lógica das ciências indutivas significou um poderoso apoio para esta autocompreensão. Por esta razão se procurou seguir o grande modelo das ciências naturais e, como nelas, se considerou que o ideal consistia em eliminar todo pressuposto subjetivo. Assim como para a investigação da natureza, o experimento, que qualquer um pode comprovar, representa um fundamento de verificação, também na interpretação dos textos procurou-se aplicar procedimentos suscetíveis de controle de prova. O velho procedimento da exegese, especialmente a coleção de casos paralelos, findou do ponto de vista histórico-crítico (Gadamer, 1999, p. 66).

Essa perda teve consequências para o Direito Processual da modernidade, que restou refém da forma procedimentalista, própria dos métodos do Racionalismo. Na verdade, isso representou a incorporação dos métodos das ciências da natureza, estabelecendo a afirmação de uma ciência incapaz de atender às demandas que se apresentam.

⁸ “A certeza do direito, impondo-se nas mentes de todos, aumenta, como vemos, a sua importância social” (tradução nossa). Em outra passagem, Chiovenda esclarece esse pensamento, aduzindo que “questa produzione della certezza giuridica come fine a se stessa è da un lato la funzione più autonoma del processo, perché procaccia un bene non altrimenti conseguibile: dall’altro è veramente la funzione più elevata del processo civile. Esso ci si presenta qui, non come un organismo di coazione, ma nell’aspetto più perfezionato e più raffinato di puro strumento di integrazione e specializzazione della volontà, che è espressa nella legge sotto in forma generale ed astratta; di facilitazione della vita sociale mediante l’eliminazione dei dubbi che intralciano il normale svolgimento dei rapporti giuridici. Assicurare alle relazioni degli uomini la certezza, prevenire gli atti illegittimi anziché colpirli col peso di gravi responsabilità, ecco un compito bem degno del processo di un popolo civile” (Chiovenda, 1993, p. 67).

A herança jusracionalista é potencializada no Direito Processual Civil, classificado como *direito abstrato*, que permanece distante do “mundo dos fatos”, numa eficaz assepsia, que impede a contaminação do processo pelos agentes que “assombram” a realidade.

Tal é percebido com precisão por Ovídio Baptista da Silva, que aponta o comprometimento ideológico do sistema produzido pela abstração que se confere ao Direito Processual:

Não será demais insistir: o “mundo dos conceitos” com que laboram os estudantes de Direito Processual Civil, separa-se do “mundo dos fatos”. A separação entre o direito dos sábios que habitam a universidade e a “falsa ciência dos rúbulas”, de que já tivemos notícia, tem gloriosos ascendentes. O direito abstrato servindo ao ideário da eficiência capitalista (Baptista da Silva, 2004, p. 81).

A abstração do Direito Processual contribui para realimentar os propósitos de exatidão, herdados do jusracionalismo, numa cadeia circular e crescente. É o que confirma a tendência, historicamente presente, de busca da certeza e da dicotomia – verdadeiro ou falso – que insiste em permear o Direito Processual.

Essa tendência é pesada demais para o processo. Aliás, representa um propósito quase inatingível que termina por impedir o atendimento das pretensões postas em juízo, na medida em que o Direito Processual perde-se numa busca infrutífera, quando tenta tornar exato o que não é, e quando busca a dedução lógica para o que apenas pode ser compreendido.

Referências

- ARENDDT, H. 1987. *A condição humana*. Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 338 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O.A. 1997. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 230 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O.A. 2003. *Sentença e coisa julgada*. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 385 p.
- BAPTISTA DA SILVA, O.A. 2004. *Processo e ideologia*. Forense, Rio de Janeiro, 342 p.
- BOBBIO, N. 1995. *O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 239 p.
- BRUTAU, J.P. 1977. *A jurisprudência como fonte do Direito*. Porto Alegre, Ajuris, 237 p.
- CASSIRER, E. 1992. *A filosofia do Iluminismo*. Campinas, Unicamp, 472 p.
- CHIOVENDA, G. 1993. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano, Giuffrè, vol. 3, 484 p.
- DESCARTES, R. 1960. *Discurso do método*. Rio de Janeiro, José Olympio, 158 p.
- DILTHEY, W. 1972. *História da Filosofia*. São Paulo, Exposição do Livro, 250 p.
- ENGISCH, K. 1996. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 152 p.
- GADAMER, H.-G. 1999. *Verdade e método*. 3ª ed., Petrópolis, Vozes, 731 p.
- GIL, A.H. 1981. *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*. 2ª ed., Madrid, Civitas, 159 p.
- GROCIO, H. 1925. *Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid, Reus, tomo III, 420 p.
- GRONDIN, J. 1999. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo, Editora Unisinos, 335 p.
- KAUFMANN, A.; HASSEMER, W. (orgs.). 2002. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Lisboa, Calouste Gulbenkian, 605 p.
- KUHN, T. 1983. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva, 257 p.
- LOPES, J.R.L. 2002. *O Direito na história*. 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 487 p.
- MANDRIOLI, C. 1955. *L’Azione Esecutiva*. Milano, Giuffrè, 272 p.
- MERRYMAN, J.H. 1973. *La tradizione di Civil Law nell’analisi di un giurista di Common Law*. Milano, Giuffrè, 242 p.
- MOZOS, J.L. de los. 1988. *Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*. Madrid, Civitas, 411 p.
- PONTES DE MIRANDA, F.C. 1970. *Tratado das ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo VI, 315 p.
- ROSS, A. 1994. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 5ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 375 p.
- TARELLO, G. 1995. *Cultura jurídica y política del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 439 p.
- THOMASIIUS, C. 1994. *Fundamentos de Derecho Natural y de Gentes*. Madrid, Tecnos, 295 p.
- WELZEL, H. 1979. *Introducción a la Filosofía del Derecho: derecho natural y justicia material*. 2ª ed., Madrid, Aguilar, 274 p.
- WIEACKER, F. 1967. *História do Direito Privado moderno*. 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 768 p.

Submetido: 30/03/2012
Aceito: 13/12/2012