

KARINNE EMANOELA GOETTEMS DOS SANTOS

**A QUESTÃO DE FATO E A QUESTÃO DE DIREITO A PARTIR DE
UMA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista Da Silva

São Leopoldo, junho de 2006.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

S237q Santos, Karinne Emanoela Goettems dos
A questão de fato e a questão de direito a partir de uma
perspectiva hermenêutica / por Karinne Emanoela Goettems dos
Santos. 2006
236 f. ; 30cm.

*Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2006.*

*“Orientação: Prof. Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva,
Ciências Jurídicas”.*

1. Hermenêutica Jurídica. 2. Direito – Filosofia. 3. Processo

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A Questão de fato e a Questão do Direito a Partir de uma Perspectiva Hermenêutica”, elaborada pela aluna **Karinne Emanoela Goetteims dos Santos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO**.

São Leopoldo, 20 de fevereiro de 2006.

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha,
Coordenador Executivo
Do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Ovídio Araújo Baptista da Silva _____

Membro: Dr. Danilo Knijnik _____

Membro: Dr. Lênio Luiz Streck _____

***“Convicções são inimigos da verdade mais perigosas
que as mentiras”.***

**Nietzsche, *Humano, Demasiado Humano, Aforismo*
483**

*“...Qualquer que seja a sua denominação, essas
“verdades” não são as “coisas ocultas” que o
poeta é chamado a desvelar; são antes partes da
muralha que é missão do poeta destruir. Os porta-
vozes do óbvio, do auto-evidente e daquilo em que
todos acreditamos, são falsos poetas..”*

Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, p. 231

*“Aquele que não quer conscientizar-se dos
preconceitos que o dominam acaba se enganando
sobre o que se revela sob a luz”.*

Hans Georg Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 471.

*A Rodrigo José Webber, pela pessoa que me tornei nestes
últimos dez anos.*

Agradecimentos

Primeiro, ao meu mestre, Prof. Ovídio Baptista da Silva, a quem agradeço imensamente desde o momento em que nasceu em suas aulas o desejo por esta pesquisa. A sua orientação foi um aprendizado sem igual na minha vida. Obrigada por ter aceito orientar-me, apesar de todas as minhas deficiências, e sobretudo por incentivar-me a (re) descobrir o processo civil.

Aos colegas de Mestrado, pelos indispensáveis desabafos e diálogos que não só aliviaram como também auxiliaram no estudo da hermenêutica filosófica.

Às funcionárias Denise e Vera da Secretaria de Pós-Graduação do Curso de Mestrado, pela indiscutível solidariedade.

Aos meus amigos queridos, por suportarem as minhas animosidades nos atropelos do dia-a-dia até aqui, e sobretudo pelo apoio e torcida para que este momento um dia chegasse.

Aos colegas e amigos do escritório Bittencourt e Rama Advogados pela imprescindível compreensão e amizade, as quais inevitavelmente tornaram esta conquista possível

À Prof. Jaqueline Mielke Silva, pela oportunidade que me foi dada no Estágio de Docência, acompanhando-a nas aulas de Processo Civil II da Graduação/UNISINOS.

Ao Grupo Voluntário de Estudo de Processo Civil, composto pelos acadêmicos de Direito/UNISINOS Maria Teresa T.Barreto, Ana Maria Berton, Eduardo Belisário S.Teixeira e Carlos Vinícius O. Carpes, pela confiança e pelo notável desejo no aprendizado do processo, mas sobretudo por terem me encorajado ainda mais na busca de um grande sonho, a docência.

E, finalmente, aos meus pais, Orlando (Gigante) e Alda (Aldinha), e à Fabíola (Fafá), minha maninha, que, apesar de distantes, sempre estiveram ao meu lado nos momentos em que era deles que eu mais precisava....

RESUMO

A presente dissertação estuda a influência do pensamento racionalista-liberal-iluminista sobre o processo civil, especialmente no que se refere à separação entre a questão de fato e a questão de direito. O primeiro capítulo trata da história da evolução do pensamento ocidental, a partir da concepção romana de jurisdição, avançando para a era da modernidade até chegar aos séculos XIX e XX. O segundo capítulo aborda diretamente a questão do mundo normativo separado e do mundo da vida, presente na dogmática jurídica, revelado especificamente pelo silogismo como método lógico-dedutivo, o qual trabalha com a idéia de direito como premissa maior (lei), na qual se enquadra o fato como premissa menor. Neste subtítulo, destaca-se a nítida separação de tais elementos por ocasião da competência exclusiva das cortes superiores para o exame do direito (lei), bem como as visões monista e dualista a respeito da referida distinção. No capítulo final, propõe-se um novo olhar sobre a realização do direito através do processo, a partir de uma perspectiva hermenêutica, especialmente a partir da filosofia de Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer, com o intuito de repensar a relação sujeito-objeto que amarra o rito processual, analisando o fato e o direito a partir de sua diferença apenas ontológica, na tentativa de desmitificar o pensamento racionalista que trabalha com a idéia de verdade eterna e absoluta, e assim permitir a realização do direito a partir do desvelar do seu sentido no exame dos fatos, com um comprometimento maior do operador do direito perante a sua realidade social.

ABSTRACT

The present paper studies the influence of the rationalist, liberal and illuminist thought on the civil procedure, especially concerning the separation between the matter of right and the matter of fact. The first chapter deals with the Occidental thought evolution's history, from the Roman conception of jurisdiction, advancing for the modernism and finally reaching centuries XIX and XX. The second chapter directly approaches the question of the normative world and separate of the world of life in legal dogmatic, disclosed specifically for the silogism as a logical-deductive method, which works with the idea of the right (law) as a bigger premise and the fact as a lesser one. This subheading focus on the clear separation of such elements due to the exclusive competence for right (law) examination of the Superior Courts, as well as the dualist-monist controversial visions of the right. In the final chapter is presented a proposal of a new look at the accomplishment of right through procedure laws, specially based on Martin Heidegger and Hans Georg Gadamer, from wich it's possible to breach with the citizen-object relation that plasters the procedural rite, analysing the fact and the right from its only onthological difference, in attempt to demystify the rationalist thought that works with the idea of eternal and absolute truth and thus to allow the accomplishment of the right, leaving from the revelation of its meaning in the examination of the facts, with a greater engagement of the operator of the right, front of social actuality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO OCIDENTAL.....	19
1.1. A herança romano-canônica - As bases do racionalismo no processo civil...19	
1.2. A ideologia racionalista-liberal-iluminista trazida para o Direito.....27	
1.3. As "verdades" do século XX.....54	
2.MUNDO JURÍDICO E MUNDO DA VIDA (?)......	69
2.1. O normativismo dogmático e o princípio liberal-iluminista da Separação dos Poderes.....	69
2.2. O fato e o direito no silogismo judicial - Os fatos à margem do direito.....80	
2.3. Questão de fato e questão de direito: distinção necessária ou unidade inafastável?.....	97
2.3.1.O ponto de vista semântico.....	110
2.3.2.O aspecto jurídico.....	111
2.3.2.1.Os fatos e o direito na motivação das decisões judiciais.....	123
2.4. O exame do fato nas cortes superiores.....	126
2.5. A visão monista e dualista sobre a distinção entre fato e direito.....	139
3. A QUESTÃO DE FATO E A QUESTÃO DE DIREITO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA.....	166
3.1. A fenomenologia de Martin Heidegger - a idéia de compreensão como um existencial.....	169
3.2. A importância da tradição e da historicidade na hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer.....	184
3.3.O círculo hermenêutico e a suspensão dos pré-conceitos.....	203
3.4. A compreensão e a alteridade. A imprescindibilidade do diálogo.....	209
CONCLUSÃO.....	226
BIBLIOGRAFIA.....	

INTRODUÇÃO

A realização do Direito através da prestação jurisdicional tem revelado a natureza de um processo civil que ainda não conseguiu abandonar a lógica do método silogístico de aplicação da lei sobre os fatos da vida. Esta separação entre o direito e o fato ainda se faz sentir na sistemática processual, como reflexo claro do idealismo liberal-iluminista dos séculos XVII e XVIII, época em que se primava pela pureza e abstração do direito em nome de uma segurança jurídica que somente a certeza da lei poderia assegurar.

Ocorre que, em pleno século XXI, não se faz mais possível admitir a manutenção de tais princípios, pois a complexidade da via contemporânea requer do direito muito mais do que a lógica dedutivista e verificável do pensamento racionalista pode lhe conferir. Tal modo de compreender o processo civil não mais atende às contingências sociais na atualidade.

A concepção da questão de direito restrita à idéia de lei, assim como inexistência de uma compreensão da norma a partir de seu aspecto histórico

e temporal, inquestionáveis ao longo desses últimos séculos, acabou por sacramentar a clássica distinção entre questão de fato e questão de direito, justamente para garantir o alcance e a manutenção do espírito liberal-iluminista. O silogismo judicial, assim, tornou-se um método perfeitamente assimilável pelos operadores do direito; tudo sem qualquer resistência, em prol da essência e univocidade da lei.

A situação agrava-se ainda mais se analisada no contexto de um modelo atual de sociedade, garantido pelo Estado Democrático de Direito, cujos princípios e fundamentos, adotados no Brasil pela Constituição Federal de 1988, reclamam uma posição mais efetiva do poder judiciário no que se refere à realização dos direitos dos cidadãos, os quais não só sobrevivem aos seus problemas locais (nacionais), como também àqueles trazidos pelo mundo globalizado, contingências estas que dificilmente conseguem ser acompanhadas pelo legislador, se é que esta intenção ainda possa ser sentida.

O Direito, e por conseqüência, o processo, fechou-se no seu mundo de conceitos, e preferiu a tranqüilidade da lógica ao paradoxo e conflituoso mundo da vida, ainda que por ela própria criado. O resultado desse ideologismo pode ser observado claramente na prestação jurisdicional: ao julgador resta a tarefa insólita de mera aplicação e declaração da lei sobre os fatos. Sim, ainda temos os juizes de Montesquieu.

Ocorre que se está diante de um momento exaustivo. O retrato da vida social, conturbadora e fluida, para usar a terminologia de Zygmunt Bauman,¹ não mais pode admitir tal compreensão de prestação jurisdicional, advinda de um rito lógico e impulsionado pelo dedutivismo. A reconvocação da ética pelos filósofos da atualidade, a exemplo de Castanheira Neves,² é uma demonstração clara desta exaustão.

De tal modo, o método silogístico de mera subsunção dos fatos da vida itinerante ao direito abstrato e positivado no passado já não pode mais atender e acompanhar às contingências alarmantes da realidade do século XXI. Isso porque trabalhar com o direito focalizando e priorizando a aplicação do conteúdo legal predisposto pelo legislador, em detrimento dos anseios e contingências dos fatos sociais que os princípios democráticos garantem, é atuar em contradição aos próprios valores fundamentais que a democracia preconiza.

Para o processo civil, são visíveis as seqüelas negativas deixadas pelo uso do método lógico-dedutivista, uma vez que impõe uma valorização extremada do Direito então conceituado ou compreendido como lei, distinguindo-o claramente dos fatos, tornando o processo e a prestação jurisdicional métodos de aplicação dos interesses do poder legislativo, os quais, politicamente, há muito deixaram de representar os interesses de seus mandantes e eleitores, leia-se cidadãos.

¹ Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zaar, 2001, p. 11.

² Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido*. Lisboa: Piaget, 2002, p. 49.

Castanheira Neves, citado por Ovídio Baptista da Silva, lembra que a lei, sob a qual se estruturou o Estado contemporâneo, é um instrumento de governo, portanto politicamente comprometida.³ Dentro desta ótica normativista, a atividade jurisdicional tem sido promovida de forma automatizante e pouco questionada, restringindo a realização do direito à sobreposição da lei (premissa maior) sobre o fato deduzido em juízo (premissa menor).

De outro lado, há uma certa resistência do operador do direito no comprometimento com os fatos, como se os critérios de “justiça” somente pudessem ser encontrados no ordenamento jurídico, então conferidos pelos preceitos legais. Essa orientação tornou-se verdade indiscutível, e a dialética foi perdendo espaço para lógica.

No dizer de Sergi Guasch Fernández, “*el dilema es muy grave*”,⁴ pois, segundo Karl Larenz, “*La distinción de la cuestión de hecho y la de Derecho atraviesa todo el Derecho procesal*”,⁵ o que revela sobretudo a necessidade de uma reavaliação do que se compreende por questão de fato e de direito no âmbito da prestação jurisdicional. É preciso buscar uma releitura de tais elementos, para que assim se permita um novo olhar sobre o próprio processo e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional, na busca de um processo mais democrático e, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, mais

³ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia. O paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318.

⁴ Fernández, Sergi Guasch, *El hecho y el Derecho en la cassación civil*. Barcelona: J.M.Bosch, 1998, p.178.

⁵ Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1980,p.304.

hermenêutico, ao encontro dos princípios e direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988, o que significa dizer ao encontro da realização dos direitos do cidadão brasileiro.

Outro problema que se observa como decorrência natural da distinção entre questão de fato e questão de direito é a ausência de uma participação mais expressiva do operador do direito, juízes e advogados de um modo geral, tão necessária para reavaliar o modo de realização do processo civil.

O conformismo e a ausência de uma atitude mais comprometida com a realidade social faz com que o processo trabalhe com uma idéia de direito atemporal, no que diz respeito à aplicação da letra da lei, elaborada pelo legislador no passado e dirigida a situações contemporâneas, numa verdadeira e “perfeita” operação de enquadramento ou acoplamento.

Diante disso, a reavaliação ora proposta deve partir de uma mudança de perfil do próprio operador do Direito, como parte de um todo que é a sociedade, ciente, portanto, da responsabilidade com a sua própria história e tradição. Na verdade, muitas vezes tal questão sequer alcança a natureza de uma problemática jurisdicional, eis que aceita e vivenciada pelo senso comum. A exemplo, basta citar o modelo de ensino das Faculdades de Direito, lugar onde muitas vezes se prioriza a leitura dos códigos e, portanto,

onde mais se negligencia o estudo e o debate sobre a realidade histórica, social e política, para a qual o Direito deveria estar voltado.

Então, partindo desta temática, a presente pesquisa pretende traçar o perfil e as limitações do método de subsunção do fato ao texto legal, denunciando a distinção entre questões de fato e de direito e a precariedade do método silogístico de aplicação da lei. Em seguida, serão apresentadas algumas propostas para uma nova e diferenciada compreensão do processo civil, sob a luz da hermenêutica filosófica, na tentativa de superar a distinção e assim propor a idéia de um processo civil mais dialético, sobretudo hermenêutico.

Para tanto, no primeiro capítulo serão trabalhadas as bases históricas, sociais e filosóficas da formação do mundo moderno e ocidental, do qual o processo civil herdou o método de aplicação da lei-segurança sobre os fatos (silogismo de método subsuntivo ou dedutivo-lógico), fonte do legado da neutralidade do Poder Judiciário, discussão que inclusive põe em xeque o sentido e a validade do Princípio da Separação dos Poderes na contemporaneidade.

Parte-se da idéia de que, no contexto liberal-normativista, o modo-de-ser do direito processual, e mais precisamente da atividade jurisdicional, ficam totalmente descomprometidos com a tradição e a consciência histórica e social do operador do direito.

Já no capítulo dois, em que se questiona a existência de um mundo jurídico oposto ao mundo da vida, adentrar-se-á na problemática da distinção entre questão de fato e a questão de direito, em que também serão abordadas as limitações do silogismo judicial, apegado ao sistema legalista-normativista de cunho liberal, então sustentado pelo princípio da Separação dos Poderes. Na seqüência, serão trazidas algumas concepções a respeito do fato e de direito na doutrina e na jurisprudência, bem como a emblemática questão a respeito da impossibilidade do exame dos fatos nos recursos excepcionais, a exemplo do Recurso de Cassação nos países europeus e dos Recursos Extraordinário e Especial no Brasil.

O capítulo dois é finalizado com a referência às teorias monista e dualista do ordenamento jurídico, cujas divergências têm como base justamente a autonomia do direito material frente ao direito processual. Neste subtítulo, questiona-se se é possível, ainda, sustentar a criação do direito somente por ocasião da sentença prolatada pelo julgador (unitarismo), ou pode-se admitir a concepção dualista que defende a pré-existência do direito à sentença e ao próprio processo. Além disso, questiona-se: se a concepção monista somente admite a existência do direito a partir da sentença, através da função criadora do juiz, que fenômeno ocorreria antes da sentença? Apenas fatos? Mas tais questionamentos, ao revelarem as diferentes visões do monismo e do dualismo, não estariam partindo de uma concepção metafísica e separatista?

Na verdade, a discussão alcança a própria essência do direito processual, como bem assinalado por Karl Larenz. Em razão disso, e já no terceiro capítulo, o presente estudo alcança a proposta sugerida pela hermenêutica filosófica, em especial por Hans Georg Gadamer, seguidor de Martin Heidegger, para uma nova leitura da vida e do direito, sobretudo pela sua realização no processo civil, focalizando a idéia de que compreender já é aplicar, e compreender é um existencial, de modo que a visão do intérprete, comprometido com a sua consciência histórica numa distância temporal, não pode trabalhar com a idéia de fato e direito como entidades apartadas.

A distinção entre questão de fato e questão de direito analisada a partir de uma perspectiva hermenêutica irá revelar também a problemática relação sujeito-objeto presente na realização do direito, que trabalha com a idéia de direito-lei, detentor de uma verdade única de justiça. A propósito, o que é verdade? Seria a lei detentora de uma verdade unívoca ao ponto de ser a única fonte de justiça?

Ao final do último capítulo, procurar-se-á destacar a importância e a necessidade, no rito processual, de um maior pertencimento do jurista e do intérprete do direito com a sociedade na qual está integrado. Se o desvelar do sentido do direito, proposto pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e a hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer, sugere justamente a necessidade de um diálogo maior entre as partes que buscam a

sua compreensão, o operador do direito deve estar disposto ao diálogo, pois sem a dialética não há desvelamento ou revelação de sentido.

Em razão disso, a proposta trazida pela hermenêutica filosófica virá acompanhada da alteridade, como idéia de totalidade, a fim de que o acontecer do direito, ao mesmo tempo em que vem a comprometer o operador do direito, esteja também mais comprometido com a vida social para qual está voltado.

Capítulo I

A EVOLUÇÃO DO PENSAMENTO OCIDENTAL

“...Compreende-se a si mesma a partir de sua história. A consciência histórica é uma forma de autoconhecimento”.
Hans Georg Gadamer, Verdade e Método I, p. 316

“...Quem nos desvendasse a essência do mundo, nos causaria a todos a mais incômoda desilusão. Não é o mundo como coisa em si, mas o mundo como representação (como erro) que é tão rico em significado, tão profundo, maravilhoso, portador de felicidade e infelicidade...”
Nietzsche, Humano Demasiado Humano, Aforismo 29.

1.1. A herança romano-canônica - As bases do racionalismo no processo civil

Muito se fala atualmente na necessidade de uma análise mais reflexiva a respeito da ética e da própria vida humana, tamanha é a falta de questionamento e de uma crítica quiçá efetiva a respeito da realidade política e social. Raras são as vezes em que nos vemos numa situação de questionamento, assim como poucos são os momentos em que nos

permitimos desejar uma nova realidade ou ainda ousarmos dar uma nova compreensão à vida em sociedade.

A questão pode bem ser trazida para o Direito, em especial à Jurisdição, onde muitas vezes a acelerada vida forense e a posição passiva dos operadores do Direito diante do que está posto são determinantes para a manutenção do *statuo quo*.

Na busca pelas origens deste modo de ser da jurisdição civil, Ovídio Baptista da Silva resgatou a herança romano-canônica para demonstrar o quanto estamos presos a um modelo já ultrapassado de jurisdição, remanescente do século XVI, época em que o direito romano foi resgatado pelo Igreja.

De efeito, na busca do “dar-se-conta”, faz-se necessário o resgate histórico da evolução do Direito que por nós é aceito e experienciado.

Sem dúvida a filosofia racionalista desenhou as bases do direito moderno, acabando por separar a cognição da execução e, conseqüentemente, o fato do direito. Segundo Ovídio Baptista da Silva, havia dois institutos de proteção e defesa dos direitos no direito romano: a *actio* e os *interdicta*, além de outros meios extraordinários, sendo que somente o

processo da *actio*, que se desenvolvia através do procedimento do *ordo judiciorum privatorum*, possuía natureza jurisdicional.⁶

Ainda, continua o mestre processualista a afirmar que o direito moderno conservou as instituições próprias do direito privado romano relativas apenas ao procedimento da *actio*, em que apenas era permitido o esclarecimento-declaração do direito, reservada ao âmbito da jurisdição, com a supressão dos *interditos*, que integravam o *imperium* do pretor, a quem cabia ordenar e executar o direito.⁷

Como assinala Ovídio Baptista da Silva, “...ordenar não era faculdade ou poder que se incluísse no conceito de *iurisdictio*. Esta era a razão que impedia a inclusão dos *interditos* no conceito de jurisdição: a emanção dos *interditos* representava um ato de vontade do pretor, mais do que o ato de inteligência, que pudesse corresponder a uma declaração de existência do direito...”.⁸ Neste sentido, Ovídio Baptista da Silva vai afirmar que a concepção romana de jurisdição, enquanto oposição entre *iurisdictio* e *imperium*, é suficiente para demonstrar a redução do campo jurisdicional apenas a seu momento declaratório, sendo que, tal modo de conceber a jurisdição, como indubitável pilar do processo de conhecimento, revela justamente a separação entre a atividade puramente normativa e a atividade prática, reflexo claro da separação kantiana do *ser* e o do *dever ser*, dos

⁶ Silva, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

⁷ *Jurisdição e Execução*, p. 26.

⁸ *Jurisdição e Execução*, pp. 26-27.

domínios do existencial e do normativo⁹, sendo possível constatar a proximidade teórica, tanto da filosofia kantiana dos dois mundos, como duas realidades que não se tocam, quanto das modernas correntes do positivismo e normativismo, amplamente predominantes no século XIX, época em que se testemunhou o nascimento do processo civil como ciência jurídica autônoma.¹⁰

Assim, no entender do ilustre processualista, ao citar a lição de Pablo Fuenteseca, fica claro o seguinte: “...*(a) a oposição entre a jurisdição e poder, o que equivale a dizer entre julgar e ordenar; (b) a separação entre direito e fato, entre o dictum e o factum, que ainda perdura na doutrina moderna; (c) a redução da jurisdictio apenas ao procedimento da actio, com a indeclinável dare oportere, inerente às actiones in personam; (d) as decisões on re o factum ou vis achavam-se fora da jurisdição, integrando o imperium do pretor. Não havia decisão sobre direito, apenas sobre o fato. Quanto ao direito, havia julgamento, não decisão, enquanto ato de vontade*”.¹¹ (g.m.)

Essas máximas foram ainda absorvidas e sacramentadas pela orientação racionalista-cristã no medievo e posteriormente mantidas no Estado Moderno. De tal modo, a jurisdição, tal qual concebida pelos romanos e recepcionada no medievo, acabou por instituir a separação

⁹ Jurisdição e Execução, p. 46.

¹⁰ Jurisdição e Execução, p.118.

¹¹ Jurisdição e Execução, p.118.

clássica entre cognição e execução¹² e, conseqüentemente, entre fato de direito.¹³

Luiz Recaséns Siches também lembra que, no direito romano, o labor prático da criação do Direito, sobretudo pelo pretor e pelos grandes jurisconsultos, mostra uma finíssima sensibilidade das novas necessidades e dos novos fatos sociais, e mostra um sentido pragmático de estreito contato com a vida real. Neste sentido, alerta o filósofo que os graves pecados do conceitualismo jurídico não foram cometidos pelos romanos, mas sim pelos romanistas, especialmente pelos romanistas alemães do século XIX.¹⁴

De tal forma, observa-se o quanto o Direito Processual está assentado em uma concepção racionalista que acabou separando em definitivo a cognição da execução, delineando o perfil do procedimento ordinário e instituindo a clássica autonomia entre fato e direito.

Ao pontuar a ideologia ou a *ética da ordinariedade*, Ovídio Baptista da Silva afirma que “...nada poderia ser mais adequado que o procedimento ordinário para impedir que o julgador emitisse juízos de simples verossimilhança, obrigando-o a somente julgar com base nas verdades claras e distintas”.¹⁵

¹² Jurisdição e Execução, p. 32.

¹³ Jurisdição e Execução, p. 34.

¹⁴ Siches, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, p. 148.

¹⁵ Silva. Ovídio Baptista da. Jurisdição e Execução, p. 127.

Nesta mesma linha de raciocínio, observa-se o quanto o modo de realização do direito, ao longo dos séculos, foi descomprometendo o julgador sobre suas próprias decisões, na medida em que sempre lhe coube tão somente a declaração de direitos previsto no ordenamento jurídico.

Neste sentido, Ovídio B. da Silva afirma que *“É através do processo de conhecimento, ordinário por natureza, que o sistema retira do magistrado o poder de império de que se valia o pretor romano, ao conceder a tutela interdita. É por meio dele que o sistema pretende assegurar a neutralidade – melhor, a passividade – do juiz durante o inteiro curso da causa, para somente depois de haver descoberto a “vontade da lei” (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza.”*¹⁶

E, ao destacar os reflexos de tal concepção e já denunciando a idéia de autonomia entre fato e direito, o mestre processualista destaca que “não é de estranhar que o direito esteja hoje separado do fato, e as únicas ações que a doutrina reconheça sejam aquelas que operam exclusivamente no mundo normativo, as declaratórias, condenatórias e constitutivas, considerando meras conseqüências do ato jurisdicional as eventuais repercussões fáticas da sentença, como seus efeitos executivos e mandamentais, que sendo fáticos, para a doutrina, não seriam mais jurídicos”.¹⁷

¹⁶ Processo e Ideologia, p. 27.

¹⁷ Jurisdição e Execução, p. 157.

Como se observa, historicamente, o direito processual alimentou-se ou foi alimentado pela ideologia racionalista, herdada do direito romano-canônico, evitando assim a aproximação da atividade jurisdicional com a realidade do mundo social durante a formação do procedimento ordinário, impondo ao julgador uma neutralidade proposital, ou seja, para assegurar justamente o sentido unívoco da lei, que expressava e ainda hoje reflete os interesses de um poder dominante.

A história do direito processual desenvolveu-se, assim, comprometido com o ideário racionalista, suprimindo da análise do direito processual os valores sociais de um determinado momento político e social, tornando a atividade jurisdicional um método de aplicação matematizada.

Tal modo de compreensão do direito processual, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, torna-o integrante das ciências exatas, constituído de verdades absolutas e universais, naturalmente alheias à história e às transformações sociais.¹⁸

Nas palavras do mestre processualista, *“Os pressupostos doutrinários para a formação do “mundo jurídico” estão lançados, a partir desta renúncia ao individual, deste abandono dos compromissos do direito com o fato; de um direito que se desliga, cada vez mais do reino da existência, para refugiar-se no puro normativismo, “engessando” o sistema processual numa teia de*

¹⁸ Jurisdição e Execução, p. 200.

conceitos e regras, com pretensões de universalidade, que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico".¹⁹

É de se lembrar também que a criação do Estado na era moderna assume o aspecto de fenômeno político explicado pela razão, diferentemente do que ocorre com as ciências exatas, explicadas pela experiência (empirismo), e com as ciências divinas, que explicam o sofrimento como merecimento ou penalização do indivíduo.

Lênio Luiz Streck, ao tratar das duas grandes famílias do direito atual, a *comow law* e a *civil law*, observa que nos países filiados ao sistema romano-germânico passou a vigorar o Direito escrito onde a lei é considerada como fonte primordial e quase exclusiva do direito.²⁰

A partir do século XIX, quando a maioria destes países editou seus códigos e promulgou as suas constituições, os juristas passaram a buscar na lei a sua principal fonte de inspiração, de forma hierárquica, com as Constituições no topo da pirâmide, instaurando assim a supremacia do positivismo jurídico sobre a jurisdição. De tal forma, o pensamento liberal-iluminista foi assim moldando a atividade jurisdicional e o modo de realização do direito através do processo civil, em especial por neutralizar a atividade do julgador, impedindo-o de manifestar-se subjetivamente por

¹⁹ Jurisdição e Execução, p. 126;

²⁰ Streck, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 67-68.

ocasião das decisões judiciais, razão pela qual merece a atenção desta pesquisa.

1.2. A ideologia racionalista-liberal-iluminista trazida para o Direito

“...Pois logo reconhecemos que esta condição problemática do direito no nosso tempo não exprime senão uma dimensão da nossa própria problemática situação histórico-existencial; situação em que nós mesmos, com todos os sentidos da nossa cultura e herança constituintes, nos pomos em causa até ao limite”.
Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido*, p. 17.

Na Grécia antiga, entre os séculos VI e V a.C., os homens partilhavam uma visão de mundo fundada em mistérios e suposições sob os olhos dos deuses, fatos perfeitamente representados na tragédia grega, a qual assinala um período de transição da aristocracia para a democracia grega.

Os gregos viviam num mundo povoado de deuses e heróis, entendidos como potências divinas. Neste âmbito de compreensão, não era tomado como responsável aquele que cometesse um crime sob a inspiração ou sob o comando de um deus. A tragédia, assim, ensinava uma sabedoria de viver isenta de qualquer conotação moral.

Ao deslocar a problemática da realidade para a vida de um herói, criando um distanciamento estético, a tragédia mantinha essas forças atuantes e visíveis, ao mesmo tempo em que evitava sua perigosa

destrutividade. Assim, ao invés de ser atravessado por tais forças de forma descontrolada, o homem grego podia presenciar o herói nessa condição e aprender através das suas “desgraças”.

A noção de culpa, neste contexto, carregava um sentido completamente diverso daquele que, mais tarde, o mundo ocidental herdaria. Deslocava-se sempre por vários supostos "sujeitos", sem nunca se centrar numa pessoa, inclusive deslocada para seres que, não tendo o dom da palavra, não sabiam e não podiam contrariar. Todos esses deslocamentos serviam para afastar a culpa para esferas distantes, desconhecidas, libertando o homem do seu peso moral.

A partir da *Odisseia*, o homem começa a ter noção de espaço e de manifestação da sua vontade (liberdade). O poema começa com a palavra *ândra* (homem), que parece abrir caminho para aquele ativo individualismo que se tornaria mais tarde o fundamento do Ocidente. A partir do momento em que as ações humanas têm conseqüências boas ou más, é exatamente naquele distanciamento que começa a abrir-se um espaço para a responsabilidade moral.²¹

Tais mudanças também passaram pela tomada de iniciativa do homem em direção aos deuses, para a estes igualar-se ou sobrepor-se, o que na obra de Luigi Zoja é tratado como o pecado da *hýbris*, o excesso de

²¹ Zoja, Luigi. *História da Arrogância: psicologia e limites do desenvolvimento humano*. São Paulo: Axis Mundi, 2000, p. 41.

arrogância,²² que acometia aquele que ultrapassasse através de um ato a medida humana, seja em direção à dimensão ilimitada de um deus, seja em direção à dimensão irrefletida de um animal.

Luiz Recaséns Siches ensina que os gregos buscavam normas universalmente válidas, gerais e necessárias, em busca da permanência das coisas, normas estas que eram concebidas como expressão ou conseqüência da suposta natureza do homem e da natureza das coisas que intervinham em sua vida.²³

Siches revela que o mito de Parmênides levou Platão a teoria das idéias e que, salvo todas as diferenças, induziu Aristóteles a formular a sua idéia de substância. Contudo, ao falar do justo natural, Aristóteles pensa na idéia de uma natureza humana definitiva, perfeita, idéia que aos poucos vai cedendo às variedades históricas e fica atenuada pela sua doutrina do justo civil, ou seja, da decisão política, e atenuada sobretudo por sua genial e luminosa teoria sobre a eqüidade, assim como pelas suas aportações à retórica, à dialética e à tópica.²⁴

De tal modo, o Direito, no mundo clássico, era pensado a partir da idéia de Justiça, na medida em que continha uma conotação moral e, portanto, baseado na ética.

²² Zoja, Luigi. *História da Arrogância*, p. 46.

²³ Siches, Nueva Filosofia..., p. 145.

²⁴ Siches, Nueva Filosofia... p.148.

Na obra *Ética à Nicômaco* de Aristóteles, a Justiça vai ser tratada como a virtude primordial. Segundo Aristóteles, “...essa forma de justiça é a virtude completa, embora não de modo absoluto, mas em relação ao próximo. Por isso, a justiça é muitas vezes considerada a maior das virtudes, e ‘nem Vésper, nem a estrela-dálva são tão maravilhosas; e proverbialmente, ‘na justiça se resume todas as virtudes. Com efeito, a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados, almas não em suas relações com as outras pessoas. Por isso são consideradas verdadeiras as palavras de Bias, ‘o exercício do poder revela o homem’, pois necessariamente aquele que governa está em relação com outros homens e ao mesmo tempo é um membro da sociedade”.²⁵ (g.m.)

Mas partir do século V a.C., esse universo teve seu declínio justamente com a criação da filosofia socrática, com a afirmação crescente do direito e a universalização de toda a racionalidade que passou a constituir o pensamento ocidental.

Segundo Luigi Zoja, com a filosofia socrática nasciam os valores metafísicos e os valores morais, transferindo-se o logos (razão) e a dikê (justiça), que para os trágicos pertenciam ao cosmos, para a esfera das

²⁵ Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, São Paulo: Martin Claret, 2003, p.105 (Livro 5, 1129b, 25 e 30 e 1130).

habilidades e decisões humanas, dando forma, então, às noções de inteligência, responsabilidade e culpa. O homem, finalmente, ocupava o centro do mundo, afastando-se das forças misteriosas que um dia aprendera a respeitar. Luigi Zoja, a partir disso, vai dizer que Sócrates inaugura mais uma racionalidade e um tipo de verdade que se desdobram na ampliação do saber. Ao tempo em que a tradição havia ensinado a buscar o sentido do sofrimento e a desconfiar da vontade humana, Sócrates, numa grande virada, transforma o pessimismo em otimismo, afirmando que a vontade do homem só pode querer o bem, enquanto que o mal corresponde à ignorância.²⁶

Mais tarde, o surgimento do cristianismo só veio reforçar e dar forma a esse ascetismo, através da noção de pecado, que se sobrepôs à idéia de culpa. O homem inocente, que já se tornara responsável e culpado, torna-se, então, pecador, num mundo gerador de pecado, só lhe restando renunciar à vida terrena, "má", e ao mundo real "pecaminoso", por uma vida eterna, "boa", e um mundo imaginário, "redentor". Estava fundada a cultura ocidental.

A crítica de Friedrich Nietzsche ao cristianismo parte justamente da idéia de que tal religião apresenta uma interpretação de mundo baseada no sofrimento, que somente seria banido com a morte, chegando a afirmar, na

²⁶ Zoja, Luigi. História da Arrogância, p. 84.

sua angustiante obra *O Anticristo*, que o cristianismo favorece mais uma vida além-túmulo do que esta própria.²⁷

Para Nietzsche, o cristianismo apresenta uma interpretação de mundo baseada numa farsa: somente na vida eterna, após o juízo final, é que o homem encontrará a felicidade. Chega a afirmar que tudo o que se refere a este mundo é sujo, infame (realidade), pois, segundo o filósofo alemão, *“Uma religião como o cristianismo, que não toca a realidade entra por um ponto qualquer na esfera dos seus direitos, tal religião será, com direito, o inimigo mortal na “sabedoria do mundo”, quero dizer da “ciência”; ela há de aprovar todos os meios para envenenar, caluniar, desprestigiar a disciplina do espírito, a nobre frieza, a nobre liberdade do espírito”.*²⁸

Ainda, ao acusar o cristianismo de subestimar a capacidade intelectual do homem, Nietzsche acusa tal religião de ter tomado partido de tudo o que é fraco, baixo e incapaz, transformando num idealismo a oposição aos instintos de conservação da vida saudável, bem como de ter corrompido a faculdade daquelas naturezas intelectualmente poderosas, ensinando que os valores superiores do intelecto não passam de pecados, desvios e tentações”.²⁹

²⁷ Nietzsche, Friedrich. *O anticristo*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 40.

²⁸ Nietzsche, *O Anticristo*, Aforismo XLVII, p.85.

²⁹ *O Anticristo*, Aforismo V, p. 40.

E ao tratar sobre o pecado, “instituto” do qual se vale o cristianismo para manter os seus fiéis, o autor deixa bem claro que tal compreensão foi criada como instrumento de poder e submissão no trecho em que afirma que *“A desobediência a Deus, ou seja, ao sacerdote, à lei, chama-se agora “pecado”; os meios para se “reconciliar com Deus” são, como era de esperar, meios que asseguram ainda mais profundamente a sujeição ao sacerdote: só o sacerdote “salva”...Examinados psicologicamente, os “pecados” tornam-se indispensáveis em toda a sociedade organizada sacerdotalmente; são os verdadeiros instrumentos do poder, o sacerdote vive do pecado, tem necessidade de que se ‘peque’...”*³⁰, e ainda que *“O pecado, digamo-lo mais uma vez, essa forma de poluição da humanidade por excelência, foi inventado para tornar impossível a ciência, a cultura, toda a elevação e toda a nobreza do homem; o sacerdote reina pela invenção do pecado”*³¹.

A contundente obra nietzschiana trabalha, assim, com a idéia de que o cristianismo, detentor de princípios fundamentais da cultura ocidental, adota um tipo de estratégia que, através de uma filosofia cristã, mantém os seus fiéis na dependência de seus serviços ou préstimos sacerdotais, o que vem revelado claramente neste trecho, em que Nietzsche exclama categoricamente: *“Leiam-se os Evangelhos como livros de sedução pela moral: essa gentinha requisitou a moral – sabiam perfeitamente o que a moral representa! O melhor meio para conduzir a humanidade pelo cabresto – eis a moral! Na realidade, a pretensão consciente a eleito arma-se em modéstia:*

³⁰ *O Anticristo*, Aforismo XXVI (final), p. 56.

³¹ *O Anticristo*, Aforismo XLIX, p. 89.

assim é que se colocaram a si próprios e à “comunidade”, aos “bons” e “justos” para sempre de um lado, do lado da “verdade”, e o resto, o “mundo”, colocaram-se do outro lado”³² (g.m.)

Por fim, o autor não economiza palavras para justificar que o cristianismo representa uma ameaça à vida saudável, ao dizer que *“O cristianismo é conhecido como a religião da piedade. A piedade, porém, é deprimente, pois enfraquece as paixões revigorantes que aumentam a sensação de viver. O homem perde o poder quando é contagiado pelo sentimento de piedade, e esta dissemina todo sofrimento...A piedade opõe-se completamente à lei da evolução, lei da seleção natural...Ela luta ao lado dos condenados pela vida...Aristóteles via na piedade um estado mórbido e perigoso que seria importante eliminar de quando em quando por meio de um purgante: para ele esse purgante era a tragédia...Nada há de mais doentio, no meio da nossa insalubre modernidade, que a piedade cristã...”*³³

O mesmo tipo de denúncia pode ser observada na obra de Luigi Zoja, que acusa o racionalismo de ter acompanhado a evolução do pensamento ocidental, tornando-se fator desencadeante do crescimento ilimitado a partir da expansão romana e do advento do cristianismo.

Já no prefácio da obra, subscrito por Roberto Gambini, pode-se observar a legitimidade da tese adotada pelo autor, quando defende que “A

³² *O Anticristo*, Aforismo XLIV, p.81.

³³ *O Anticristo*, Aforismo VII, p. 81.

civilização grega clássica baseava-se na estabilidade. No século V, porém, esse quadro começa a mudar: a cultura se expande e a noção mítico-religiosa de destino, até então profundamente arraigada na alma grega, passa a ser substituída por outra, racional, de progresso. Atenas, centro de um mundo que acumulou avançadas conquistas intelectuais, não é capaz de organizar um novo modelo mítico global de civilização voltada precipuamente para o progresso, por não haver na psique coletiva uma fantasia de crescimento e uma ideologia expansiva miticamente ordenadas. Esse impasse só será resolvido a partir do Estado romano e da racionalização do mito do crescimento pelo monoteísmo cristão, mito este que atravessará séculos em estado latente até manifestar-se externamente em toda a sua plenitude a partir da Revolução Industrial".³⁴ (g.m.)

De tal modo, numa concepção psicológica da evolução do pensamento humano, Luigi Zoja defende a tese de que a hýbris (excesso de arrogância) teria impulsionado a busca desenfreada pelo crescimento ilimitado, concepção posteriormente abraçada pelo cristianismo, pelo renascimento e pelas idéias iluministas, caracterizando, assim, a civilização ocidental como um momento da humanidade em que as coisas triunfam sobre os homens.

Simbolicamente, na Grécia antiga, a hýbris era punida por Nêmesis, que representaria a justiça, a ética e a moral. Em sua obra, o autor italiano refere que, a partir de tal simbologia, as ideologias modernas que tentaram

³⁴ Zoja, Luigi. *História da Arrogância...* Prefácio de Roberto Gambini, pp.xi/xii.

restituir a moral e frear os excessos do capitalismo e as agressões ao meio ambiente seriam um retorno da deusa Nêmesis.³⁵

O próprio Nietzsche vai afirmar que o progresso não passa de uma idéia moderna, ou seja, de uma idéia falsa.³⁶

Já na Idade Média, em que sabidamente preponderou um obscurantismo ideológico e político, assistiu-se à queda e ao esvaziamento de Roma e a uma expansão populacional, que acabou por formar diversos conglomerados humanos. Além de condições precárias de habitação e crescimento, os burgos enfrentavam sérios problemas de segurança.

Durante os séculos IX a X, a Igreja Católica criou uma idéia de unidade de centralização, em nome de um poder superior concentrado no Vaticano. O cristianismo, portanto, triunfava como ordem religiosa, ideológica e política, na medida em que todos os burgos estavam regidos pela doutrina católica, tanto no que respeita à religião como em relação aos direitos civis.

A obra de Santo Agostinho retrata bem a ideologia da Igreja Católica predominante desta época. Ao ser convertido ao cristianismo, usou a terminologia filosófica do platonismo para defender a ortodoxia de Santo

³⁵ Zoja, Luigi, *História da Arrogância*, pp. 158-159.

³⁶ Nietzsche, *O Anticristo*, Aforismo IV, p.40.

Atanásio na teologia trinitária, para assim fundar a sua teoria na concepção da vontade.³⁷

Para Santo Agostinho, o padrão de justiça seria dado pela forma da justiça, e, a ação justa, de acordo com este padrão, seria produzida por um amor justo, que tinha como objeto a justiça divina. Quando não adotado este padrão de justiça, os homens estariam agindo por orgulho, por amor a si próprios, concebido por Santo Agostinho como autoglorificação, em que, a exemplo da ostentação de Roma, a justiça era desprezada.³⁸

Portanto, segundo Santo Agostinho, haveriam duas cidades, sendo uma a Cidade dos Homens, fundada por Caim, caracterizada pela perversidade da vontade humana, que dirige os desejos para outras coisas que não sua verdadeira felicidade, exemplificada por Roma, e, de outro lado, a Cidade de Deus, fundada sobre o dom da graça que permite à vontade escolher livremente o que, de fato, levaria à verdadeira felicidade. Esta seria fundada e governada por Cristo.³⁹

A partir de sua teoria, o teólogo elabora uma versão nova da natureza da justiça e da gênese da ação humana, com base na sua psicologia da vontade, que fora desenvolvida por Gregório VII, com a instituição das virtudes que, ao contrário de Aristóteles, incluía a humildade e a caridade.

³⁷ MacIntyre, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2ª edição, 2001, p. 168.

³⁸ MacIntyre, *Justiça de Quem?*...p. 170.

³⁹ MacIntyre, *Justiça de Quem?*...p. 171.

Já com São Tomás de Aquino, no século XIII, a concepção aristotélica é retomada. Como dominicano de sua época, assistia à passagem de uma cultura rural e feudal para uma cultura urbana e burguesa, que reivindicava autonomia. Acompanhando este movimento de transição, os frades dominicanos passaram a reivindicar a erradicação do feudalismo, sustentando as prerrogativas do poder real e, com isso, desejosos por evangelizar o mundo, lutam pela criação de universidades, tribunais e comércio.

Ao compreender que as respostas que buscava para amparar institucionalmente o movimento de civilização urbano-burguesa não eram encontradas no Evangelho, Tomás de Aquino volveu-se para a filosofia e para o direito, o que na época significava recuperar Aristóteles e o direito romano. A partir das Sumas Teológicas, o teólogo compreendeu que, se as respostas não vinham da fé ou da vontade de Deus, passariam, então, a decorrer da razão, do senso de justiça racional recuperado de Aristóteles. A justiça, assim, consistiria na atividade de atribuições de bens e encargos no interior de qualquer comunidade humana organizada. No dizer de Aquino, a justiça, que é fundamento da comunidade, é exterior ao agente, podendo existir independentemente das suas disposições morais.

Para MacIntyre, a teoria de Santo Tomás de Aquino a respeito do desenvolvimento humano é aberta à possibilidade de que os seres humanos possam se desenvolver em mais de um modo. Resgatando a linguagem de

Aristóteles, o significado de justiça seria a conformidade das leis (justiça universal) e a realização da igualdade (justiça particular). A justiça universal confunde-se com a moralidade, sendo a disposição de cumprir os atos virtuosos prescritos pela lei, tendo em vista o bem de outrem. Já a justiça particular teria como finalidade atribuir a outrem o que lhe é devido (bens e encargos), segundo um critério de igualdade, de modo que o homem justo seria aquele que respeita essa igualdade, não tomando o que não lhe cabe e não exercendo encargos mais do que pode suportar.⁴⁰

A partir disso, Aquino vai dizer que o direito é a *práxis* orientada pela prudência, de modo que o justo vai ser alcançado pela prudência e esta, caso seja a ser escrita, receberá o nome de lei. De tal modo, o direito está contido na lei, como um projeto que somente se realiza como *práxis*: o direito somente se realiza quando o agente, aplicando a lei de acordo com a prudência, faz justiça.

Luiz Recaséns Siches afirma que Santo Tomás mostrou uma comovedora compreensão para com as variedades e as mudanças da vida social, ao propor que o Direito positivo deveria ser elaborado a partir dos princípios ideais ou naturais das variações sociais.⁴¹

⁴⁰ MacIntyre, Justiça de Quem?...p. 217.

⁴¹ Siches, Nueva Filosofia... p. 148.

Entretanto, no dizer de Siches, foi na idade moderna que o racionalismo teve a sua maior exaltação⁴² como espírito de veneração ao universal em detrimento das singularidades do particular que nasceu na Grécia e reviveu impetuosamente na cultura moderna, projetando-se sobre todos os setores, inclusive no campo da interpretação do Direito positivo, que se estendeu até o final do século XIX e em parte do início do século XX.⁴³

Ainda segundo Siches, uma das mais impressionantes ilustrações desta filosofia racionalista foi Rousseau, com sua “*voluntad general*” como princípio de coexistência harmônica das liberdades de todos, segundo princípios racionais, em que deve se entender como geral o que não se inspira nos interesses concretos que um ou vários sujeitos podem de fato ter.⁴⁴

Aqui também não poderia deixar de se fazer referência ao imperativo categórico da moral kantiana. Segundo Siches, o racionalismo alcançou a cultura moderna, culminando no plano teórico com a exaltação da matemática como tipo exemplar do conhecimento científico e, no plano teórico, com a fórmula do imperativo categórico da moral kantiana, “*en la cual la bondad ética coincide con la capacidad lógica de generalización de la*

⁴² Siches, Nueva Filosofia... p. 149.

⁴³ Siches, Nueva Filosofia... p.150.

⁴⁴ Siches, Nueva Filosofia... p.151.

*máxima de conducta, es decir: “obra de tal manera que la máxima de tu conducta pueda convertirse en principio universal para todo ser de razón”.*⁴⁵

Tais princípios, naquela época, acompanhavam as mudanças trazidas pela derrocada do medievo, no final do século XV, momento em que surgiam as línguas nacionais, as leis nacionais, as literaturas nacionais e até mesmo as Igrejas nacionais, dando uma idéia de um mundo global. Neste novo modelo social, os homens não se identificavam mais como cidadãos de Madri ou de Paris, mas como cidadãos da Espanha ou França, e passaram, a partir de então, a defender a sua lealdade ao rei e não mais ao senhor feudal.⁴⁶ Até aqui o latim era a língua universal, assim como a Igreja Católica era universal, o que foi drasticamente rompido pela ascensão e evolução das inovações científicas e sociais.

Assistia-se então a valorização do indivíduo (humanismo) e o advento de movimentos de reforma religiosa (reforma protestante), a exemplo do luteranismo, os quais, segundo Quentin Skinner, como movimentos contrários ao poder ilimitado e universalista da Igreja, propagavam suas teorias que viriam em favor do absolutismo, pelo fortalecimento da monarquia.⁴⁷

⁴⁵ Siches, Nueva Filosofía...p.145.

⁴⁶ Huberman, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 70.

⁴⁷ Skinner, Quentin. *Fundações do Pensamento Político Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, p. 334.

Com a formação do Estado e o surgimento do absolutismo monárquico, houve um deslocamento da idéia de poder divino, antes pertencente à Igreja e agora representado pelo soberano. No dizer de Christian Ruby, “*A legitimidade da autoridade do poder real confunde-se com o poder de Deus*”, na medida em que a origem do poder, sua autoridade e suas obrigações, eram determinados ora pelas Escrituras, ora pelos princípios da filosofia, ora pelos exemplos dos melhores reis.⁴⁸

A formação do Estado Moderno, a partir daí, passa a ser sacramentada pela máxima racionalista, em que o Estado se confunde com a pessoa do Rei.⁴⁹

O direito, assim, sai do campo da ética para compor o campo da sociologia, definido como campo de normas e princípios a ser aplicado a um determinado grupo social, abstraído metafisicamente da experiência social e humana, facilitando o seu manejo como instrumento de poder e de dominação, manipulado pelas classes dominantes.

Piero Calamandrei, citando Harold Lasky, afirma que “*la justicia burguesa es una justicia de clase, en la cual el juez, como cualquier outro jurista, es el intérprete de las leyes dictadas para la tutela de la riqueza y del privilegio, convirtiéndose, sin advertirlo, en un instrumento de esta misma*

⁴⁸ Ruby, Christian. *Introdução à Filosofia Política*. São Paulo: UNESP, 1998, p. 50.

⁴⁹ Leal, Rogério Gesta. *Teoria do Estado. Cidadania e Poder Político na Modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

tiranía, y destinado a justificar con sofismas sutiles la prepotencia del rico en daño del pobre".⁵⁰

Calamandrei, ainda, associa com propriedade a realidade econômica e social com o processo civil, justificando a colocação de Harold Lasky, no sentido de que existe algo de verdade nesta censura, não somente porque os juízes, para os quais é exigida uma preparação universitária que os filhos de classes pobres não teriam acesso, provêm das classes chamadas burguesas, senão também porque se a lei é a expressão dos interesses da classe dominante, é inevitável que o juiz chegue a ser, se quer ser fiel intérprete da própria lei, um instrumento dos mesmos interesses e, portanto, mesmo sem dar-se conta, chega a ser instrumento do domínio social da classe que está no poder.⁵¹

Ainda, na Europa dos séculos XVI e XVII, a modernidade será marcada pelo Renascimento como movimento cultural preocupado com uma nova postura que identificasse a classe burguesa emergente, ou seja, buscava apresentar uma nova compreensão de sociedade baseada no desenvolvimento desenfreado em busca da aquisição de riquezas e o avanço da industrialização.

⁵⁰ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*. (tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio) Buenos Aires: Editora EJE, 1960. p. 133.

⁵¹ Calamandrei, *Proceso y Democracia*, pp. 133-134.

Castanheira Neves vai referir que o homem moderno foi posto perante um mundo de facticidade empírica e de causalidade, e por isso axiologicamente neutro, referindo ainda ao que se chama de o “desencantamento do mundo”, na expressão de Max Weber,⁵² e conclui que *“As categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil e da funcionalidade, da eficiência, da performance”*.⁵³

Max Weber também trata da valoração do capital ou da produção em massa como momento histórico acendido pela reforma protestante, a qual, no seu entender, remodelou a idéia de crescimento e da aquisição de riquezas. Neste sentido, Weber vai afirmar que *“Segundo o esquema de interpretação pragmática dos puritanos, é pelos seus frutos que se reconhece qual é o fim providencial da articulação da sociedade em profissões”*⁵⁴ e que *“...E antes de mais nada: a utilidade de uma profissão com o respectivo agrado de Deus se orienta em primeira linha por critérios morais, e em seguida, pela importância que têm para a coletividade os bens a serem produzidos nela, mas há um terceiro ponto de vista, o mais importante na prática, naturalmente: a capacidade de dar lucro, lucro econômico privado”*.⁵⁵

⁵² Castanheira Neves, Antônio. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 34.

⁵³ Castanheira Neves, O direito hoje...p, 35.

⁵⁴ Weber, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras: 2004, p. 146.

⁵⁵ Weber, Max. *A ética protestante...*pp. 147-148.

Ainda com mais clareza se observa a nova compreensão da aquisição de riqueza por parte dos protestantes, segundo Weber, quando o mesmo afirma que *“A ascese protestante intramundana...agiu dessa forma, com toda a veemência, contra o gozo descontraído das posses; estrangulou o consumo, especialmente o consumo de luxo. Em compensação, teve o efeito (psicológico) de liberar enriquecimento dos entraves da ética tradicionalista, rompeu as cadeias que cerceavam a ambição de lucro, não só ao legalizá-lo, mas também ao encará-lo (no sentido descrito) como diretamente querido por Deus”*.⁵⁶

Mas principalmente o ideário racionalista vai demarcar a era moderna, notadamente no que tange à origem do Estado e do constitucionalismo. O Racionalismo surgiu em contraposição à divindade valorizada pelo medievo, teorizando sobre o instinto, sobre a razão humana, sobre a lei natural e a liberdade do homem.

Hobbes é um importante teórico deste momento, ao teorizar sobre a necessidade de um Estado, representado pelo poder do soberano presente na lei, como espaço de segurança em contraponto ao estado de natureza. O poder do Estado e a autoridade de direito se justificam porque garantem aos indivíduos vantagens individuais maiores, principalmente no que se refere ao direito de propriedade, ou seja, a segurança sobre o que lhe pertence: *“A única forma de constituir um poder comum, capaz de defender a comunidade das invasões dos estrangeiros e das injúrias dos próprios comuneiros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu*

⁵⁶ Weber, Max. *A ética protestante...* p. 155.

*próprio trabalho e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda a força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade”.*⁵⁷

Em Hobbes, vê-se um homem em busca da formação de um Estado pelo medo da morte, ou seja, a valorização da segurança proporcionada através do pacto social pelo soberano. Admite-se que, ainda que o estado civil seja precário, passa a ser a melhor opção frente ao estado de natureza (preferência do mau governo à ausência da autoridade).

Há uma renúncia do poder, assim, por parte do indivíduo, o qual passa a ser transferido ao soberano como estratégia de garantia à vida, ou seja, a presença do soberano é a garantia da vida e da segurança. Ademais, para Hobbes, a vida é o bem trazido pelo indivíduo do estado de natureza e, se o soberano é o garantidor da vida, somente terá *status* de direito aquilo que o soberano afirmar ou definir como tal. De tal modo, não há qualquer razão plausível para contrariar a vontade do soberano.

Logo, se o direito (e portanto o sujeito de direito) somente existia na presença de um poder absoluto, no estado de natureza não há direitos e tampouco a garantia do exercício destes direitos. Em virtude disso, o Estado civil é algo novo, nunca antes experimentado pelo indivíduo.

⁵⁷ Hobbes, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2005, Cap. XVII, p.130.

O que importa destacar deste quadro é a prevalência, na modernidade, da idéia de poder absoluto do soberano como algo necessário para assegurar o direito, o qual por sua vez seria assegurado pela submissão incondicional à vontade unívoca do soberano. Para tanto, era preciso uma jurisdição neutra, cuja atividade deveria se restringir à declaração da vontade do soberano, então expressa na lei. A lei, portanto, tornou-se o caminho da segurança, a garantia da realização dos direitos e, ao mesmo tempo, do absoluto poder do soberano. Da neutralidade da atividade jurisdicional para o nascimento do dedutivismo lógico, foi um curto e singelo percurso.

Charles Taylor avalia as mudanças ocorridas no mundo ocidental a partir do novo modelo de civilidade que surge no século XVII, em que a vida do comércio e a aquisição de riquezas adquiriram um lugar positivo sem precedentes.⁵⁸ Afirma que passa a ocorrer uma reavaliação do trabalho e da produção, que apresenta o “...o homem como produtor, um ser que encontra sua mais elevada dignidade no trabalho e na transformação da natureza a serviço da vida, como papel importante na constituição da sociedade liberal moderna”.⁵⁹

⁵⁸ TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997, p.278.

⁵⁹ Idem.

Taylor lembra também que o puritanismo desempenhou um papel importante na cultura moderna, em razão da força individual que passou a exigir de seus seguidores, ao referir que *“O que era necessário antes de tudo era disciplina pessoal, indivíduos capazes de controlar a si mesmos e de assumir responsabilidades pela própria vida; e depois uma ordem social baseada nestas pessoas”*.⁶⁰

Já a positivação dos direitos individuais, tão idealizados pelos movimentos revolucionários no final do século XVIII, viria obviamente ao encontro dos interesses políticos da burguesia, que passará a financiar os projetos do Estado visando aos seus próprios interesses. Assim, surge o pensamento iluminista com vistas à positivação dos direitos, dando início a uma codificação das normas jurídicas, sistematizando a legislação que era fundamental para firmar a proposta liberal, avançando para a idéia de uma constituição.

No dizer de Luiz Recaséns Siches, a partir das idéias racionalistas, as normas gerais dos artigos do código francês foram tidas, por exemplo, como dogmas definitivos,⁶¹ até mesmo porque a promulgação do Código Civil francês foi acolhida com exclamações de código imortal, reduto da moral universal, arca santa de um respeito religioso⁶².

⁶⁰ Taylor, Charles, *As fontes do Self...*p. 295.

⁶¹ Siches, Nueva Filosofia...p. 154.

⁶² Siches, Nueva Filosofia...p. 153.

Para Siches, *“para la interpretación un método lógico de inferencia, que partía del contenido abstracto de los dogmas jurídicos, sin preocuparse de los efectos que las consecuencias extraídas de éstos, por lógica deductivista, produzcan en la vida real de la sociedad”*.⁶³

De tal forma, o direito moderno passou a ser tratado como um sistema de normas e princípios racionais, à parte de concepções éticas e morais, até mesmo porque a garantia de segurança reivindicada pela classe burguesa em ascensão não poderia ficar a mercê de concepções de justiça que se opunham entre si, razão pela qual o direito deixa de ser pensado como justo, ou seja, deixa de ser compartilhado com o conceito de justiça.

Ainda, no dizer de Luiz Recaséns Siches, *“Al olvidar que las normas particulares y las individualizadas forman parte esencialmente de todo orden jurídico, los juristas de aquella época dejaron mutilado el orden jurídico, precisamente en los efectos más importantes y decisivos que produce en esa realidad social. De tal guisa, se concibió de un modo amputado el orden jurídico positivo, solamente como el conjunto de las leyes”*,⁶⁴ disso resultando que *“..el Derecho positivo quedó como habitando en las nubes, bastante alejado de la superficie terrestre, donde viven, pululan y caen en conflicto los seres humanos. Y al tener que ocuparse de esos seres humanos, no se les trató desde el punto de vista de su realidad efectiva, sino como seres*

⁶³ Siches, Nueva Filosofía...p. 155.

⁶⁴ Siches, Nueva Filosofía...p. 156.

abstractos, homogéneos, grises, pertenientes a algo así como un vago espacio sideral".⁶⁵ (g.m.)

O pensamento racionalista-liberal-iluminista, assim, passou a ditar os princípios do ordenamento jurídico, impondo uma aplicação do direito a partir do método silogístico-subjuntivo, na tentativa de assim preservar uma segurança jurídica supostamente encontrada na lei, em benefício do poder instituído.

Para Recaséns Siches, *"...la doctrina de la ciencia dogmática del Derecho se apegó fuertemente a la tesis de que sólo la ley escrita podía ser la fuente de decisiones concretas, y de que la función judicial consistía exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser el texto aplicable; la premisa menor, la constatación de los hechos; y la consecuencia, el fallo. Éstos fueron los lemas sobre los cuales se desarrolló en Francia la Escuela Exegética, la cual comprendió la casi totalidad de los más ilustres profesores y tratadistas durante muchos decenios"*.⁶⁶ (g.m.)

De tal sorte, a partir da idéia de garantia dos direitos como lei, ditada pelo soberano, sacramentou-se a operação do silogismo lógico-dedutivo nas decisões judiciais, justamente para garantir a segurança e a certeza da manutenção do poder do Estado, como ideal de verdade que então passou a ser incontestável. Para Recaséns Siches, reflexo desta ideologia no processo

⁶⁵ Siches, Nueva Filosofia..., pp. 156-157.

⁶⁶ Siches, Nueva Filosofia...p. 199.

civil é a valoração extremada da instrução probatória como demonstração de certeza.⁶⁷

Siches lembra que Theodor Viehweg e Chaïm Perelman mostraram que, à exceção dos séculos XVIII e até apenas meados do Século XX, o pensamento jurídico e a prática da jurisprudência ao longo de toda a sua história nunca foram sistemáticos.⁶⁸

Já o século XIX, segundo Chaïm Perelman, foi para o Direito o século do formalismo, conforme com a concepção estatal e legalista do direito e das regras de direito, enquanto que o século XX, por influência de considerações sociológicas e metodológicas, foi conduzido pelo realismo, pelo pluralismo jurídico e à aceitação do papel crescente dos princípios gerais do direito, portanto, a uma concepção mais tópica do que formalista do raciocínio jurídico.⁶⁹

Algumas posturas daquele rigoroso formalismo dos séculos passados podem ser encontradas em Leibniz, que sustentava a possibilidade de uma ciência moral e, naturalmente, também uma ciência do direito, cuja exatidão e demonstrabilidade fossem tão evidentes como a demonstração de um simples teorema matemático.⁷⁰ Em suma, Leibniz lançou fundamentos para a subsequente construção do mundo jurídico, depois consagrado por

⁶⁷ Silva, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução*, p. 132.

⁶⁸ Siches, *Nueva Filosofia...* pp. 159-160.

⁶⁹ Perelman, Chaïm, *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.621.

⁷⁰ Siches, *Nueva Filosofia...*, p. 161.

Emmanuel Kant, tornando o direito uma ciência generalizante, ciência das normas e das verdades eternas, alimentando, enfim, a fuga do mundo empírico para o mundo normativo e abstrato.

De tal sorte, assim como ocorreu sobre as demais ciências surgidas no século XVIII, a filosofia kantiana também trouxe reflexos negativos graves sobre o processo civil. Segundo Ovídio Baptista da Silva, é possível constatar a proximidade tanto na filosofia kantiana dos dois mundos, o do ser e do dever ser, como duas realidades que não se tocam, quanto das modernas correntes do positivismo e normativismo, amplamente predominantes no século XIX, que foi, como se sabe, o século que viu nascer o Processo Civil como ciência jurídica autônoma.⁷¹ Tal constatação torna-se ainda mais angustiante se considerada a jurisdição como espaço jurídico mais diretamente comprometido com os dramas e contingências humanas da realidade social⁷². Eis a formação e a construção de um mundo jurídico e conceitual de um lado, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, então distante do mundo da existência de outro.⁷³

Veja-se que, segundo Luiz Recaséns Siches, ao tratar da Jurisprudência de Interesses na Alemanha, as escolas jurídicas predominantes no século XIX sustentavam a tese de que a função do juiz deveria consistir em conhecer as normas jurídicas e em subsumir sob estas

⁷¹ Silva, Ovídio Baptista. *Jurisdição e Execução*, p. 118.

⁷² *Jurisdição e Execução*, pp. 124 e 194;

⁷³ *Jurisdição e Execução*, p. 118.

os fatos pertinentes, seguindo em tal processo as regras de uma operação lógica.⁷⁴ Não parece o retrato exclusivo de uma época distante.

Lembra Ovídio Baptista da Silva que *“A suposição de que a ciência do direito pudesse criar, através da razão, como pretendia Leibniz, “verdades eternas” é a responsável pelo extraordinário divórcio entre o Processo Civil e a vida que se observa na experiência contemporânea”*.⁷⁵

A evolução do pensamento ocidental, assim, até encontrar-se com a formulação do pensamento jurídico atual, demonstra a soma de princípios e valores que, no passar dos séculos, foram dados como verdades inquestionáveis, e ainda aplicáveis sobre a vida contemporânea, a exemplo da idéia de direito igualado ao texto da lei e, portanto, como instituto apartado da realidade social, ou dos fatos que lhe emprestam suas características.

Até quando poderemos sustentar, em tempos de vida fluida e complexa, as “verdades” trazidas pelo pensamento ocidental?

⁷⁴ Siches, Nueva Filosofia...p.60.

⁷⁵ Silva, Ovídio Baptista da. Jurisdição e Execução, p. 128.

1.3. As “verdades” do século XX

“...É a justiça que se faz “normativa” e que, enquanto tal, foge da vida real e da História, para tornar-se conceitual e, conseqüentemente, eterna como um mero conceito”.
Ovídio Batista da Silva, Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, p. 325.

“...Qualquer que seja a sua denominação, essas “verdades” não são as “coisas ocultas” que o poeta é chamado a desvelar; são antes partes da muralha que é missão do poeta destruir. Os porta-vozes do óbvio, do auto-evidente e daquilo em que todos acreditamos, são falsos poetas..”
Bauman, Zygmunt, Modernidade Líquida, p. 231

A ideologia liberal-iluminista não se restringiu aos séculos XVIII ao XIX, pois ultrapassa sua fronteira cronológica chegando aos séculos XX e XXI através da legislação tão valorizada pelo modelo racionalista, paradoxalmente em meio a tantas mudanças políticas e sociais. Neste apego ao normativismo, sensivelmente presente no cotidiano da vida social, política e jurídica, vigora a compreensão do mundo a partir de uma idéia de verdade estática, ocultada e iquestionável, eterna e absoluta.

Ao longo do século XX, especialmente no pós-guerra, a história do constitucionalismo retratou o surgimento de Cartas Políticas mais atentas às questões sociais, nas quais os direitos fundamentais, individuais e sociais passaram a ser lentamente institucionalizados. Isso porque, com o advento da Revolução Industrial, permitiu-se a formação de uma nova aristocracia muito diferente das anteriores, tendo como finalidade governar a população, senão explorá-la, portando em si o germe do despotismo: ou impõe seu próprio domínio, ou as necessidades da sociedade industrial reforçam os

poderes do Estado, criando novas formas de trabalho que serão controladas pelo Estado para submeter a população a uma estreita dependência.

A mudança da idéia de Estado, com o advento do liberalismo, reforça a ideologia capitalista, ao tempo em que a idéia provincial fica com a Igreja. A partir disso, já é sentida a necessidade de atendimento às demandas sociais, a exemplo da idéia de justiça social, especialmente quanto aos direitos dos trabalhadores.

Neste processo que pode ser chamado de democratização da sociedade, no século XX, observa-se uma maior preocupação com os conceitos de democracia e cidadania num espaço global, no que respeita ao atendimento e satisfação das contingências sociais. Além de alargar a possibilidade de participação social, esse processo passou a depositar no Estado o compromisso pelo atendimento das contingências sociais, exigindo-lhe uma reformulação tanto estrutural como funcional.

Ainda, mais precisamente na década de 80, em que se assistiu ao fim da guerra fria, sob a pressão de um novo quadro internacional político e econômico, diante do fenômeno da globalização, o Estado passa a assumir uma importância ainda maior na concretização dos direitos fundamentais do cidadão. O ápice dessa mudança se concentra na institucionalização e consolidação do Estado Democrático de Direito.⁷⁶

⁷⁶ Arnaud, André-Jean. O Direito entre a Modernidade e a Globalização. São Paulo: Renovar, 1999.

O projeto constitucional de tal modelo de Estado está voltado, visivelmente, para um mundo que experiencia um excesso de produtivismo e de consumismo que se reflete em todos os espaços sociais, e logicamente no âmbito do Direito e da Jurisdição.

No dizer de Ovídio Baptista da Silva, *“O Jurista – por isso que não lhe é dado perquirir sobre o “por quê” de suas dificuldades – não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista – condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático – e carente de valores, conseqüentemente individualista e conflituosa”*.⁷⁷

Também para Zygmunt Bauman, a *“desintegração da rede social, a derrocada das agências efetivas de ação coletiva, é recebida muitas vezes com grande ansiedade e lamentada como efeito colateral não previsto da nova leveza e fluidez do poder cada vez mais móvel, escorregadio, evasivo e fugitivo. Mas a desintegração social é tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga.(...)*⁷⁸ (g.m.)

⁷⁷ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia...* p. 301.

⁷⁸ Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, pp. 21-22.

Veja-se ainda que, ao tratar de um poder que domina e cega, Bauman lembra que *“Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que seja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a desmantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E são esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permitem que esses poderes operem”*.⁷⁹

Enfim, vive-se diante de fatos alarmantes que comprometem o próprio futuro da humanidade e que, inobstante isso, muitas vezes encontram pouca ou nenhuma ressonância no nosso íntimo. Parecemos mecanizados e insensíveis à origem de nossos verdadeiros desejos e objetivos. Ao mesmo tempo, ao final do século XX, observa-se uma angústia social e sobretudo existencial, na qual já não sabemos mais o que realmente queremos, isso quando há uma reflexão sobre tal realidade.

Os fatos, assim, que desenham a história do desenvolvimento da sociedade, revelam que o desenvolvimento desenfreado aniquilou não só o nosso senso de proteção do mundo em que vivemos, dado o esgotamento dos recursos naturais, como também vem destruindo o nosso sentimento de pertencimento ao todo, ao social, a uma comunidade de valores e expectativas de vida.

⁷⁹ Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, pp. 21-22.

Neste sentido, Richard Palmer vai revelar que “...Pensar já não é uma questão de resposta directa ao mundo, antes se coloca como tentativa inconsciente para o dominar; o pensamento não se mantém nem actua como protector dos ricos da terra, antes esgota o mundo ao tentar reestruturá-lo de acordo com as finalidades do homem. Um rio, por exemplo, deixa de ter valor intrínseco e o homem orienta o seu curso para satisfazer os seus objectivos, construindo grandes barragens e decarregando nele resíduos venenosos...”.⁸⁰ Na simbologia de Luigi Zoja, seria uma vitória triunfante da *hýbris*.

A história, como se observa, tem revelado um homem individualista e mecanizado, dentro de um universalismo consumista de valores que muitas vezes, na realidade, não possui. Para Zygmunt Bauman, “...a mobilidade e a flexibilidade da identificação que caracterizam a vida do ‘ir às compras’ não são tanto veículos de emancipação quanto instrumentos de redistribuição das liberdades. São por isso bênçãos mistas – tanto tentadoras e desejadas quanto repulsivas e temidas, e despertam os sentimentos mais contraditórios. São valores altamente ambivalentes que tendem a gerar reações incoerentes e quase neuróticas. Como diz Yves Michaud, filósofo da Sorbonne, ‘com excesso de oportunidades, crescem as ameaças de desestruturação, fragmentação e desarticulação’.⁸¹

E o direito, como ciência, deveria estar voltado a tal problemática com o intuito de adequar a atividade jurisdicional a tal realidade, como medida

⁸⁰ Palmer, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, p.150.

⁸¹ Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, p. 106.

de freios e contrapesos. Mas o que ocorre é justamente o contrário: há um certo distanciamento ou tangenciamento entre o campo jurídico e a história do próprio homem; a ciência jurídica reservou-se em um ambiente abstrato, distante da realidade social, acovardando-se e afastando-se da sua própria essência, qual seja a de tornar possível e mais digna a própria vida social.

Aqui cabe citar a “lógica da amnésia”, referida por Ovídio Baptista da Silva ao citar Jacques Rancière, no sentido de que nossa realidade social não considera o passado e vive somente o tempo presente, fenômeno que deve ser considerado no desvelamento do pensamento dogmático, na medida em que *“Um dos pressupostos da cristalização do dogma é, precisamente, a eliminação da crítica histórica; em nosso caso, a irrelevância assumida pela genealogia dos conceitos jurídicos. O esquecimento do passado é a condição do dogma”*.⁸² (g.m.)

Ainda, em outro recente texto, o mestre gaúcho atenta para o fato de que *“...a Lei, longe das expectativas com que sonharam as filosofias européias dos séculos XVII e XVIII, não é mais – na verdade nunca foi – a garantia de nossas liberdades e nem o remédio contra as incertezas inerentes à condição humana. Nosso angustiado e violento século XX encarregou-se de desfazer essa doce ilusão”*.⁸³

⁸² Silva, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia...*, p. 19.

⁸³ Silva, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Revista de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 325.

Diante de tal quadro, de que modo pode ou deve o Direito Processual se prostrar? Teriam o Estado, como instituição política moderna, e o Direito, representado pela Jurisdição, chegado à exaustão e falhado quanto ao seu propósito social?

É notório o sentimento de angústia que perpassa as relações humanas de um modo geral, para o qual o direito processual não pode fechar os olhos, a menos que as instituições jurídicas permaneçam nas núvens, usando aqui a terminologia de Luiz Recaséns Siches.

De tal modo, bem antes de se pensar num novo modo de compreender o direito processual, é preciso aproximar as distâncias que ideologicamente construíram o mundo jurídico de um lado e o mundo da vida de outro.

É preciso que a jurisdição se liberte do mundo dos conceitos, pois não se pode mais trabalhar com a idéia de um direito construído na modernidade, em pleno século XXI. Ovídio Baptista da Silva tem afirmado de forma incansável que *“os velhos princípios que sustentam os códigos do século XIX já não mais atendem às exigências da civilização contemporânea”*.⁸⁴

⁸⁴ Jurisdição e Execução, p. 197.

Deve se permitir realizar o direito não mais como idéia irrestrita de lei, mas sim como fato social interpretado dentro de seu contexto histórico, para que o sentido do texto da lei seja revelado pelo atividade processual e não mais imposto numa equação de mero enquadramento.

Neste sentir, é possível constatar que, inicialmente, é necessário uma mudança de perfil do próprio operador do direito, sobretudo dos julgadores, para que haja um maior comprometimento com a causa jurídica. O atual sistema processual não responsabiliza o julgador pelos seus julgamentos, assim como há uma certa “covardia” jurisdicional que impede ainda mais a efetiva libertação do mundo dos conceitos, exigindo do operador do direito o conhecimento exclusivo da lei, e fazendo com que a situação fática seja simplesmente ignorada ou menosprezada, já autonomizando, assim, a idéia de fato e de direito.

No primeiro subtítulo deste capítulo, observou-se que a herança romano-canônica deixou a idéia de que o *decidir* era permitido apenas ao pretor, como detentor dos atos de império, ao passo que à jurisdição, como idéia de direito, cabia apenas julgar, declarando o direito; observa-se o quanto a idéia de verdadeira decisão passou a significar um ato de vontade, do qual o julgador na jurisdição seria desprovido.⁸⁵

⁸⁵ Jurisdição e Execução, p. 34.

Se na jurisdição, notadamente estigmatizada como procedimento ordinário, o juiz somente declara direitos, segundo a concepção romana, então o ato jurisdicional é desprovido de conteúdo executório e portanto não atinge de forma imediata o fato da vida real. Como bem lembra Ovídio Baptista da Silva, a neutralidade axiológica da ciência processual é o seu dogma, de modo que a concepção de jurisdição como mera declaração de direitos já estabelecidos também sustenta a univocidade de sentido, cuja ruptura é vedada.⁸⁶

Logo, o temerário alcance da experiência e da análise jurisprudencial do fato se justifica perfeitamente na concepção racionalista, pois a segurança foi o maior bem visado na constituição do Estado e do Direito, assim como para o capitalismo, que como doutrina liberal econômica, nasceu com o Estado e o Direito.

Diante disso, também se pode observar que o fato é temido porque a análise do fato e da experiência certamente trará algo novo. Além de temido o fato, a ordem estabelecida através de um sentido unívoco também teme o novo. Somente a reprodução de sentido pode dar ao Estado a garantia de manutenção do sentido unívoco da lei, do *statu quo*, o que é muito bem representado pelas súmulas dos tribunais, situação agora agravada pela institucionalização da súmula vinculante, a partir da edição da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31/12/2004.⁸⁷

⁸⁶ Processo e Ideologia, p. 301.

⁸⁷ Ver Art. 103-A, introduzido pela EC 45/04.

Outro exemplo no direito processual que representa a idéia de direito como lei, separado dos fatos da vida, é a impossibilidade de reexaminar-se, nos recursos constitucionais, os elementos fáticos que a causa encerra. Novamente está-se diante de uma verdade estática, pré-constituída e meramente reproduzida, em que o verdadeiro sentido do direito continua oculto no momento de sua realização através da prestação jurisdicional.

Em virtude disso, institucionalizou-se a idéia de que a justiça decorre da sujeição ao sentido unívoco da lei, a ser aplicado pelo julgador para a “justiça” prevaleça. Do contrário, estar-se-á diante de um julgador arbitrário,⁸⁸ o que por si só revela o apego extremado às ideologias veladoras de verdades que identificam o pensamento conservador.

Neste sentido, Karl Mannheim, citado por Ovídio Baptista da Silva, vai firmar que *“A marca registrada do pensamento conservador é justamente essa naturalização de realidade que ele elabora, de modo que todos aqueles que procurem questioná-la, tornam-se, a seus olhos, ideológicos. É esta “naturalização” da realidade social própria do pensamento conservador a que Herbert Marcuse se refere como “racionalidade do statu quo”.*⁸⁹

Não poderia ser diferente o pensamento de Luis Alberto Warat, para quem *“não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com*

⁸⁸ Processo e Ideologia, p. 290.

⁸⁹ Karl Mannheim, *apud* Ovídio B. da Silva. Processo e Ideologia..., p. 16.

os processos mediante os quais os sujeitos sociais são dominados e coisificados”.⁹⁰

Ainda, citando Karl Mannheim, Ovídio Baptista da Silva alerta que “Normas, teorias e modos de pensamento e teorias antiquadas e inaplicáveis tendem a degenerar em ideologias, cuja função consiste em ocultar o real significado da conduta, ao invés de revelá-lo. Sob este ponto de vista, o conhecimento torna-se ideológico quando deixa de levar em conta as novas realidades, lidando com as situações práticas através de formas de pensamento que as ocultem ou as retratem através de categorias impróprias”.⁹¹ (g.m.)

A partir disso, adverte o eminente processualista que “Se pensarmos em nossas instituições processuais, veremos que o profundo compromisso com o Racionalismo que as envolve empresta um caráter ideológico a nosso sistema judiciário, precisamente por representar um “modo de pensamento” anacrônico, superado pelo desenvolvimento histórico que nos separa do Iluminismo do século XVIII.”⁹²

Tais são as verdades do pensamento ocidental, fortemente presentes no século XX, que passaram a congelar o sentido das coisas, incluindo aí o modo de realização do direito-lei no processo civil, considerando a lei como

⁹⁰ Warat, Luiz Alberto. O direito e sua linguagem. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Fabris Editor, p. 47.

⁹¹ Silva, Ovídio Baptista, Processo e Ideologia, p. 22.

⁹² Processo e Ideologia, p.22.

detentora de uma verdade já definida e portanto estática. Neste sentido, Richard Palmer vai afirmar que *“o homem ocidental já não sente o ser como algo que constantemente aparece e desaparece do seu alcance; antes o vê sob a forma da presença estática de uma idéia...o pensamento que visa a verdade não se fundamenta na existência, mas sim na percepção de uma idéia; o ser não é conhecido em termos de experiência vivida mas em termos de idéia – estaticamente, como presença constante e atemporal”*.⁹³

Zygmunt Bauman, por sua vez, no posfácio de sua importante obra sobre a liquidez da realidade social, vai denunciar que *“O que a história faz corriqueiramente é um desafio, uma tarefa e uma missão para o poeta. Para elevar-se a essa missão, o poeta deve recusar servir verdades conhecidas de antemão e bem usadas, verdades já “óbvias” porque trazidas à superfície e aí deixadas a flutuar. Não importa que essas verdades “supostas de antemão” sejam classificadas como revolucionárias ou dissidentes, cristãs ou atéias – ou quão corretas e apropriadas, nobres e justas sejam ou tenham sido proclamadas. Qualquer que seja a sua denominação, essas “verdades” não são as “coisas ocultas” que o poeta é chamado a desvelar; são antes partes da muralha que é missão do poeta destruir. Os porta-vozes do óbvio, do auto-evidente e “daquilo em que todos acreditamos, são falsos poetas...””*.⁹⁴(g.m.)

Para a jurisdição, tais reflexões ganham extrema relevância, na medida em que permite questionar o pensamento dogmático que tem em sua

⁹³ Palmer, Richard. *Hermenêutica*, p.148.

⁹⁴ Bauman, Zygmunt, *Modernidade Líquida*, p. 231

essência a concepção iluminista de lei como detentora de uma verdade única e abstrata, tornada concreta ao ser usada pelo julgador.

No entender de Ovídio Baptista da Silva, *“Não existe mais a lei sonhada pela Revolução Francesa. No Estado transformado em “administração”, sob o qual vivemos, a lei não passa de um instrumento de governo. (...) Estas circunstâncias, que seriam escandalosas para o liberalismo europeu, obrigou-nos a aceitar, queiramos ou não, a verdade de que a lei não possui verdades, ou uma univocidade de sentido, que foi o sonho do Iluminismo, pressupondo-a portadora de uma vontade, perenemente válida, enunciada em um texto milagrosamente transparente”*.⁹⁵

A partir de tais citações é possível observar que a segurança teoricamente garantida pelo sentido unívoco da lei tornou-se uma obviedade ao longo dos séculos e, a partir disso, uma verdade inquestionável. A lei passou a carregar consigo um sentido de valor único e estático, encontrando seu lastro no conceito restrito de jurisdição como mera declaração de direitos, fora do alcance do mundo real.

E veja-se que a estratégia usada pelos “porta-vozes” do óbvio foi justamente manter neutralizado o julgador, para que sua atividade assim se restringisse à reprodução do sentido unívoco da lei.

⁹⁵ Silva, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Revista de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 331.

O mundo do direito de um lado, mundo da vida de outro: o retrato da concepção de lei fora do seu contexto histórico-temporal.

Com efeito, para devolver à função jurisdicional o seu poder de decisão e ordenação, e com isso torná-la mais próxima e comprometida com a idéia de direito e de fato como elementos indissociáveis, é necessário repensar o processo civil adequado à realidade social e complexa do século XXI, o que deve partir, essencialmente, da revisão do que se compreende por fato e direito.

É preciso compreender, também, a jurisdição, não só como meio declaratório de direitos, tal qual idealizado pelos romanos e assegurado pela modernidade, e não só como meio de concretização da vontade do legislador (*mens legis*), como quer o pensamento iluminista, pois é da natureza da jurisdição o exame do fato e do direito, através da interpretação interativa-dialógica da lei diante da sociedade, num dado momento, num determinado contexto social.

Lembrando Bauman, é preciso questionar as obviedades que cegam o poder de reflexão e mantêm o perfil estático e mecânico do operador do direito; é preciso denunciar “as verdades” que calaram as instituições jurídicas, e que hoje não mais servem para a idéia de um país democrático defensor de direitos.

A concretização do sentido da lei deve acompanhar a contemporaneidade, para que assim obtenha sentido dentro do seu contexto histórico. Ao mesmo tempo, deverá o operador do direito libertar-se dos normativismos da modernidade, assim como do pensamento iluminista, suspendendo os princípios arcaicos tão defendidos pela dogmática jurídica, para que assim a realização do direito esteja mais próxima da realidade complexa e fluida do século XXI.

Capítulo 2

MUNDO JURÍDICO E MUNDO DA VIDA (?)

“...Sentencia justa en este sistema no significa sentencia conforme al sentimiento social, sino que quiere decir simplemente sentencia conforme a la ley...”
Calamandrei, Proceso y Democracia, p. 73

2.1. O normativismo dogmático e o princípio liberal-iluminista da Separação dos Poderes

“...No queremos saber nada de los jueces de Montesquieu, ‘êtres inanimés’, hechos de pura lógica. Queremos jueces con alma, jueces engagés, que sepan llevar con humano y vigilante empeño el gran peso que implica la enorme responsabilidad de hacer justicia”
Calamandrei, Proceso y Democracia, p. 83

Tratar da distinção entre a questão de fato e a questão de direito é em essência adentrar no pensamento estruturante do sistema processual, o qual, no século XIX, vai contar com o pensamento iluminista, que tem sua expressão máxima no princípio da separação dos poderes, para estabelecer os seus códigos e dar raiz ao positivismo lógico.

O pensamento iluminista visava sobretudo manter a concepção da lei como um ideal de certeza e segurança, a qual, por sua vez, tornou-se a própria idéia de Direito, como ciência pura e abstrata, a ser meramente aplicada pelo julgador ao fato deduzido em juízo.

No ensinamento de Giuseppe Chiovenda, o pretor romano tinha poder quase legislativo, sobretudo porque decretava fórmulas para o caso concreto, as quais, posteriormente, passavam a fazer parte do conjunto das leis. Ainda, num país de poucas leis escritas, a missão do juiz se assemelhava à do legislador, caso em que não descobria a norma ao acaso, mas sim a encontrava em sua consciência jurídica, consonante com a consciência geral. Já no direito moderno, a aparente unidade do mister do juiz com o do legislador desaparece, já em virtude do princípio da separação dos poderes, que na legislação italiana restringe a interpretação das leis ao poder legislativo (art. 73 do Estatuto Italiano).⁹⁶

Logo, o pensamento dogmático objetificante que amarra o Direito na atualidade tem lastro, sem dúvida, no anacrônico princípio liberal-iluminista da separação dos poderes, o qual, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, integrou a formação do sistema processual brasileiro e a nossa cultura jurídica, eis que *“Esse pressuposto ideológico impede que se conceba o direito, particularmente o processo, como uma instância hermenêutica...”*.⁹⁷

⁹⁶ Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, p.61.

⁹⁷ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, pp.253-254.

Também Piero Calamandrei alerta para a estagnação da criação do direito, ao afirmar que *“...frente a esta justicia dinámica y romántica, los ordenamientos constitucionales fundados en la separación de poderes, otorgan la preferencia al sistema estático y ‘racionalizado’ de la creación legislativa del derecho, que pretende realizar de manera absoluta la separación entre justicia y política”*.⁹⁸

Assim, num primeiro momento, observa-se que o modo conservador de realização do direito através do processo civil ainda está apegado ao modelo normativista de cunho liberal, que encontra pilar no princípio da Separação dos Poderes, sobretudo no aspecto da valorização extremada da lei como ideal de justiça, cuja certeza somente pode ser assegurada pela aplicação dedutivista da lei (Direito) sobre o fato.

O art. 2º da Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Ainda, são instituídos como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, no art. 1º da Constituição Federal, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. O art. 3º, por sua vez, institui como objetivos fundamentais do Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem

⁹⁸ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 69

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Mas este compêndio de princípios, valores e objetivos nacionais, ainda não fora efetivamente absorvido pelos Poderes da República, cuja preocupação maior, passados quase vinte anos da promulgação da Carta Política, é ainda a de manter a sua própria autonomia enquanto poder instituído, perante os demais. A título de exemplo, várias são as decisões judiciais que têm abordado a questão acerca da alegada invasão do Judiciário sobre a competência do Executivo, em face da omissão da Administração Pública no que toca à materialização dos direitos fundamentais.⁹⁹ Será que o impasse existe realmente? O que legitimaria, por exemplo, a suposta “invasão” da Jurisdição na Administração Pública, para que restasse garantido o disposto no art. 2º da Constituição Federal?

A toda evidência, num ambiente de Estado Democrático de Direito não se pode permitir a prevalência de uma concepção liberal já ultrapassada. Neste contexto, é o princípio da separação dos poderes que deve se curvar diante dos valores constitucionais, os quais, pode-se dizer, conferem legitimidade à atuação da Jurisdição Constitucional, sem que isso venha a significar uma invasão de competência.

⁹⁹ Cite-se o voto proferido pelo Des. Luiz Felipe Brasil Santos, nos autos da AC nº 70009712126, julgada pela 7ª Câmara Cível em 13/10/2004, e do voto proferido pela Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, nos autos da AC nº 70009894858, julgada pela 22ª Câmara Cível no dia 09/11/2004.

De tal modo, não se pode admitir que o princípio da separação dos poderes encontre o mesmo sentido e importância em pleno século XXI, pois é justamente a supremacia constitucional que impede seja sobrelevado o distanciamento entre os poderes em detrimento dos princípios do Estado Democrático de Direito, concretizados pela Jurisdição.

Ovídio Baptista da Silva lembra oportunamente o desespero de Napoleão ao perceber que seu Código seria inevitavelmente interpretado, ao não ter dúvida de que a criação jurisprudencial do direito roubaria-lhe uma parte significativa de poder, haja vista que a interpretação das leis codificadas acabaria democratizada.¹⁰⁰

De efeito, pela relevância do conteúdo dos direitos fundamentais e sociais, base ideológica do Estado Democrático de Direito, assim como pela necessidade de conferir-lhes valor e sentido através da Jurisdição, torna-se claro que realmente desimporta o agente concretizador de tais direitos. Desimporta, portanto, se o acontecimento de tais direitos decorra de poder que não tenha “competência” institucional para tanto.¹⁰¹

¹⁰⁰ Silva, Ovídio Baptista da Silva. *Processo e Ideologia*, p. 25.

¹⁰¹ É importante ressaltar que não se pretende aqui abandonar o texto constitucional ou legal e dar absoluta liberdade ao poder judiciário para deliberar sobre a realização dos direitos, assim como não se pretende, na perspectiva desta pesquisa, abandonar radicalmente o direito positivado. A proposta é de superar o normativismo erigido à categoria de dogma, supremo e absoluto, cujo resultado inevitável é a realização do direito fora de seu contexto histórico. Segundo Ovídio Baptista da Silva, é uma transformação do conceito de lei que se espera, em superação ao conceito iluminista que aprisiona o Direito (Fundamentação das sentenças...p.327). É o pensamento dogmático objetificante que se pretende superar, não o texto legal. Ainda, de consenso com o que ensina Lênio Luiz Streck, a norma jurídica como resultado de uma decisão judicial somente terá validade ou legitimidade se a atribuição de sentido que lhe for conferido pelo julgador estiver em conformidade com a Constituição. Observa-se tal conformidade no atendimento de uma pré-compreensão acerca do sentido desta Constituição, a qual já se encontra, em face do processo de antecipação de sentido, numa co-pertença “faticidade-historicidade do intérprete e Constituição-texto infraconstitucional”(…)Um texto jurídico (um dispositivo, uma lei, etc.), jamais é interpretado desvinculado da antecipação de sentido representado

Da mesma forma, se a Jurisdição Constitucional passou a exigir uma ação mais efetiva dos demais poderes públicos para a realização de tais direitos, por meio de suas decisões judiciais, nenhum poder do Estado, igualmente comprometido com os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, poderia invocar a famigerada invasão de competências para impedir tal desiderato.

Neste mesmo sentido, Andréas Krell afirma que *“Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”*¹⁰². Neste sentido, lembra o autor da ineficácia do Mandado de Injunção – Art, 5º, LXXI - e da ADIN por omissão – Art. 103, §2º, ambos da Constituição Federal de 1988-, um perigo para a classe liberal individualista.

Ainda, ao citar Karl Loewenstein, Krell lembra que *“a chamada Separação de Poderes, na verdade, não é nada mais que o reconhecimento de que por uma parte do estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outra, os destinatários do*

pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”.(“Bem Jurídico e Constituição” - Boletim da Faculdade de Direito, vol. LXXX, Coimbra, 2004, p.304).

¹⁰² KRELL, Andreas J. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 88.

poder saem beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o objetivo ideológico da teoria da separação de poderes. No entanto, o princípio da necessária separação de funções estatais segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, nem é essencial para o exercício do poder político, nem apresenta uma verdade evidente e válida para todo tempo.(...) O descobrimento ou invenção da teoria da separação de funções esteve determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como uma proposta ideológica do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia no século XVII e XVIII”.¹⁰³ (g.m.)

A partir disso, Krell conclui que “O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos, para que a separação de poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito”¹⁰⁴ e que “o apego exagerado do judiciário à teoria da Separação dos Poderes é resultado de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, que ainda não se adaptou às condições diferenciadas do Estado Social e está devendo a atualização e re-interpretação de velhos dogmas constitucionais” .¹⁰⁵ (g.m.)

¹⁰³ Krell, Andreas. Direitos Sociais...p.89.

¹⁰⁴ Krell, Andreas, Ob.Cit.,p.90.

¹⁰⁵ Krell, Andreas, Ob.Cit.,p.91.

A problemática acerca da separação dos poderes vai também ser considerada por Luiz Bolzan de Moraes como o principal entrave para a realização dos princípios constitucionais, no âmbito do Estado Democrático de Direito, na medida em que a visão liberal de Estado, pilar da separação dos poderes, em definitivo não permite a concretização da proposta dirigente da Constituição Federal de 1988, fundada nos princípios de um Estado Democrático e de Direito.

Neste sentido, Bolzan de Moraes afirma que “Nesta perspectiva, são significativos os trabalhos que apontam para um certo pluralismo de ações e um pluralismo funcional, seja legislativo, executivo ou jurisdicional, quando o ente público estatal, no reflexo de sua fragilização/fragmentação como espaço público de tomada de decisões, como autoridade pública, se coloca ao lado e em competição com outras estratégias de diversos matizes e procedências”.¹⁰⁶

Ainda, continua a defender o autor que “de outro lado, é preciso que se analise, ainda, a transformação que se observa nas relações mesmas entre as funções estatais tradicionais quando, até mesmo, cada uma delas, como reflexo de sua perda de importância própria, se projeta sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra ou quando, em face do novo acerto relacional que se estabelece, a idéia de atribuições distintas vai sendo substituída por uma unidade comprometida”, de modo

¹⁰⁶ Moraes, José Luiz Bolzan de. *A jurisprudencialização da constituição. A construção jurisdicional do estado democrático de direito*. In Anuário de Pós Graduação em Direito – Mestrado, 2002, p. 309.

que conclui o autor que “deveríamos falar em convergência funcional de poderes para a realização deste projeto de sociedade, Estado, Direito e Democracia, formando a tal unidade acima referida”.¹⁰⁷ (g.m.)

Dito isso, o princípio da separação dos poderes precisa ser revisitado e repensado pelos entes públicos, quando se trata de concretização dos direitos fundamentais, até mesmo porque a Constituição Federal, em seu art. 2º, confere-lhes independência e harmonia, mas também impõe igualmente a todos, incluindo o cidadão, o compromisso com a realização dos propósitos do Estado Democrático de Direito.

Tais referências tornam-se importantes para o presente estudo, na medida em que o princípio da Separação dos Poderes concedeu ao poder legislativo uma supremacia com relação à constituição e realização dos direitos através do direito positivo, reforçando, neste sentido, a idéia de Direito como ciência lógica, pura e abstrata, ou seja, concebendo o Direito como lei, na qual estão depositados os ideais de certeza e segurança jurídicas. A partir disso, dentro desta sistemática, caberia ao poder jurisdicional, única e tão somente, a intermediação e a concretização deste direito no desenrolar do processo.

Partindo dessa linha de entendimento, cumpre ao julgador tão somente o enquadramento do fato concreto deduzido em juízo à previsão legal, o que daria um respaldo de certa forma constitucional ao esquema

¹⁰⁷ Idem.

silogístico-lógico de aplicação do direito, reforçando ainda mais a separação dramática entre questão de fato e questão de direito, que no dizer de Ovídio Baptista da Silva, é princípio estruturante do sistema.¹⁰⁸Larenz também se refere à tal separação como teorema que atravessa todo o direito processual.¹⁰⁹

No dizer de Sergi Guasch Fernández, a decisão jurisdicional integra o ordenamento jurídico como ato intelectual, pois o que a norma jurídica pode expressar não tem sentido completo até que não seja aplicada ao caso concreto da realidade social,¹¹⁰ destacando ainda que a norma jurídica, ditada por uma autoridade que está legitimada pelo aparato jurídico de uma sociedade, deve estar em contato com uma realidade em constante evolução para por em relevo uma experiência que merece tutela.¹¹¹

É por isso que esse modo arcaico e conservador de realização do processo civil já não comporta mais a complexidade social do século XXI, sendo possível reconhecer, portanto, que se está diante de um ponto de exaustão no que se refere à efetividade da prestação jurisdicional advinda de um sistema processual caracterizado pela separação entre fato e direito, avalizado pela concepção liberal-iluminista, cujo ínone é justamente o princípio da separação dos poderes.

¹⁰⁸ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.240.

¹⁰⁹Larenz, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*, p.304.

¹¹⁰ Fernández, Sergi Guasch, *El hecho y el Derecho en la cassación civil*, p. 156.

¹¹¹ Fernández, Sergi Guasch, *El hecho...*p. 157.

Ovídio Baptista da Silva destaca que *“Todos sabem que o ideal político da “separação de poderes” é impraticável na sociedade contemporânea. Mas o Direito – referimo-nos ao direito processual civil – ainda não absorveu este fato político. Para ele, a história parou no século XIX. Certamente nossos magistrados procuram formar direito, embora o façam dissimuladamente. A questão é que tanto o sistema, quanto a doutrina que lhe dá cobertura, estão formados para proteger e praticar o dogma da “separação de poderes”. Daí porque não devemos depositar demasiada esperança na “Reforma do Poder Judiciário”, se não estivermos dispostos a repensar os fundamentos do sistema, superando os ideais do Iluminismo”.*¹¹² (g.m.)

Portanto, o começo do dar-se encontra-se justamente no repensar dos dogmas políticos e filosóficos que estruturam o pensamento dogmático jurídico na atualidade, dentre eles o Princípio da Separação dos Poderes, sem o que não é possível superar a distinção entre questão de fato e questão de direito.

A proposta é de repensar as bases políticas que institucionalizaram o direito processual no século XIX e, se não se subsiste a filosofia iluminista de posituação dos direitos e, se não subsiste mais os mesmos rumores históricos dos séculos passados, não há o menor fundamento fático e político para que sobreviva a importância dos desígnios de Montesquieu.

¹¹² Silva, Ovídio Baptista da. Processo e Ideologia, p.318.

2.2. O fato e o direito no silogismo judicial - Os fatos à margem do direito

“O juiz deve aplicar a lei e não revogá-la a pretexto de atingir um ideal subjetivo de justiça (RTJ – 103/1262)

A vida de um lado, o direito de outro. Esta foi a essência trazida para o Direito, quando o homem medieval abandonou seus mitos para depositar na ciência insurgente toda a certeza e a segurança necessárias para a busca da verdade.

Para conferir ao Direito tal idealismo, foi o mesmo transformado em entidade abstrata e coercitiva, abstração esta que não permitia o alcance dos fatos, do mundo e, portanto, da vida. Numa época em que o mundo assistia ao nascimento do Estado Moderno, nada poderia ser mais eficaz, a título de concepção de Direito, uma vez que a lei se tornaria verdade inquestionável, ditada por um poder dominante da sociedade e possivelmente detido por classes mais favorecidas economicamente, as quais buscavam justamente a garantia de seus próprios interesses transformados em direitos.

No dizer de Ovídio Baptista da Silva, *“É necessário ter presente que a separação entre “direito e “fato” foi uma ambição das filosofias modernas, estando ligada, sem dúvida, à concepção do Direito como uma prescrição normativa. É o fundamento de todas as formas de normativismos”*.¹¹³

¹¹³ Silva, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças...* p. 349.

Para garantir tal intento, e ao mesmo tempo caracterizar a abstração que se acometeu sobre o direito, nada também poderia ser mais adequado do que o método silogístico-subsuntivo, que impunha a realização do direito através de um simples acoplamento da lei (premissa maior) sobre os fatos (premissa menor).

Castanheira Neves, logo no início de sua extensa obra sobre a problemática da distinção entre fato e direito, denuncia exatamente o propósito duvidoso do silogismo judicial, em razão do que vai afirmar que *“Seremos exatos se dissermos que, de início, não se pretendia verdadeiramente, com a invocação do silogismo, mais do que traduzir de forma impressiva o enunciado de um princípio regulativo, de um paradigma ou padrão ideal a prescrever às decisões judiciais e como meio de lhes definir o que político-ideologicamente se pretendia delas. E o que se pretendia era, sem dúvida, a realização destes postulados políticos-jurídicos: a exclusiva titularidade do direito pelo Estado, pelo poder legislativo, segundo o princípio revolucionário e parlamentar da “separação dos poderes”; e a total exclusão do poder criador de direito por parte da função judicial já como consequência daquele princípio, já para lograr uma absoluta garantia contra o arbítrio judicial de que se fizera experiência no ancien régime”*.¹¹⁴ (g.m.)

¹¹⁴ Castanheira Neves, Antonio Carlos. *Questão de Fato e Questão de Direito. O Problema Metodológico da Juridicidade*, Coimbra: Livraria Almedina.1967, p. 108.

Também em outra obra mais recente, ao tratar da pura normatividade do Direito, o mestre português afirma que “...a realidade histórico-social da aplicação do direito vê-se concebida como uma realidade analisável em termos de factos, como a totalidade dos factos correlativos à racional abstracção das normas ou como a correlativa factualidade (empírica) da idealidade lógica (racional) das normas (da sua lógico-conceitual representatividade e hipotética previsibilidade normativo-regulativa) e isto justamente como condição de possibilidades de aplicação lógica. E se a realidade histórico-social, como realidade humano-prática, não se oferece fenomenologicamente desse modo, como um acervo de factos discretos, mas em unidades de acontecimentos práticos histórico-socialmente estruturados, em especificados casos práticos-sociais, se portanto essa forma de ver a realidade traduz uma analítica decomposição dessas unidades e desses casos em elementos empíricos diferenciados, é isto assim porque era igualmente própria dos racionalismos moderno e epistemológico-positivista, em que o normativismo encontrou a possibilidade da sua explícita expressão, a dicotomia razão(lógica)-factos – dicotomia que o pensamento jurídico normativista se limitou a converter na sua dicotomia normas-factos”.¹¹⁵

Já Heinrich Henkel, ao tratar da separação lógico-conceitual da questão de fato e de direito, afirma que o postulado da separação “*Crea una*

¹¹⁵ Castanheira Neves, O Direito hoje e com Que Sentido, pp. 27-28.

valla contra los peligros de que el derecho se determine de un modo irracional, obedeciendo al puro sentimiento...”.¹¹⁶

A partir da citação de Henkel, observa-se a preocupação dos juristas com a arbitrariedade judicial, dando espaço justamente à aplicação das categorias lógicas binárias da matemática, absorvidas pelo pensamento jurídico, segundo o ensinamento de Ovídio Baptista da Silva, pois *“ou o juiz aplica a vontade da lei, ou, do contrário, será irremediavelmente arbitrário e despótico...”,¹¹⁷* de modo que, *“o termo médio que poderia quebrar o pensamento binário, a figura de um juiz não arbitrário, que se valesse, no entanto, de um poder apenas discricionário, vai além da compreensão do sistema”.¹¹⁸*

Seguindo os passos do mestre processualista, pode-se compreender que a resistência dos operadores do direito diante de um processo mais hermenêutico parte justamente deste pensamento binário, que criou dois pólos opostos na realização da prestação jurisdicional: ou aplica-se a lei e faz-se justiça, ou realiza-se um juízo arbitrário e sentimentalista. No dizer de Ovídio Baptista da Silva, *“ou o magistrado sujeita-se ao sentido unívoco da lei, ou será arbitrário”.¹¹⁹*

¹¹⁶ Henkel, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid, 1968, p. 153.

¹¹⁷ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.243.

¹¹⁸ *Processo e Ideologia*, p.243.

¹¹⁹ *Processo e Ideologia*, p.290.

E é justamente esse olhar sobre a prestação jurisdicional a partir do pensamento binário e, portanto, matemático, que se tornou verdade, construída a partir de uma crença ideológica em um direito seguro desde que representado pela e na lei. Tal quadro revela o que Henkel chamou de receio da eqüidade. De tal modo, enquanto o Direito, e por conseqüência o processo civil, estiverem absorvidos por tal ideologia, covarde e anti-dialética por excelência, remanescerá o pensamento dualista da questão de fato e da questão de direito.

Ainda, Castanheira Neves concebe a idéia de que a autonomia do direito intencionada pelo normativismo era a autonomia de uma normatividade constituída e sustentada no sistema auto-referente de sua abstrata racionalidade dogmática. No dizer do mestre português, este foi o seu maior erro, por fechar-se em si própria num sistema formal, alheia à realidade social que evoluía *“e assim se furtava não só aos compromissos políticos, sociais, económicos, etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade lhe exigia.”*¹²⁰

Em razão disso, na obra *Questão de Fato e Questão de Direito*, Castanheira Neves vai afirmar que o problema deixou de ser jurídico para se tornar lógico, fazendo com que para a doutrina se tornasse evidente a recondução do silogismo na aplicação do direito, pretendendo assim excluir

¹²⁰ Castanheira Neves, *O direito hoje e com que sentido*, p. 29.

o problema metodológico-jurídico da realização do direito, tornando-a um sinônimo da subsunção.¹²¹

A análise de Piero Calamandrei sobre o silogismo lógico e subsuntivo é apresentada ironicamente através de um esquematizado “ficheiro”, onde cada artigo de código do ordenamento jurídico é uma ficha, feita para cada modelo de determinado comportamento humano. Neste “ficheiro”, não cumpriria ao juiz outra coisa senão classificar o fato juridicamente, é dizer, *“reconocer en él los caracteres típicos de uno de los modelos previstos en el fichero”*, e, quando encontrado, prontamente ler na referida “ficha” a solução apropriada.¹²²

Estaria caracterizada assim, ironicamente, a atividade dos juizes de Montesquieu, não sendo outra a operacionalidade das Súmulas, agora com efeito e força vinculantes, a partir do Art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela EC 45/04.

Luiz Recaséns Siches, por sua vez, acusa de ingênua, cega e simplista a doutrina que, sustentada pelos postulados da Escola Exegética, considerava que a função jurisdicional consistia no exercício de um silogismo, que *“subsumía los hechos del caso planteado (premisa menor) bajo los preceptos legislativos (premisa mayor), y procedía luego a fallar*

¹²¹ Castanheira, *Questão de Fato...* pp. 112 e 116.

¹²² Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*. Buenos Aires: Editora EJEJA, pp.70-71.

(*extrayendo la consecuencia o conclusión*),¹²³ reduzindo a pessoa do julgador a uma “*máquina automática com tres ranuras y un botón*”.¹²⁴

De outro lado, Siches revela também que a concepção mecânica da função judicial traduzida no silogismo lógico foi duramente criticada por pensadores das mais diferentes concepções, a exemplo da jurisprudência teleológica defendida por Rudolph von Ihering (*Jurisprudencia en Broma y en Serio*¹²⁵), os movimentos renovadores do *commow law*, a sociologia jurídica alemã, francesa e norteamericana, as várias manifestações da filosofia jurídica existencialista, e as novas teorias do direito processual e do movimento realista, representado por Jeronme Frank,¹²⁶no direito anglo-saxão.¹²⁷ Ainda, ao tratar das diferenças entre o civil law e o *commow law*, Siches refere que, naquele ambiente do século XIX, a concepção mecânica da função judicial era a mesma que dominava os países latinos, onde vigorava um Direito codificado e legislado.¹²⁸

Castanheira Neves também vai tratar do surgimento da idéia de subsunção como laço de conexão entre fato e direito ao detalhar que “*Conhecida e interpretada a lei (a questão-de-direito) e determinados e provados os factos (a questão-de-facto), nem por isso se seguia de aí, imediatamente ou por mera necessidade lógica, a decisão concreta antes que*

¹²³ Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del derecho*, p. 202.

¹²⁴ Siches, *Nueva Filosofía...*p. 202.

¹²⁵ Siches, *Nueva Filosofía...*p. 35.

¹²⁶ Siches, *Nueva Filosofía...*p. 94.

¹²⁷ Siches, *Nueva Filosofía...*pp. 212-213.

¹²⁸ Siches, *Nueva Filosofía...*p. 208.

a subsunção lograsse conexionar estes factos com aquele direito, antes que ela preparasse e realizasse a concreta predicção”.¹²⁹

Por sua vez, Karl Larenz, ao tratar sobre a atividade do julgador diante da causa trazida a juízo, vai destacar o *proceso de enjuiciamiento* do julgador, ao descrever que *“El hecho en cuanto enunciado, tal como aparece en la premisa menor del silogismo de determinación de la consecuencia jurídica y también en el silogismo de subsunción, tiene que ser distinguido del hecho en cuanto fenómeno vital al que tal enunciado se refiere. La premisa menor del silogismo de subsunción es el enunciado de que las notas distintivas mencionadas en el fenómeno vital, el que tal enunciado se refiere. Para poder hacer tal enunciado, tiene que ser antes enjuiciado el hecho enunciado – es decir, el fenómeno vital – en lo que respecta a la presencia de las notas distintivas respectivas. En este proceso de enjuiciamiento – del que se ocupará más detenidamente el próximo capítulo – estriba, en verdad, el peso principal de la aplicación de la ley”*.¹³⁰ (g.m.)

Mas adverte o mestre alemão que é arriscado qualificar a formação da premissa menor somente através da subsunção, *“..pues, con ello, se oculta la participación decisiva del enjuiciamiento”*,¹³¹ e ainda que *“La integración de un fenómeno vital en el tipo o en la esfera de sentido de una pauta que precisa ser llenada de contenido, no es una subsunción, sino una integración*

¹²⁹ Castanheira Neves, Questão de Fato..., p. 117

¹³⁰ Larenz, Karl. Metodología de la ciencia del Derecho, p. 268.

¹³¹ Larenz, Karl, ob.cit., p. 269.

valorativa.”¹³²(g.m.) e que, por isso, “...en lugar del proceso de subsunción, se debiera hablar de la integración del hecho en el supuesto de hecho de la norma jurídica”.¹³³

Defendendo a idéia de um significado aos fatos atribuído pelo julgador, também defendida por Ovídio Baptista da Silva,¹³⁴ Larenz acentua que “*la subsunción presupone un enjuiciamiento del hecho, en cual, por su parte, no se refiere ya, en último término, al silogismo, sino sólo a juicios de percepción y experiencia*”.¹³⁵

Mas não é temeroso afirmar que ainda prepondera na atividade jurisdicional o processo de subsunção, muitas vezes sem que o próprio operador do direito se aperceba do trabalho lógico-dedutivista que está sendo mecanicamente realizado.

Neste sentido, no dizer de Sergi Guasch Fernández, foi a lógica que, com a inestimável ajuda do clássico silogismo judicial, manteve fervorosamente a idéia de que os fatos tivessem existência à margem do direito. Neste sentido, o autor refere que “*Para la teoría do silogismo, el mecanismo lógico de la sentencia jurisdiccional opera a partir de la distinción entre el hecho y el derecho. El silogismo había sido el instrumento empleado*

¹³² Idem.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Silva, Ovídio Baptista da Silva. Verdade e Significado. In Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: PPGD UNISINOS: mestrado e doutorado/orgs. Leonel Severo Rocha, Lênio Luis Streck, José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., São Leopoldo: UNISINOS, 2005., p. 269; ver também em www.baptistadasilva.com.

¹³⁵ Larenz, Karl, ob.cit., p. 269.

por la lógica para explicar la estructura de la sentencia sirviendo a lo que SOETEMAN llamaba función de coartada o alibi-function de la lógica por su construcción rígidamente formalista”.¹³⁶

Além disso, registra o autor espanhol que, apesar das críticas ao silogismo demonstradas nas últimas décadas, não faltam doutrinadores a defendê-lo como método de representação sintética mais facilmente compreensível, sobretudo diante do dever de motivação das sentenças a que está comprometido o julgador, tornando mais cômoda a sua análise quando estruturada por meio do método silogístico, que apresenta os fatos apartados do direito na decisão judicial.

Castanheira Neves, por sua vez, revela que a doutrina foi se dando conta de que o problema da distinção só tinha relevo no momento da aplicação concreta do direito e, portanto, no momento da entrega da prestação jurisdicional, *“por ser aí – como se dizia – que o direito e o facto entram em contacto numa relação em que nem sempre seria fácil distingui-los”*, reportando-se, ainda, em nota de rodapé, que tal posição é defendida por todos os autores tradicionais do esquema lógico-silogístico,¹³⁷ o qual posteriormente vai qualificar como *“uma hipótese metódica radicalmente inválida”*.¹³⁸

¹³⁶Fernández, Sergi Guasch, El hecho..., p. 197.

¹³⁷ Castanheira Neves, Antonio Carlos. *Questão de Fato e Questão de Direito*, p.100.

¹³⁸ Castanheira Neves, *Questão de Fato*...p. 105.

Assim, observa-se o quanto restou comprometida a eficácia do silogismo lógico, como metodologia necessária para a elaboração de uma sentença judicial, então questionada e negada por diversos juristas ao longo dos últimos dois séculos.

Mas a importância relegada a tal método de realização do direito, que está profundamente arraigado no processo civil, decorre sobretudo dos interesses políticos de origem racional-iluminista que lhe dão retaguarda, o que é denunciado por Castanheira Neves ao revelar que *“o esquema silogístico da aplicação do direito não traduz, nem pretende oferecer-nos a exata resolução metodológica de um certo problema e justamente o problema da concreta aplicação do direito – já que como tal, como verdadeira resolução metodológica de uma problema, teria ele de se nos impor a partir e com fundamento no caráter problemático desse mesmo problema, e não a partir e com fundamento apenas em alguns postulados ideológicos, a exprimirem outras tantas finalidades políticas”*, sendo que, *“enquanto instrumento expressivo do iluminismo revolucionário, enunciava...uma prescrição regulativa (um dever ser) como corolário de uma certa concepção ideológico-política por que se intentava moldar o Estado e as estruturas funcionais de seu poder”*, concluindo, ao final, que *“o silogismo era, numa palavra, postulado político não princípio metodológico - embora levando certamente na base do espírito do século que tinha por ideal e não duvidava da possibilidade de reduzir todos os processos humanos ao puramente racional”*.¹³⁹

¹³⁹ Castanheira Neves, Antonio Carlos. *Questão de Fato e Questão de Direito*, p. 109.

Nesta linha de princípios históricos e políticos, o mestre português ensina que somente com o positivismo jurídico legalista o silogismo adquiriu um caráter metodológico, destacando que *“Era, aliás, fácil para o racionalismo hipostasiante que sempre acompanhou o seu logicismo, imediatamente herdado do Iluminismo, a conversão das intenções normativas ‘a sentença deve ser proferida com a necessidade lógica de um silogismo’, ‘a sentença não deve criar direito’, nos descritivos encunçados ‘a sentença é um silogismo’, ‘é uma simples operação lógica’, ‘a sentença não cria direito’. Mas o que sobretudo importa acentuar é ter-se essa conclusão imposta mesmo ao positivismo jurídico como necessária desde que ele viera a identificar, em termos absolutos, o direito com a lei, e a esta, portanto, unicamente atribuía o poder de determinar o jurídico: pois se o direito ia dado prévia e absolutamente na lei, o jurídico esgotar-se-ia com o conhecimento do conteúdo preceptivo da norma legal, e o que ao juiz competia fazer a partir daí (uma vez obtido esse conhecimento de ‘o direito’) já não poderia oferecer a estrutura constitutiva e noética de um juízo jurídico, mas apenas a estrutura analítica e dedutiva de um juízo puramente lógico. Que o mesmo é dizer que a aplicação do direito, verdadeiramente, não punha um problema jurídico, exigindo uma normativa ponderação, e sim um mero problema lógico, a bastar-se com uma simples dedução. Foi assim que para a doutrina passou a ser evidente reconduzir-se a aplicação do direito a um silogismo”*.¹⁴⁰ (g.m.)

Ainda, em outra renomada obra, Castanheira Neves também vai ressaltar o aspecto político na aplicação silogística do direito, ao referir que o

¹⁴⁰ Castanheira Neves, Questão de Fato...Ibid, pp. 109-110.

*“O esquema silogístico-subjuntivo da aplicação da lei é o esquema demoliberal da aplicação do direito. Trata-se, pois, de uma igualdade de cariz estritamente formal e jurídico, a realizar por uma aplicação uniformemente geral das leis e que culminaria praticamente na certeza do direito ou na segurança jurídica. A igualdade, a liberdade e a segurança remetem-se aqui uma às outras e acabam por confundir-se”.*¹⁴¹

Ovídio Baptista da Silva também atenta para o fato de que, para entender o compromisso do Direito com o normativismo, é preciso considerá-lo a partir de seu pilar racionalista, a partir do qual a norma jurídica foi concebida para prescindir dos fatos.¹⁴²

Também Piero Calamandrei, ao ressaltar o lastro racionalista do silogismo judicial, revela que *“Este es el sistema de la legalidade, el mecanismo perfecto construido para los períodos felices de la vida constitucional. Es un sistema de calma y de optimismo, que corresponde a todos los principios iluministas de la democracia; es la ‘racionalización del poder’, que sustrae la decision judicial al capricho del juzgador; es la división de poderes, que separa los campos del legislador y del juez; es la certeza de los derechos, suprema garantía de la libertad personal”.*¹⁴³

¹⁴¹ Castanheira Neves, Antonio Carlos. O Instituto dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais, pp. 123-124.

¹⁴² Silva. Ovídio Baptista da. *Direito Material e Processo*, in Revista Jurídica NotaDez, n° 321, Julho/2004, p. 14.

¹⁴³ Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, p. 72.

E assim desprovido da vida, o Direito passou a ser compreendido como uma ciência lógica e abstrata, o que atingiu profundamente o processo civil, notadamente com largos efeitos sobre a atividade jurisdicional exercida através de um juízo lógico, sujeito e adstrito ao âmbito da legalidade, ditada pelo legislador.

Neste sentido, Castanheira Neves retrata claramente a atuação do julgador longe das relações sociais, ao referir que *“...A jurisprudência fundada sobre a concepção estatista do direito(...) procede em regra de modo a opor todo o restante acontecer social, como mero facto, à ordem incluída nas regras jurídicas. Para ela os usos sociais, as formas de posse, os contratos, os estatutos, as partilhas, as disposições de última vontade, não são, como fundamentalmente em Roma, na Europa medieval e ainda agora nos espaços jurídicos anglo-americanos, a matéria a partir da qual o juiz forma as suas normas de decisão para os conflitos de interesses, que aí surjam, mas factos que o juiz deve subordinar às regras jurídicas. É deste modo extremamente simples que se vê todo o direito se considera apenas o conjunto das regras jurídicas e a estas somente se terá de conformar a idéia da unidade do direito. O contacto imediato do juiz com a sociedade é eliminado: perante ele não estão relações sociais a solicitar-lhe a sua homologação, pois tem simplesmente de ajuizar sobre factos mediante regras jurídicas. Assim se chega a ver a essência da actividade judicial num deduzir lógico”*.¹⁴⁴ (g.m.)

¹⁴⁴ Castanheira Neves, Questões de fato e questões de direito, p.331.

A gravidade desta distância entre o realizar do direito e os fatos da vida social é observada também por Sergi Guasch Fernández como um problemático paralogismo processual doentio, ao afirmar que *“El problema de los hechos y el problema del derecho es el resultado de un verdadeiro paralogismo procesal que há ocasionado verdaderas desviaciones patológicas de orden teórico”*.¹⁴⁵

Como referido anteriormente, o caráter normativo-legalista que passou a perfilar o Direito, bem como a utilização do esquema lógico-silogístico no rito processual para garanti-lo, atribuiu à prestação jurisdicional um caráter estritamente lógico de subsunção dos fatos ao direito, institucionalizando, assim, a clássica separação entre fato e direito.

Passou a interessar, assim, à lógica dominante, a separação conceitual, e por que não o afastamento, entre as questões de fato, da realidade social e do mundo, do ordenamento jurídico, distante e abstrato. Tal qual acentuado por Ovídio Baptista da Silva, era como se o Direito devesse permanecer imaculado, longe das impurezas do mundo real,¹⁴⁶ algo realmente herdado do direito canônico tecido no medievo pela Igreja Católica.

¹⁴⁵ Fernández, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la casación civil*, p. 178.

¹⁴⁶ Silva, Ovídio Baptista da. *Direito Material e Processo*. Porto Alegre:Revista Notadez de Julho/2004, p.7.

Sob este ponto de vista, Castanheira Neves questiona se o problema da concreta aplicação do direito se resolve metodologicamente segundo um esquema subsuntivo e de acordo com as distinções puramente lógicas que esse esquema pressupõe, quando é justamente neste ponto que a teoria subsuntiva tem sofrido dificuldades, na medida em que é cada vez mais freqüente, na doutrina, manifestações que defendem a necessária intervenção de momentos prático-emocionais e axiológico-valoradores em toda a concreta decisão jurídica, com os característicos processos sintéticos e intuitivo-criadores próprios desses tipos de pensamento, a exemplo de filósofos como Recaséns Siches, Karl Larenz e Miguel Reale, então citados na nota de rodapé.¹⁴⁷

Neste sentido, Castanheira Neves ensina que a aplicação do direito, especialmente a decisão judicial, não é o resultado de um processo lógico, da subsunção do caso concreto da vida no *Tatbestand* da lei, mas uma decisão de vontade ainda que vinculada.¹⁴⁸

E sobre a diferença entre decidir e julgar, Ovídio Baptista da Silva já havia ensinado que “a doutrina processual passou a identificar inadvertidamente como sinônimos o *juízo* e *decisão*”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Castanheira Neves, *Questão de Fato...*, p. 123.

¹⁴⁸ Castanheira, *Questão de Fato...*, p. 124.

¹⁴⁹ Silva, Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução*, p. 114.

Em obra recentemente publicada, o mestre processualista vai reafirmar que *“Julgar é atividade de um juiz incumbido de declarar (ato cognitivo) a vontade da lei; decidir (ato volitivo) é a consequência da faculdade de julgar e pressupõe o poder de “decidir-se” entre duas ou mais alternativas possíveis, quer dizer, legítimas”*.¹⁵⁰

Ainda, acrescenta o mestre processualista brasileiro que *“Esta é outra consequência imposta aos magistrados do Processo de Conhecimento, tomado, conceitualmente, como modelo do ato jurisdicional: como sua função deve limitar-se a esclarecer (tornar claro) o que está contido na lei, sem que lhe sobre qualquer parcela volitiva - pois o sistema não lhe dá duas ou mais alternativas legítimas de que ele possa valer-se, apoiado em critério de razoabilidade –, o juiz não será uma entidade que possa decidir, uma vez que não pode, antes, “decidir-se”*.¹⁵¹

A partir daí, Ovídio Baptista da Silva ensina que o conceito de pretensão adotado pela doutrina italiana e brasileira, como duplicação do conceito de direito subjetivo, reside no compromisso com o normativismo, *“que tem como uma de suas consequências, a separação entre norma e fato, entre o que seria autenticamente jurídico e aquilo que, sendo apenas uma de suas consequências, haveria de ser considerado tão-somente fato”*.¹⁵²

¹⁵⁰ Silva, Ovídio Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, p. 274.

¹⁵¹ *Processo e Ideologia*, p. 274.

¹⁵² Silva, Ovídio Baptista da. *Direito Material e Processo*. Revista Notadez, nº 321, Julho/2004, p. 13.

Contudo, não só ao apego ao legalismo-normativista se deve a problemática do silogismo e a separação de fato e direito, pois, como assinala Sergi Guasch Fernández, *“La legalidade se defiende no sólo controlando la correcta interpretación de la norma, sino también adaptando el criterio interpretativo a la realidad”*.¹⁵³

De tal modo, como compreender, então, a idéia de fato e de direito, no âmbito do processo civil: como institutos distintos entre si ou como elementos-parte de uma mesma unidade?

2.3. Questão de fato e questão de direito: distinção necessária ou unidade inafastável?

“Narra mihi factum, dabo tibi ius”

“Porque pensamos através de conceitos, não nos é dado compreender que a lei seja uma categoria histórica”
Ovídio Baptista da Silva, *Processo e Ideologia*, p. 244.

O processo civil, na atualidade, como produto do trabalho de advogados e julgadores, está visivelmente definido pela concepção ideológica que distingue no rito processual o que se apresenta como fato e o que está posto como direito.

¹⁵³ Fernandez, Sergi Guasch, *El hecho...*, p. 168

Exemplo disso são os fatos fatalmente separados do direito, cujo exame não chega ao alcance das cortes superiores, haja vista que sua competência, no Brasil, está limitada ao exame da violação aos dispositivos de lei federal (Art. 105, III-a) e constitucional (Art. 102, III-a), segundo o disposto na Constituição Federal de 1988. A leitura que se faz é do exame restrito do direito, eximindo-se as cortes superiores do exame dos fatos, como se tal separação fosse assim tão facilmente possível.

Ainda, outro exemplo visível no processo civil é o julgamento antecipado do processo, na hipótese de a controvérsia restringir-se ao exame da “matéria de direito”, segundo previsão do Art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro. Na prática forense, observa-se que o magistrado, a pretexto de justificar o indeferimento de outras provas requeridas pelas partes, invoca a separação das “matérias” para encaminhar o processo para o seu julgamento antecipado.

E as alterações pelas quais vem passando o Código de Processo Civil deixam bem clara a manutenção desta lógica separatista.

A Lei nº 10.352, de 26/12/2001, emendou o Art. 515 do Código de Processo Civil,¹⁵⁴ que trata dos efeitos da apelação cível, incluindo um parágrafo terceiro que admite o julgamento de questões de mérito pela

¹⁵⁴ “Art.515(...)§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.”(NR)

primeira vez no Tribunal *a quo*, e portanto não apreciadas pela sentença extintiva, desde que a análise da causa revolva matéria exclusivamente de direito.

Mais recentemente, a Lei nº 11.277, de 07/02/2006, institui o Art. 285-A no Código de Processo Civil, apresentando como hipótese de dispensa de citação do réu quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos.¹⁵⁵

Mas o drama decorrente da enfadonha distinção entre fato e direito pode ser observado bem diante dos nossos olhos, no aprendizado das ciências jurídicas das Faculdades de Direito do país. Enquanto os alunos são preparados para prestarem exames da Ordem dos Advogados ou concursos públicos para cargos jurídicos, a problemática da vida fica à margem do “estudo”. O Direito assim recusa as suas origens e ignora a análise da conturbada e conflituosa convivência social.

No dizer de Ovídio Baptista da Silva, *“O estudante não tem acesso aos ‘fatos’, apenas às regras”*, pois *“O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da*

¹⁵⁵ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

argumentação forense, ainda não teve seu ingresso autorizado na Universidade brasileira".¹⁵⁶

Veja-se que para Castanheira Neves, uma das possíveis soluções para um novo sentido do direito, na via institucional, é justamente a conjugação dos tribunais e da universidade, pelas faculdades do direito,¹⁵⁷ estas com a missão reflexivamente explicitante e crítica do mesmo direito, inconformando-se o filósofo português com "a universidade reduzida a uma dialética profissionalizante, alheia, pela mediação decerto da ciência e da cultura, à vocação ético-cumunitária".¹⁵⁸

Recaséns Siches relata em passagem curiosa o modo como os seguidores da Escola da Exegética do século XIX advertiam seus alunos, no sentido de que "a tarefa do julgador de buscar a intenção do legislador exigia cuidado", sob pena de restar substituída a vontade autêntica do legislador por uma "vontade estranha".¹⁵⁹

Lá no distante ano de 1857, um Decano da Faculdade de Direito de Estrasburgo assim proferia a sua aula inaugural: "*Marcho en prosecución de lo que la ley há querido ser, a fin de saber lo que es; con el faro que alumbró necesariamente al mismo legislador trato de penetrar en el fondo de su voluntad escrita, para robarle su sentido y su alcance más íntimo, de la*

¹⁵⁶ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, pp. 36-37.

¹⁵⁷ Castanheira Neves, *O Direito hoje e com que sentido*, p. 74.

¹⁵⁸ Castanheira Neves, *O Direito hoje e com que sentido*, p. 75.

¹⁵⁹ Siches, *Nueva Filosofía ...*, p. 200.

misma manera que se sorprende el secreto de un ser vivo en su palabra y aun en su silencio. Revelo las cuestiones más graves que nacen de los textos, me esfuerzo por mostrar su verdadero origen, y por situar la lucha en su verdadero terreno; me pregunto cómo hubiera decidido el mismo legislador, para ser consecuente con sus otras voluntades...; de esta manera trato de pasar de lo conocido a lo desconocido”. Assim, “interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”.¹⁶⁰

Tal realidade só vem a reforçar a idéia do Direito como ciência abstrata, cuja aplicação conta com um sistema legalista operado por agentes treinados para conhecerem da lei, em que pouco se torna relevante o exame mais apurado dos fatos da vida. Veja-se que o contexto espelha sobretudo os valores do século XIX, abordados no primeiro capítulo deste trabalho, em pleno século XXI.

No dizer de Ovídio Baptista da Silva, *“a dramática distância entre direito, enquanto norma intemporal, e o fato social, o terrível descompasso entre direito e História, entremostam-se em toda sua crueza quando se percebe que a doutrina limita-se a auto-reproduzir-se quase mecanicamente, sem sequer tematizar seus grandes fundamentos e sem libertar-se da teia ideológica que a prende ao racionalismo dos séculos passados”*, concluindo, ainda, o mestre processualista, que é sobretudo irônico constatar que os regimes democráticos e populares modernos defendam com tanto ardor um

¹⁶⁰ Idem.

instrumento de tutela jurisdicional concebido pelos regimes absolutistas, como se os valores fundamentais e os interesses de ambos fossem idênticos”.¹⁶¹

Veja-se que até mesmo o grande processualista Giuseppe Chiovenda afirma que “...a atividade do juiz dirige-se, pois, necessariamente a dois distintos objetos: exame da norma como vontade abstrata da lei (questão de direito), exame dos fatos que transformam em concreta a vontade da lei (questão de fato). Resultado de sua atividade será a atuação da vontade da lei...”.¹⁶²

Já em sua obra mais recente, na abordagem sobre a problemática do paradigma racionalista, o nosso mestre processualista vai referir que “A busca se 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 do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que

¹⁶¹ Silva, Ovídio Baptista, Jurisdição e Execução, p. 199.

¹⁶² Chiovenda, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil, pp.59-60.

ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato”, hermeneuticamente interpretado.¹⁶³

Essa denúncia justifica o exaustivo capítulo primeiro desenvolvido no presente trabalho, pois em raros momentos os operadores do direito, dentro de sua abstrata ciência jurídica, são despertados para olharem pela janela, e assim refletirem sobre a realidade social que não deveria estar do lado de fora de sua atividade jurisdicional. Este é o retrato da relação sujeito-objeto tão criticada pela hermenêutica filosófica, a qual será melhor abordada no capítulo três, na seqüência deste trabalho.

E trazer a discussão da vida para o Direito, na tentativa de desmitificar a distinção entre questão de fato e questão de direito, é tão necessária quanto emblemática, da qual já se ocuparam grandes filósofos contemporâneos, a exemplo de Karl Engish, com o estudo da lógica material, e Chaïm Perelman. Ainda, especificamente sobre esta problemática, sob a influência de Perelman, trataram Paul Forières, Henri Buch e A. Bayart, expoentes da lógica material desenvolvida pela escola belga.¹⁶⁴

Ao tratar da lógica material de Karl Engish, Recasés Siches lembra que o filósofo alemão defende que a ciência jurídica não pode ser compreendida como ciência exata, uma vez que o Direito é produzido para a vida e, portanto, deve ser flexível e oscilante dentro das probabilidades

¹⁶³ Silva, Ovídio Baptista da Silva. *Processo e Ideologia*, p. 36.

¹⁶⁴ Siches, *Nueva Filosofía*...p. 120.

oferecidas pela sociedade.¹⁶⁵ Diante disso, é evidente que o jurista deve valer-se de critérios axiológicos, trazidos pela filosofia,¹⁶⁶ o que compõe a lógica material de English¹⁶⁷, diferentemente do que ocorre na lógica formal, que adota uma postura abstrata e dedutivista na aplicação do direito.

Além de fatos por si só, fatos enunciados e supostos de fatos, Karl Larenz, por sua vez, faz uma distinção entre os modos de apresentação dos fatos em juízo, a saber os juízos embasados na simples percepção, na interpretação da conduta humana, os juízos proporcionados pela experiência social e os juízos de valor.¹⁶⁸

Quanto aos juízos de percepção, Larenz afirma que os enunciados sobre fatos que se referem a situações reais geralmente se embasam em percepções. Já fatos juridicamente relevantes que podem ser constatados mediante a percepção são, por exemplo, o nascimento e a morte de um homem e, tratam-se de fatos que são capazes de ser provados no processo, sempre que discutidos.¹⁶⁹

Quanto aos supostos de fato das leis, Larenz afirma que não se referem somente àqueles fatos que se verificam por mera percepção, mas se referem em parte àqueles fatos e acontecimentos que se compreendem de um determinado modo, como por exemplo que há de interpretar-se como

¹⁶⁵ Siches, Nueva Filosofia...p. 121.

¹⁶⁶ Siches, Nueva Filosofia...122.

¹⁶⁷ Siches, Nueva Filosofia...122.

¹⁶⁸ Larenz, Karl. Metodologia...p. 277/278.

¹⁶⁹ Larenz, Karl. Metodologia...p. 278.

declaração de vontade jurídico negocial, além do que o suposto de fato exige uma valoração jurídica do ocorrido. Assim, os juízos que exigiram para qualificar um fato como aquele que se tem em conta no suposto de fato de uma norma legal, não se embasam somente em percepções e em sua associação em imagens representativas, mas sim em interpretação da conduta humana, na experiência social ou ainda em uma valoração.¹⁷⁰

Assim, no dizer de Larenz, *“...siempre que sea indiscutida la existencia de una relación jurídica, presupuesta en el supuesto de hecho, y sólo se discuta sobre la presencia de otros elementos del supuesto de hecho o sobre la consecuencia jurídica, no se precisa un tal retroceso. Por cierto que la existencia de una relación jurídica determinada en un tiempo determinado no es un hecho de la naturaleza, que como tal fuera accesible por principio a la percepción; pero sólo es un factum dentro del mundo de lo jurídicamente vigente aquí y ahora. Por ello, lo que es él mismo una consecuencia jurídica, que hay resultado de la aplicación de normas jurídicas a ciertos sucesos de vida, puede actuar también como elemento del supuesto de hecho de otra norma jurídica.”*¹⁷¹

Na obra intitulada “A distinção do fato e do direito sob o ponto de vista lógico”,¹⁷² traduzida do francês para a obra *Ética e Direito*¹⁷³, Chaïm Perelman questiona se “será verdade como pretendem vários juristas que o

¹⁷⁰ Larenz, Karl. Metodologia...p. 279.

¹⁷¹ Larenz, Karl, Metodologia...p. 279.

¹⁷² Perelman, Chaïm. La distinction du fait et du Droit le point de vue du logicien, in coletânea Le fait et le droit, Bruxelas, 1961, pp.269-278.

¹⁷³ Perelman, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

raciocínio do juiz pode ser reduzido a um silogismo, de um modo esquemático, no qual a maior enunciaria a regra de direito, a menor ofereceria os elementos fáticos, e a conclusão constituiria a decisão judiciária?

Na seqüência, o próprio autor responde e é categórico ao afirmar que tal análise é inadmissível, pois suprimiria todas as dificuldades levantadas pela distinção do fato e do direito.¹⁷⁴ Observa-se, no entanto, que a distinção é colocada mais de uma forma conceitual, sem qualquer efeito prático.

Castanheira Neves também identifica em nota de rodapé que, para a fase mais elementar e também mais ortodoxa do positivismo legalista, tal distinção sequer chegava a ser um problema, quando muito um postulado da posição lógica e enunciativa de dois objetos diversos, a norma e o fato, e nada mais.¹⁷⁵

No dizer de Perelman, *“A operação intelectual consistente na determinação do sentido e do alcance dos termos da lei se fundamenta, a um só tempo, nos elementos teóricos e nas considerações práticas que justificam a decisão do juiz de interpretar a lei de uma ou de outra forma”*.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Perelman, *Ética e Direito*, pp. 571-572.

¹⁷⁵ Castanheira Neves, *Questão de Fato...*, p. 95, nota de rodapé nº 13.

¹⁷⁶ Perelman, *Ética e Direito*, p. 580.

Sergi Guash Fernández, por sua vez, ao tratar desta problemática no âmbito do *recurso de la casación*, apresenta uma evolução histórica da distinção desses dois elementos. Afirma que no medievo, a norma jurídica não fixava elementos da situação fática, pois o juiz dispunha de maior discricionariedade e ampla faculdade de investigação dos fatos para remediar a incerteza que apresentava o direito. A partir disso, da própria reconstrução fática surgia a norma aplicável ao caso concreto.

Depois, com o ideário iluminista, em prol da segurança jurídica, rechaçou-se qualquer arbitrariedade, o que fez com que a lei adquirisse primazia. A partir daí, Fernández passa a afirmar que a assunção destas idéias supõe outorgar maior importância à interpretação do direito do que na busca do fato que, não obstante, fica predeterminado pela lei com a denominada *fattispecie*.¹⁷⁷

De tal modo, Fernández vai afirmar que *“La consecuencia más importante de la autonomía entre el hecho y el derecho es que mientras se diferencia entre una questio juris de la que estrictamente se rechaza el arbitrio judicial; hay una questio facti que queda al arbitrio judicial. Mientras en la Edad Media no existía una distinción absoluta entre el hecho previsto en la ley y el hecho supuesto de la decisión, la positivación del hecho en la norma determina que la averiguación fática deba coincidir con la hipótesis normativa. En este sentido, la cuestión de hecho pretende una amplia*

¹⁷⁷ Fernández, Sergi Guasch, El hecho...p. 179.

autonomia en el que aparece justifica el arbitrium del Juez entendido como amplia facultad de verificación del hecho”(g.m.).¹⁷⁸

Neste mesmo sentido, Piero Calamandrei revela que “...esa su tradicional separación entre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho, que parece expressamente creada para llevar a la exasperación el culto de la máxima y para prohibir al Juez que se deje comover por las exigencias equitativas del caso concreto, me pregunto si esse delicadísimo dispositivo, obra maestra del racionalismo iluminístico, es todavía idóneo para funcionar provechosamente en tiempos de renovación social, como son los nuestros, en que el Derecho en formación está todavía lleno todo él de sorpresas y mezclado y amalgamado en los hechos como el metal en el mineral apenas excavado”.(g.m.)¹⁷⁹

A partir disso é possível compreender que, além da limitação do poder de ordem e alcance efetivo dos fatos na atividade do pretor romano, também na idade moderna a separação entre fato e direito tenha servido aos interesses exclusivos da classe burguesa em ascensão, na época da positivação dos direitos, ao impor a total anulação do julgador na atividade jurisdicional de aplicação da lei, para garantir assim o postulado unívoco da lei, que encerrava o ideário iluminista de segurança e certeza jurídicos.

¹⁷⁸ Fernández, Sergi Guasch, El hecho...p. 179.

¹⁷⁹ Calamandrei, Piero, *apud* Fernández, Sergi Guasch, El hecho..., pp. 195-196.

De efeito, afora o aspecto político que sustenta a distinção entre a questão de fato e a questão de direito, observa-se que os critérios de que se vale a doutrina para justificar a autonomia de ambos não tem qualquer efeito na prática.

No dizer de Danilo Knijnik, a distinção serve mais onde problemas jurídicos de distinção efetiva não existem, pois não raro usam-se sofisticadas distinções e justificativas que, convenham-se, não resistem, quando verificadas em sua consistência interna, a uma crítica mais séria.¹⁸⁰

Sergi Guasch Fernández trás a análise da distinção entre questão de fato e de direito a partir de seu aspecto semântico, de seu aspecto jurídico e, ainda, analisando a função processual dos elementos fáticos,¹⁸¹ para, num segundo momento, tratar especificamente da distinção como fundamento de limite do poder cassacional.¹⁸²

Tal abordagem será seguida no presente estudo para elucidar as divergências doutrinárias a respeito da presente temática.

¹⁸⁰ Knijnik, Danilo. O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.5.

¹⁸¹ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho na casación civil, pp. 180-193.

¹⁸² Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., pp. 193-203.

2.3.1.O ponto de vista semântico

Do ponto de vista semântico, Fernández faz referência à doutrina de Michele Taruffo, com quem admite ser possível sejam adotadas expressões lingüísticas como “proposição de fato”, para indicar uma descrição de um fato, e “proposição de direito”, para indicar um enunciado jurídico, mas mesmo assim com diferenças mais aparentes do que reais.¹⁸³ Ainda, ao referir-se à Jerome Frank, revela que a distinção entre fato e direito causa uma tremenda ambigüidade, na medida em que o fato pode apresentar até seis significados diferentes.¹⁸⁴

Sergi Guasch Fernández lembra também o autor italiano Nasi, para quem a diferença entre fato e direito seria apenas semântica, tendo o fato como significado e o direito como significante e, portanto, incindíveis.¹⁸⁵

Horst-Erberhard Henke chega a afirmar que “...*El progreso científico en el deslinde de la cuestión de hecho y la cuestión de derecho demostró por cierto la defectuosidad lógica del término “cuestión de hecho”. Pero este término servía a la jurisprudencia como escudo contra las impugnaciones de casación y había llegado a serle tan indispensable que ya no pudo decidirse a*

¹⁸³ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p. 180.

¹⁸⁴ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p.181.

¹⁸⁵ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p.193.

abandonarlo,¹⁸⁶ concluindo ainda que chega a ser insustentável o termo “*cuestión de hecho*”.¹⁸⁷

Neste sentido, como bem acentua Danilo Knijnik, a concepção lógico-conceitual até pode resolver um bom número de casos, mas o critério dificilmente tem condições de operar na prática, porque implicará a ausência de qualquer limite prático ou teórico. Ao par da causa hermenêutica, referida pelo autor, tudo pode ser problema “subsuntivo” segundo esse conceito, lembrando-se, outrossim, que, presente a linguagem, tudo pode ser generalizado. No dizer de Knijnik, “...*qualificar uma conduta de culposa, um comportamento como contrário à boa-fé, um calçado como sapato ou sandália, um comportamento como lesivo ou inadequado, um dano como previsível ou não, uma conduta conforme ao costume ou aos usos do tráfego, enfim, tudo isso poderá ser considerado questão de direito*”.¹⁸⁸

2.3.2. O aspecto jurídico

Ao tratar do aspecto jurídico da distinção entre a questão de fato e a questão de direito, Sergi Guasch Fernández vai destacar que para a atividade jurisdicional, o fato irá adquirir importância não em seu estado

¹⁸⁶ Henke, Horst-Erberhard. *La cuestión de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1979, p. 208.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Knijnik, Danilo. *O Recurso Especial...*, pp.119-120.

puro, mas como conjunto de acontecimentos cujo valor jurídico dependa de um pronunciamento jurisdicional.¹⁸⁹

Aqui vale lembrar a referência de Ovídio Baptista da Silva a Dworkin, para quem o processo não trabalha com a idéia de fatos puros, mas sim fatos que carecem de significado, de modo que a partir do significado dado aos fatos pelo intérprete, em cada momento histórico experimentado por cada sociedade, alcança-se o sentido do direito, mas como momentos absolutamente imbricados, realizadas de forma simultânea, pois, segundo Ovídio Baptista da Silva, *“Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável “vontade da lei” não passa de uma doce miragem. Pode-se dizer que a verdade dos fatos interessa, sem dúvida, ao intérprete, especialmente ao juiz, porém apenas como o estágio inicial da formação de juízo; e sem perder de vista, no entanto, que os “fatos”, assim como a “verdade” com que lidamos são igualmente culturais, historicamente constituídos”*.¹⁹⁰

Tais colocações também são importantes para a definição de direito material e direito processual, na medida em que revelam que o direito não é simplesmente criado pelo processo.

¹⁸⁹ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p.182.

¹⁹⁰ Silva, Ovídio Baptista da, in *Verdade e Significado*, in Anuário de Pós graduação de Direito da UNISINOS, p. 266.

Assim nos ensina Ovídio Baptista da Silva, citando Paul Ricoeur, no sentido de que *“...o que se busca no processo é o significado a ser atribuído aos fatos. O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos significados que haverão de ser qualificados como jurídicos”*.¹⁹¹

De tal modo, partindo da concepção de que o juízo de valor sobre os fatos representará a impressão do julgador sobre os elementos de prova trazidos ao processo, inevitavelmente manter-se-á a distinção entre o elemento probatório e a questão de direito.

No que se refere à questão de fato frente aos elementos de prova, Castanheira Neves adverte que *“...a intenção interpretativa não se dirigiria a um facto (fenómeno ou acontecimento da realidade empírico-sensível, mas a um sentido (o sentido cultural das declarações negociais), determinável não por uma prova empírica, mas justamente e apenas por uma interpretação significativo-jurídica, a realizar não mediante simples juízos de facto, e sim através de juízos de valor ou de específicos actos compreensivo-culturais*.¹⁹²

Ainda, quanto ao exame do fato perante a prova, o mestre português vai afirmar que *“...por outro lado, carece de qualquer valor a circunstância de a questão de facto ir tradicionalmente identificada com a questão probatória e esta com as determinações de comum experiência empírica, pois não seria isso*

¹⁹¹ Silva, Ovídio Baptista da. Verdade e Significado, p. 272

¹⁹² Castanheira Neves, Questão de Fato... pp. 338-339.

só por si suficiente para se continuar a identificar aquela primeira questão com esta segunda, ou para não alargarmos a questão probatória (caso o seu regime processual e admitisse) de forma a abranger nela ainda as determinações da experiência significativo-cultural, não obstante a sua autonomia intencional metodológica...¹⁹³ (g.m.)

Neste mesmo sentido, Ovídio Baptista da Silva, referindo-se a Wach, lembra-nos que “a convicção formada a respeito dos fatos, num determinado processo judicial, na maior parte dos casos não afasta a possibilidade de que o contrário possa ter ocorrido; a verdade dos fatos judiciais não passa de simples verossimilhança”.¹⁹⁴

A atividade sutil do julgador, na análise da prova, chega a ser analisada por Siches dentro de seu aspecto psicológico, momento em que o autor faz referência à Gestalt Psicologia, até alcançar a filosofia de Husserl, no sentido de que os fenômenos que são observados não representam uma agregação de componentes individuais, mas sim uma totalidade unitária de sentido, que se apresenta primariamente como algo indivisível.¹⁹⁵

Portanto, é notável que o sistema processual vigente teme uma visão unitária do fato e do direito na medida em que, por exemplo, tal concepção traria uma maior liberdade ao julgador no sentido de atender às demandas

¹⁹³ Castanheira Neves, Questão de Fato... pp. 339-340.

¹⁹⁴ Silva, Ovídio Baptista da. Verdade e Significado, p. 272.

¹⁹⁵ Siches, Nueva Filosofia..., pp. 248-249.

sociais mais carentes de direitos, vividas por cidadãos em sua grande maioria excluídos do Estado Democrático de Direito.

De efeito, a ruptura da idéia de distinção entre questão de fato e questão de direito, ao suplantar o método lógico-silogístico, traria um maior fortalecimento ao juiz de primeiro grau, ao tempo em que passaria a exigir um maior compromisso do julgador com a motivação de suas decisões. Além disso, por decorrência natural, o próprio sistema recursal seria atingido, uma vez que o dever de motivação através de uma atividade processual mais hermenêutica, não só fortaleceria o trabalho do julgador de primeira instância, como também suplantaria a idéia ilusória de que a decisão em grau de recurso trás uma solução mais correta/coerente ao litígio.

Pela mesma razão, Sergi Guasch Fernández vai acusar a lógica jurídica, com a inestimável ajuda do silogismo judicial, de manter com maior fervor os fatos à margem do direito, enquanto o fato fica compreendido como objeto de prova e de sua finalidade, no sentido de que é o fato que se prova no processo e não o direito.¹⁹⁶

Não é outro o pilar da teoria que parte em defesa da distinção entre questão de fato e questão de direito.

¹⁹⁶ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 190.

Ainda, refere Fernández que a lógica partiu da apreciação dos fatos através da prova e da forma com que a prova dos fatos se relaciona com a subsunção à norma jurídica. Neste sentido, o autor faz referência à doutrina lógica da subsunção, para qual é possível diferenciar questão de direito da questão de fato na medida em que a comprovação do fato é e subsiste sempre como percepção lógica, conceitual e empiricamente elaborada, enquanto que a subsunção consiste em equiparar o caso que se estuda com aqueles descritos pela lei, o que por regra geral se faz com valorações e experiências.¹⁹⁷ (g.m.)

Contudo, como bem leciona Recaséns Siches, a lógica formal da dedução trata somente da correção formal da inferência, mas não ensina nenhum critério para eleger entre as várias premissas que sejam possíveis, razão pela qual o problema é sobretudo de constatação e qualificação jurídica dos fatos a partir da apreciação das provas, na estimativa dada pelo julgador.¹⁹⁸

Ainda, mesmo que seja possível abordar separadamente o que venha a ser a realidade trazida pelas provas, Sergi Guasch Fernández adverte que o estudo da problemática da separação deve ultrapassar a análise da lógica, até mesmo porque não há uma separação clara entre valoração fática e jurídica. Além disso, acentua o autor que, no processo em andamento, enquanto a lei mantém-se estática, o fato pode passar por diversos momentos, sendo que, por não se tratar de um elemento independente, aparece como

¹⁹⁷ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 184.

¹⁹⁸ Siches, Nueva Filosofía...pp. 237-238.

acontecimento derivado da atividade probatória e, concretamente, da apreciação (deliberada e subjetiva) do juízo.¹⁹⁹ Neste sentido também assevera Siches, para quem os mesmos fatos em ocasiões diferentes podem ser qualificados de diversas maneiras.²⁰⁰

Logo, ainda que a atividade de constatar os fatos, de lhe dar uma valoração jurídica e de invocar um dispositivo legal possam ser analisados separadamente, no dizer de Siches não se tratam de elementos que existam separada ou independentemente uns dos outros, *“Por lo contrario, la realidad es que ciertamente esos componentes, cada uno de ellos, son aspectos varios pero inseparables, indisolublemente unidos de un modo recíproco, de la sentencia. Aunque ésta ficticiamente sea presentada en forma silogística, es decir, como proceso mental que parte de una norma, verifica y califica unos hechos, y extrae después la conclusión de poner aquélla en relación com éstos, por el contrario, en la realidad, las partes de la sentencia son reciprocamente solidarias entre sí, son caras diferentes de una misma función juzgadora, que contiene numerosas valoraciones mutuamente enlazadas”.*²⁰¹ (g.m.)

Tanto é que Siches vai comungar da concepção de Jerome Frank, para quem o juiz, para chegar a sua intuição sobre a justiça do caso concreto, não separa estritamente sua opinião sobre os fatos das dimensões jurídicas desses fatos, na medida em que sua intuição é um complexo integral e unitário das duas faces, fatos e Direito.²⁰² Esta é a razão pela qual Siches invoca o modo de ver da Gestalt Psicologia, que, tal qual a

¹⁹⁹ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 185.

²⁰⁰ Siches, Nueva Filosofía...p. 240.

²⁰¹ Siches, Nueva Filosofía...p. 241.

²⁰² Siches, Nueva Filosofía...p.243.

hermenêutica filosófica, estuda a revelação de sentido a partir de um todo inseparável, e não a partir de uma soma de elementos individuais.²⁰³

Karl Larenz, por sua vez, no seu esforço de tentar explicar a distinção entre a questão de fato e a questão de direito, refere que a distinção é tradicional, sobretudo no que respeita ao que efetivamente aconteceu, diante de como classificar o sucedido a partir dos critérios da ordem jurídica. Contudo, entende Larenz que se trata apenas de uma subsunção lógica parcial, pois em ampla medida trata-se de uma valoração segundo as máximas da experiência, da interpretação de atuações e declarações humanas, da coordenação tipológica ou de uma valoração no marco de uma pauta que precisa ser concretizada.²⁰⁴

A partir daí, Larenz vai apresentar as distinções de juízo de fato e juízo de direito, referindo que as questões de fato são julgadas pelo juiz com base nas alegações das partes e na instrução probatória, enquanto que as questões de direito são resolvidas sem depender de tais elementos, ou seja, com base no seu próprio conhecimento do Direito e da lei que ele há de procurar (iura novit curia). Neste sentido, o autor defende que “*Sólo hechos, es decir, situaciones y sucesos reales, son capaces de y necesitan prueba; el enjuiciamiento jurídico de los hechos no es objeto de la prueba aportable por las partes sino sólo de la ponderación y resolución judiciales*”.²⁰⁵

²⁰³ Siches, Nueva Filosofía...p.248.

²⁰⁴ Larenz, Karl, Metodología...p. 303.

²⁰⁵ Larenz, Karl, Metodología...p. 304.

Mas o próprio Larenz admite que muitas vezes as questões de fato e de direito se confundem, porque já são apresentadas em linguagem legal, por esta ser comum à linguagem usual.²⁰⁶

Com justificativas bem mais abrangentes, Recaséns Siches vai defender a impossibilidade de separação de tais questões ao afirmar que *“Cierta que la sentencia contiene declaraciones de hechos, como contiene también constatacionores de regras jurídicas, pero lo uno y lo outro son miembros inseparables o ingredientes esenciales de la estimación o juicio de valor que efectivamente da lugar al fallo. El juez no es un historiador de hechos, ni es tampoco un legislador de la legislación, de las contumbres jurídicas, o de la jurisprudencia anterior...Y tanto esos aspectos de unos hechos como los aspectos de las reglas jurídicas son tomados en cuenta desde el punto de vista de la valoración”*.²⁰⁷ (g.m.)

Ainda, também Sergi Guasch Fernández destaca a posição de Recasens Siches, para quem a determinação da norma e a constatação do fato, incluída a qualificação jurídica, não são dois momentos diferentes e sucessivos no processo jurisdicional.²⁰⁸ Portanto, Siches é exaustivo em defender que a constatação dos fatos, sua qualificação jurídica, e o efeito da norma verdadeiramente aplicável e a decisão judicial, não são momentos sucessivos de um processo mental do julgador, mas aspectos inseparáveis de

²⁰⁶ Larenz, Karl, Metodologia...,p. 304.

²⁰⁷ Siches, Nueva Filosofia...,p. 185

²⁰⁸ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p. 192.

um processo mental unitário,²⁰⁹ e que a função judicial está integrada por um conjunto de diversas avaliações, integradas em uma unidade indissolúvel.²¹⁰

Larenz vai dizer que “...la separación de la cuestión de hecho y la de Derecho se puede realizar muy bien cuando únicamente se pregunta si existen o han acontecido ciertos hechos que se describen con términos del lenguaje usual, incluso cuando estos términos se han incorporado al lenguaje legal. A la cuestión jurídica pertenece en especial la clasificación de lo sucedido con ayuda de aquellos términos cuyo contenido significativo en el contexto existente sólo se obtiene del orden jurídico, especialmente en base a una coordinación tipológica, a una “ponderación” de los puntos de vista divergentes y a una valoración jurídica en el marco de una pauta que precisa ser llenada de contenido. La cuestión de hecho es lo que las partes dijeron en la conclusión del contrato y lo que una y otra pensaron al respecto; la cuestión de derecho es en qué significado tiene que hacer valer cada parte su declaración: es la cuestión sobre la interpretación normativa de las declaraciones de voluntad.”²¹¹ (g.m.)

Mas, ao final, Larenz vai ser mais claro ao admitir que em alguns casos as questões de fato e de direito são tão próximas entre si que sua separação não é possível.

²⁰⁹ Siches, Nueva Filosofía... p. 246.

²¹⁰ Siches, Nueva Filosofía...pp. 217 e 250.

²¹¹ Larenz, Karl. Metodología...pp.304-305.

No entendimento do autor, o juízo de que “o ruído foi perturbador do descanso” contém simultaneamente a descrição do acontecimento, tal como se necessita para considerar a questão de fato, bem como a sua valoração jurídica.²¹²

A partir desses aportes, é possível observar o quanto a dogmática jurídica está apegada ao que se pode identificar como partes ou momentos diversos de interpretação e aplicação da lei.

No que se refere a esta distinção, Lênio Luiz Streck vai lembrar que não se interpreta por partes, não sendo possível falar em subsunção de um particular a uma universalidade ou generalidade, pois a compreensão – que é um existencial – já é *applicatio*, unindo as partes do todo, de modo que “*Não há uma questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato e vice-versa*”.²¹³

De tal sorte, com Sergi Guasch Fernández seria possível admitir uma dicotomia apenas aparente entre a questão de fato e a questão de direito, partindo da idéia de fato como vivência ou experiência da realidade, pois se provam os fatos jurídicos como algo a reconstruir, já que figuram entre os pressupostos da norma a aplicar. Ao aplicar a norma ao caso concreto, e

²¹² Larenz, Karl. Metodologia...,p. 305.

²¹³ Streck, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica (em) Crise, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 4ª edição, p.212.

nisso incide a fase probatória, o juízo pessoal do juiz enquanto raciocínio é unitário.²¹⁴

Salvatore Satta, ao tratar da distinção no âmbito do recurso de cassação, afirma que a oposição entre juízo de fato e juízo de direito não se justifica, pois *“...o juízo é em essência unitário. Fato e direito, pode-se precisar, não existem em juízo como elementos extrínsecos ou categorias abstratas; no processo, o fato surge como afirmação de um lado, como juízo de outro, onde fato e juízo de fato vêm a coincidir”*.²¹⁵

Ainda, Salvatore é categórico ao afirmar que *“...julgar que um fato existe (de um certo modo) significa já em dar-lhe a qualificação jurídica, considerá-lo juridicamente, se assim se pode dizer. Daí a impossibilidade de uma cisão ou sucessão do juízo”*.²¹⁶

Neste mesmo sentido, Fernández vai concluir que uma coisa é o fato e outra é a prova que se realiza sobre as afirmações do mesmo quando há contradição. O que não cabe diferenciar é o juízo de fato e o juízo de direito em razão da própria unidade do juízo.²¹⁷

²¹⁴ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 192.

²¹⁵ Satta, Salvatore. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1973, 7ª edição, p. 463.

²¹⁶ Satta, Salvatore, Ob.Cit., p.463.

²¹⁷ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 193.

2.3.2.1. Os fatos e o direito na motivação das decisões judiciais

A propósito da qualificação jurídica dos fatos, a partir da condução e interpretação das provas, é devida a referência à importância da **motivação da decisão judicial**, a partir da problemática da distinção entre as questões de fato e de direito, quando é justamente na motivação da sentença o momento em que o julgador promove a qualificação dos fatos e, simultaneamente, dá sentido à lei aplicável ao caso concreto.

Ora, se os fatos já qualificados servem como elementos da motivação e do convencimento do julgador, eles são o próprio direito que então adquiriu sentido a partir de sua qualificação. É o direito em seu contexto social, naquele dado momento.

Sabe-se que a motivação da decisão judicial é prevista na legislação brasileira como dever da atividade jurisdicional, segundo previsão do art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como no Art. 93, inciso IX da Constituição Federal. Além de apresentar a qualificação jurídica dos fatos, ou o fato como categoria jurídica, será o sustentáculo da própria decisão, se levada a recurso visando à sua reforma.

Tanto é que, no dizer de Perelman, a motivação da decisão judicial será suficiente quando permitir o controle da decisão contestada.²¹⁸

²¹⁸ Perelman, Chaim, *Ética e Direito*, p. 579.

No que respeita à motivação sentencial, Sergi Fernández Guash revela que *“...la argumentación realizada en la motivación de las sentencias es un mecanismo de seguridad que debe seguir el Juez para separarse de sus anteriores decisiones y para que la sociedad pueda fiscalizar el convencimiento judicial. De esta forma, se da lo que algún autor há denominado momento social de la formación de la convicción o principio del carácter social del convencimiento.”*²¹⁹

Ainda, segundo Ovídio Baptista da Silva, *“Sentenças insuficientemente motivadas ocultam uma parcela de poder arbitrário. Esta conduta exige que superemos a lógica binária do "certo" e do "errado" que, em questões relativas à formação da sentença, expressa-se na suposição de que ou o juiz deve basear o julgamento num juízo de "certeza" ou, ao contrário, cairá irremediavelmente na "arbitrariedade". (...) É o modelo que eliminou a Hermenêutica; é o modelo que concebe o juiz como o agente incumbido de relevar o suposto sentido - invariável - inserido no texto pelo legislador; pressupõe um juiz que não interprete a lei, que se limite a declarar sua "vontade"; é a figura do "juiz-oráculo", pressuposto, como queria Montesquieu, um ser inanimado. Esta compreensão do direito não legitima a "razoabilidade", como critério de justiça”.*²²⁰

²¹⁹ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p.170.

²²⁰ Silva. Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Revista de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 339.

Veja-se que, se o direito é o fato qualificado que lhe é inseparável, é na motivação da decisão judicial que será observada a atividade de persuasão do julgador a respeito dos fatos e circunstâncias do processo; é na resposta fundamentada à controvérsia estabelecida entre as partes que o julgador demonstrará a ponderação e a justeza do seu convencimento. Logo, o cumprimento do dever de motivação, evitando assim as omissões, reduzi o risco da arbitrariedade e da parcialidade e, conseqüentemente, reduz o potencial argumentativo de reforma na cadeia recursal.

Neste sentido, ensina Ovídio Baptista da Silva que *“Ninguém ignora que nosso sistema recursal, além de outros defeitos, mostra-se submisso aos pressupostos do racionalismo, compreendendo o direito apenas como "norma", distante dos "fatos", que é a premissa de todos os normativismos modernos. O que nem todos têm presente é que estamos convivendo com um momento crucial do que se convencionou chamar crise do Poder Judiciário, no capítulo dos recursos, causada por decisões, sentenças e acórdãos despidos de fundamentação, ou ostentando fundamentação precária ou insuficiente. É compreensível que assim o seja, tendo em conta a elevada e sempre crescente litigiosidade que caracteriza a cultura do capitalismo competitivo e individualista.. Entretanto, é correto dizer que o número de recursos aumenta na proporção em que aumente o número de provimentos judiciais carentes de fundamentação. O resultado inverso também é*

verdadeiro: quanto mais bem fundamentado o ato jurisdicional, tanto menor será o número dos recursos que o podem atacar. ²²¹

Observa-se assim, o quanto o atendimento a devida motivação das decisões judiciais, sem a separação lógica do fato e do direito, pode contribuir com a transformação do processo civil, até o alcance de sua efetividade.

2.4. O exame do fato nas cortes superiores

Os sistemas jurídicos, na atualidade, mantêm institucionalizado a competência restrita das cortes superiores à proteção da legislação federal e constitucional. Na leitura do pensamento dogmático, é a via de restrição à análise do direito.

No Brasil, tal competência está estabelecida na Constituição Federal, nos termos do Art. 105, ao Superior Tribunal de Justiça, e segundo disposto no Art. 102, ao Supremo Tribunal Federal, aos quais incumbe declarar a violação ao dispositivo de lei ou da Constituição, quando do exame dos acórdãos estaduais e regionais.

Na Europa, os países com tradição na *civil law* institucionalizaram a Corte Cassacional, que julga o recurso de cassação nos casos excepcionais de violação à lei pelo juízo a quo, anulando a decisão e reenviando-a para

²²¹ Silva. Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Revista de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 343.

outra Corte realizar novo julgamento da matéria.²²² Os países com tradição da *comow law*, por sua vez, apresentam duas cortes para solução dos litígios: uma que segue a *commow law*, através dos Tribunais de Westminster, e outra que segue a equidade, em que as causas são apreciadas pelo Tribunal da Chancelaria.²²³

Segundo Danilo Knijnik, nos Estados Unidos e no Reino Unido, a distinção entre fato e direito é realizada com propósito diverso. A separação surge no âmbito da revisão que os Tribunais de Apelação podem fazer dos vereditos expedidos por uma Corte Distrital. Via de regra, sendo vedado o reexame do fato, surgem as chamadas causas mistas (*mixed questions*), as quais, segundo o autor, viriam em decorrência de uma renúncia por parte do direito americano de estabelecer uma distinção precisa.²²⁴ Contudo, no entendimento de Knijnik, a experiência da *commow law* é a mais desenvolvida a respeito da matéria.²²⁵

De tal modo, para a Itália, França, Alemanha, Espanha, Estados Unidos e para o Brasil, não é possível reexaminar os fatos na instância especial.²²⁶ No Brasil, a controvérsia em torno da competência das cortes superiores sobre o exame da matéria fática restou sumulada em 1990, com a edição da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, em 28/06/1990, para a qual “A *pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso*

²²² Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p.84.

²²³ Streck, Lenio Luiz. Súmulas no Direito Brasileiro, p. 40.

²²⁴ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p.6, nota de rodapé 17.

²²⁵ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p.108, nota de rodapé 67.

²²⁶ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p.108.

especial". O enunciado repetia o que neste mesmo sentido já havia dito o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 279.²²⁷

Tal enunciado é classificado por Lênio Luiz Streck como *extralegem*, pois *"Diante dessa redação, a questão posta pela doutrina processual se fixou na diferenciação entre questão de fato e questão de direito"*.²²⁸ Contudo, o autor ainda destaca que os próprios tribunais superiores ultrapassam a barreira imposta pela Súmula 7, tamanha a confusão estabelecida para separar "o joio do trigo", o que leva à conclusão de que as cortes superiores conseguem, em princípio, diferenciar o fato do direito.

Neste sentido, afirma ainda Lênio Luiz Streck que, em vista do rigor excessivo com que tal Súmula passou a ser largamente aplicada, alguns ministros dos tribunais destinatários dos recursos excepcionais tentaram amenizar o problema mediante a diferenciação do que seja simples apreciação da prova e o que significa a sua valoração, a exemplo do voto apontado por Streck no Recurso Especial nº 982-RJ: *"Distingue-se entre apreciação da prova e valoração da prova. A primeira diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida; na segunda, apura-se se houve ou não a infração de algum princípio probatório"*.²²⁹

²²⁷ Súmula 279: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

²²⁸ Streck, Lênio, Súmulas..., p. 184.

²²⁹ Streck, Lênio, Súmulas..., p. 185.

Daí que, continua Streck a afirmar que, *“quando, sem que a lei federal disponha sobre valor probante, em abstrato, de certos meios de prova, o julgado local, apreciando o poder de convicção dela, conclua (bem ou mal) sobre estar provado, ou não, um fato, aí não se tem ofensa ao direito federal: pode ocorrer ofensa (se mal julgada a causa) ao direito da parte. Não cabe ao STF, sob color de “valorar a prova”, reapreciá-la em seu poder de convicção, no caso, para ver como provado o que a instância local disse não estar. Seria, indubitavelmente, transformar o recurso extraordinário em uma segunda solução, para reapreciação de provas (que se consideram mal apreciadas) quanto a fatos da causa”*.²³⁰

De outro lado, a limitação de análise da causa pelas cortes superiores se justificaria, num primeiro momento, pelo fato de estarem os tribunais distantes da causa no momento de produção da prova, ou seja, de não participarem da construção probatória do feito, de modo que, a única justificativa a ensejar o controle de tal matéria pelas cortes superiores seria, no dizer de Perelman, no recurso de cassação, apreciar a matéria de fato se a apreciação por parte do juiz da causa lhe parecer aberrante.²³¹

No dizer de Sergi Guasch Fernández, à cassação cumpre a atualização do ordenamento jurídico senão também eliminar suas contradições na aplicação das normas jurídicas aos fatos concretos.²³²

²³⁰ Streck, Lênio, Súmulas..., p. 186.

²³¹ Perelman, Chaim, Ética e Direito, p. 579.

²³² Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 158.

Afirma ainda o autor que tal finalidade não pode significar imutabilidade, pois, referindo-se a Santangelo, a interpretação uniforme não pode equivaler a uma interpretação imutável,²³³ na medida em que a unidade da ordem jurídica deve ser coerente sem cair num estatismo fossilizante e inerte, o que se converteria mais em obstáculo do que em fator de desenvolvimento e impulso social.²³⁴

A funcionalidade dos recursos constitucionais no Brasil não é diferente. Contudo, a despeito da essência dos recursos constitucionais, a Súmula 83 do STJ²³⁵ seria um exemplo claro do desatendimento à natureza de tais recursos, já que por meio do referido enunciado, o Tribunal se nega a analisar o recurso nos casos em que o acórdão proferido pelo Tribunal estadual ou regional estiver em consonância com o “entendimento pacífico” daquela Corte superior, ainda mais quando tal “entendimento pacífico” estiver “representado” (leia-se petrificado) em súmula editada pelo Tribunal.

A partir do referido enunciado, um exemplo entre tantos, a jurisprudência criou uma ficção de que a causa pode ser violentamente “enquadrada” em um posicionamento já “pacificado”, em detrimento dos aspectos singulares e específicos de cada decisão jurídica, eternizando o seu posicionamento no tempo e, com isso, permitindo a prolação de decisão judicial anacrônica e descomprometida com a sua própria causa. Prevalece,

²³³ Santangelo, Ignazio A. *apud* Sergi Gusch Fernández, *El hecho y el derecho...*, p. 159.

²³⁴ Fernández, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*, p. 159.

²³⁵ Súmula 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

aqui, a posição jurídica já institucionalizada e pré-estabelecida pelo Tribunal, que é naquele momento majoritária, sobre todas as situações “similares” que futuramente por ela venham a ser recepcionadas.²³⁶

No entendimento de Danilo Knijnik, em recente obra publicada sobre a análise do fato no Recurso Especial, além de compreender como cada vez mais inevitável a aparição do fato neste âmbito recursal,²³⁷ o autor considera ser necessária uma releitura do significado do fato e do direito, a partir de algumas transformações ocorridas no plano da teoria geral do direito, invadida pela hermenêutica, além das mudanças ocorridas na legislação contemporânea pela introdução de conceitos jurídicos indeterminados, bem como as alterações introduzidas no plano da teoria geral do processo a partir da vertente instrumentalista.²³⁸

Na visão de Knijnik, a partir de uma perspectiva hermenêutica, é impossível repropor uma distinção monolítica entre a questão de fato e a questão de direito, como se fossem elementos heterogêneos, de tal modo que toda a questão pudesse ser ou de fato ou de direito e, mais do que isso, de tal modo que fosse sempre possível separá-las; ou seja, dizer, na decisão, o que é o fato e o que é o direito”.²³⁹

²³⁶ Expressão máxima desta concepção é a recente edição da Lei nº 11.277, de 07/02/2006, já referida anteriormente, a qual institui o Art. 285-A no Código de Processo Civil com a seguinte redação: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

²³⁷ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p.7.

²³⁸ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial..., p.13.

²³⁹ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,pp-78-79.

Além disso, considerando a abertura e a elasticidade da legislação contemporânea, bem como o caráter instrumental do direito processual defendido por parte da doutrina, o autor entende que naturalmente passa a ser exigido das Cortes Superiores uma posição mais precisa, além do fato de que o próprio processo obteve um peso maior na configuração dos direitos materiais, assumindo uma dimensão prospectiva e futura.²⁴⁰

Ocorre que, na prática, a solução parece ainda não ter encontrado guarida. Nas decisões proferidas pelas cortes superiores, observam-se até mesmo posições paradoxais, ora permitindo-se a análise dos fatos, ainda que velada, ora impedindo o reexame da matéria diante do postulado da Súmula 7 do STJ.

No repertório jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a título de exemplo, é o que ocorre nos votos proferidos em recursos provenientes de ações indenizatórias, que tem por objeto a caracterização do dano moral, cuja indenização é garantida pelo art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

Apesar de se defrontar com os elementos fáticos na análise do recurso especial, a Corte Superior justifica o exame da matéria por entender

²⁴⁰ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,pp-78-79.

estar presente a má valoração da prova²⁴¹ ou ainda por ter ocorrido excesso no arbitramento²⁴² da indenização por parte da corte ordinária.

De fato, o que demonstra o STJ é a total falta de critério para dirimir o que pode e o que não pode ser revisto, ou seja, o que é o fato cujo exame é proibido e o que é o direito cuja análise se faz possível.

Trata-se de uma tarefa sobretudo ingrata que, no dizer de Fernández, observa-se *“la dificultad de separar correctamente cuándo estamos ante un elemento fáctico y cuándo ante una apreciación jurídica hace prescindir del esquema silogístico que divide el juicio en una premisa mayor u una premisa menor como fundamento de la relación entre el hecho y el derecho en casación.. No se trata de dos categorías puras e inconciliables sino que,*

²⁴¹ Para a mesma situação fática, qual seja a de atropelamento com vítima fatal, o dano moral restou apreciado de duas formas pela Corte Superior: enquanto que no **Resp nº 773.075-RJ, DJU de 07/10/05**, a Quarta Turma do STJ referiu que *“Aferir a existência de provas suficientes para embasar condenação por danos morais demanda revolvimento do material fático-probatório, soberanamente delineado pelas instâncias ordinárias, esbarrando, pois, a violação ao art. 1.060 do Código Civil de 1.916, no óbice da súmula 7-STJ”*, por ocasião do **Resp nº 256327/PR, DJU de 04.03.2002**, o STJ entendeu ser *“Injustificável o não reconhecimento, aos filhos do de cujus, do direito à indenização por dano moral, eis que patente a dor e sofrimento por eles padecidos em face da morte de seu genitor, vítima de atropelamento por ônibus da empresa transportadora ré”*.

²⁴² Veja-se a contradição do voto da Quarta Turma, por ocasião do julgamento do **Resp nº 488.159-ES, DJU de 08/09/2003**, no qual a Corte Superior justificou-se no sentido de que *“...não se cuida de reexame de prova, eis que os fatos se acham incontroversos, apenas sendo o caso de aplicação do direito à espécie, o que pode ser feito sem qualquer desatenção à Súmula n. 7”*, passando assim ao exame da “aplicação do direito” nos seguintes termos: *“...A insurgência da recorrente se fixa em apenas dois pontos. O valor da indenização é inteiramente desarrazoado. O constrangimento a que se submeteu a autora se resume à recusa na aceitação de seu cartão de crédito perante um estabelecimento comercial de cidade onde não residia. Deixou, assim, de fazer as compras. Embora isso cause dissabor, contratempo e alguma frustração, também não identifico gravidade maior, e tenho até como duvidosa a configuração de lesão moral nessas circunstâncias, porque ela não pode se confundir com percalços do dia a dia, não indenizáveis....Na espécie, não houve nem protesto, nem inscrição indevida em cadastro, portanto o incidente não passou do limitadíssimo âmbito da loja e das pessoas que acompanhavam a autora, parentes e amigos, que provavelmente com ela se solidarizaram, ao invés de acreditarem que era má pagadora. Nessas circunstâncias, afastando o enriquecimento sem causa da autora, fixo a indenização em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais), atualizáveis a partir da presente data.(...)”*. Veja-se ainda *“A quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça”*, por José Roberto Ferreira Gouvêa e Vandereli Archanjo da Silva, in Revista Jurídica Notadez, nº 323, edição de setembro de 2004.

*conectados íntimamente, más que una realidad ontológica, su distinción sería un modo de organizar el pensamiento”.*²⁴³

Neste mesmo sentido é que Danilo Knijnik vai concluir ao afirmar que a distinção entre o fato e o direito, em seus termos clássicos, tende à ineficiência cada vez maior,²⁴⁴ especialmente se considerado o alcance que o poder jurisdicional tem proporcionado para a definição e para a realização dos direitos fundamentais, presentes no art. 5º da Constituição Federal, a exemplo do que ocorre no Brasil.

Ora, se não pode a corte superior revigorar os elementos fáticos e probatórios presentes na decisão judicial e assim alcançar a valoração ética dos fatos realizada pelo juízo a quo, como poderia acompanhar a acelerada mudança da realidade social, notadamente diante da flexível e fluida realidade do século XXI?²⁴⁵

De outro lado, segundo Sergi Guasch Fernández, é firme na doutrina e na jurisprudência a afirmação de que a Corte Superior não tem o caráter de uma terceira instância, justamente em decorrência da separação das questões de fato e das questões de direito, na medida em que o âmbito do seu conhecimento fica restrito às questões de direito.²⁴⁶

²⁴³ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 199.

²⁴⁴ Knijnik, Danilo. O Recurso Especial...,p. 79.

²⁴⁵ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p. 160.

²⁴⁶ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,pp. 193-194.

Também para Perelman, em todos os sistemas jurídicos a Corte Suprema não constitui uma última instância, pois sua competência não se estende ao exame do mérito das causas; ela deve unicamente, por ocasião dos recursos de cassação, controlar se a lei não foi violada pelo juiz da causa, do que se conclui que o juiz singular seria o soberano da decisão, por todo o tempo em que se ateuve a estabelecer os fatos dos quais resultarão conseqüências jurídicas, sem violar as regras processuais.²⁴⁷

A partir disso, Perelman questiona em que medida a qualificação jurídica dos fatos é sujeita ao controle da Corte Suprema e em que medida escapa a este controle, sendo igualmente considerada uma questão de fato.

No item anterior, observou-se que a verificação das suposições de fato e da aplicação da norma jurídica são elementos totalmente inseparáveis e ainda simultâneos, o que para o recurso de cassação tem reflexos importantes, na medida em que não é possível fundamentar os limites do controle cassacional, com base na distinção entre fato e direito. Sergi Guasch Fernández reforça a assertiva no sentido de que *“...há de reconocer que es una separación artificial que en algunas ocasiones es casi imposible efectuar a efectos del control casacional”*.²⁴⁸

Para Michele Taruffo, por sua vez, *“...la corrección del juicio de hecho es una condición (obviamente no suficiente, pero necesaria) para la legalidad*

²⁴⁷ Perelman, Chiam, Ética e Direito, pp. 575-576.

²⁴⁸ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho...,p. 198.

*de la decisión, dado que precisamente la norma es correctamente aplicada sólo si existen hechos que implican y justifican la aplicación. En el ámbito del sistema de Casación aquello equivale a decir que el control sobre la motivación del hecho es conexo, pese a ser intrínsecamente diverso por las modalidades con las cuales se desarrolla, al control sobre la aplicación de la ley: controlar que sea lógicamente justificado, en base a las pruebas, el juicio de hecho, significa verificar que exista la premisa para la aplicación de la norma...En sustancia, cuando se admite el control del juicio de derecho es razonable admitir también el control sobre la motivación del juicio de hecho”.*²⁴⁹

Deste modo, a problemática tem sido, nas palavras de Sergi Guasch Fernández, o eterno tema de fundo da cassación,²⁵⁰ e segundo Danilo Knijnik, a própria aflição de sua história em busca de uma identidade,²⁵¹ o que não difere da problemática verificada nos recursos especial e extraordinário no direito brasileiro.

Sergi Guasch Fernández, fazendo referência aos métodos apresentados por Horst-Eberhardt Henke, ao tratar das limitações do poder cassacional, coaduna com o Henke no que pertine ao uso do método teleológico, que parte da inseparabilidade das questões de fato e de direito, no sentido de que o controle realizado pelo recurso da cassação deve ser priorizado quanto à sua finalidade uniformizadora, e não estritamente

²⁴⁹ Taruffo, Michele. *El vértice ambíguo. Ensayos sobre la Casación Civil*. Palestra Editores: Lima, 2005, p.182.

²⁵⁰ Fernández, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*,p. 194.

²⁵¹ Knijnik, Danilo. *O Recurso Especial...*,p. 10.

consensual, sem esquecer que também deverá corrigir as sentenças errôneas da justiça do caso concreto²⁵². Entende o autor que a distinção entre fato e o direito, tal como se utilizou a jurisprudência como base do controle cassacional, não é uma distinção que sirva de fundamento à finalidade da cassação.²⁵³

Assim, Fernández vai concluir que *“...no es posible fundamentar los límites del control casacional basándonos en la distinción entre el hecho y derecho. La verificación de las afirmaciones de hecho y la aplicación de la norma jurídica son elementos totalmente inseparables”*.²⁵⁴

Na visão de Chaïm Perelman, o impasse se resolveria da seguinte maneira: *“...como é a Corte Suprema que decide soberanamente se a lei foi ou não violada, ela é que decide se o juiz aplicou ou não a lei em conformidade com a interpretação que ela lhe dá. Daí resulta que, teoricamente, o controle da Corte de Cassação se estende a todos os casos em que o juiz teve para aplicar a lei, de interpretá-la, usando de seu poder de apreciação jurídica”*.²⁵⁵

Ora, partindo do raciocínio de Perelman, se a condição de análise da matéria na corte especial é a apreciação jurídica do julgador *a quo* por meio do seu poder de interpretação, novamente não há como separar o que se entende por questão de fato e de direito, pois ao denunciar a sistemática do

²⁵² Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 202.

²⁵³ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., p. 202.

²⁵⁴ Fernández, Sergi Guasch. El hecho y el derecho..., pp. 200-201.

²⁵⁵ Perelman, Chaim, Ética e Direito, p. 576.

silogismo, sempre haverá deliberação por parte do julgador na análise da demanda.

Por isso, Perelman vai concluir que as cortes especiais limitam a sua própria competência pela distinção do fato e do direito “qualificando de juízos sobre a matéria de fato as decisões do juiz da causa que aquela Corte não deseja submeter ao seu controle e aquelas em que não vê razões para substituir a apreciação do juiz da causa pela sua”.²⁵⁶

Seria a própria argüição de relevância, observada por Ovídio Baptista da Silva, ao considerar que a função moderna dos tribunais supremos está voltada para a unidade do Direito, e não à sua uniformidade jurisprudencial, de modo que a competência seletiva continua sendo necessária, não como marco de distinção entre o fato e o direito, mas a partir da seleção de processos que, pelo grau de relevância, mereçam nova apreciação.²⁵⁷

Portanto, mais uma vez não se justifica a manutenção do dualismo como critério para filtrar os recursos excepcionais, quando é o próprio dualismo que reforça o uso excessivo dos recursos constitucionais.

Aqui volta-se à questão da compreensão do processo a partir de uma visão hermenêutica, e não binária, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, que viria, através do comprometimento da motivação das decisões judiciais,

²⁵⁶ Perelman, Chaim. *Ética e Direito*, p.580.

²⁵⁷ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, p. 258.

reforçar o primeiro grau de jurisdição e reduzir o uso indiscriminado dos recursos.

Até o presente momento, parece este ser o único critério razoável e sensato defendido pela doutrina, o qual a dogmática resiste em aceitar, mas que poderá, a longo prazo, representar um meio de romper o atual sistema recursal, ainda amparado pela separação do fato e do direito.

2.5. A visão monista e dualista sobre a distinção entre fato e direito

Como observado na evolução histórica referida no primeiro capítulo, o racionalismo acabou impondo à função jurisdicional o uso do método lógico-dedutivista, cuja aplicação do direito se daria no enquadramento do fato (premissa menor) à lei codificada (premissa maior). Também como visto nos títulos anteriores, a instituição do silogismo jurídico como método de aplicação do direito acabou sacramentando a separação entre o fato e o direito, o que certamente trouxe conseqüências relevantes para o direito processual, as quais merecem ser avaliadas.

Segundo Giuseppe Chiovenda, inicialmente tinha-se a idéia de processo como uma relação de direito privado, através da qual este era considerado *“mero instrumento a serviço do direito subjetivo, como um*

instituto servil ao direito substancial...”,²⁵⁸ razão pela qual a ação “... *era como um elemento do próprio direito deduzido em juízo, como um poder, inerente ao direito mesmo, de reagir contra a violação...*”.²⁵⁹ A partir disso, concluiu o mestre processualista que se confundiam dois direitos absolutamente distintos entre si.²⁶⁰

A mudança da concepção privatística do direito processual ocorreu a partir da renovação dos estudos do direito romano, com destaque para o trabalho de Windscheid sobre a *actio* romana, em 1856, que vai polemizar com Muther.

Para Cândido Dinamarco, a partir da *actio* romana, Windscheid afirmava que o sistema jurídico romano, diferentemente do moderno, não era um sistema de *jura*, mas sim de *actiones*, de modo que somente pelo processo (*actio*) é que se chegava ao direito. Com isso, traduziu-se o conceito de *actio* para pretensão, situação jurídica substancial distinta da ação e do direito subjetivo. Tinha a *pretensão* (Anspruch) como faculdade de impor a vontade em juízo.

Já Muther, por sua vez, reaproximou os conceitos romano e moderno de *actio* e ação, “*sustentando que em Roma também havia prioridade do direito sobre a ação e que este era o direito à pretensão da tutela jurídica*

²⁵⁸ Chiovenda, Instituições...,p. 38.

²⁵⁹ Chiovenda, Instituições...,p. 38.

²⁶⁰ Chiovenda, Instituições...,p. 38.

(direito à emissão da fórmula), tendo por titular passivo o magistrado, não o adversário”²⁶¹

No dizer de Chiovenda, os estudos destes autores “...conduziram a diferenciar nitidamente o direito à prestação em sua direção pessoal determinada (*Anspruch* + razão ou pretensão) – que, segundo apuramos, equipara, no liminar do processo, os direitos absolutos e relativos, reais e pessoais – do direito de ação, como direito autônomo, tendente à realização da lei por via do processo”.²⁶²

Segundo James Golsdchmidt, a teoria da relação jurídica processual e de seus pressupostos acabaram por formar a base do sistema processual atual e, para Cândido Dinamarco, acabou separando o mundo processual do mundo material.²⁶³

Mas Golschmidt alerta para o fato de que os romanos não diferenciavam o conteúdo material do conteúdo processual de uma alegação ou resolução. Além disso, ensina que a chamada obrigação processual que desempenha um papel na ciência romanista, é dizer, a *litis contestatione teneri* ou a *condemnari oportere* não é idêntica a da relação jurídica de Büllow, a qual é abstrata, senão que não é outra coisa que o conteúdo judicial-material da ação, é dizer a ação na fase de seu exercício.²⁶⁴

²⁶¹ Cândido Dinamarco, Idem.

²⁶² Chiovenda, Instituições...,p. 39.

²⁶³ Dinamarco, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, p. 14

²⁶⁴ Golschmidt, James, Principios Generales...p. 19.

A partir disso, um dos efeitos da discussão travada na Alemanha, foi o despertar da ciência processual para a existência de dois planos a serem observados, o substancial e o processual, ou do tipo de ligação que teria entre si o direito processual e o direito material. Surgia, assim, a discussão a respeito da conceituação unitária ou dualista do ordenamento jurídico.

No dizer de Goldschmidt, quando Windscheid substituiu o conceito de ação pelo conceito da exigência jurídica (*Anspruch*), que encerra os direitos relativos e absolutos no estado de sua violação, iniciou-se, assim, a diferenciação entre o conceito de direito e de ação, e ainda entre o direito material e o direito processual.²⁶⁵

Mas ainda hoje renomados juristas e filósofos dividem-se entre monistas e dualistas quanto à compreensão de direito material e direito processual.²⁶⁶

Então, afinal, o direito subjetivo, assim considerado, somente exsurge a final a partir do processo, com a prolação de sentença (monista), ou precede à decisão judicial e independe da declaração judicial (dualista)? Enfim, a função jurisdicional é criadora de direitos ou recognitiva de direitos preexistentes? Se positivo, o que está diante de nós antes de proferida a sentença?

²⁶⁵ Goldschmidt, James, *Principios Generales...*p. 32.

²⁶⁶ Candido Dinamarco, *ob.cit.*, pp. 20-23.

Para a análise da distinção entre questão de fato e de direito, o que torna importante a discussão a respeito de ambos os modos de compreensão do ordenamento jurídico é justamente a maneira diferenciada com que os fatos e o direito são observados em cada uma das referidas teorias.

Sergi Fernández Guasch, cuja obra aqui já foi largamente referida, chegou a afirmar que a autonomia entre fato e direito não passaria despercebida por aqueles mais habituados ao estudo da ciência jurídica que não partem de uma teoria monista do Direito.²⁶⁷

Isso poderia significar, num primeiro momento, que a teoria monista, cuja defesa é justamente da existência e criação do direito apenas com a decisão judicial, estaria sacramentando a separação entre fato e direito?

Na Alemanha, a concepção monista do ordenamento jurídico foi sustentada inicialmente por Bülow e logicamente por Hans Kelsen. Na Itália, expoentes processualistas como Calamandrei, Allorio e Carnelutti, apenas como exemplo, foram defensores, ainda que indiretamente, da concepção monista do direito, para os quais a lei, antes da sentença, é meramente abstrata e estática, somente adquirindo força e vigor com a declaração do juiz pela sentença.

²⁶⁷ Fernández, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho...*, p. 180.

Ovídio Baptista da Silva ensina que o conceito de pretensão adotado pela doutrina italiana e brasileira, como duplicação do conceito subjetivo, reside no compromisso com o normativismo, *“que tem como uma de suas conseqüências, a separação entre norma e fato, entre o que seria autenticamente jurídico e aquilo que, sendo apenas uma de suas conseqüências, haveria de ser considerado tão-somente fato”*.²⁶⁸

Na Espanha, Francisco Ramos Mendez, identificado como monista puro, entende que o direito somente se faz presente a partir da análise e julgamento de um caso concreto. A criação do direito a partir do caso concreto é tão abordada e destacada pelo autor que o mesmo chega a firmar que a lacuna da lei é irrelevante, ao referir que *“La imposibilidad de que la norma prevea todos los casos posibles de la realidad no supone ninguna deficiencia en el sistema jurídico. Es del caso concreto de donde surgen las normas, por eso el problema de las lagunas del ordenamiento jurídico es algo irrelevante desde el punto de vista judicialista”*.²⁶⁹ (g.m.)

Já para os defensores da concepção dualista, a exemplo de Chiovenda, Liebman e Fazzalari, a norma concreta se forma automaticamente com o suceder dos fatos previstos na norma abstrata, razão pela qual os dualistas admitem como direito o cumprimento voluntário da norma pelo indivíduo.

²⁶⁸ Silva, Ovídio Baptista da. Direito Material e Processo. Porto Alegre:Revista Notadez de Julho/2004, p. 13.

²⁶⁹ Mendez, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso*. J.J.Mboch, Barcelona, 1979, p. 204.

Mas, afinal, o que significa realmente a função criadora do direito pela sentença, tão defendida pela concepção monista? Existe diferença entre a aplicação/interpretação da lei e criação do direito? Ainda, pode-se admitir que a concretização do direito se dá tão somente pela via da controvérsia dirimida em juízo? E o que teríamos antes da sentença, já que, segundo a concepção monista, o direito só nasce com a decisão judicial? Apenas fatos?

A discussão a respeito da concepção do direito a partir das teorias monista e dualista, como já observado, remonta há décadas. Interessa, aqui, confrontar os fundamentos defendidos por ambas as concepções, destacando os aspectos e argumentos mais relevantes que cada teoria apresenta na observação dos fatos e do direito.

Darci Guimarães Ribeiro apega-se à concepção monista como função criadora do direito tão somente através da atividade jurisdicional, defendendo de pronto que o cumprimento voluntário das obrigações não passa de mera sociologia ou fato social.²⁷⁰ A exemplo, bem identifica e distingue a concepção de direito subjetivo e pretensão, afirmando que antes do exercício da pretensão, na via processual, não há expectativa de direito mas sim mero direito subjetivo.

Neste sentido, o autor brasileiro vai defender que “...*el derecho subjetivo existe, independientemente del ejercicio que pueda tener el titular del*

²⁷⁰ Ribeiro, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, Barcelona: J. M. Bosch, 2004, p. 45

*poder, porque no hay ninguna causa pendiente para la formación del derecho como una categoría jurídica, tanto que su titular puede cederlo, sin aún tener la posibilidad de exigirlo. El vencimiento no es un requisito esencial para que el derecho subjetivo exista, es un requisito esencial para que pueda ser ejercido, es un elemento externo en la configuración del derecho mismo que puede nacer junto o después de él, pero no se confunde con él, sirviendo solamente para que pueda existir la pretensión”.*²⁷¹

Tal posição encontra amparo na posição de Francisco Ramos Mendez, para quem “...El derecho subjetivo no nace de la simple protección que concede la norma: derecho subjetivo es el poder de exigir que el imperativo legal se cumpla; no es el goce, o el interés, sino cabalmente el medio peculiarísimo de asegurarlo; es por lo tanto libertad. En suma, el derecho subjetivo podría definirse como una ‘intersubjetivación de la facultad por obra de la pretensión”.²⁷²

Ainda, além da distinção dos conceitos de direito subjetivo e pretensão, para a concepção monista é somente com a sentença que passa a existir a concretude de uma sanção abstrata, com o afloramento da coação.²⁷³ O nascimento do direito, por assim dizer, somente ocorre com a decisão judicial.

²⁷¹ Guimarães, Darci Ribeiro, La pretención..., p. 42.

²⁷² Ramos Mendez, *Derecho y Proceso*, p. 191

²⁷³ Ramos Mendez, *Derecho y Proceso*, p. 45.

Ao citar Ihering, Darci Guimarães Ribeiro lembra que “*el derecho subjetivo mediato sin una sentencia que obligue las partes a realizarlo es ‘un fantasma de derecho, meras palabras y nada más’, como diría Ihering, y representa una ‘visión metafísica del derecho’*”.²⁷⁴

También Francisco Ramos Mendez afirma que, ao citar Gomez Orbaneja, “*...el derecho está formado fundamentalmente por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigurosamente hablando decisiones de casos concretos, aunque en algunos momentos puedan aparecer como generalizaciones de tales experiencias o decisiones hipotéticas*”.²⁷⁵

E ao referir-se sobre o fato e o direito, o processualista espanhol entende que “...Esto es, el caso concreto, el problema viviente, real, es el que está en la base de toda decisión judicial, antes siquiera de que se plante el problema de la norma. El juez, aun a pesar de su abstencionismo alimentado por las pautas que establecen las normas, es siempre el artífice, junto con las partes, de la sentencia y del derecho que emana de ella. El juicio individual del juez, ajustado o no a la ley, justo o injusto, vale como único derecho indiscutible en las relaciones entre los particulares.En este se encarna y cobra la existencia del caso concreto, su única existencia: **hecho o norma son creados en su singularidad**. Con ello no se hace más que recordar el origen de las normas, que proceden por abstracción de las

²⁷⁴ Guimarães, Darci Ribeiro, La pretención...p. 48.

²⁷⁵ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p.202.

diversas decisiones de los casos. Por esto, en la actuación jurisdiccional, nos hallamos en las propias fuentes del derecho, en el sentido más genuino de la palabra. De los responsa prudentium surge el ius. La experiencia de la ley es posterior, aunque en nuestra cultura jurídica actual se nos presenta como algo simultáneo al juicio. La relación juez/ley en el juicio se resuelve siempre en su sentido original: la creación judicial del derecho".²⁷⁶ (g.m.)

E ainda, ao considerar a criação do direito como algo novo, Ramos Mendez vai tratar a atividade jurisdiccional como valoração dos fatos ao afirmar que *"...Por eso es congruente acentuar el carácter constitutivo de toda resolución jurisdiccional en cuanto que hace nacer una realidad que no existía com anterioridad... Toda norma por su propia naturaleza está em blanco: es el juez el que la rellena encontrando los valores correspondientes, esto es, valorando los hechos"*.²⁷⁷ (g.m.)

Como se observa, valorizam os monistas, com destaque para Ramos Mendez, o aspecto da controvérsia, a partir do exercício da pretensão, como momento inicializador do direito perquerido, até aqui fenômeno abstrato presente na lei. Ainda, destacam a análise do caso concreto, através dos juízos de valor exercidos pelo julgador, frente aos fatos trazidos ao processo.

²⁷⁶ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 202.

²⁷⁷ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 203.

A obra de Francisco Ramos Mendez é repleta de argumentos e situações retratadas em defesa do monismo. Observa-se que o autor analisa profundamente as questões relativas à concepção de direito e processo.

A partir da relevância dada à atividade jurisdicional, o autor acusa a teoria dualista de ser a base teórica que sustenta o silogismo lógico, ao afirmar que *“Esta construcción responde a un planteamiento marcadamente dualista de las relaciones entre derecho y proceso. El dualismo resulta, en este caso, predominantemente, del binomio hechos/norma jurídica. Paralelamente a la indiscutible, al menos en apariencia, objetividad de los hechos, la norma jurídica es objetivada también como dato que há de integrar una de las premisas del silogismo. En enjuiciamiento de los hechos y el enjuiciamiento del derecho se operan separadamente, ya que deben ser encuadrados en una premisa diversa. Los juicios de derecho pasan a ser la componente de la premisa mayor del silogismo, bajo la fórmula de la ley general y abstracta. Ao juez se le reconoce el señorío en esta búsqueda de la norma más idónea, según graficamente revelan los aforismos **iura novit curia**, y da **mihi factum, dabo tibi ius**. Los juicios de hecho se aposentam en la premisa menor, tras haber superado la criba del contraste de pareceres a lo largo del proceso. Sucesivamente, y la postre, la norma se encara en la conclusión del silogismo, concretándose para el caso particular, concluión que forzosamente debe encajar dentro del ámbito de la norma, ya que de lo contrario la sentencia sería injusta. De este modo, derecho y proceso, norma y hecho mantienen una distancia paralela entre sí en el campo*

de la experiencia jurídica. La conexión entre ambos términos se realiza a través de las sucesivas fases del enjuiciamiento...²⁷⁸ (g.m.)

Frente a isso, em defesa do monismo e na tentativa de suplantar a separação entre fato e direito, o autor vai propor que *“el predominio de los juicios de valor y su carácter eminentemente creativo es un claro argumento que invita a la superación del dualismo derecho material/direito procesal. Esta tarea presenta diversas facetas que serán abordadas en las páginas siguientes según el programa de actuación enunciado. Por el momento, y por su estrecha conexión con el tema de la estructura del juicio jurisdiccional, es preciso superar, como una clara reminiscencia del silogismo judicial, la distinción entre juicios de hecho e juicios de derecho...*²⁷⁹ (g.m.)

Portanto, para os monistas, o direito criado na sentença é a valoração jurídica dos fatos trazidos a juízo. Antes da sentença, não se pode falar de direito. Além disso, os defensores do monismo acusam a concepção dualista de ser a responsável pela manutenção do silogismo lógico da sentença judicial, que sustenta a separação entre questão de fato e questão de direito.

Contudo, como admitir-se a existência do Direito somente através do exercício da pretensão em juízo, seguido de uma decisão judicial, ao tempo em que o enquadramento dos fatos ao direito declarado pela sentença fica

²⁷⁸ Ramos Mendez, *Derecho Y Proceso*, p. 179

²⁷⁹ Ramos Mendez, *Derecho y Proceso*, p. 185.

sob responsabilidade do dualismo? Ao que parece, está-se diante de um paradoxo não esclarecido pelo monismo.

Contrariando as suposições de Ramos Mendez, Goldschmidt leciona que excepcionalmente há direito sem ação e ações sem direito, sendo que é nos preceitos legais que regulam tais exceções que se manifesta a existência do “direito judicial material” de um modo imediato e simples.²⁸⁰ A exemplo, refere o autor que quando o titular tem por si mesmo a faculdade de constituir, modificar ou extinguir a relação jurídica mediante uma declaração unilateral de vontade, é dispensável o ajuizamento de uma ação constitutiva ou rescisória para tanto. Para exemplificar, o autor cita a rescisão de um contrato de aluguel e a dispensa de uma empregada doméstica.²⁸¹

Veja-se que o estudo de tais contrapontos pode tomar um rumo estritamente lógico, pois a controvérsia não pode ser tomada através de um pensamento matemático binário, do certo e do errado. Aqui cabe lembrar novamente o termo médio de que nos alerta Ovídio Baptista da Silva, para suplantar a idéia de um pensamento binário dentro do direito.²⁸²

²⁸⁰ Goldschmidt, James. *Principios Generales*, p. 29.

²⁸¹ Goldschmidt, James. *Principios Generales*, p. 30.

²⁸² Silva, Ovídio Baptista, *Processo e Ideologia*, p. 243.

Pois bem, dada a importância desta análise, não se nega a atividade criadora do direito através da jurisprudência, pois tal fenômeno é até mesmo inevitável, seja sob a concepção monista, seja sob os argumentos defendidos pelo dualismo. Na verdade, no dizer de Cappelletti, ambos os processos legislativo e jurisdicional constituem-se em criação do direito.²⁸³

Contudo, e já sob o alerta do pensamento lógico binário, observa-se que Francisco Ramos Mendez acaba por atribuir a construção do direito somente na via judicial. Ao referir-se à importância dos aspectos históricos e sociais a serem considerados pelo julgador, em contraponto ao silogismo lógico, o autor vai acentuar que *“Al lado del elemento lógico, herancia del silogismo, se han ido sacando a la luz los juicios históricos y de valor...En particular, el trascendental estudio de este último autor (SERRA) demuestra como el juicio jurisdiccional es fruto de la interacción continua de juicios históricos, lógicos y de valor, atribuyéndose a cada uno de ellos un papel concreto en la génesis de la resolución jurisdiccional. Es más, de un atento examen de las conclusiones a que llega hay que deducir el predominio absoluto de los juicios de valor sobre los restantes, en la realidad procesal. Si a esto se añade el carácter eminentemente creativo de juicio de valor, no es difícil imaginar que las repercusiones en el tema derecho-proceso son relevantes. Aunque no se reniega en absoluto de una postura dualista, ésta queda considerablemente atenuada ante las muchas excepciones en las que el juicio jurisdiccional crea por sí mismo el derecho para el caso concreto, y aun a pesar de la norma escrita y en contra de su texto. Llegados a este extremo la*

²⁸³ Mauro Cappelletti, *Juizes Legisladores?*, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 27.

balanza se inclina sensiblemente en favor de la superación del dualismo por la actividade predominantemente creativa del juicio jurisdiccional".²⁸⁴

Castanheira Neves, por sua vez, vai fazer referência à unidade do direito processual e do direito material e, referindo-se a Paulowski, revela que *“Nem têm de ficar as coisas por aqui, pois pode invocar-se também uma outra forma de igualdade-participação, para nós da maior importância: a que se verifica, ou se deve reconhecer, na própria constituição e realização historicamente concreta do direito. Referimo-nos desde logo à igualdade participante que haverá de cumprir-se no processo judicial e enquanto é aí o lugar privilegiado de constitutiva realização concreta do direito. O direito que no processo e através do processo se manifesta e cumpre não será, deste modo, apenas o resultado de uma redução lógica do geral das normas pressupostas ao particular do objeto a julgar, e sim aquele direito específico do caso concreto que se constituirá, com apoio nas normas e outros critérios jurídicos, através do diálogo normativamente participante de todas as entidades que concorrem no litígio a decidir – o tribunal e as próprias partes do caso decidendo”*.²⁸⁵ (g.m.)

²⁸⁴ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, pp. 181-182.

²⁸⁵ Castanheira Neves, António. O Instituto dos assentos e a função dos Supremos Tribunais, Coimbra, 1983, pp. 125-126.

Ainda, importa registrar a colocação do autor na nota-de-rodapé, a qual é remetido o leitor após o trecho supra-transcrito, ao destacar que “*A determinação do direito actual é antes considerada como o resultado de um processo impulsionado pelas partes. E isto significa que o concreto desenvolvimento do direito não pode ser caracterizado como simples tarefa do juiz (direito-do-juiz), mas também como tarefa das partes e como resultado e conseqüência da sua atividade. Pelo que o direito actual não é determinado só através da lei (através da declaração de vontade do legislador), mas também, através das declarações e acções dos particulares consortes de direito.*”²⁸⁶

Isso não quer dizer que antes da sentença não se possa falar em direito, mas sim num direito de caráter estático, não controvertido, que assume um caráter dinâmico e concreto na dialética processual.

Neste sentido, James Goldschmidt refere que “*Hay quienes consideran el fallo judicial como una lex specialis. Pero si esta teoría tuviera fundamento, la ley no sería nada más que un ‘plan, un proyecto del orden jurídico, y el juez sería el verdadero legislador. El Derecho material nacería del resultado del proceso y no antes de la sentencia, mientras que, al contrario, todo ejercicio de derechos o cumplimiento de deberes antes de la sentencia o fuera del proceso no sería tal, en verdad, sino que se haría en un espacio vacío*”.²⁸⁷

²⁸⁶ Castanheira Neves, Antônio. O Instituto dos assentos...pp. 125-126, nota de rodapé 267.

²⁸⁷ Goldschmidt, James. Principios Generales, p. 41.

A partir disso, Goldschmidt vai afirmar que o juiz se vincula ao direito porque é juiz, é dizer, porque a aplicação do direito é seu ofício. Mas quando a decisão contém uma violação ou interpretação errônea da lei, não há infração de qualquer dever, senão ignorância ou interpretação errônea de direito, a exemplo do que ocorre na lei espanhola (Ley de Enjuiciamiento civil, art. 1691), ao prever o recurso de *cassación* por infração à lei ou erro quanto à forma.²⁸⁸

Assim, no entendimento de Goldschmidt, o processo não lida com a certeza do direito pré-estabelecido, mas hipóteses que vão se confirmando ou não até a decisão definitiva. Em razão disso, o autor entende que no processo há expectativas de uma sentença favorável ou perspectivas de uma sentença desfavorável e, como é uma luta pelo direito, as expectativas de uma sentença favorável dependem regularmente de um ato processual anterior à parte interessada, que se vê coroado pelo êxito²⁸⁹e, de outro lado, as perspectivas de uma sentença desfavorável dependem sempre da omissão de um ato processual da parte interessada.

O próprio Calamandrei reafirma que no processo de caráter dialético a decisão constitui a consequência que permanece incerta até o fim da marcha do processo,²⁹⁰ e neste sentido o autor vai fazer referência a

²⁸⁸ Goldschmidt, James. Principios Generales, p. 55.

²⁸⁹ Goldschmidt, James. Principios Generales, p.57.

²⁹⁰ Calamandrei, Piero, Proceso y Democracia, pp. 153-154.

Goldschmidt para afirmar que a dialética do processo é a dialética da democracia parlamentarista.²⁹¹

Neste sentido, Goldschmidt, referindo-se a Büllow, afirma que o caráter da *exigência* transforma o direito material, supostamente existente, em uma expectativa ou possibilidade de maior ou menor certeza, de modo que, para levar um fato à evidência, precisa-se sempre de um ato processual, por meio da prova.²⁹²

E quanto a esta conversão de incertezas, Goldschmidt vai afirmar que *“El modo de ver o considerar el derecho, que convierte todas as relaciones jurídicas en expectativas o perspectivas de un fallo judicial de contenido determinado, puede llamarse una consideración dinámica del derecho en contraste con la consideración corriente, que es estática, porque enfoca todas las relaciones jurídicas como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos presupuestos como realizados”*.²⁹³

De outro lado, como admitir-se-ia o prosseguimento da ação a partir da análise das condições da ação (legitimidade processual, interesse processual e direito juridicamente possível)? O prosseguimento da ação para a análise do seu mérito não denunciaria já um direito pré-existente à sentença?

²⁹¹ Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, p. 155.

²⁹² Goldschmidt, James. *Principios Generales*, p.61.

²⁹³ Goldschmidt, James. *Principios Generales*, pp. 64-65.

Quanto a esta temática, Francisco Ramos Mendez afirma que, não fosse o peso da tradição, o capítulo da legitimação ocuparia menor espaço do estudo do processo,²⁹⁴ pois entende que a valoração de uma relação jurídica material pré-formada reflete o interesse privatístico originário do processo.²⁹⁵ Chega a afirmar que *“La afirmación de la titularidad del derecho, esto es, el desarrollo procesal de la acción, legitima por si mismo a la parte, y por lo tanto es superfluo tratar de buscar las condiciones de la acción. La actividade de las partes en orden al derecho no debe ser entendida como problema de titularidad, sino a lo sumo como problema de probabilidad legítima...Es irrelevante hablar de demandas fundadas o infundadas, transponiendo al momento inicial del proceso lo que sólo puede resultar de su acto final, de la sentencia. La parte mueve los hilos del proceso, aunque no está sola en esta tarea: participa en la creación del juicio. Esto son los límites individuales de su actuación y el sentido que ésta tiene”*.²⁹⁶

A partir daí, o autor segue tratando da aplicação da lei, a qual, na sua concepção, assume o caráter de submissão do julgador à lei, segundo o dualismo, refletindo as bases do racionalismo que prega a segurança jurídica na figura do juiz-boca-da-lei, lembrando Montesquieu.²⁹⁷ Na seqüência, vai afirmar que o binômio juiz-norma adquire outro significado se contemplada a partir de uma perspectiva monista.²⁹⁸

²⁹⁴ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 189.

²⁹⁵ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 188.

²⁹⁶ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, pp. 189-190

²⁹⁷ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 196.

²⁹⁸ Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 200.

Contudo, ao tentar justificar e defender o monismo na aplicação da lei, o autor não explica com clareza porque a ponderação de valores sociais e ambientais evita a submissão do juiz à lei, o que entende ocorrer na visão dualista da aplicação da lei.

Observa-se, até aqui, que o olhar monista ou dualista sobre o direito material e processual, além de não apresentar bases consistentes, beira à contradição, aspecto que torna tais concepções de certa maneira carentes e até mesmo insuficientes para que se possa compreender a noção de fato e de direito.

Cândido Dinamarco, na sua crítica à teoria monista, afirma que “*O que autoriza a afirmação de que não existe norma, não existe ordenamento jurídico, senão no processo e através do processo? A existência objetiva da lei é um fato e é também universalmente reconhecido que o fato de sua existência é em si um vínculo à vontade dos homens (...). Além disso, se com a sua inobservância cessasse toda a sua eficácia vinculativa (o que os unitaristas afirmam), que critério outro teria o juiz para julgar?*”²⁹⁹

Seguindo a crítica referida, Dinamarco aponta a hipótese de rescisão da sentença proferida contra literal disposição de lei, nos termos do art. 485, inciso V do Código de Processo Civil, para justificar que “*...o direito a essa alteração já preexistia e, se o juiz deu efetividade a ela, assim agiu porque*

²⁹⁹ Dinamarco, Candido. Fundamentos..., p. 29.

reconheceu o preexistente direito...mas tudo assim é porque já existia a vontade do direito no sentido de que assim fosse....”³⁰⁰

Por fim, Cândido Dinamarco vai afirmar que não se discute a validade da interpretação do binômio fato-norma segundo os cânones éticos da sociedade atual, referindo que “... O ponto importante a fixar é que o intérprete já encontra uma norma concreta consumada e a sua atividade já meramente cognitiva: as escolhas que a sua tarefa lhe impõe situam-se exclusivamente no plano teórico e nunca axiológico – de modo que lhe cabe apenas investigar a verdade dos fatos ocorridos, acertando depois se estes recebem de tal norma a sua disciplina concreta, além de esclarecer qual o sentido atual da norma (ou seja, que valor a opinião atualmente dominante na sociedade pretende tutelar através dela e de que forma quer tutelá-lo). Não cabe ao intérprete estabelecer um ainda inexistente contato entre o fato e a norma, nem dar a esta o significado que ditarem os seus sentimentos pessoais. Quando ele intervém, já encontra uma realidade consumada (o fato em sua relação lógica com a hipótese da norma geral, o significado axiológico desta e, enfim, a norma concreta que brotou do encontro do fato com a norma). E o seu dever é o ser fiel a essa realidade, referindo-a sem distorções históricas (quanto ao fato) ou axiológicas (quanto ao valor expresso da norma). Daí resulta que ocorre a concretização da norma, i. é, a sua aplicação ao caso concreto, não só independentemente da inserção do intérprete mas também

³⁰⁰ Dinamarco, Cândido, Fundamentos...,p.34

independentemente da opinião dos próprios sujeitos da relação jurídica e do seu comportamento (controvérsia, satisfação voluntária etc.).³⁰¹ (g.n.)

Especificamente com relação à problemática do dualismo fato-direito, Francisco Ramos Mendez afirma que *“Los hechos se formulan jurídicamente, bajo una calificación jurídica específica. El derecho no existe em abstracto, sino a través de los hechos que precisamente son jurídicos. La ley no existe en abstracto, tan sólo las acciones concretas de los hombres, a la vez jurídicas”³⁰²*

Já Cândido Dinamarco entende que *“O direito, em verdade, não só na norma vive, mas também no fato ao qual a norma se aplica e o valor que motiva a enunciação da norma abstrata e que deve presidir a interpretação dos textos em que ela se consubstancia. O direito insere-se na vida do Estado como um instrumento para a realização de certos valores considerados essenciais à coesão do grupo social e à caminhada em direção aos fins comuns; a emoção atrativa ou repulsiva com que a opinião dominante recebe certa massa de fatos (os quais são, dessa forma, considerados lícitos ou ilícitos – ou seja, favorecedores da coesão ou da desagregação social) é um juízo que tende a cristalizar-se em norma jurídica. Ora, nesse quadro é arbitrário concentrar na norma a definição da experiência jurídica, a qual começa com o fato e se dirige ao fato: i.é, o sistema normativo é uma resultante da valoração de fatos aplaudidos ou repudiados e se destina à*

³⁰¹ Dinamarco, Candido. Fundamentos...,p. 28

³⁰² Ramos Mendez, Derecho y Proceso, p. 185/186;

disciplina concreta de fatos futuros que se enquadrem na mesma categoria dos anteriormente valorados (categoria essa isolada pelo legislador e descrita na hipótese legal)”³⁰³

Luiz Recaséns Siches, por sua vez, vai defender a idéia de que o processo de individualização da norma abstrata também se manifesta por ocasião do seu cumprimento espontâneo, onde não há controvérsia nem conflito, porque nestes casos, a interpretação do que a norma impõe para a situação singular parece não oferecer maiores dificuldades às partes envolvidas.³⁰⁴

Ainda, a respeito da tão debatida criação do direito pelo julgador, a posição adotada por Siches parece desprezar a polêmica entre monistas e dualistas, ao referir que *“el cumplimiento o la aplicación de las normas jurídicas generales, las cuales son vida humana objetivada, no es de ninguna manera un procedimiento mecánico de reproducción de esa pauta general previamente objetivada en la regla general, no es un mero re-vivir esa pauta, un puro copiarla, sino que, por el contrario, implica algo nuevo. En efecto, implica el proceso de inadividualización y concreción de la norma general, la aplicación de ésta al caso singular. Ahora bien, esse proceso de individualización, concreción o aplicación, contiene algo nuevo, que no está previamente contenido en la norma general”*.³⁰⁵

³⁰³ Dinamarco, Candido. Fundamentos..., p. 27/28.

³⁰⁴ Siches, Nueva Filosofía..., p. 142.

³⁰⁵ Siches, Nueva Filosofía... p. 142.

Neste sentido, se na análise do caso concreto o julgador lida com hipóteses legais, não haveria por que ainda denominar ou especificar uma espécie de “aplicação” ou criação do direito a partir de uma concepção *alternativista*, identificada no Brasil como *contralegem*, pois o próprio ordenamento jurídico oferece alternativas legais, diante das quais o juiz apreciará o caso concreto.

E, a propósito do princípio da legalidade, é pertinente fazer referência a Piero Calamandrei, quando o processualista italiano acentua que “...inclusive en el sistema de la legalidad, son las propias leyes las que ofrecen al juez el camino para hacer pasar el sentimiento hacia las rígidas fórmulas dictadas por la razón...”³⁰⁶ e ainda que “La ley preestablecida es uno de los coeficientes que concurren a estimular la conciencia del juez en la decisión, pero no es el único factor...”³⁰⁷

A partir disso, é quase forçoso admitir a existência do direito antes do julgamento da causa trazida a juízo, na medida em que o julgador não age arbitrariamente. A sua decisão inevitavelmente estará inserida no universo jurídico, ainda que sujeito a nuances e adequações delineadas pelo caso concreto, mas nunca poderá ocorrer um distanciamento dos valores básicos, leia-se éticos, que o ordenamento jurídico antecipadamente preserva.

³⁰⁶ Calamandrei, Piero, Derecho y Democracia, p. 78.

³⁰⁷ Calamandrei, Piero, Derecho y Democracia, p. 79.

Isso não quer dizer que o juiz está adstrito ao pensamento do legislador, mais sim que o julgador de qualquer maneira se mantém vinculado ao ordenamento jurídico, como representação dos princípios e valores da sociedade em que tal direito deve operar, renovado e personalizado a cada caso concreto, a partir da interpretação do julgador. Logo, o julgador está, na verdade, comprometido com o contexto social e não necessariamente com a letra estática da lei.

É por isso que Calamandrei adverte que *“Com esto no se pretende significar que el juez pueda olvidarse de la ley, ya que en el sistema de la legalidad no está facultado para salirse de los limites que ella establece, sino que solamente quiere decir que, para aplicarla fielmente, el juez no debe considerarla como una imposición extrana que la venga de lo alto, sino que debe buscar sus fundamentos en su propia conciencia, y cuando vaya a traducirla en mandamiento concreto, re-crearla com su partícipe sentimiento. Se dijo en alguna ocasión que la obra de arte es úne tranche de vie’, un pedazo de la realidad reflejado a través de la sensibilidad de un artista; se podría decir, igualmente, que la sentencia es un artículo de la ley filtrado a través de la conciencia del juez”*.³⁰⁸

A importância da interpretação na atividade jurisdicional é referida por Mauro Cappelletti como movimento literário que, especialmente no final do século XIX e no curso do século XX, foi se formando no mundo ocidental.

³⁰⁸ Calamandrei, Piero, Derecho y Democracia, p. 86.

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação.³⁰⁹

Diante disso, Cappelletti defende que *“...Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas da música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas...”*³¹⁰(g.m.)

De tal modo, até aqui é possível observar que o emblema da distinção entre a questão de fato e a questão de direito já foi alvo de inúmeros processualistas, e inclusive debatido no âmbito da filosofia jurídica. Contudo, raras são as posições claras e concretas que permitem uma exposição definitiva em defesa da distinção ou da unidade do fato e do direito no decorrer do rito processual.

Constata-se, assim, a carência de argumentos e a necessidade de uma explicação mais razoável em defesa da diferença de tais questões, o que

³⁰⁹ Cappelletti, Mauro. Juízes Legisladores, , p. 21

³¹⁰ Cappelletti, Mauro, Juízes Legisladores, pp. 21-22.

para a hermenêutica jurídica, a partir da superação da relação sujeito-objeto, vai contribuir com as lições de Heidegger sobre a diferença ontológica entre fato e direito.

Na trilha da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, é possível reconhecer, num primeiro momento, que o direito representa tanto os princípios sociais, registrados na lei pelo legislador, como os valores trazidos pela própria sociedade durante a construção processual, ao longo do tempo, como decorrência do trabalho em conjunto dos procuradores das partes e do julgador. A partir disso, solidariamente, o direito passa a adquirir o seu sentido e os seus valores de acordo com a sua sociedade, para a qual está absolutamente comprometido.

E é para os rumos da hermenêutica que a presente pesquisa segue, para apontar em definitivo a inviabilidade da distinção entre a questão de fato e a questão de direito, no atual modo do acontecer do processo civil, em pleno século XXI.

Capítulo 3

A QUESTÃO DE FATO E A QUESTÃO DE DIREITO A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA HERMENÊUTICA

“Quando tentamos explicar, a poesia se torna banal...Melhor do que qualquer explicação é a experiência das emoções que a poesia revela para uma alma disposta a compreendê-la”.

Pablo Neruda, in “O carteiro e o Poeta”

A leitura dos capítulos anteriores permite-nos constatar o quanto a idéia de realização do direito a partir da compreensão de mundo inspirada na ideologia liberal-iluminista restringiu o modo-de-ser do processo civil à lógica do silogismo como método de aplicação da lei, a qual separa a questão de direito (premissa maior) a ser sobreposta à questão de fato (a premissa menor).

Na sua importante obra editada em 1960, Piero Calamandrei já manifestava a sua angústia diante de um processo civil tão amarrado às “elegâncias lógicas”, ao tempo em que o processo deveria ser estudado para fazer-se de instrumento adequado às exigências da sociedade.³¹¹

³¹¹ Calamandrei, Piero, *Proceso y Democracia*, p. 54.

Naquela época, já alertava o renomado processualista italiano para o fato de que “o estudo do processo deve ser direcionado para servir concretamente à justiça, para servir aos homens, de modo que para permanecermos fiéis a este propósito, é necessário persuadirmos cada vez mais no sentido de que o processo não é como o legislador previu em abstrato, senão como fazer viver, como o representam os homens, no sentido teatral da palavra, cada um atuando em seu mundo individual e social, com sentimentos, com interesses, opiniões e costumes...”³¹²

Observa-se que o mestre italiano, já em 1960, instigava-nos a pensar o processo civil como um meio de “fazer viver”, denunciando a tecnicidade do processo como mero instrumento de aplicação do pensamento do legislador, tão arraigada na atual dogmática jurídica, onde fica bem evidenciada a separação entre a questão de fato e a questão de direito, da qual se serve o silogismo lógico.

Desconstruir tal ideologia iluminista não é tarefa das mais simples, na medida em que o sistema legalista, amparado no princípio da separação dos poderes, entende como ilegal e, por conseqüência, como injusta, toda e qualquer decisão que não apresentar amparo no ordenamento jurídico positivado. Recusa-se, dentro do pensamento dogmático, a idéia de uma decisão desamparada de seu dispositivo legal.

³¹² Calamadre, ob.cit., p. 55.

Então, como é possível dar vida ao processo civil, com o abandono do silogismo que separa a questão de fato da questão de direito, sem que isso seja rejeitado ou compreendido como anti-jurídico pela ordem vigente?

Uma possível resposta para tal intento, sobretudo corajosa para o direito processual na atualidade, pode ser encontrada na hermenêutica filosófica, que a partir do século XX, tem suas raízes na hermenêutica da faticidade e na fenomenologia de Martin Heidegger, revisitada na seqüência por Hans Georg Gadamer, discípulo de Heidegger, que vai valorizar o estudo da tradição e da historicidade no processo de compreensão do homem, através da linguagem.

Assim, a proposta trazida pela hermenêutica filosófica vem estudada na seqüência da presente pesquisa com o intuito de proporcionar um novo olhar sobre o fato e o direito na jurisdição e, a partir disso, possibilitar uma nova compreensão do processo civil e da atuação de juízes, advogados e da formação dos estudantes de Direito.

Antes disso, é preciso traçar alguns traços da filosofia heideggeriana, especialmente no que se refere ao teorema da diferença ontológica, a partir do questionamento da verdade, pensamentos estes seguidos por Gadamer para destacar a importância da tradição e da historicidade na interpretação do direito, adequada à idéia de temporalidade.

3.1. A fenomenologia de Martin Heidegger - a idéia de compreensão como um existencial

“Qualquer destino, por mais longo e complicado que seja, vale apenas por um único momento: aquele em que o homem compreende de uma vez por todas quem é...”
Jorge Luís Borges

A partir do estudo da fenomenologia, com Martin Heidegger somos instigados a pensar na compreensão como momento de desocultação, como fenômeno de revelação de sentido. Isso é fundamental para o início de um “dar-se conta” a respeito das amarras que atravessam o pensamento dogmático na ciência jurídica.

A ideologia objetificante que envolve a ciência jurídica conserva o Direito num mundo de conceitos universalizantes e abstratos, circunstancialmente acoplados sobre as coisas, sobre a vida e à sociedade.

Heidegger propôs uma hermenêutica sob uma perspectiva ontológica, através da qual o significado das coisas é desvendado; em que o sentido se ilumina e é revelado através da interpelação, do diálogo. É neste sentido que Gadamer vai falar, seguindo Heidegger, que *“O modo de ser de uma coisa só se expressa quando falamos sobre ela. O que entendemos por verdade – revelação, desocultação das coisas – tem, portanto, sua própria temporalidade e historicidade. Em todo o nosso esforço por alcançar a verdade, descobrimos*

admirados que não podemos dizer a verdade sem interpelação e sem resposta e assim sem o caráter comum do consenso obtido".³¹³

O sentido da verdade das coisas é assim colocado por Heidegger como desocultação, não sendo outro significado da alegoria da caverna, quando dela saímos para luz e a ela retornamos. Contudo, no dizer de Richard Palmer, tal significado acabou sendo desvirtuado, pois "*A verdade transformou-se em visão correcta e o pensamento transformou-se numa questão de colocação de idéias face à visão da mente, isto é, transformou-se em manipulação adequada de idéias*",³¹⁴ não sendo outro o palco do desenvolvimento da metafísica ocidental.

Segundo Lênio Luiz Streck, é inevitável que "na ontologia da compreensão, a vida é história, onde o próprio ser se desvela no horizonte da temporalidade. O próprio ser é tempo",³¹⁵ de modo que a verdade será sempre desvelamento, a desocultação (*aletheia*) do ser do ente". O desvelamento do ser possibilita a revelação do ente, momento em que o ente é retirado do velamento.³¹⁶

Logo, estudar a hermenêutica a partir de uma perspectiva ontológica é sobretudo questionar as verdades veladas pelo pensamento metafísico, responsável pela separação das áreas de conhecimento, que assim abstraiu

³¹³ Gadamer, Hans Georg. Verdade e Método II. Petrópolis: Vozes, 2002, p.71.

³¹⁴ Palmer, Richard. Hermenêutica, p.147.

³¹⁵ Streck, Lênio, Hermenêutica..., p. 195.

³¹⁶ Streck, Lênio, Hermenêutica..., p. 195.

consideravelmente a idéia de Direito como ciência pura, apartada da filosofia, da sociologia, da história, etc. Da mesma forma, estudar a compreensão do direito a partir do seu aspecto hermenêutico põe em xeque os dualismos ser/ente, texto/norma, sujeito/objeto e a questão de fato distante da questão de direito no processo civil.

Neste sentido, Lênio Luiz Streck vai afirmar que “Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do Dasein”,³¹⁷ sendo que “O Dasein pré-domina o processo de compreensão. Por isto, a compreensão é um existencial”.³¹⁸

Ainda, segundo Ernildo Stein, Heidegger realiza uma estratégia ao afirmar o seu pensar contra o pensar da metafísica ocidental, como crítica ao esquema sujeito-objeto da filosofia moderna, que abriu um abismo entre o pensamento e as coisas, entre o significado e o objeto, entre o sentido e estado de coisas, entre representação e representado.³¹⁹

Heidegger, assim, vai interpretar o ser, a verdade e a história, a partir da temporalidade absoluta, afirmando que o tempo se revela como horizonte do ser,³²⁰ o que significa dizer que, na afirmação de Gadamer, o *ser* deverá ser determinado a partir do horizonte do tempo, de modo que a estrutura da

³¹⁷ Streck, Lênio, *Hermenêutica...*, p. 186.

³¹⁸ Streck, Lênio, *Hermenêutica...*, p. 189.

³¹⁹ Stein, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2002, p. 95.

³²⁰ Gadamer, Hans Georg Gadamer. *Verdade e Método*, Vol I. São Paulo: Vozes, 2004, p. 344

temporalidade aparece como determinação ontológica da subjetividade. Neste sentido, a fenomenologia de Heidegger vai avançar para a idéia de que o próprio ser é tempo.³²¹ No dizer de Ernildo Stein, “*a fenomenologia é a arte de desvelar aquilo que, no comportamento cotidiano, nos ocultamos a nós mesmos: o exercício da transcendência*”.³²²

Ainda, no dizer de Gadamer, Heidegger vai orientar a sua crítica ontológica contra o idealismo especulativo, através da hermenêutica da facticidade, com retorno à vida produtiva, fazendo com que a oposição entre natureza e espírito não se mostre mais dotada de uma validade última, como idéia de fundamento último e eterno. Logo, a partir da idéia de que tanto as ciências do espírito como as da natureza derivam do desempenho da vida universal, o que significa dizer de uma temporalidade absoluta, a compreensão torna-se um modo de ser existencial.³²³

De tal modo, o que Heidegger propõe é a desconstrução do discurso metafísico, ao colocar a compreensão como existencial, e a linguagem do homem como condição de possibilidade para este existencial, e não como um terceiro elemento que se interpõe entre sujeito-objeto, que vem alimentar ainda mais os dualismos antes apontados.

³²¹ Gadamer, Verdade e Método I, p. 345.

³²² Heidegger, Martin. Que é metafísica. Tradução e Notas de Ernildo Stein. In: Conferências e Escritos, p.29.

³²³ Gadamer, Verdade e Método I, p. 347.

Segundo Ernildo Stein, “a intenção fundamental de Heidegger foi estabelecer o espaço do ser-no-mundo como o âmbito em que se dá a experiência filosófica, mas não como uma realidade produto da relação sujeito-objeto. Era o próprio acontecer da compreensão do ser, tanto do ser do ser-aí como do ser enquanto tal, que passava a constituir o lugar do sentido para qualquer descrição das coisas, dos outros e de si mesmo”.³²⁴

Giani Vattimo, em obra que introduz a discussão sobre a proposta heideggeriana, refere que “...*Se os entes vêm ao ser enquanto se situam no mundo como projecto aberto e instituído pelo Dasein, a validade do princípio de razão suficiente deverá também ela ser referida ao estar-aí que institui o mundo em que o ente aparece...*”,³²⁵ pois, “*O Dasein, enquanto projecto lançado, tem já uma compreensão do ser do ente, compreensão que se articula num discurso (o discurso é um existencial) em que os entes estão concatenados entre si na forma da justificação ou fundação*”.³²⁶ De tal sorte, continua o autor ao referir que “*.O verdadeiro fundamento é, então, o próprio Dasein porque, primeiro e mais fundamentalmente do que o ente, compreende o ser, isto é, abre um horizonte em que se tornam visíveis os entes, mas o horizonte transcende e precede os entes*”.³²⁷ (g.m.)

Para tanto, no dizer de Lênio Luiz Streck, com Heidegger é preciso ter presente a idéia de totalidade do existencial do homem, diante do mundo em

³²⁴ Stein, Ernildo. Pensar é pensar a diferença, p. 101.

³²⁵ Vattimo, Giani. Introdução a Heidegger. Lisboa: Edições 70, 1987, p.67.

³²⁶ Vattimo, Introdução a Heidegger, p.67.

³²⁷ Vattimo, Introdução a Heidegger, p.68.

que se vive, a partir de dois teoremas fundamentais, o círculo hermenêutico e a diferença ontológica.³²⁸

Também segundo Ernildo Stein, Heidegger vai atribuir à diferença ontológica o papel da transcendentalidade, para buscar e perguntar pelo ser, distinguindo-o do ente, advertindo, entretanto, que *“...tal diferença somente faz sentido se ela pretende dar conta das condições de possibilidade do conhecimento. Todo o conhecimento empírico é conhecimento pela experiência, ainda que num sentido muito particular: a filosofia é experiência das possibilidades da experiência...”*.³²⁹ Ainda, ensina o filósofo que *“Como a metafísica se constituía, na sua relação com os objetos, como um conhecimento objetivador, isto é, se guiava pelo esquema sujeito-objeto, não foi capaz de pensar o âmbito que ela mesma constituía, sem afirmá-lo como resultado da presença de um ente particular ou pela presença de um sujeito. Assim ela, pelo fato de pensar o seu campo específico a partir da entificação do ser, introduziu a distinção, entre filosofia e ciência, a partir de uma relação de objeto. Dessa maneira, a metafísica estabelecia um compromisso de caráter especulativo entre natureza e consciência, reduzindo a distinção que deveria ser produzida pela diferença ontológica a uma diferença entre subjetividade e objetividade transcendental”*.³³⁰ (g.m.)

A partir daí é possível compreender que até mesmo se tornou inevitável a construção da ciência jurídica, na modernidade, com base no pensamento objetificante da lógica e do dedutivismo lógico, sacramentando assim a distinção entre questão de fato e de direito, já que naquela época o

³²⁸ Streck, Lênio, *Hermenêutica...*, p.196.

³²⁹ Stein, Ernildo. *Pensar é Pensar a diferença*, p. 100.

³³⁰ Stein, Ernildo. *Pensar é Pensar a diferença*, p.100.

pensamento cartesiano impunha a idéia de verdade como certeza racional,³³¹ como idéia de algo verificável e somente encontrado na lei.

Ora, se o objetivo do pensamento liberal-iluminista era impedir a interpretação do direito pelo julgador, estava aí estagnando o ser (sentido) do ente (ordenamento jurídico), estabelecendo e diferenciando os elementos a serem levados em consideração pelo magistrado no momento da aplicação da lei: uma premissa maior de sentido único (a lei de sentido único, leia-se velado), e uma premissa menor a ser encaixada na fórmula lógica pré-estabelecida pelo legislador.

Diante disso, é possível compreender, com Lênio Luiz Streck, o quanto a visão metafísica que sustenta a relação sujeito-objeto é falha e sempre chega tarde, porque “*O mundo não lhe é dado primariamente como um conjunto de objetos com os quais, num segundo momento, se relacionaria, ao atribuir-lhe os seus significados e funções.(...) O mundo só se nos dá na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele “sujeito” do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe a um “objeto” entendido como simples-presença. O estar-aí nunca é algo de fechado de que há que sair para ir tem com o mundo; o Dasein já é sempre e constitutivamente relação com o mundo, antes de toda a distinção artificial entre sujeito e objeto...*”³³² (g.m.)

³³¹ Palmer, Richard. *Hermenêutica*, pp.148-149.

³³² Streck, Lênio, *Hermenêutica...*, p. 188.

Por essa mesma razão, Gianni Vattimo vai acentuar que “O *estar-á* não pode, por sua vez, ser fundado porque é precisamente ele que abre esse horizonte, o mundo em que se situa toda a relação de fundação; por outro lado, também não é fundamento último no sentido de ser uma simples presença para além da qual não se pode ir, e da qual tudo “*deriva*” ou “*depende*”; não é uma simples presença, porque o *estar-á* não é outra coisa senão projecto: não é algo que “*seja*” e que projecte depois o mundo, não é algo que exista como “*base*” estável deste projectar...”.³³³

Veja-se que o modo como Heidegger compreende o *ser* ultrapassa a concepção dos filósofos que o antecederam. Lênio Luiz Streck lembra que Heidegger se recusou a conceber o conceito de *ser* como uma espécie de ente superior, um fundamento eterno, como base, causa ou origem das coisas. Para algo *ser* significa *revelar-se* ou *apresentar-se*, o que depende de uma clareira, de uma abertura, de um vazio, do nada, de uma ausência. Enfim, a existência humana constitui a abertura necessária para que a presença (*ser*) dos entes tenha lugar.³³⁴

Mas suplantar o pensamento objetificante da metafísica dentro do processo civil, sobretudo no que respeita ao dualismo entre questão de fato e questão de direito, implica uma reformulação de todo o sistema processual, principalmente diante da resistência por parte daqueles que não conseguem se libertar do dogma separatista, reflexo do silogismo lógico-dedutivo.

³³³ Vattimo, Gianni. Introdução a Heidegger. Lisboa: Edições 70, p.68.

³³⁴ Streck, Lênio, Hermenêutica..., p. 189.

Veja-se que Karl Larenz, a título de exemplo, referindo-se à manifestação do círculo hermenêutico, vai usar uma expressão de Engisch para defender que *“el ir y venir de la mirada” entre el hecho y la norma jurídica no debe imaginarse como si el que contempla variara sólo la dirección de su mirada; más bien se trata de un proceso de pensamiento en cuyo curso el “hecho-bruto” será transformado en un hecho definitivo (en cuanto enunciado) y el texto de la norma (en cierto modo, la norma en estado bruto) en la norma suficientemente concretizada para el enjuiciamiento de este hecho. Este proceso está condicionado de tal modo por la formulación de la cuestión jurídica que finaliza con la respuesta definitiva – en sentido afirmativo o negativo – a esta cuestión”*.³³⁵

E, ao distinguir o *fato bruto* do *suposto de fato* contido na norma, durante a seleção das normas aplicáveis ao caso concreto, Larenz vai afirmar que *“...el peso decisivo de la aplicación de la ley no reside en la subsunción concluyente, sino en el enjuiciamiento que le precede de los elementos particulares del hecho como tal, que corresponden a las notas distintivas mencionadas en el supuesto de hecho”*.³³⁶

O que pode se observar é que a partir de uma perspectiva hermenêutica, sobretudo filosófica, torna-se possível compreender que o pensamento objetificante da metafísica está presente no encobrimento do ser no ente, ou seja, na entificação do ser, fundado na idéia de fundamento

³³⁵ Larenz, Karl, Metodologia...p. 275.

³³⁶ Larenz, Karl, Metodologia...p. 278.

último e de uma auto-referência, instituindo a idéia de verdade como algo estático e atemporal, que acaba consolidando os dualismos, dentre eles o direito e o fato; aquele num mundo puro e conceitualista; este, a vida atual, pulsante e fluida.

Luis Alberto Warat também vai afirmar que *“Os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constróem o mito do referente puro. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora no status quo”*.³³⁷

Na colocação de Lênio Streck, para Heidegger a metafísica se restringe ao estudo do ente, ou seja, não pensa sobre o ser que possibilita o ente.³³⁸ Já a ontologia (fundamental), para impedir a objetificação e evitar os dualismos, vai se preocupar com o ser, *como sentido do ente, uma vez que o ser sempre se manifesta nos entes*.³³⁹

A partir disso, é possível desenvolver o seguinte raciocínio: se o ser só existe no seu ente, e a partir dele é desvelado, a questão de direito não pode ser dissociada da questão de fato.

³³⁷ Warat, Luiz Alberto. O direito e sua linguagem, p. 42.

³³⁸ Streck, Lênio, Hermenêutica..., pp. 194-195.

³³⁹ Streck, Lênio, Hermenêutica..., p. 194.

O direito existe na questão de fato trazida a juízo. São elementos diferentes, mas apenas a partir de uma perspectiva ontológica. Segundo Vattimo, ao referir-se a Heidegger, a diferença ontológica é justamente *“aquela pela qual o ser se distingue do ente e o transcende”*³⁴⁰, de modo que estamos diante de elementos diferenciados, porém, inseparáveis.

Ainda quanto à idéia de diferença ontológica, Lênio Luiz Streck, referindo-se a Otto Pöggeler, vai afirmar que *“Ser não é algo distinto do ente; se ele fosse algo distinto, então ele seria de novo ente – e a diferença ontológica seria invertida numa diferença meramente ôntica. Ser é ser do ente; ele está presente no modo da passagem para o ente, é como diz a tradição, a transcendens meramente, aquela sobreveniência que desalberga um ente como ente. O ente é o ente do ser; ele não é sem o ser, mas como ente é sempre um lugar ao desolcultamento do ser, um albergar-se nele, chegada e estar presente. Ser como sobreveniência da diferença. Esta diferença não estabelece duas maneiras distintas ao lado uma da outra, mas abre o ente no seu ser, une-o consigo mesmo na mesmidade, resolve esta mesmidade. A diferença de ser e ente é enquanto a diferença de sobreveniência e chegada a resolução desalbergante-albergante de ambas”*.³⁴¹ (g.m.)

³⁴⁰ Vattimo, Gianni. Introdução a Heidegger. Edições 70, p.69.

³⁴¹ Pöggeler, Otto, *apud* Streck, Lênio Luiz. Hermenêutica Jurídica em Crise, nota de rodapé 357, p. 196.

Tal modo de compreensão é fundamental para desconstruir a idéia de fato e de direito como questões distintas, pois, segundo Heidegger, a diferença ontológica é aquela pela qual o ser se distingue do ente e o transcende. Veja-se que, segundo Lênio Streck, *“Somente sob o sol da diferença ontológica é que é possível ultrapassar as armadilhas que as metodologias metafísicas têm colocado nos caminhos daqueles que buscam novas posturas críticas para o Direito”*.³⁴²

Até aqui foi inclusive destacada a idéia de que a estrutura da atual dogmática jurídica está ideologicamente (para usar a expressão de Ovídio Baptista da Silva) comprometida com a idéia de Direito como lei, e esta como justiça, razão pela qual se convive tranqüilamente com a idéia de que o direito pode ser compreendido separado do seu fato. Isso pode ser observado ao longo de todo o rito processual. É a própria visão metafísica que se vale da relação sujeito-objeto e da idéia de verdade como algo estático e atemporal, para sustentar e assim manter os seus dogmas.

De tal modo, ao denunciar tal concepção metafísica, é preciso, no dizer de Lênio Streck, *“...aprender a guardar (proteger) a diferença ontológica é o que preserva a ciência da total objetivação, o que somente resulta da destruição, desconstrução e superação da metafísica, que entificou o ser e assim encobriu a diferença, sobretudo na modernidade”*,³⁴³ , pois, segundo o jurista gaúcho, a desconstrução da ideologia metafísica que integra o

³⁴² Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p. 216.

³⁴³ Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p. 198.

pensamento dogmático-objetificador do Direito parte justamente da ideia heideggeriana da diferença ontológica.³⁴⁴

A partir daí, o autor vai propor uma nova compreensão do Direito, a Nova Crítica do Direito,³⁴⁵ que parte justamente da ideia da linguagem como condição de possibilidade para a compreensão como existencial, suplantando a relação sujeito-objeto; a linguagem não está à disposição do sujeito como terceiro elemento, pois, se “ser que pode ser compreendido é linguagem”,³⁴⁶ porque “a linguagem não é uma coisa que se interpõe entre sujeito e objeto”,³⁴⁷ torna-se evidente que “compreender já é aplicar”.³⁴⁸

É importante lembrar, neste sentido, a colocação de Richard Palmer, “para quem falar de um ser enquanto tal implica compreendê-lo previamente como sendo um ser, isto é, compreender o seu ser”.³⁴⁹ Logo, é preciso compreender que “a compreensão já é *applicatio*, de modo que não há questão de direito a ser acoplada a uma questão de fato, pois a atribuição de sentido se dará nessa fusão, nessa síntese hermenêutica de compreensão e aplicação, unindo as partes do todo”.³⁵⁰ (g.m.)

³⁴⁴ Streck, Lênio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.219.

³⁴⁵ Streck, Lênio. *Jurisdição Constitucional...* pp.169-223.

³⁴⁶ Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p.199.

³⁴⁷ Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p.198.

³⁴⁸ Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p.208.

³⁴⁹ Palmer, Richard. *Hermenêutica*, p. 157.

³⁵⁰ Streck, Lênio. *Hermenêutica...*, p.212.

Para, Lênio Luiz Streck, um dos problemas fundamentais da Nova Crítica do Direito é a de superar o equívoco das teorias acerca da interpretação, as quais, muito embora reconheçam que o Direito se caracteriza por um processo de aplicação a casos particulares (concretude), incorrem no paradigma metafísico na medida em que elaboram um processo de subsunção, a partir de um significante-primordial-fundante (nas suas mais variadas formas, seja a partir de um topos da tópica retórica, ou do sistema de normas proposto pela interpretação sistemática, ou ainda a (sub)divisão em sintaxe, sintática e pragmática da semiótica tradicional), que será aclopado a um “caso”. Assim, o jurista conclui que a dogmática jurídica trabalha com categorias que levam o processo interpretativo ao abismo do dedutivismo, pois uma coisa é deduzir de um topos ou de uma lei o caso concreto, processo que entifica o ser; outra é endender o Direito como aplicação, que entende o ser como ser-em”.³⁵¹

Ainda, é possível afirmar com Ernildo Stein que “a diferença ontológica nos permite falar de que em toda a experiência há uma diferença e de que tal diferença nos dá a proporção da experiência, e introduz sentido na experiência, organizando, dessa maneira, enquanto existimos, aquilo que pode ser denominado de campo de experiência(...), de modo que teríamos aquilo que para Heidegger é constituído pelo modo de ser-no-mundo, aquilo que enquanto sentido nos dá o horizonte em que nos situamos com nossas

³⁵¹ Streck, Lênio. *Jurisdição Constitucional*, p. 213.

experiências empíricas. Em razão disso, a experiência nunca se reduz ao domínio da causalidade ou acontece simplesmente num mundo exterior”.³⁵²

Portanto, se o ente só existe no seu ser, se a norma não existe sem o seu texto, a questão de direito, da mesma forma, não pode ser compreendida como elemento separado da questão de fato, pois se interpretar é aplicar, não há como “acoplar” o direito sobre o fato, haja vista que, ao aplicarmos, já compreendemos. É o fim (necessário) do silogismo lógico, como método de subsunção dos fatos ao direito, matematicamente.

É por isso que Stein vai definir que *“...a diferença ontológica já se constitui, desde que pensamos no âmbito em que pensamos as pessoas, os eventos, a natureza e nós mesmos, do ponto de vista da experiência científica. Não é necessário que primeiro separemos as duas experiências, pois elas se dão enquanto nos compreendemos em nosso ser, basicamente de modo pré-compreensivo, isto é, como experiência especulativa...”*.³⁵³

Observa-se, assim, que a desconstrução da relação sujeito-objeto que sustenta os dualismos sustentados pela atual dogmática jurídica não só é uma idéia possível como também necessária, já que tal paradigma não mais serve para acompanhar o fluxo da atual realidade social do século XXI. Somente o rompimento de tal pensamento objetificante pode trazer a filosofia para o direito e com ela a ética para o pensamento jurídico.

³⁵² Stein, Ernildo. Pensar é Pensar a diferença, p.104.

³⁵³ Stein, ob.cit., p.102.

3.2. A importância da tradição e da consciência histórica na hermenêutica filosófica de Hans Georg Gadamer

“A própria vida, essa temporalidade em constante fluxo, está voltada à configuração de unidades de significado duradouras. A própria vida se auto-interpreta. Tem estrutura hermenêutica”.
Gadamer, Verdade e Método I, p. 305.

“Na ontologia da compreensão, a vida é história, onde o próprio ser se desvela no horizonte da temporalidade”.
Lênio Luiz Streck, Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, p. 178.

Hans Georg Gadamer revela que as indagações de Heidegger sobre o *ser* e a sua posição contra a metafísica tem como precursor Friedrich Nietzsche, ainda que as digressões heideggerianas refiram-se em muito ao trabalho de Dilthey e Husserl.³⁵⁴

Gadamer lembra, também, que Heidegger trás uma nova dimensão de questionamento dentro da fenomenologia transcendental, justamente no ponto em que o sentido do ser só se torna compreensível a partir da temporalidade e da historicidade da pre-sença.³⁵⁵ A compreensão é, assim, um fenômeno ontológico através de um movimento de transcendência.

De tal modo, na linha de pensamento de Heidegger, a partir de “Verdade e Método”, Gadamer vai considerar que a compreensão não se concebe como processo subjetivo do homem face a um objeto, mas sim como o modo de ser do próprio homem, razão pela qual, com Gadamer, a

³⁵⁴ Gadamer, Verdade e Método I, p. 345.

³⁵⁵ Gadamer, Verdade e Método I, p. 343.

hermenêutica passa a ser uma tentativa filosófica para avaliar a compreensão como processo ontológico.³⁵⁶

Neste sentido, Gadamer vai afirmar que *“...aquele que compreende projeta-se rumo a possibilidade de si mesmo”*³⁵⁷, pois *“quem compreende um texto (ou mesmo uma lei) não somente projetou-se num sentido, compreendendo – no esforço do compreender – mas a compreensão alcançada representa o estado de uma nova liberdade espiritual”*.³⁵⁸

Ainda, na obra “O problema da consciência histórica”, o filósofo alemão vai destacar que *“...Compreender é o participar de uma perspectiva comum”, pois “é precisamente o que temos em comum com a tradição com a qual nos relacionamos que determina as nossas antecipações e orienta a nossa compreensão”*.³⁵⁹ (g.m.)

Logo, ao afirmar que *“a atividade hermenêutica que entenda a compreensão como a reconstrução do original não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto”*³⁶⁰, Gadamer quer nos dizer que o direito, se quiser permanecer vivo e útil para a sociedade, deve permitir que o processo de compreensão se desenvolva em busca da atribuição de

³⁵⁶ Palmer, Richard. *Hermenêutica*, p. 168.

³⁵⁷ Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 348.

³⁵⁸ Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 348.

³⁵⁹ Gadamer, Hans Georg. *O problema da consciência histórica (Esboço dos fundamentos de uma hermenêutica)*, p. 59.

³⁶⁰ Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 234.

significado aos fatos³⁶¹ e na atribuição de sentido à lei proposta pelo ordenamento jurídico. A partir disso, é possível constatar que o direito que preconiza a “*mens legis*”, e exige do julgador mera intermediação, já nasce sem vida.

Ainda, referindo-se a Chladenius, Gadamer vai lembrar que “...*assim como os homens não são capazes de abranger tudo com sua visão, também suas palavras, discursos e escritos podem significar algo que eles próprios não tiveram a intenção de dizer ou de escrever*”, e, portanto, “*quando se busca compreender seus escritos pode-se chegar a pensar, e, com razão, em coisas que aos autores não ocorreria*”.³⁶²

Gadamer vai reforçar ainda mais tal pensamento ao afirmar, na seqüência, que “*o sentido de um texto supera seu autor não ocasionalmente, mas sempre, razão pela qual a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também e sempre produtivo*”.³⁶³

Ainda, ao considerar esse compreender como um comportamento produtivo, não como modo de compreender melhor, mas sim um compreender de um modo diferente,³⁶⁴ Gadamer reafirma o pensamento heideggeriano no sentido de reconhecer a distância temporal como possibilidade positiva e produtiva da compreensão, preenchida pela

³⁶¹ Silva, Ovidio Baptista da Silva, Verdade e Significado. Anuário de Pós-Graduação em Direito...,p. 272.

³⁶² Gadamer, Verdade e Método, I., p. 253.

³⁶³ Gadamer, Verdade e Método, I., p. 392.

³⁶⁴ Gadamer, Verdade e Método I, p. 392.

continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição.³⁶⁵

A partir da filosofia gadamerina, como se observa, é possível observar a ineficácia do método dedutivo-lógico de aplicação da lei, assim como é possível concluir que não há como separar o fato do direito na realização da prestação jurisdicional, na medida em que o processo de compreensão como existencial não permite a mera reprodução de sentido, mas sim impõe o desocultamento de sentido num dado momento de espaço e tempo, de acordo com a tradição que envolve o intérprete.

Tal idéia de compreensão, então desenvolvida a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer, propõe uma releitura do atual sistema processual, cujas raízes estão assentadas na clássica distinção do fato e do direito, pois vai tratar justamente deste novo modo de compreensão no âmbito da hermenêutica jurídica.

Especificamente no que se refere à aplicação de um texto jurídico, Gadamer alerta-nos para o fato de que a interpretação e a aplicação são momentos simultâneos,³⁶⁶ e neste sentido vai seguir os passos da fenomenologia heideggeriana ao afirmar que “...o conhecimento do sentido de

³⁶⁵ Gadamer, Verdade e Método I, p. 393.

³⁶⁶ Gadamer, Verdade e Método I, p. 408.

um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário".³⁶⁷ (g.m.)

Ainda com relação à aplicação da lei ao caso concreto, Gadamer afirma que há uma problemática peculiar. Vai afirmar que *"...todo aquele que aplica o direito se encontra em uma posição bem diferente. É verdade que na situação concreta ele se vê obrigado a atenuar o rigor da lei. Mas se o faz, não é porque não seja possível fazer melhor, mas porque senão estaria cometendo injustiça. Atenuando a lei não faz reduções à justiça., mas encontra um direito melhor"*.³⁶⁸

Por isso Gadamer vai referir-se a Aristóteles, no momento em que o filósofo grego formula o conceito de *epieikeia*, pois a equidade é justamente a correção da lei, demonstrando que, segundo Aristóteles, toda lei é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concretude, na medida em que se encontra numa tensão necessária com relação ao concreto da ação. Ao final, conclui que a lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas, porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas.³⁶⁹ Para concluir, Gadamer vai lembrar que, segundo Aristóteles, a idéia de um direito inalterável somente poderia se aplicar aos deuses.³⁷⁰

³⁶⁷ Gadamer, Verdade e Método I, p. 409.

³⁶⁸ Gadamer, Verdade e Método I, p. 419.

³⁶⁹ Gadamer, Verdade e Método I, p. 419.

³⁷⁰ Gadamer, Verdade e Método I, p. 420.

Assim, um novo modo de compreensão para a realização do direito, não mais apartado do seu fato, deve partir sobretudo de uma postura hermenêutica e consciente do operador do direito, que implica o reconhecimento de que compreender já é aplicar.

Ao trazer tal modo de pensar para a realização do direito através da jurisdição, Gadamer vai afirmar que *“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado na plena concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo com que estamos às voltas... Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem jurídica seja reconhecida como válida para todos, sem exceção. Por isso, a princípio, sempre é possível conceber como tal a ordem jurídica vigente, o que significa reelaborar dogmaticamente qualquer complementação jurídica feita à lei.”³⁷¹ (g.m.)*

³⁷¹ Gadamer, Verdade e Método I, pp. 432-433.

Justamente em razão deste compromisso é que a interpretação do caso concreto estará limitada tanto pela historicidade do intérprete quanto pela tradição e o universo que o antecipa e o cerca, pois *“...toda a tradição se converte, para a consciência histórica, num encontro do espírito humano consigo mesmo. Com isso, atrai para si o que parecia reservado às criações específicas da arte, da religião e da filosofia. Não é no saber especulativo do conceito, mas na consciência histórica que se dá o saber de si mesmo do espírito. Esta descobre o espírito histórico em tudo. A própria filosofia serve apenas para exprimir a vida. E, na medida em que toma consciência disso, ela renuncia à sua antiga pretensão de ser conhecimento por conceitos. Volta a ser filosofia da filosofia, uma fundamentação filosófica do fato de que, na vida, ao lado da ciência, há filosofia...”*³⁷² (g.m.)

A partir disso, Gadamer vai desmitificar por completo a validade do silogismo judicial que subsume o fato à lei pré-estabelecida, ao afirmar que *“Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém primazia. A idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”*.³⁷³

De tal modo, no processo de compreensão ontológico proposto por Gadamer é preciso considerar a consciência histórica e temporal, na qual se revela a tradição do intérprete, numa relação de pertencimento com o todo,

³⁷² Gadamer, Verdade e Método, I, p.310.

³⁷³ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 432/433.

pois com Gadamer a compreensão é uma participação na corrente da tradição.³⁷⁴

Tal constatação leva-nos inevitavelmente à conclusão de que, a partir da hermenêutica filosófica, a realização do direito não pode estar comprometida com a mera aplicação da lei sobre os fatos. Não há uma verdade estática e atemporal contida na lei a ser lida e reproduzida como ideal de verificabilidade e de justiça, como pretende o pensamento racionalista. No processo de compreensão ontológico, o sentido é desocultado, revelado a partir da consciência histórica e temporal do intérprete.

Assim, ao superarmos o pensamento metafísico objetificante, presente no idealismo racionalista, tornar-se-á possível libertar o processo civil do silogismo lógico que insiste em separar a idéia de questão de fato e de direito, pois *“a consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na comunidade de experiência que se distingue o homem experimentado daquele que está preso aos dogmas”*.³⁷⁵

A valorização da historicidade está intimamente relacionada com a temporalidade, já que a atribuição de sentido por parte do intérprete leva em consideração, necessariamente, a sua consciência histórica num dado

³⁷⁴ Palmer, Richard. *Hermenêutica*, p.189.

³⁷⁵ Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 472.

momento, de modo que cada interpretação é, em sua finitude, uma fusão entre o tempo presente e o momento em que a coisa interpretada foi criada.

Estes são os horizontes em fusão, valorizados por Gadamer no processo de compreensão, pois *“Quando nossa consciência histórica se transporta para horizontes históricos, isso não quer dizer que se translade a mundos estranhos que nada têm a ver com o nosso; ao contrário, todos eles juntos formam esse grande horizonte que se move a partir de dentro e que abarca a profundidade histórica de nossa autoconsciência para além das fronteiras do presente. Na realidade, trata-se de um único horizonte que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. O nosso próprio passado e o dos outros, ao qual se volta a consciência histórica, faz parte do horizonte móvel a partir do qual vive a vida humana, esse horizonte que a determina como origem e tradição”*.³⁷⁶ Nesta mesma linha de compreensão, Gadamer vai afirmar que *“Não foi a consciência histórica que colocou inicialmente em movimento o horizonte que tudo engloba. Nela esse movimento não faz mais que tomar consciência de si mesmo”*.³⁷⁷

Assim, observa-se que o modo de interpretação proposto por Gadamer desmente a idéia de que o poder discricionário do julgador põe em xeque a segurança jurídica, pois a hermenêutica filosófica não está a defender o uso da arbitrariedade nas decisões judiciais, quando, do contrário, está a reconhecer os limites do próprio processo de compreensão,

³⁷⁶ Gadamer, Verdade e Método I, p. 402.

³⁷⁷ Gadamer, Verdade e Método I, p. 402.

através do seu contexto histórico (tradição e finitude), do qual o intérprete faz parte e com o qual deve estar verdadeiramente comprometido.

De tal modo, é possível realizar uma prestação jurisdicional fora dos limites do pensamento binário, já referido aqui na obra de Ovídio Baptista da Silva,³⁷⁸ sem que isso venha a significar uma arbitrariedade por parte do julgador. A liberdade de atribuição de sentido é, na verdade, condicionada aos fenômenos hermenêuticos, fazendo com que o próprio texto tenha limites de interpretação. Neste sentido, Lênio Streck vai valorizar a “idéia de constituição como fenômeno do cotidiano, como algo que constitui, que vincula, que estabelece condições e valores de vida”.³⁷⁹

Ainda, segundo Lênio Luis Streck, “O texto constitucional é-será aquilo que o processo de produção se sentido estabelece como o arbitrário juridicamente prevalecente”.³⁸⁰ Também segundo Gisele Cittadino, “*a Constituição, com seu sistema de direitos, significa, na verdade, uma matriz, um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação ‘de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível. A Constituição enquanto projeto, revela, neste momento, um sentimento compartilhado, uma identidade e uma história comuns, um compromisso com certos ideais’*”.³⁸¹

³⁷⁸ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.243.

³⁷⁹ Streck, Lênio, *Jurisdição Constitucional...*, p.223.

³⁸⁰ Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica...*, p. 246

³⁸¹ Cittadino, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.162.

Neste mesmo sentido, Calamandrei vai afirmar que *“En un ordenamiento democrático, la ley expresa (o debería expresar) una exigencia de todos los integrantes de la sociedad oficial de la ley; y el juez, que es el intérprete oficial de la ley, debe encontrar reflejada en sí mismo esa conciencia social de la que há nacido la ley, y ler en la propia conciencia individual los filmes de orden general que su pueblo há querido alcanzar com la ley”*;³⁸² sendo que, para alcançar tal intento o autor diz que *“es preciso que sea independiente, que se encuentre solo com su conciencia, para escuchar lo que la ley le ´dicta en su superior”*;³⁸³ e ainda que *“el juez debe sentirse únicamente como hombre social, partícipe e intérprete de la sociedad en que vive, y no impelido a juzgar en determinado sentido por motivos de parcialidad privada, de naturaleza personal o familiar”*.³⁸⁴

Castanheira Neves fala também da substituição do juiz-árbitro do sistema legalista-liberal, e que lhe competirá participar na realização de políticas determinadas e assegurar, desse modo, a melhor regulação dos interesses em causa. A sua nova missão imporá ao juiz que actuasse para além do campo fechado dos direitos subjectivos determinados pela lei – ele seria responsável pela conservação e pela promoção de interesses finalizados por objectivos socioeconómicos e regulados por sistemas de normas técnicas correspondentes, competindo-lhe ser um instrumento dinâmico e de oportunidade que o afasta do aplicador passivo de regras e princípios prestabelecidos e o faz colaborar na realização de finalidades sociais e políticas: o seu papel consiste em comparar sistematicamente objectivos alternativos com vista aos seus resultados respectivos e aos valores que lhe estão subjacentes”.³⁸⁵ (g.m.)

³⁸² Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 86/87.

³⁸³ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 87.

³⁸⁴ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 88/89.

³⁸⁵ Castanheira Neves, *O Direito hoje...*pp. 44-45.

Observa-se, assim, que o acontecer do Direito deve estar comprometido com a sua realidade histórica e social, o que reforça ainda mais a idéia de existência de direito indissociado do fato da vida, latente. Neste sentido, Gadamer vai acentuar que *“os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”*.³⁸⁶ Ainda, ao valorizar a idéia de tradição, o filósofo alemão vai destacar que *“Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas”*.³⁸⁷

Assim, cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido pela ordem jurídica, pois o texto forma apenas parte de um todo que é a tradição, para a qual o intérprete deve estar voltado temporalmente, procurando, ao interpretar o texto, realizar a compreensão de si próprio, de modo que o sentido de um texto é determinado pelo seu momento histórico e, conseqüentemente, por todo o curso objetivo da história, o que reforça ainda mais a idéia de que a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas sempre produtivo.³⁸⁸

³⁸⁶ Gadamer, Verdade e Método, I, p.372.

³⁸⁷ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 373.

³⁸⁸ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 392

De tal modo, a partir da filosofia gadameriana, é possível afirmar que é inevitável a atribuição de sentido do intérprete no acontecer da prestação jurisdicional, a partir do processo de interpretação da lei, a ser aplicada dentro do contexto histórico social (tradição) em que ele se encontra num determinado momento (temporalidade).

É neste sentido que, ao destacar a tradição e a historicidade no processo de compreensão, Gadamer afirma que tais são revelados na valoração da experiência, evento que vai chamar de consciência da história efetual, no sentido de que, destacando a importância da dialética, a nossa compreensão de mundo se revela quando somos atingidos pela pergunta e interpelados pela própria tradição:

“A dialética da pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente o que caracteriza esse tipo de consciência chamado consciência histórico efetual. Isso porque a dialética de pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação da compreensão como uma relação recíproca semelhante à relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-à-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa

*peçoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta, à resposta latente do texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. Esta é a verdade da consciência histórica efetual.*³⁸⁹

De tal modo, o texto a ser desvelado é um encontro do intérprete com a sua consciência histórica, na sua experiência, numa dialética entre o contexto em que cada pessoa se insere e o contexto da tradição, fazendo com que o ser ou a coisa que encontramos, revele-se.

É por isso que, no dizer de Richard Palmer, a abordagem da dialética da verdade é encarada como a antítese do método, na medida em que o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método.³⁹⁰

Ainda, é por isso que Gadamer vai destacar que “A experiência só se atualiza nas observações individuais. Não se pode conhecê-la numa universalidade prévia. É nesse sentido que a experiência permanece fundamentalmente aberta para toda e qualquer nova experiência – não só no sentido geral da correção dos erros, mas porque a experiência está

³⁸⁹ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 492.

³⁹⁰ Palmer, Richard. Hermenêutica, p.170.

*essencialmente dependente de constante confirmação, e na ausência dessa confirmação ela se converte necessariamente noutra experiência diferente*³⁹¹.

Nesse contexto, é interessante observar o elemento de negatividade na “experiência” gadameriana, pois segundo Gadamer, a verdadeira experiência é sempre negativa,³⁹² ou seja, “...o que antes era inesperado passa a ser previsto”.³⁹³

Aqui se observa claramente a dificuldade da proposta universalizante do pensamento liberal-iluminista, homogeneizado da vida em sociedade, que desconsidera a idéia da diferença e do novo a cada processo de compreensão e, com isso, sustenta o modelo de subsunção dedutivista da aplicação da lei.

Também contrariando tal ideologia, Calamandrei vai destacar a importância da historicidade na aplicação da lei, ao colocar que *“En los regímenes democráticos, la ley es un producto de la conciencia social. El legislador de un estado democrático no tiene el arbitrio (como por la fuerza y por un cierto período puede ser logrado por un tirano o un dictador) de expedir leyes caprichosas que contrasten con las exigencias históricas, sino que deben encontrar inspiración (y esta es la función del sistema parlamentario) en la conciencia colectiva de la sociedad de la cual es intérprete. También el juez vive sumergido en la sociedad, y cuando interpreta la ley para aplicarla*

³⁹¹ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 460.

³⁹² Gadamer, Verdade e Método, I, p. 462.

³⁹³ Gadamer, idem.

al caso concreto, debe buscar inspiración en el mismo sentimiento de utilidad social del cual há nacido la ley...”.³⁹⁴

Neste mesmo sentido, Luiz Recaséns Siches também vai tratar da compreensão da história como indispensável para a realização do direito, ao afirmar que *“Ningún código, ninguna compilación, ni ninguna ley, de una época o de un pueblo cualquiera, podrán ser suficientemente comprendidos sin el conocimiento de las condiciones sociales efectivas de esse pueblo y esa época. Sólo por virtud de este conocimiento podemos explicarnos la existencia de esas normas de Derecho y comprender su significación”*.³⁹⁵

Ainda, Piero Calamandrei, ao tratar do dilema do julgador diante de uma lei que, no seu entendimento, é injusta, defende que o *“el juez es un hombre vivo, y como tal, antes de aplicar la ley, la juzga; incluso cuando esté pronto a la obediencia, no puede acallar dentro de sí la valoración moral e política que le proviene de la conciencia. Y si acallando esa voz, se encuentra en la obligación de aplicar una ley a la que interiormente no tiene confianza, es de esperar que la aplique mecánicamente, por deber de cargo, con fría pedantería burocrática, pero no se podrá pedir que se convierta en un vivificador y un re-creador de la ley al cual se siente íntimamente extraño y francamente hostil”*.³⁹⁶

³⁹⁴ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*. p. 131.

³⁹⁵ Siches, Nueva Filosofía...p. 40.

³⁹⁶ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 137.

Aqui cabe lembrar Mauro Cappelletti, para quem *“...Igualmente, é verdadeiro que na vida dos homens toda a situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de “distinguir” em relação aos precedentes, ou de “argumentar a contrario”, mais do que “por analogia” (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do case law, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm freqüentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo”*.³⁹⁷

Neste sentir, é possível concluir que o papel do julgador está inevitavelmente interligado com a força advinda da estrutura histórica e social da sociedade, a qual lhe pede um pronunciamento, não sendo mais unicamente a lei, dentro de sua abstração, que irá refletir o que o Estado Democrático de Direito entende como solução mais adequada a uma demanda social controvertida.

Com efeito, o juiz mantém-se vinculado ao ordenamento jurídico, que representa os princípios e valores da sociedade em que tal direito deve operar, renovado e personalizado a cada caso concreto, a partir da interpretação do julgador. Assim, o julgador está, na verdade, comprometido

³⁹⁷ Cappelletti, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 25.

com o contexto social e não diretamente com a letra da lei, ou seja, deve buscar o sentido do texto e não a vontade do seu autor (no caso a *mens legis*).

Mais uma vez cumpre salientar que tal provocação não pretende o abandono da ordem positivada, o que até mesmo seria um contra-senso. A proposta é fazer com que o intérprete entenda que a lei não carrega consigo um sentido unívoco e absoluto de verdade, como ideal de justiça. A proposta é permitir o acontecer do texto legal a partir da revelação de sentido dentro do processo dialético da compreensão, na qual o intérprete deve permitir ser interpelado pela tradição.

Luiz Recaséns Siches, ao propor a lógica do razoável, através da dialética, como modo de romper com o fetichismo legalista, adverte que não pretende sugerir que o julgador ignore o ordenamento jurídico estabelecido³⁹⁸. Ao tratar da lógica do razoável, o filósofo vai defender que *“...aunque el sentido abstracto de la norma general no haya variado, resulta que, por virtud de que en cambio há variado la significación concreta de cada uno de los nuevos casos singulares, el producto de relacionar aquel sentido abstracto com esta significación concreta deberá variar también”*.³⁹⁹

Neste mesmo sentido entende Sergi Guasch Fernández que, ao defender o princípio da legalidade para reafirmar a importância do recurso

³⁹⁸ Siches, Nueva Filosofía...p.177.

³⁹⁹ Siches, Nueva Filosofía...p.143.

de cassação, afirma que *“La legalidad se defiende no sólo controlando la correcta interpretación y aplicación de la norma, sino también adaptando el criterio interpretativo a la realidad. No hay contraposición sino complementación”*.⁴⁰⁰

Em Verdade e Método, Gadamer vai questionar se pertencer a tradição significa estar submetido a preconceitos e limitado em sua própria liberdade, e afirma, respondendo ao seu próprio questionamento, que, para nós, a razão somente existe como real e histórica, isto é, não é dona de si mesma, devendo estar referida ao dado no qual exerce a sua ação,⁴⁰¹ ou seja, à finitude e à historicidade, informadas pela tradição.

Portanto, repisando a idéia anteriormente lançada a respeito da impossibilidade de um direito denominado como de tipo **alternativo**, no sentido que lhe foi dado quando surgiu na década de 80, não há como se admitir que no processo civil o julgador esteja totalmente descomprometido com o ordenamento jurídico e passe a julgar de forma arbitrária. Tampouco é possível concluir que possa o julgador decidir ideologicamente contra a sociedade, quando é ela própria que impõe limites ao modo de compreensão através do julgamento, no contexto da tradição em que se encontra e de acordo com a consciência histórica experimentada.

⁴⁰⁰ Fernández, El hecho y el Derecho..., p. 168.

⁴⁰¹ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 367.

Isso porque, com Ovídio Baptista da Silva, podemos concluir que os fatos pensados como direitos, reclamam um “significado” que será atribuído pelo intérprete no processo de compreensão, na busca da revelação de sentido da lei.⁴⁰²

Tal processo de compreensão somente é possível através do diálogo, a partir da suspensão dos pré-conceitos do intérprete.

3.3. O círculo hermenêutico e a suspensão dos pré-conceitos

“...a compreensão começa onde algo nos interpela. Esta é a condição hermenêutica suprema.”
Gadamer, *Verdade e Método I*, p. 395

A origem do preconceito como elemento negativo, correspondente ao falso juízo, é apontado por Gadamer na *Aufklärung*, pois por si só a palavra “preconceito” corresponde a um juízo que se forma antes do exame definitivo.⁴⁰³

Gadamer revela que são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, tornam o intérprete surdo para a coisa que lhe fala a tradição, de modo que, para que seja possível uma compreensão autêntica da realidade, o filósofo alemão adverte sobre “*uma necessidade de construir em*

⁴⁰² Silva, Ovídio Baptista da. *Verdade e Significado*, p. 272.

⁴⁰³Gadamer, *Verdade e Método*, I, p. 360.

nós uma conseqüência que dirija e controle as antecipações implícitas em nossos procedimentos cognitivos. Com isso nos asseguramos de uma compreensão verdadeiramente válida, já que intimamente ligada ao objeto imediato de nossas intenções. É isso o que Heidegger quer dizer quando afirma que 'nós asseguramos o nosso tema científico pelo desenvolvimento de nossos conhecimentos adquiridos ou de nossas visões prévias e de nossas antecipações segundo as coisas mesmas, das quais aquelas constituem o horizonte".⁴⁰⁴

Ora, para que a proposta heideggeriana de superação da metafísica e, no caso da presente problemática, da desconstrução da idéia de distinção entre questão de fato e questão de direito, seja possível, o jurista intérprete deve estar disposto, sobretudo, a suspender os seus próprios pré-conceitos, pois deve, assim, estar aberto para deixar com que a tradição lhe fale algo sobre o caso que está diante de si próprio, como algo que faz parte de si próprio. Isso nada mais é do que o dar-se conta.

Em virtude disso, para que seja possível o compreender, segundo as lições de Gadamer, devemos permanecer abertos para o devir, suspendendo temporariamente nossa idéia prévia sobre o texto ou até mesmo e simplesmente permitir-nos de que o texto nos surpreenda, estando aberto para o que o texto quer nos dizer, estar disposto a permitir que o texto lhe diga algo.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Gadamer, O problema da consciência histórica, p. 64.

⁴⁰⁵ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 358.

Neste sentido, o filósofo alemão vai afirmar que “...pouco importa se o sentido visado corresponde à nossa expectativa; pois queremos conhecer unicamente o sentido das frases (o *sensus orationum*), não sua verdade (*veritas*). Para isso precisamos eliminar toda e qualquer pressuposição, inclusive a da nossa razão (e tanto mais a de nossos preconceitos).⁴⁰⁶

No entendimento de Gadamer, “Deve-se livrar a compreensão dos preconceitos que a dirigem, permitindo assim que as perspectivas outras da tradição se manifestem, o que vem assegurar a possibilidade de qualquer coisa ser compreendida como outra. Denunciar algo como preconceito é suspender a sua presumida validade, com efeito, um preconceito só pode atuar sobre nós, como preconceito no sentido próprio do termo, enquanto não estivermos suficientemente conscientes do mesmo. Mas a descoberta de um preconceito não é possível enquanto ele permanecer simplesmente operante; é preciso de algum modo provocá-lo”.⁴⁰⁷ (g.m.)

É por isso que Gadamer vai valorizar o fenômeno de pertencimento a partir da suspensão dos pré-conceitos, pois “A hermenêutica deve partir do fato de que compreender é estar em relação a um só tempo com a coisa mesma que se manifesta através da tradição e com uma tradição de onde a coisa possa me falar”,⁴⁰⁸ pois “o intérprete encontra-se suspenso entre o seu

⁴⁰⁶ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 250.

⁴⁰⁷ Gadamer, O problema da consciência histórica, p. 68.

⁴⁰⁸ Ibid, p. 67.

pertencimento a uma tradição e a sua distância com relação aos objetos que constituem o tema de suas pesquisas".⁴⁰⁹

Não é outra a idéia de Sergi Guasch Fernández, para quem o *"El Juez decide como miembro de una sociedad que comparte unos valores"*.⁴¹⁰

A lição de Gadamer, a partir da suspensão dos pré-conceitos, demonstra o quanto as convicções, parafraseando Nietzsche, podem ser inimigas da verdade, quando analisada no aspecto do seu desvelamento ou revelação, pois *"Se é difícil substituir uma convicção, denunciá-la como preconceito, é porque precisamente aquela que reivindica o seu lugar não pode apresentar as suas credenciais enquanto a convicção atacada não for desmascarada e denunciada como preconceito. Qualquer posição "nova" que substitui uma outra segue necessitando da "antiga", já que ela não pode se explicitar enquanto não souber nem a que por ela se opõe"*.⁴¹¹

Como se observa, para ultrapassar alguns dogmas mantidos pelo pensamento dogmático jurídico, o intérprete e operador do direito deve estar disposto a um contínuo processo de suspensão dos seus pré-juízos e ao desenvolvimento de uma compreensão de processo civil voltada para a sociedade, numa relação de pertencimento com os princípios do Estado Democrático e de Direito, na distância temporal. Isso resulta diretamente na

⁴⁰⁹ Ibid, p. 67.

⁴¹⁰ Fernández, El hecho y el derecho...p. 158.

⁴¹¹ Gadamer, O problema da consciência histórica, p. 69.

idéia de verdade como desocultamento do ser,⁴¹² como desvelamento do sentido, e não como enquadramento dos fatos a uma idéia de norma estática e detentora de uma justiça absoluta .

Quando Gadamer ensina que uma consciência formada hermeneuticamente deve mostrar-se receptiva à alteridade do texto, alertamos também que tal receptividade não quer dizer neutralidade com a coisa e tampouco de anulamento de si mesma, mas antes implica o dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade.⁴¹³

Logo, o jurista deve estar disposto a lançar-se no curso da história, possibilitando, assim, o entendimento de que o direito enquanto norma não é uma norma-em-si, mas um texto a obter significado, no contexto do intérprete, num determinado momento.

Tais concepções são de uma importância ímpar para um novo compreender do processo civil, especialmente para libertá-lo das amarras do pensamento objetificante da metafísica, que impõe ao pensamento dogmático a idéia de um direito puro e abstrato, conceitualista, separado de sua realidade fática, fluida e social, pulsante e instantânea, fazendo com que o direito, através da lógica dedutivista do silogismo, chegue como letra morta e atrasada na história da vida jurídica.

⁴¹² Gadamer, Verdade e Método II, pp.59-60.

⁴¹³ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 358.

A própria essência do compreender, por si só, faz com que o método silogístico-lógico que separa fato e direito perca a sua sustentabilidade, pois, compreender não é compreender melhor e tampouco saber mais, mas apenas compreender de uma maneira diferente.⁴¹⁴

Ora, o julgador, como intérprete da lei, deve estar comprometido com a sua realidade histórica, e no momento de proferir o seu julgamento, deve aproximar o texto da lei ao momento histórico e social em que vivem as partes litigantes.

Tais concepções não só ultrapassam o modo de se fazer jurisdição na atualidade como já impulsionam um novo e inevitável modo de compreender o processo civil, desapegado da lógica do silogismo, e, portanto, tratando o fato e o direito como elementos imbricados e diferenciados apenas ontologicamente.

Pode-se dizer, assim, que o maior contributo desse novo olhar para o direito, que sugere um novo modo de compreensão para o processo civil, é de ultrapassar a lógica dos dualismos metafísicos, entre os quais está a distinção entre a questão de fato e a questão de direito, na medida em que recusa a reprodução de sentidos, ou seja, rejeita a mera aplicação da lei positivada pelo legislador.

⁴¹⁴ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 392.

A partir da hermenêutica filosófica, a atividade interpretativa do julgador passa a ser entendida como fenômeno inerente a toda conduta humana, tornando inevitável a atribuição de sentido ou de significado dos fatos e da vida, decorrentes da compreensão e, conseqüentemente, impedindo a mera reprodução de sentido, pois se compreender já é aplicar, no momento em que se aplica a lei o intérprete já concede à aplicação da lei a sua carga de experiência, dentro de sua historicidade num dado momento. Tal processo, assim identificado, suplanta por completo a relação de um sujeito frente a um objeto, pois o processo de compreensão é um processo de troca, de pertencimento, e não de sobreposição. Eis a importância do diálogo no processo de compreensão.

3.4. A compreensão e a alteridade. A imprescindibilidade do diálogo.

“Sem pretender fazer da dialética panacéia metodológica, busco apenas desenhá-la como hipótese pertinente para melhor entendermos a trama contraditória da sociedade”.
Pedro Demo, Solidariedade como efeito de poder, p.127.

“...O imperativo do direito é este: sê pessoa respeita os outros como pessoas”.
Hegel, apud Castanheira Neves, O Direito hoje e com que sentido, p. 73.

A concepção de alteridade na experiência histórica também se revela na hermenêutica filosófica de Gadamer como pressuposto fundamental da relação de pertencimento entre o intérprete e a sociedade na qual está inserido, como parte do todo, como cidadão.

Neste sentido, Gadamer vai afirmar que *“No âmbito hermenêutico o correlato dessa experiência do tu é o que se costuma chamar de consciência histórica. A consciência histórica sabe da alteridade do outro e do passado em sua alteridade, do mesmo modo que a compreensão do tu sabe do mesmo como pessoa”*.⁴¹⁵

A abertura para o outro, na visão de Gadamer, é não só importante como necessária para a suspensão dos pré-conceitos, na medida em que *“Aquele que não quer conscientizar-se dos preconceitos que o dominam acaba se enganando sobre o que se revela sob a luz. É como na relação entre o eu e o tu. Aquele que sai reflexivamente da reciprocidade de uma tal relação modifica-se e destrói sua vinculatividade moral. Da mesma maneira, aquele que pela reflexão se coloca fora da relação vital com a tradição destrói o verdadeiro sentido desta....o fato de estar na tradição não restringe a liberdade do conhecer, antes é o que a torna possível”*.⁴¹⁶ (g.m.)

No mesmo sentido, reforçando a idéia de uma posição baseada na alteridade para viabilizar a suspensão dos pré-conceitos, Gadamer ensina que *“a abertura para o outro implica, pois, o reconhecimento de que devo estar disposto a deixar valer em mim algo contra mim, ainda que não haja nenhum outro que o faça valer contra mim”*.⁴¹⁷

⁴¹⁵ Gadamer, Verdade e Método, I p. 470.

⁴¹⁶ Gadamer, Verdade e Método, I p. 471.

⁴¹⁷ Gadamer, Verdade e Método, I, p. 472.

A idéia de uma relação de co-pertencimento em uma sociedade individualista parece ser contraditória, mas é possível sustentar que o ser individual é uma criação do pensamento liberal, e portanto não se trata de uma característica decorrente da própria natureza humana.

Castanheira Neves, ao tratar o “eu pessoal” e do “eu social”, chama a atenção para o fato de que *“o eu pessoal depara no seu horizonte dialéctico de realização com um eu social ou comunitário, sem que um ao outro se reduzam, também à comunidade, que imediatamente se afirma neste segundo eu, não lhe será lícito recusar-se à mediação para o cumprimento daquele primeiro, na sua concreta personalização: que o mesmo será considerar como dever para a comunidade o reconhecer dela a cada pessoa a possibilidade – que assim será verdadeiramente um direito – da sua pessoal participação e realização. Nem é outro o sentido e o exacto fundamento dos direitos do homem e dos direitos fundamentais”*,⁴¹⁸ ou seja, tudo nada mais é do que *“um se reconhece no outro e se logra assim aquela identidade...”*.⁴¹⁹

Também José Carlos Moreira da Silva Filho, ao tratar da idéia do outro, afirma que *“o princípio básico do direito social reside em um pensamento voltado para o Outro, particularmente para aquele que experimenta, no seio da sociedade, uma desigualdade que reclama certos direitos especiais...”*, sendo que *“a diferença não é assumida a partir de identidades abstratas, semelhantes ao subjetivismo liberal, mas sim a partir*

⁴¹⁸ Castanheira Neves, O direito hoje e com que sentido, pp. 69-70.

⁴¹⁹ Castanheira Neves, O direito hoje e com que sentido, p.70.

da situação concreta, contextual da sociedade, levando-se em conta, de maneira prevalecente, a dinâmica econômica e o papel de cada um no processo produtivo”.⁴²⁰

Deste modo, segundo Moreira da Silva Filho, “falar em alteridade significa perceber o “Outro” a partir de sua peculiaridade intrínseca, ou seja, não transformá-lo em uma extensão ou reflexo de quem o observa, é aceitar, em todos os níveis, a existência do plural, do diferente, de uma dimensão de exterioridade”. A partir disso, o autor coloca o princípio da alteridade atrelado de forma indissociável ao princípio da dignidade humana”,⁴²¹ na medida em que a concretização desta dignidade torna-se o próprio projeto de alteridade,⁴²² uma vez que considera que o nível mais radical de exterioridade, ou de negação do Outro pela totalidade, revela-se na pobreza, na miséria material, na situação de exclusão e opressão sofrida por quem fica à margem do sistema sócio-econômico.⁴²³ (g.m.)

Como se observa, o intérprete, enquanto cidadão, deve apresentar uma postura pautada na alteridade, para que seja possível suplantar a relação sujeito-objeto sustentada pela metafísica objetificante. Sem isso torna-se inviável a suspensão dos pré-conceitos, e sem tal intento não será possível falar de círculo hermenêutico, partindo da proposta de compreensão de acordo com a tradição e a consciência histórica.

Castanheira Neves, ao dar respostas às suas próprias indagações a respeito de qual o sentido atual do Direito, conclui que são três as condições constitutivas e da emergência

⁴²⁰ Moreira da Silva, José Carlos Filho. *O Direito Social e suas Significações: O princípio da Alteridade*. Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos, 2001/2002, pp.365-399, p. 372.

⁴²¹ Moreira da Silva, José Carlos Filho, ob.cit., p. 375

⁴²² Moreira da Silva, José Carlos Filho, ob.cit., p. 377.

⁴²³ Moreira da Silva, José Carlos Filho, ob.cit.,p. 373/374.

do direito enquanto tal: uma condição mundano-social, refletida na pluralidade humana e na unicidade do mundo, uma condição humana-existencial, considerado o homem na dialética de personalidade e comunidade, e por fim, uma condição ética, para a qual o mestre português coloca como condição específica do direito, pois nas relações sociais se reconhece a cada homem a dignidade de sujeito ético, a dignidade de pessoa, comunitariamente responsabilizado para com os outros.⁴²⁴

A partir de tais reflexões é possível observar que, sem uma postura hermenêutica, sobretudo ética, não será possível ao intérprete jurista observar o quanto se faz necessário um novo olhar sobre a separação do fato e do direito no processo civil. É a partir desta relação de pertencimento com a realidade social e de comprometimento com a democracia que o operador do direito estará preparado para dar um sentido à legislação a ser aplicada, dentro do processo de compreensão desta realidade, e não meramente reproduzi-la como verdade estática e absoluta.

A reflexão é necessária. É preciso compreender que a diferença entre o fato e o direito é apenas ontológica; que a idéia de verdade como desocultamento e revelação é indispensável para superar o pensamento dogmático da ciência jurídica, que trabalha com a idéia de um direito que tem a lei como sinônimo, na qual está a justiça das decisões judiciais, de forma estática e atemporal.

⁴²⁴ Castanheira Nevez, O Direito hoje e com que sentido, pp.71-72.

Neste sentido, Gadamer revela que *“Na verdade renunciamos definitivamente à pretensão de encontrar na tradição uma verdade compreensível que possa ser válida para nós mesmos. Este reconhecimento da alteridade do outro, que a converte em objeto de conhecimento objetivo, é, no fundo, uma suspensão de nossa própria pretensão”* (pré-conceitos).⁴²⁵ Logo, partindo do entendimento de Gadamer, e com Ovídio Baptista da Silva, não podemos buscar a verdade na realização da atividade jurisdicional, como ideal de certeza e de justiça, pois *“Antes de preocupar-se com a imaginada “vontade da lei”, ou apenas com a verdade dos fatos, o que interessa ao processo, será sempre o seu “significado”...”*.⁴²⁶

Seguindo tal linha de raciocínio, naturalmente esvazia-se o fim utilitarista do método silogístico, que separa o fato e o direito para atender ao pensamento liberal-iluminista que não se adequa mais à nossa tradição e historicidade.

É por isso que, para Gadamer, “A tarefa da compreensão histórica inclui a exigência de ganhar em cada caso o horizonte histórico, a fim de que se mostre, assim, em suas verdadeiras medidas, o que queremos compreender. Quem omitir esse deslocamento ao horizonte histórico a partir do qual fala a tradição estará sujeito a mal-entendidos com respeito ao significado dos conteúdos daquela. **Nesse sentido, parece ser uma**

⁴²⁵ Moreira da Silva, José Carlos Filho, ob.cit., p. 401.

⁴²⁶ Silva, Ovídio Baptista da. Verdade e Significado, ob.cit., p.266.

exigência hermenêutica o fato de termos de nos colocar no lugar do outro para poder compreendê-lo.⁴²⁷ (g.m.)

Como se observa, a suspensão dos pré-conceitos em referência é necessária no processo de compreensão, o que na esfera da interpretação jurídica ganha relevo, na medida em que a atividade jurisdicional precisa libertar-se das amarras da dogmática jurídica, assumindo uma postura de alteridade na compreensão e realização do direito, para que o intérprete possa iluminar a sua concepção a respeito da própria vida, suspendendo os seus pré-conceitos, e com isso passando a tratar o direito não mais separado do seu fato, mas ontologicamente a ele pertencente.

A postura do intérprete, nestas condições, permite um novo olhar sobre a realidade social, fazendo com que o processo civil não se desenvolva a partir das “verdades” estáticas presentes na legislação. A partir disso, é possível admitir a realização do direito como decorrente de um trabalho de interpretação dialógico, à luz da tradição e da historicidade num dado momento. Isso é sobretudo fundamental para a concretização do projeto social já institucionalizado pela legislação brasileira. Sem dúvida alguma não precisamos mais de leis, mas de operadores do direito éticos, comprometidos com o projeto social e dispostos a concretizá-lo.

A ideologia iluminista, adquirida do mundo europeu e ainda vigente na contemporaneidade, deixa velado muito dos nossos verdadeiros valores e

⁴²⁷ Gadamer, Verdade e Método I, p. 400

nos mantém cegos e inertes diante do poder que a jurisdição tem para transformar a sociedade, ainda que a passos largos. Neste sentido, pode-se dizer, com José Moreira Filho, que o direito, ao tentar eliminar as desigualdades sociais concretas e insustentáveis e ao permitir a participação popular democrática no seu sentido mais amplo,⁴²⁸ abre-se para a sociedade como jamais seria permitido no âmago do ideário iluminista, época em que o direito passou a ser tratado como ciência pura, em prol de uma classe economicamente mais forte, para quem era interessante sustentar a separação metafísica entre questão de fato e questão de direito.

A garantia de tal modo de realizar o processo era justamente a não interferência do julgador. Estariam resguardados, assim, límpidos, serenos e incontestáveis, os seus interesses presentes na lei; logo, direito era, e precisava ser, a própria lei.

Diante disso, o caráter dialógico da interpretação do Direito, sobretudo ético e social, é reflexo de uma possível e nova postura de um operador do direito fiel à sua historicidade e sua tradição. O diálogo, como elemento indispensável no processo de compreensão, trazido para o direito, permitirá uma maior aproximação da ciência jurídica com as contingências e complexidades da sociedade atual, para que atenda ao seu propósito democrático, fato que naturalmente suplantará o método dedutivista-lógico, de caráter simplista, que sustenta a distinção entre questão de fato e de direito.

⁴²⁸ Moreira da Silva, José Carlos Filho, ob.cit., p. 396.

No dizer de Hans Georg Gadamer, *“...Um diálogo é, para nós, aquilo que deixou uma marca. O que perfaz um verdadeiro diálogo não é termos experimentado algo de novo, mas termos encontrado no outro algo que ainda não havíamos encontrado em nossa própria experiência de mundo...O diálogo possui uma força transformadora. Onde um diálogo teve êxito ficou algo para nós e em nós que nos transformou. O diálogo possui, assim, uma grande proximidade com a amizade. É só no diálogo (e no “rir juntos”, que funciona como um entendimento tácito transbordante) que os amigos podem encontrar-se e construir aquela espécie de comunhão onde cada qual continua sendo o mesmo para o outro porque ambos encontram o outro e encontram a si mesmos nos outro”*.⁴²⁹ (g.m.)

Ovídio Baptista da Silva também alerta-nos para a necessidade de um resgate da dimensão retórica do direito processual, como ciência do diálogo, como ciência de convencimento, onde se opera com verdades contingentes, e não necessárias, em que predomina a verossimilhança, de caráter analógico, e não a lógica.⁴³⁰

Luis Alberto Warat, dentro desta problemática, também vai acentuar que *“precisamos agora imaginar outras armas para consolidar o sentido democrático de uma forma mais digna de sociedade”*, o que nos coloca *“diante do urgente imperativo de repensar as concepções que a modernidade produziu em torno do Direito, a democracia, o poder, a cidadania, e os direitos*

⁴²⁹ Gadamer, Hans Georg. Verdade e Método II. Petrópolis: Vozes, 2002, p.247.

⁴³⁰ Silva, Ovídio baptista da. Processo e Ideologia, p.253.

humanos. Em outras palavras, repensá-lo como crítica aos sentidos impostos pela tradição jurisdicista, fruto das utopias compulsivas da razão planejada que foi inscrevendo-se no projeto iluminista".⁴³¹

Depois de trazer a baila diversos autores que combatem a lógica dedutivista do Direito, dentre os quais estão Perelman e English, Luiz Recaséns Siches também vai defender o diálogo como algo indispensável para a realização do direito. Neste sentido, o autor vai afirmar que *"tiene un valor permanente el sinsitir sobre el diálogo, sobre el debate, sobre la confrontación de las diferentes argumentaciones, sobre el aquilatar cada uno de los argumentos, sobre el atribuir a cada uno de esos argumentos el sentido, el rol y el alcance que le corresponde"*.⁴³²

Chaïm Perelman, por sua vez, inspirando-se na retórica da Antiguidade clássica, condena o pensamento silogístico do direito e propõe uma forma de raciocínio mais elevado, a partir da deliberação de argumentações apresentadas para a solução de um caso jurídico. O raciocínio dialético proposto por Perelman elabora uma nova retórica, exigindo que a solução dos casos jurídicos se faça através do diálogo, na confrontação entre argumentos diferentes.⁴³³

⁴³¹ Warat, Luiz Alberto, Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.177.

⁴³² Siches, Nueva Filosofia...p., 290.

⁴³³ Siches, Nueva Filosofia...p. 119.

Também Guasch Fernández vai lembrar que eliminar a crítica e ficar à margem dos comentários, rechaçando o diálogo, leva ao imobilismo.⁴³⁴

A proposta de Siches vai culminar novamente na problemática do exame dos fatos pelo operador do direito, ao afirmar que *“El problema consiste en obtener la debida articulación de umas constataciones de hecho, de unas aspiraciones o pretensiones diferentes o contrapuestas, de unas valoraciones y de los criterios axiológicos objetivos que deben ser tomados en cuenta para resolver una controversia legislativa o judicial”*.⁴³⁵

A importância do diálogo também é retratada por Calamandrei, ao registrar que *“...los abogados deberían estar particularmente agradecidos a estos magistrados que osan romper la regla monástica de su silencio para transformar la audiencia, de inútil soliloquio de un retórico ante un consejo de durmientes, en un diálogo entre interlocutores vivos que buscan a través del debate la comprensión y el convencimiento”*,⁴³⁶ e ainda que é preciso *“dejar que también en el proceso circule entre magistrados y abogados el sentido de confianza, de solidaridad y humanidad que es, en todos los campos, el espíritu animador de la democracia”*.⁴³⁷

Também Castanheira Neves vai fazer referência explícita à importância do diálogo, em suas obras mais recentes.⁴³⁸ Na obra “O Direito

⁴³⁴ Fernández, El hecho y el derecho...p. 170.

⁴³⁵ Siches, Nueva Filosofía...p. 290.

⁴³⁶ Calamandrei, Piero. Proceso y democracia, pp. 112-113.

⁴³⁷ Idem.

⁴³⁸ Castanheira Neves, Assentos, pp.125-126; O Direito hoje e com que sentido, p. 67.

hoje e com que sentido”, o mestre português indaga-se a respeito do que se espera do Direito, que para o autor passa a ser o que se espera do próprio homem, nos seguintes termos: *“E que sentido é esse com que nos autocomprendemos e nos assumimos no mais originário de nós mesmos, neste tempo em que nos foi dado viver? E que valores radicam nesse sentido, a postularem aquelas intenções axiológicas em que nos havemos de cumprir, enquanto seres sociais ou comunitariamente coexistentes?”*⁴³⁹

A resposta fica de certa forma clara a partir da análise feita por Castanheira Neves a respeito do que somos, ou seja, seres no sentido pessoal e social, pois a comunidade é simultaneamente condição de existência, condição empírica e condição ontológica da pessoa, dizendo o mestre que, *“o que nos leva a concluir que a pessoa, enquanto homem real, é a unidade dialética de duas relativas autonomias, a autonomia do seu eu social (aquele comum de existência comunitária que consubstancia como membro de uma comunidade histórica) e de um eu pessoal (aquele próprio de existência pessoal que ele concretamente singulariza, o seu autêntico incomparável no comparável) – a unidade dialética, se quisermos, da objectividade e da subjectividade humanas.”*⁴⁴⁰

Portanto, analisadas tais colocações dentro da atual sistemática do processo civil, o grande problema encontra-se justamente na falta de diálogo, na ausência da dialética, da arte da argumentação. A dialética não existe no

⁴³⁹ Castanheira Neves, O Direito hoje e com que sentido, p. 68.

⁴⁴⁰ Castanheira Neves, O direito hoje..., p. 69.

Direito, porque a partir de uma ideologia liberal-iluminista, por demais ultrapassada, nossas faculdades de ciência jurídica ensinam leis, quando deveriam provocar o debate e o raciocínio do aluno. Nossos alunos não são preparados ou instruídos para a capacidade argumentativa, mas sim para responderem a questões advindas de exames de classe e concursos públicos para cargos públicos, sejam eles jurídicos ou de caráter meramente administrativos.

Ao questionar as ideologias (racionalidade) a que estamos atrelados, Alasdair MacIntyre coloca que o fato de que todos os grupos que tentaram e tentam elaborar uma crítica a respeito das visões de mundo pecam pelos seus próprios vínculos, ou seja, não conseguem visualizar o problema sob diferentes focos, de uma forma neutra, na medida em que continuam atrelados aos seus pré-conceitos (Gadamer), muitas vezes até mesmo conflituosos.⁴⁴¹ Segundo o autor, *“...é de maior importância ter em mente que o projeto de fundar um tipo de ordem social, no qual os indivíduos possam emancipar-se da contingência e da particularidade da tradição, através do recurso a normas genuinamente universais e independentes da tradição, não foi e não é apenas, nem principalmente, um projeto de filósofos. Ele foi e é o projeto da sociedade liberal moderna e individualista, e as razões mais convincentes que temos para creditar que a esperança de universalidade racional independente da tradição é uma ilusão, derivam da história deste projeto. Pois, no curso dessa história, o liberalismo que começou como um*

⁴⁴¹ MacIntyre, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2ª edição, 2001, p. 12.

*apelo a supostos princípios de racionalidade compartilhada, contra o que se considerava a tirania da tradição, foi transformado em tradição cujas continuidades são parcialmente definidas pela interminabilidade do debate de tais princípios”.*⁴⁴²

Eis o paradoxo da sociedade contemporânea. E a jurisdição, para cumprir o seu papel no contexto do Estado Democrático e de Direito, não pode mais estar atrelado ao subjugo dos dogmas liberais-iluministas, dentre os quais se encontra a idéia de fato e de direito como elementos apartados.

É por isso que falar de alteridade é também tratar da necessidade de se compreender o mundo à nossa volta, o que sem um propósito solidário não é possível. Na verdade, a alteridade proposta por Gadamer, dentro do diálogo a ser estabelecido entre o intérprete, operadores do direito, com a sua sociedade e seus princípios e valores, quer afastar justamente esta exigência do outro, para que, *junto com* o outro, todos sejam exigidos e naturalmente comprometidos com a realização de um projeto, cujo predicado, por si só, já fornece a idéia de unidade, de constituição para algo, que é maior e que está muito acima do indivíduo, isoladamente considerado. Não podemos esquecer, com Ovídio Baptista da Silva, que é preciso saber conviver com o outro.⁴⁴³

⁴⁴² MacIntyre, Alasdair. *Justiça de Quem?* p. 361.

⁴⁴³ Silva, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*, p. 240.

Piero Calamandrei afirma categoricamente que o problema fundamental do processo, que no seu entendimento é das relações entre os advogados e juizes, é um problema de compreensão,⁴⁴⁴ razão pela qual conclui que *“a confianza recíproca es, en todos los campos de las relaciones humanas, una fuerza simplificadora, puesto que confianza significa solidaridad, sociabilidad y comprensión”*⁴⁴⁵, apontando, assim, a compreensão e a solidariedade social entre tais agentes processuais como elementos de união indispensáveis para um maior comprometimento na busca de um processo e de uma decisão justos.⁴⁴⁶

Assim, com esse propósito, o mestre italiano vai concluir a sua importante obra “Processo e Democracia” no sentido de que cada um de nós deve procurar em seu próprio campo que todos os homens, de todas as classes e de todos os países, deixem de ser coisas para serem pessoas, e que cada homem se revele e difunda este calor comunicativo da compreensão humana.⁴⁴⁷

Em razão disso, no dizer de Moreira Filho, “o princípio da alteridade presente no direito social guarda uma posição ética indiscutível, perseguindo como telos a satisfação de necessidades humanas fundamentais, a efetivação do respeito à mais elementar dignidade do homem”.⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 171.

⁴⁴⁵ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p.166.

⁴⁴⁶ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 173

⁴⁴⁷ Calamandrei, Piero. *Proceso y Democracia*, p. 200.

⁴⁴⁸ Moreira da Silva, José Carlos Filho, *ob.cit.*, p. 397

É por isso que, para Calamandrei, a ausência de solidariedade é a causa fatal do declínio das instituições democráticas⁴⁴⁹, o que é corroborado por Ovídio Baptista da Silva, ao destacar que *“é necessário que nos capacitemos de que o pêndulo da História, nos albores do novo milênio, inclina-se decididamente, para outros horizontes, apontando e valorizando não mais a exaltação individual, mas os valores da solidariedade social”*.⁴⁵⁰

No dizer de L. Sequeiros, “Em um mundo que não só perpetua, mas também aumenta o tamanho das desigualdades sociais, a consciência humana vai-se abrindo cada vez mais para a necessidade da solidariedade, talvez a categoria ética que melhor sintetize os desejos da humanidade neste momento. Então, tornar-se responsável pelo outro, em uma sociedade de relações assimétricas, está em perfeita sintonia com os desejos de nosso mundo.

Para Sequeiros, a solidariedade é tratada como categoria ética, como atitude que leva a assumir compromissos eficazes de transformação das raízes das situações geradoras de desequilíbrio e de injustiças. Uma atitude que nasce não de um lamento infantil, mas de uma sensibilidade eficaz e transformadora da própria pessoa, que reorganiza sua vida em outra direção: a da solidariedade, da responsabilidade e da justiça”.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Piero Calamandrei, Piero. Processo y Democracia, p. 54.

⁴⁵⁰ Silva, Ovídio Baptista da. Jurisdição e Execução, p. 201.

⁴⁵¹ Sequeiros, L., *apud* Demo, Pedro. Solidariedade como efeito de poder. São Paulo: Cortez, 2002, pp.158-159.

Esta pesquisa por diversas vezes apontou o “dar-se” conta como parte de toda esta reflexão a respeito da problemática da separação entre a questão de fato e a questão de direito. De nada serve a argumentação que exalta a filosofia e a hermenêutica trazidas para o direito, se o próprio operador do direito não se reconhecer como elemento pertencente à uma comunidade e se por ela não seja responsável. Para o outro é que devemos olhar pois, ao assim fazermos, para nós estaremos nos dirigindo.

CONCLUSÃO

“Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como o sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele mas comprometido com ele...”

C. Neves, O Direito hoje e com que sentido, p. 75.

“...a verdade que torna os homens livres é, na maioria dos casos, a verdade que os homens preferem não ouvir.”

Herbert Sebastin Agar, *apud* Zygmunt Bauman, Modernidade Líquida, p.26

A democracia e o Estado de Direito insurgente a partir da Constituição de brasileira de 1988 necessitam de uma interpretação ontológica do ordenamento jurídico por parte do operador do direito, necessidade esta facilmente confrontada com o modelo liberal-iluminista que ainda encontra guarida na estrutura do pensamento dogmático jurídico.

O modo de se conceber o Direito como ciência lógica e abstrata, a partir dos avanços da ciência moderna, veio atender ao idealismo do pensamento liberal-iluminista, que pretendia atribuir à lei a tão sonhada certeza e segurança jurídicas, atributo este que veio a se estender para a própria concepção de Direito. Com isso, garantia-se a neutralidade do

juiz na atividade jurisdicional, restrita à mera declaração dos direitos pré-concebidos, princípio da *actio romana*. Estava, assim, sacramentado o método silogístico e o postulado da separação entre a questão de fato e a questão de direito.

No processo civil, é possível afirmar que a distinção entre questão de fato e a questão de direito, como pilar do método lógico-dedutivista de aplicação da lei, é o seu fundamento mais consolidado e assim o responsável em grande parte pela atual sistemática do processo civil, não só pelo apego ao pensamento dogmático-normativista, como também por estar despreparado para atender às contingências sociais e às complexidades da vida social contemporânea.

Tal modo de compreender o processo civil parte da concepção restrita de Direito como lei, dentro de um mundo de purezas e abstrações, de onde se observa os fatos da vida como elementos completamente apartados do próprio direito. Aqui, o fato e o direito são compreendidos como realidades distintas, onde o direito é encontrado na lei como algo verificável e, portanto, como ideal de justiça. Esta é a idéia de verdade defendida pelo pensamento ocidental e valorizada pelo racionalismo, como postulado estático e atemporal, somente encontrado e verificado na lei.

A valorização extremada da lei, proposta pelo pensamento liberal-normativista, ainda encontra na atualidade a defesa de muitos operadores

do direito, os quais temem a discricionariedade excessiva e a arbitrariedade por parte do julgador que venha atuar à margem do dedutivismo lógico. Tal é o pensamento binário criticado por Ovídio Baptista da Silva, o qual não consegue visualizar a realização do direito fora dos seus extremos “do certo e do errado”, encontrados naquele ideal de certeza e verificabilidade tão acentuado pelo dogma.

Contudo, para o operador do direito mais atento a essa problemática, torna-se no mínimo angustiante a busca da realização do direito através de um processo mais dialético e democrático, em face da resistência do senso comum às inovações e às decisões que escapam do sentido unívoco da lei, reflexo claro do princípio da separação dos poderes, como pilar do ideário iluminista do século XVII.

Evidente que o acontecer da prestação jurisdicional, assim identificada, é prejudicial ao Estado Democrático de Direito, que tem compromisso com a efetividade do processo, elevada à garantia constitucional ao lado dos direitos sociais e democráticos.

Assim, para que se tenha uma nova compreensão do acontecer da prestação jurisdicional no processo civil, torna-se preciso superar a distinção entre a questão de fato e a de direito, para que se permita um maior compromisso dos agentes processuais com a realidade social

contemporânea, para que seja possível a realização de um processo mais dialético, mais hermenêutico e portanto mais justo.

Neste sentido, a proposta trazida pela hermenêutica filosófica é um caminho possível para superar os dualismos sustentados pela metafísica presente no pensamento dogmático, para que assim se compreenda o fato e o direito a partir de sua diferença apenas ontológica. Se compreensão é um existencial, o acontecer do direito decorre da revelação de sentido da norma, num dado momento e lugar. Não existem conceitos prontos e acabados, mas sim projetos lançados para serem revelados pelo intérprete do Direito. Esta é a superação da relação sujeito-objeto e, com ela, o fim da reprodução de sentido da lei realizada pelos juízes de Montesquieu do século XVIII.

Além disso, o operador do direito deve estar ciente de que a sua interpretação do texto jurídico já é a aplicação da norma, momento em que se revela a força da tradição do intérprete, através da sua consciência histórica e temporal. Para tanto, o intérprete deve estar aberto e disposto a dialogar; deve estar receptivo e disposto a suspender os seus pré-conceitos; deve estar encorajado a vivenciar as experiências negativas, valorizadas por Gadamer no processo de compreensão para que o intérprete saiba deparar-se com o inesperado; é a própria dialética, na medida em que a compreensão passa a ser um encontro neste diálogo que é o processo de compreensão.

De tal modo, compreender o processo civil a partir de uma perspectiva hermenêutica é permitir superar os seus dogmas liberais, a exemplo da distinção entre o fato e o direito. Para tanto, é preciso ter presente a idéia de diferença, mas ao mesmo tempo de indissolubilidade, no sentido de que não se pode estar diante do direito sem a situação fática para qual se desvela o sentido do nosso ordenamento jurídico. São elementos diferentes, mas apenas ontologicamente.

O resultado desta perspectiva é notadamente a fragilização do silogismo lógico. O julgador torna-se naturalmente mais comprometido com o dever de motivação das decisões judiciais, fortalecendo a jurisdição de primeiro grau e, com isso, até mesmo possibilitando a redução do uso excessivo de recursos.

Claro que tal estrutura também exigirá uma mudança de perfil do próprio operador do direito, o que deve ser buscado já nas salas de aula do ensino jurídico. Certamente é possível ensinar o direito a partir da experiência fática, dialogicamente, até mesmo porque a mera leitura de códigos, como infelizmente ainda ocorre, deve fazer parte somente da história do já distante século XIX, e não do contexto atual.

Isso porque a realização do direito através de um processo civil mais dialético e hermenêutico impõe um trabalho de coerência e co-presença de todos os operadores do direito, atentos à sua historicidade e à sua

tradição, diante de uma postura voltada para a sua alteridade, como parte de um todo. Tal modo de compreender já é uma maneira de re-descobrir o processo civil, como ciência filosófica de realização dos direitos fundamentais e sociais, garantidos pelo Estado Democrático de Direito.

De tal sorte, ao recepcionar a hermenêutica filosófica, o processo civil naturalmente poderá sofrer algumas mudanças que são necessárias para que o direito seja apreciado não mais de forma dissociada do mundo da vida; não mais reservado num mundo de conceitos e abstrações, dissociado dos fatos que lhe dão sustentação.

No dizer de Lênio Luiz Streck, avançar para além dos modelos objetificantes-reprodutivos, ir além da subsunção, impedir a entificação do ser do Direito, superar a metafísica que provocou o esquecimento da diferença ontológica é extramamente necessário, como construção de um discurso crítico acerca do pensamento dogmático do Direito.⁴⁵²

Por isso é que o “dar-se conta” é fundamental para uma postura crítica e modificadora, pois os anacronismos do processo civil que foram sacramentados pela ideologia liberal-iluminista se tornaram verdades indiscutíveis ao longo do tempo, em favor de interesses dominantes e em detrimento das classes menos favorecidas no contexto social, bem como para calar as insurgências que poderiam causar rupturas neste modo de pensar, diga-se velado e objetificado. Logo, para romper tal modo de pensar, o

processo de compreensão deve partir da revelação de sentido do texto jurídico; a verdade deve ser vista como desocultação do ser, como revelação de sentido, na linha do tempo e da história, através do diálogo.

Como se observa, o modo de pensar filosófico voltado para o processo civil interpela o operador do direito a levar em consideração as contingências de sua consciência histórica e de sua tradição, para que assim todos, indistintamente, sintam-se mais comprometidos com o desvelar de sentido do ordenamento jurídico, e assim possibilitem a realização de um processo civil desapegado da dogmática objetificante, como meio de realização efetiva de direitos.

Tal mudança de postura, sobretudo psicológica antes de ser social, deve chegar até a sociedade como um desafio, como enfrentamento em defesa da ética processual, a partir do uso da argumentação dialética, do imprescindível diálogo, pois como lembra Gadamer, *“toda a compreensão parte do fato de que algo nos interpela”*⁴⁵³, sem o que não é possível falar no “dar-se conta”.

Isso é compromisso sobretudo com a democracia, pois, o processo de compreensão é um existencial e como tal depende do outro, depende do olhar solidário para com a sociedade, da qual somos parte de um todo indissolúvel, no horizonte histórico do tempo.

⁴⁵² Streck, Lenio. *Jurisdição Constitucional...*, p. 220.

⁴⁵³ Gadamer, *O Problema da consciência histórica*, p. 69.

Ao superarmos a idéia de separação entre a questão de fato e a questão de direito, para assim considerá-las a partir de sua diferença ontológica, é tirar o Direito e a realização do processo civil de um estado de covardia e inércia do mundo conceitual, que não corresponde mais aos anseios sociais do século XXI; é permitir a realização de um processo civil mais hermenêutico, mais democrático, fazendo com que o Direito alcance a vida, a humanidade na sua compreensão histórica.

Já está em tempo do “dar-se conta”, principalmente no sentido de que a certeza e a segurança jurídicas não passam de uma ideologia não mais subsistente em pleno século XXI. Se a própria existência humana é um processo de revelação ontológica, o acontecer do Direito através do direito processual deve permitir transformar-se e revelar-se, constantemente, sempre, de acordo com o todo, para que assim como a vida, o sentido do Direito revele-se e desoculte-se como um grande acontecimento.

BIBLIOGRAFIA

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre a Modernidade e a Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BORDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol.I, II e III. São Paulo: Bookseller, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y Democracia..* (tradução para o espanhol de Hector Fix Zamudio) Buenos Aires: Editora EJEA, 1960.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Porto Alegre: Fabris, 1989.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *O Instituto dos assentos e a função dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983;
- _____, Antônio. *Questão fato e Questão de direito, o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra, 1967.
- _____, Antônio. *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998.
- CITTADINO, Gisele. *Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação dos Poderes*. In A democracia e os três Poderes no Brasil, org. de Luiz Werneck Vianna.

- _____, Gisele. *Plurarismo, Direito e Justiça Distributiva – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- DEMO, Pedro. *Solidariedade como efeito de poder*. São Paulo: Cortez; Instituto Paulo Freire, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*, in *Participação e Processo*, coord. Ada Pelegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, p. 114 e segs.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição.
- _____, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ENGLISH, Karl. *La idea de concreción en el Derecho y en la ciencia jurídica actuales*. 2004.
- FERNÁNDEZ, Sergi Guasch. *El hecho y el derecho en la casación civil*. Barcelona: JMBosch, 1998.
- GADAMER, Hans Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2004.
- _____, Hans Georg. *Verdade e Método II*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso I* (Teoria General del Proceso). Buenos Aires: Europa-Amerca, 1962.
- GOUVÊA, José Roberto Ferreira e SILVA, Vanderlei Arcanjo da. *A quantificação dos danos morais pelo Superior Tribunal de Justiça*. Revista Jurídica Notadez, nº 323, setembro de 2004, p.31/42.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo I e II*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- _____. *Que é Metafísica*. Tradução e Notas de Ernildo Stein. In: *Conferências e Escritos*.
- HENKE, HORST-EBERNHARD. *La cuestion de hecho. El concepto indeterminado en el derecho civil y su casacionabilidad*. Buenos Aires: Edições Jurídicas Europa-América, 1979.

- HENKEL, Heinrich. *Introducción a la filosofía del derecho*. Madrid: Taurus ediciones, 1968.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.130.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: LTC, 1986, p. 70.
- KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- KRELL, Adreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona, Ariel, 1980.
- MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de Quem? Qual Racionalidade?* São Paulo: Loyola, 2ª edição, 2001.
- MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso*. Barcelona: J.M.Bosch edito, 1979.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____, Friedrich. *O anticristo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969.
- PASSOS, J.J. Calmon de. *Processo e Democracia*, in *Participação e Processo*, org. de Ada Pelegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: JMBosch, 2004, 1ª edição.
- RUBY, Christian. *Introdução à Filosofia Política*. São Paulo: UNESP, 1998.
- SATTA, Salvatore. *Direito Processual civil*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 7ª edição, 1973.
- SICHES, Recasés Luiz. *Nueva filosofía de la interpreteación del Derecho*. México: Porrúa, 1973.

- SIDOU, J.M. Othon. *Processo Civil Comparado (histórico e contemporâneo) á luz do código de processo civil brasileiro modificado até 1996*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira. *O Direito Social e suas Significações: O princípio da Alteridade*. In Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos, 2001/2002, p.365/399.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Direito Material e Processo*. Revista Jurídica NotaDez, edição de julho de 2004, p. 7/27.
- _____, Ovídio Araújo Batista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, 2ª edição.
- _____, Ovídio Araújo Batista da. *Processo e Ideologia, o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____, Ovídio Araujo Baptista da Silva, *Verdade e Significado*. In site www.baptistadasilva.com. e In *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pos-graduação em Direito da UNISINOS:mestrado e doutorado*/Orgs.Leonel Severo Rocha, Lênio Luis streck, José Luiz Bolzan de Moraes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., São Leopoldo: UNISINOS, 2005.
- _____, Ovídio Araujo Baptista da. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. Revista de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Editora UNIJUI, 2002
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- _____, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro. Eficácia, Poder e Função. A ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. São Paulo: Loyola, 1997.
- TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo*. Lima: Palestra Editores, 2005.
- VATTIMO, Giani. *Introdução a Heidegger*. Lisboa: Edições 70, 1987.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
- _____, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem (colaboração de Leonel Severo Rocha)*. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- WEBER, Max, *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1964 (13ª reimpressão de 1999).
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras: 2004.
- ZOJA, Luigi. *História da Arrogância: psicologia e limites do desenvolvimento humano*. São Paulo: Axis Mundi, 2000.