

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

**A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA RACIONALISTA COMO PRESSUPOSTO
PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À TUTELA
JURISDICIONAL EFETIVA: *uma análise da ciência
processual civil na tradição romano-canônica***

**Darci Guimarães Ribeiro¹
Diego Galle²**

SUMÁRIO

1 O Estado Democrático de Direito e a crise do sistema processual civil; 2 Processo e paradigma: uma nova visão da ciência processual; 3 Direito e racionalismo: a formação do vínculo; 4 A herança racionalista: efeitos e conseqüências para com a ciência processual; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Busca-se com o presente estudo desvelar o romântico compromisso de nossa ciência processual, enquanto produto da tradição romano-canônica, com a filosofia racionalista - cuja essência é fielmente refletida pela incessante busca cartesiana por uma verdade absoluta sob os auspícios de uma razão indefectível - e, conseqüentemente, lançar luz sobre a problemática da efetividade da tutela jurisdicional. Estilhaçar as dolorosas imposições do paradigma racionalista - erigir um conceito de jurisdição condizente com os escopos do Estado Democrático de Direito, restituir o "imperium" usurpado do magistrado, relativizar a ordinariedade que condena toda e qualquer categoria de direito material ao mesmo tratamento genérico, inobstante todas suas particularidades - e promover o ambiente para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: eis os desideratos deste trabalho.

Palavras-Chave: Processo, Paradigma, Racionalismo, Efetividade

ABSTRACT

The present study seeks to reveal the romantic commitment of our procedural science, as a product of the civil law tradition, with the rationalist philosophy - whose essence is faithfully reflected by the never-ending Cartesian search for an absolute truth under the auspices of an unfailing rationality - and therefore shed

¹ Advogado. Doutor em Direito pela Universitat de Barcelona. Professor Titular da PUC/RS. Professor Titular da Unisinos e do Programa de Pós-Graduação em Direito. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Membro representante do Brasil no Projeto Internacional de Pesquisa financiado pelo Ministério da Educação e Cultura - MEC - da Espanha.

² Bolsista FAPERGS no Projeto O direito fundamental ao processo dentro de um prazo razoável: perspectivas principiológicas do asseguramento à razoável duração do processo.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

light on the problem of the effectiveness of judicial guardianship. To shatter the painful impositions of rationalist paradigm – to build a concept of jurisdiction consistent with the scopes of the Democratic State of Law, to restore the "imperium" stolen from the magistrate, to enfeeble the ordinariety which condemns any and every category of substantive right to the same generic treatment, notwithstanding all its peculiarities – and to promote the environment for the consummation of the right to effective judicial guardianship: these are the goals of this study.

Key-Words: Procedure, Paradigm, Rationalism, Effectiveness

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

A crise do sistema processual civil pátrio não é, de modo algum, novidade. O colapso da justiça brasileira, que paulatinamente retira a legitimidade de nossas instituições processuais civis e, como se não bastasse, corrói a já desgastada imagem de nosso Poder Judiciário, alcançou o "status" de fato notório, não surpreendendo o mais ingênuo dos cidadãos.

Com efeito, há mais de uma década o Código de Processo Civil brasileiro vem sofrendo uma série de reformas que buscam aproximar nosso sistema dos desígnios e exigências da nova ordem erigida pelo Estado Democrático de Direito³, os quais podem ser resumidos, pelo menos no âmbito processual, no valor da

³ Importante ressaltar que o surgimento do Estado Democrático de Direito, expressamente acolhido pelo art. 1º de nossa Constituição Federal, representou um abrupto rompimento com a estrutura liberal compartilhada por seus dois antecessores, o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito, que, se acrescentou um conteúdo social aquele primeiro, o fez muito mais para corrigir o rumo do liberalismo e, conseqüentemente, preservá-lo, do que para efetivamente suplantá-lo. Assim, como adverte Lenio Streck: "o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neo-capitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*." (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. p.91) No mesmo sentido conclui Miguel Reale, segundo o qual, o adjetivo "Democrático" adicionado ao conceito de Estado de Direito confere sentido totalmente novo a este, afinal "a termos novos deve corresponder nova interpretação", marcando uma passagem rumo a um Estado de Direito e de Justiça Social antes inexistente. (REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. p. 2) Nesta medida, pode se observar uma violenta mudança de rumo. O estado, a quem outrora bastava limitar ou ampliar sua própria atuação, seu raio de ação, agora recebe a missão de transformar o "status quo" social a fim de garantir uma igualdade material e assegurar as condições da democracia. Pois é justamente da trilha formulada por este novo modelo estatal em direção à igualdade que afloram uma expressiva gama de novos direitos, dentre os quais se

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

efetividade da tutela jurisdicional ⁴, norte da prestação jurisdicional.

Nada obstante os valorosos esforços despendidos nesta empreitada hercúlea, ainda estamos muito longe de atingir a tempestividade e a concreta satisfação do direito material assim como exigidos pelo direito à tutela jurisdicional efetiva ⁵.

destaca direito à tutela jurisdicional efetiva, pressuposto para a concretização de todos os demais.

⁴ Muito embora o direito à tutela jurisdicional efetiva seja uma conseqüência lógica da adoção do Estado Democrático de Direito, ao contrário do que ocorre em boa parte da Europa, como em Portugal e na Espanha, este ainda não sofreu expressa positividade em nosso texto constitucional. Portanto, tendo em vista o forte caráter positivista e dogmático de nossa formação jurídica que só admite como verdadeiro aquilo contido em nossos textos legais, se faz necessário um enorme esforço para articular normas e princípios expressos de nosso ordenamento a fim de provar o óbvio, o dever do processo e da jurisdição cumprirem com sua função, garantindo a satisfação do direito material. Buscando a fundamentação para a referida garantia a doutrina aponta para o direito de acesso à justiça e a profunda transformação sofrida por este em razão do abandono de uma concepção meramente formal da garantia em prol de um "acesso efetivo" que abriu caminho para o surgimento do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim, como antecipou com perspicácia Capelletti: "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. p. 11-12.) Mais tarde, em meio a ponderações sobre a garantia na realidade portuguesa, Canotilho confirma a precisão do jurista italiano ao afirmar que: "o direito de acesso aos tribunais, colocado em epígrafe no texto anterior da constituição foi agora substituído pelo *direito à tutela jurisdicional efetiva*. Visa-se não apenas garantir o acesso aos tribunais mas sim e principalmente possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de *jurisdictio*." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 433) Em terras tupiniquins Marinoni compartilha do mesmo entendimento. Nesta perspectiva, ao tecer considerações sobre o direito de ação contido no art. 5º, inciso XXXV da CF, afirma categoricamente: "Entende-se que esta norma garante a todos o direito de uma prestação jurisdicional efetiva." (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. p. 179). Por fim, Mendonça Junior conclui no mesmo sentido ao afirmar que: "o direito à efetividade do processo decorre tanto do monopólio jurisdicional do Estado, como do direito constitucional de ação e do *due process of law*". (MENDONÇA JR. *Da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. p. 71)

⁵ O conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva, segundo Orlando Venâncio dos Santos Filho, "é composto de dois elementos essenciais: o primeiro é a *produção de resultados*, o que implica *satisfação do direito material, através da tutela*, ou seja, aquela *satisfatividade jurídico-factual* da qual se tratou em capítulo antecedente; o segundo é a prestação jurisdicional em *tempo justo*, ou seja, em *tempo razoável*." (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A Dogmatização da Ampla Defesa: óbice a efetividade do processo*. p. 154) No mesmo sentido Mendonça Junior conclui que: "Podemos "dissecar" o princípio e atingir os dois momentos que produziram manifestações. O primeiro elemento é a produção de resultados. É a satisfação do direito material através da tutela. É a utilidade do processo, sendo um instrumento de realização do direito material (...) O outro elemento é a prestação da tutela jurisdicional dentro de um lapso razoável, o tempo justo." (MENDONÇA JR. *Da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro*. p. 73) Por fim, Marinoni sustenta posição semelhante ao distinguir o que denomina de efetividade "em sentido estrito" daquilo que considera ser a efetividade em "sentido lato". Ainda segundo o autor, enquanto a primeira tem como núcleo a "efetividade do direito substancial", ou seja, a realização do direito material do qual o processo é mero instrumento, a segunda se concentra na idéia de tempestividade, podendo exigir inclusive a tutela preventiva. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. p. 179-180.)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

Isto porque, ao mesmo tempo em que as reformas consolidam pequenas alterações em nosso arcabouço processual, pretensamente nos aproximando da realidade almejada pelo Estado Democrático de Direito, elas são incapazes de, por si só, atingir e modificar o núcleo do sistema, composto pelo ideário racionalista ⁶. A doutrina, sob a escravidão imposta pelo dogmatismo, nem ao menos é capaz de reconhecer o vínculo existente entre as instituições processuais e as idéias racionalistas, quem dirá ser capaz de questioná-lo ⁷ em prol do direito à efetividade da tutela jurisdicional. Nesta perspectiva, a despeito das atuais inovações introduzidas pelas reformas, a ciência processual continua atrelada a ideais próprios do século XVIII, ignorando completamente os novos valores de uma sociedade reformulada ⁸.

⁶ O racionalismo é um conceito histórico muito amplo que exerceu influência numa variada gama de correntes filosóficas que não raro apresentavam profundas contradições. Nesta perspectiva, quando nos referirmos ao ideário racionalista fazemos alusão aquele pensamento próprio dos séculos XVII e XVIII segundo o qual todo o conhecimento deriva da razão, na medida em que só esta razão pretensamente indefectível pode nos levar a verdades supostamente absolutas. Pensamento este retratado fielmente pelo método cartesiano, expressão máxima da razão, em seus quatro simples mandamentos: 1) nunca aceitar como verdadeiro qualquer coisa que não o conhecesse como evidente, que não estivesse tão clara e distinta que nunca poderia ser posta em dúvida; 2) dividir cada uma das dificuldades que se examinasse em tantas parcelas quanto fossem possíveis e necessárias para resolvê-las; 3) conduzir os pensamentos por ordem, começando pelos objetos mais simples (irredutíveis a outras parcelas) e subir, gradualmente até o conhecimento das mais compostas; 4) fazer enumeração tão completas e revisões tão gerais que nada pudesse ser omitido. (DESCARTES, René. *Discurso do Método*. p. 41-43)

⁷ Neste ponto, oportuna a conclusão a qual chega Ovídio Baptista ao se perguntar sobre a possibilidade de se imaginar novos fundamentos científicos, políticos e sociais capazes de substituir os atuais impostos pela modernidade. Sustenta o autor que: "O homem moderno não consegue relativizar a sua ciência e nem mesmo seus próprios fundamentos culturais. Para ele, as ilusões dos antigos tiveram apenas a função de permitir que nosso mundo moderno se formasse, com seus princípios, inclusive morais, incapazes de serem alterados e substituídos por outros. Enfim, nosso mundo social, assim como nossa compreensão do universo, torna-se o último estágio da evolução humana sobre a Terra. Este modo de pensar autoriza supor que também o "nosso" Direito seja "natural", por isso que "científico", em sua acabada racionalidade". (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Processo e Ideologia: o Paradigma Racionalista*. p. 8.) Percebe-se, então, uma incoerente incapacidade da modernidade de reconhecer sua historicidade, supondo ingenuamente que suas realizações científicas, políticas e sociais sejam, ao contrário daquelas que as precederam, produtos de uma razão perfeita, isentas de influências externas, e, portanto, absolutas e inquestionáveis, ou seja, definitivas. É justamente esta deficiência que impede a evolução da ciência processual, ou seja, sua adaptação aos valores consolidados pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que impossibilita o questionamento de seus fundamentos e preserva seus dogmas.

⁸ Neste sentido, lamentando o papel secundário ao qual foi relegada nossa Constituição Federal e a imensa influência ainda presente no âmbito processual do pensamento racionalista do qual se valeram os liberais burgueses, Darci Ribeiro ressalta a importância de uma releitura de nossas instituições processuais sob o prisma dos novos valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito: "o direito processual não pode mais ser dissociado de uma leitura constitucional, isto é, os institutos processuais criados sob a égide de valores constitucionais informados pelo Estado Liberal devem, inevitavelmente, ser relidos à luz dos novos valores constitucionais trazidos pelo

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Logo, almejando justamente a superação deste anacrônico paradigma e a edificação de um novo em consonância com o Estado Democrático de Direito, capaz de reanimar nosso moribundo sistema processual, nas páginas seguintes analisar-se-á a influência do paradigma racionalista para com a ciência processual. Antes, contudo, se fazem necessários alguns esclarecimentos sob o que vem a ser um paradigma e qual seu papel no desenvolvimento da ciência.

2 PROCESSO E PARADIGMA: UMA NOVA VISÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

Para compreender-se o vínculo existente entre o direito da tradição romano-canônica⁹ e a doutrina racionalista, que ainda hoje obstaculiza a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, é imperativo re-visitá-lo o conceito de paradigma¹⁰ através do qual Thomas Kuhn revolucionou a imagem da ciência.

Segundo o antigo físico teórico, a ciência e o conhecimento produzido por ela são baseados em paradigmas, definidos como realizações científicas passadas capazes de atrair um grupo duradouro de partidários e que, ao mesmo tempo,

atual Estado Democrático de Direito” (RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. p. 74)

⁹ Segundo John Merryman uma tradição jurídica é “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 15). Atualmente duas tradições jurídicas se destacam: a “civil law” ou tradição romano-canônica que se faz presente na Europa continental, bem como na América Latina, inclusive no Brasil, e a “common law” que prepondera na Inglaterra e suas antigas colônias, como os Estados Unidos da América e a Austrália. Durante este estudo constantemente serão feitas comparações entre estas duas tradições em razão de serem suas principais diferenças e divergências produto da adoção de um modelo racionalista na tradição “civil law”, enquanto o direito anglo saxão se encontra consideravelmente mais livre desta influência.

¹⁰ Não obstante o conceito de paradigma tenha sido formulado por Kuhn para as ciências naturais, dentre as quais o direito não se insere, o próprio autor admite ter buscado em outras áreas a inspiração para forjá-lo. Segundo ele, “Historiadores da literatura, da música, das artes, do desenvolvimento político e de muitas outras atividades humanas descrevem seus objetos de estudo dessa maneira desde muito tempo (...) Se tive atitude original frente a esses conceitos, isso se deve sobretudo ao fato de tê-los aplicado às ciências”. (KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. p. 258) Logo, seguindo entendimento de Gustavo Binbenjy, defensor de uma “concepção fraca de paradigma, de modo a torná-la aplicável a ciência do direito”, julgo ser o conceito de paradigma fundamental para que se assimile a crise em que o processo se encontra. (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. p. 28.)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

sejam abertas o suficiente a ponto de deixar toda espécie de problemas para serem resolvidos por estes ¹¹.

Um paradigma, nesta perspectiva, é uma concepção do mundo que orienta aqueles pesquisadores que a compartilham, representando um consenso e comprometimento que guiarão a pesquisa. Em outras palavras, são as premissas aceitas pela comunidade científica como verdades que servem de base para a ciência que será desenvolvida.

Muito mais que meros dogmas, os paradigmas são verdadeiros delimitadores do objeto científico. Neste sentido, Kuhn identifica pelo menos duas funções fundamentais exercidas pelos mesmos na empreitada científica. São eles os responsáveis por fornecer tanto o critério para definir quais são os problemas relevantes ¹², aqueles sobre os quais os cientistas irão se debruçar com mais afinco, como também a chave para legitimar as soluções encontradas para estes mesmos problemas ¹³.

Se por um lado a crença no paradigma acaba por restringir a visão do cientista

¹¹ KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. p. 30.

¹² Cabe ressaltar, todavia, que o paradigma não seleciona, como haveria de se esperar, os problemas com maior relevância social, mas sim aqueles problemas passíveis de serem solucionados a partir das premissas paradigmáticas. Nesta perspectiva, Kuhn chega a afirmar que: "uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, podem ser considerados como dotados de uma solução possível." Para ele, então, os problemas científicos se assemelham muito aos populares jogos de quebra-cabeça, na medida em que "o critério que estabelece a qualidade de um bom quebra-cabeça nada tem a ver com o fato de seu resultado ser intrinsecamente interessante ou importante", sendo relevante apenas "a certeza de que este possui uma solução". (Idem, *ibidem*, p. 59-60) Mais tarde, isto nos possibilitará compreender a falta de interesse das instituições processuais civis para com a problemática da efetividade, uma vez que o paradigma nas quais se apóiam ignora o clamor social e se volta para o problema ao qual se considera capaz de resolver, o único legítimo, a busca pela segurança jurídica.

¹³ Segundo Kuhn, o paradigma fornece as "regras que limitam tanto a natureza das soluções aceitáveis como os passos necessários para obtê-las." Dando continuidade ao paralelo traçado entre os problemas científicos e os jogos de quebra-cabeça, o autor nos esclarece tal afirmação. Segundo ele, assim como se exige, para que se considere legítima a solução proposta em resposta a um determinado quebra-cabeça, que esta obedeça as regras do jogo, para que as soluções fornecidas ao problemas científicos sejam aceitas, elas devem corresponder a determinados pontos de vista estabelecidos ou concepções prévias, todas fornecidas pelo paradigma. (Idem, *ibidem*, p. 61-62) Portanto, só são reconhecidas pelos cientistas aquelas soluções que condigam com as premissas paradigmáticas, ou seja, os problemas propostos pelo paradigma só podem ser resolvidos pelo próprio. No futuro, este fato nos auxiliará a compreender o porquê da insistência doutrinária em não reconhecer como definitivas as decisões baseadas em juízos de verossimilhança, bem como a exigência pelo contraditório prévio e exauriente, assegurando a tão sonhada segurança jurídica.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

durante a atividade de pesquisa, por outro, possibilita uma profundidade e detalhamento essenciais ao desenvolvimento científico, na medida em que dispensa o mesmo de analisar os fenômenos considerados irrelevantes pelo paradigma.

A partir da eleição de um paradigma nos moldes do mencionado anteriormente, a comunidade científica instaura uma incansável "tentativa de forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites preestabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma"¹⁴ com o intuito de aperfeiçoá-lo, seja precisando-o ou ampliando sua esfera de aplicação. Armados de suas premissas inquestionáveis, os cientistas se lançam a uma tarefa similar a uma operação de limpeza ou polimento, buscando ajustar os fenômenos ao paradigma, explicando a natureza conforme este. Esta pesquisa minuciosa, detalhista, rigidamente direcionada pelo paradigma, Kuhn denominou de ciência normal¹⁵.

Entretanto, durante este processo de aperfeiçoamento, muitas vezes as previsões e promessas paradigmáticas não se concretizam na natureza. Desta forma, surgem anomalias¹⁶, sentimentos de funcionamento defeituoso, que, caso se repitam, podem ocasionar verdadeiras crises paradigmáticas. Estas, por sua vez, abrem caminho para uma nova fase da pesquisa, a ciência

¹⁴ Idem, *ibidem*, p. 44.

¹⁵ Duas são as características principais desta pesquisa normal alicerçada no paradigma descrita por Kuhn. Em primeiro lugar, ela configura-se como "um empreendimento altamente cumulativo, extremamente bem sucedido no que toca o seu objetivo, a ampliação contínua do alcance e da precisão do conhecimento científico". Sob este primeiro aspecto, então, esta pesquisa se aproxima muito daquela imagem habitual que temos de atividade científica enquanto processo cumulativo, segundo a qual cada cientista trabalha para contribuir com um tijolo para a construção do conhecimento científico. Ademais, tendo em vista que o progresso em tal empreendimento é constituído justamente pelo aperfeiçoamento e ampliação do paradigma já posto e aceito, Kuhn é levado a concluir que: "a característica mais impressionante dos problemas normais da pesquisa que acabamos de examinar seja seu reduzido interesse em produzir grandes novidades, seja no domínio dos conceitos, seja no dos fenômenos". Quando bem sucedida, a ciência normal não as encontra. Paradoxalmente, como há de se demonstrar, embora a ciência normal não busque novidades, ela acaba se mostrando um instrumento particularmente eficaz para criá-las. (Idem, *ibidem*, p. 77-57)

¹⁶ Como define Kuhn, as anomalias nada mais são do que "o reconhecimento de que, de alguma maneira, a natureza violou as expectativas paradigmáticas que governam a ciência normal". (Idem, *ibidem*, p. 78) Embora sempre existam dificuldades em qualquer parte da adequação do paradigma com a natureza, por diversas razões algumas adquirem um status novo, deixam de ser meros quebra-cabeças não resolvidos e passam a ser vistos como verdadeiras anomalias, enfraquecendo a crença antes total no paradigma e gerando uma verdadeira crise na ciência.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

“extraordinária”¹⁷, que acaba por levar, quando o caso, a uma substituição do paradigma anterior por novo dando ensejo a uma legítima revolução científica¹⁸.

Em suma: o pensador concebe a ciência, enquanto ligada ao paradigma, como um empreendimento histórico, um legítimo produto do seu tempo, altamente comprometido com os ideais e concepções de sua época¹⁹. Desmistifica, então, aquela imagem, que anteriormente permeava o senso comum, de um conhecimento científico absoluto e definitivo, expressão máxima de uma razão perfeita, para substituí-lo por um conhecimento que poderíamos considerar relativo.

Ademais, por não ser absoluta, mas sim histórica e relativa, esta ciência, segundo o filósofo, precisa se reinventar por intermédio das revoluções sempre que o paradigma na qual se alicerça não se encontra mais apto a responder aos novos problemas e questionamentos.

As lições do antigo físico teórico acerca da natureza do empreendimento

¹⁷ Em contraposição a ciência normal, fiel ao paradigma, Kuhn concebeu uma ciência extraordinária, não baseada em paradigmas, de natureza excepcional, que surge naqueles intervalos de crise gerados pelas anomalias nos quais um paradigma perde sua influência e a comunidade científica passa a procurar um novo alicerce para sua pesquisa. É durante este período extraordinário que buscando sanar as anomalias e insuficiências do antigo paradigma os cientistas criam articulações as quais, ao gradativamente se afastar de sua matriz teórica inicial, dão azo ao surgimento de diversos candidatos concorrentes a paradigmas e tornam as regras da ciência cada vez mais indistintas. Logo, são estes períodos extraordinários que “debilitam a rigidez dos estereótipos e ao mesmo tempo fornecem os dados adicionais necessários para uma alteração fundamental de paradigma.” (Idem, *ibidem*, p. 121)

¹⁸ Segundo o filósofo americano, as revoluções científicas são “aqueles episódios de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior”. (Idem, *ibidem*, p. 125) Sob esta ótica, compreendem aqueles momentos em que uma determinada comunidade científica rejeita uma teoria antes inquestionável em favor de outra, incompatível com sua antecessora. Representam, então, uma completa reconstrução ou reformulação da própria ciência, agora pautada num novo paradigma: modificam-se não só os padrões de determinação de soluções legítimas, como também os próprios os problemas considerados relevantes. Por fim, e aqui reside uma das suas principais conclusões, ele nega que tais revoluções representem evoluções rumo a um conhecimento perfeito. O pensador acaba rompendo com a idéia de um progresso científico rumo à verdade absoluta ao reconhecer que a resolução das chamadas revoluções se dá de forma análoga à seleção natural proposta por Darwin, ou seja, “pelo conflito da maneira mais adequada de fazer ciência”. (Idem, *ibidem*, p. 217) Assim, do mesmo modo como os organismo vivos não evoluem em direção a um plano divino de perfeição previamente formulado, a ciência não caminha rumo a uma verdade definitiva.

¹⁹ Nas palavras de Ovídio Baptista, o grande mérito do trabalho de Kuhn está em “demonstrar o vínculo essencial entre a constituição da ciência e a respectiva cultura em que ela se insere.” (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Processo e Ideologia*. p. 29.)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

científico são essenciais para que se possa enxergar o processo por um novo prisma. Com efeito, rompendo uma espessa camada de racionalidade através da qual se buscou eternizar nossas instituições processuais ao aproximá-las das equações matemáticas, emerge diante de nossos olhos uma ciência processual histórica, paradigmática, cujas instituições encontram-se umbilicalmente atreladas aos ideais políticos que as cercam. Percebe-se, então, um processo que, assim como previu Kuhn, deve se reformular e reinventar sempre que o paradigma no qual se funda deixe de condizer com a realidade que o cerca.

Esta nova visão da ciência processual, assim como concebida, histórica e relativa é a pedra fundamental sobre a qual será edificado o estudo ²⁰. Doravante, amparado nesta e na análise da influência racionalista que possibilita, pretende-se não somente demonstrar que a crise da processualística hodierna é fruto das incompatibilidades do ainda vigente paradigma frente à nova realidade instituída pelo Estado Democrático de Direito, como também, que a solução daquela passa, invariavelmente, pela substituição deste. No entanto, antes de nos concentrarmos nas conseqüências do vínculo existente entre o ideário racionalista e a ciência processual, por questão de coerência e lógica, é preciso derramar alguma tinta, mesmo que pouca, sobre a origem deste elo arraigado em nossa tradição jurídica.

3 DIREITO E RACIONALISMO: a formação do vínculo

A gênese da influência racionalista sobre nosso direito romano-canônico só pode ser elucidada a partir de uma tomada de consciência do vínculo existente entre o direito e os desígnios dos detentores do poder. Paradoxalmente, portanto, para entendermos como o direito pretensamente se transformou numa ciência exata e abstrata, adstrita a razão e alheia a qualquer influência externa ao âmbito

²⁰ Façamos nossas as palavras de Bernam, ao alertar: "Precisamos superar a visão reducionista do Direito, que o vê como um amontoado de regras técnicas para resolver problemas. Precisamos superar a separação do Direito e da História, a identificação de todo o Direito com o nosso Direito nacional, de toda a história jurídica com a história jurídica nacional;" (BERMAN, Harold J. Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental. p. 8)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

jurídico, deve-se lembrar que ele representa uma construção política e social²¹.

Nesta perspectiva, é imperativo perceber que o ideário racionalista e sua incessante busca pela certeza foram uma importante ferramenta a serviço dos interesses das monarquias absolutistas na Europa continental. Afinal, foram amparados na força dessas idéias que os monarcas lograram subjugar o “jus commune”²² europeu, solidificando as bases do direito nacional²³, ou seja, o seu direito.

²¹ Sobre a relação do direito com o meio em que se insere Calmon de Passos explicita: “Todo direito é socialmente construído, historicamente formulado, atende ao contingente e conjuntural do tempo e do espaço em que o poder político atua e à correlação de forças efetivamente contrapostas na sociedade em que ele, poder, se institucionalizou. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. p. 52)

²² No séc. XII, o direito romano “vulgarizado”, produto na miscigenação cultural que acabou por entrelaçar os sistemas jurídicos romano e germânico após a queda de Roma, começou a perder espaço frente o estudo do “Corpus Júris Civilis” pelos glosadores nas primeiras universidades européias. Com efeito, sobrepondo aquele direito “barbarizado”, repleto de particularidades locais em perfeita coerência com o sistema político feudal descentralizado da alta idade média, “el derecho civil romano y las obras de los Glosadores y de los Comentadores llegaron a ser la base de un derecho común europeo que los historiadores del derecho llaman actualmente jus commune”. (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 27) Como alerta Michel Foucault: “É preciso não esquecer que a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno em torno e a partir de que foi reconstruído o edifício jurídico que se desagregara depois da queda do Império Romano. A ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista.” (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. p. 180) Destarte, foi através desta revitalização patrocinada pelos glosadores que os reis conseguiram quebrar com o particularismo das instituições feudais e as velhas liberdades da Europa, aumentando drasticamente sua influência política. Contudo, na medida em que as monarquias européias centralizaram em suas mãos uma quantidade cada vez maior de poder, ao ponto de viabilizar o surgimento dos primeiros Estados Nacionais, o direito comum dos glosadores perdeu sua funcionalidade, sendo substituído pelo direito de propriedade do monarca. Neste sentido corrobora Merryman: “Con el nacimiento del Estado-nación y el auge del concepto de soberanía nacional, en especial del siglo XV en adelante, y con el abandono del concepto de Sacro Imperio Romano, hasta no dejarlo más que mera ficción, la era del jus commune – de un derecho común en Europa – se desvaneció y comenzó el periodo del derecho nacional”. (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 28)

²³ Observa-se que este direito nacional, sob forte influência da doutrina humanista da época, manteve-se vinculado ao direito romano. Assim, como reconhece Michel Villey: “a recepção do direito romano fez grandes progressos no século XVI, particularmente na Espanha, na França, na Alemanha” (VILLEY, Michel. A formação do pensamento jurídico moderno. p. 547) Contudo, cabe ressaltar que a essência do direito romano clássico, a prudência, a casuística, a busca dialética do direito no fato, se perdeu em meio aos auspícios racionais dos juristas humanistas e suas pretensões por sistematização, abstração e universalidade que deram azo as ordenanças reais. Logo, segundo o autor: “o que a jurisprudência humanista fez não foi tanto dar nova vida ao direito romano como, pelo fato de tirar sua inspiração de uma filosofia diferente, começar a desnaturá-lo.” (Idem, *ibidem*, p.580)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

Do mesmo modo que, na perspectiva dos contratualistas como Hobbes, era justificável ao cidadão abrir mão da sua soberania em prol do Estado a fim de escapar do vil estado de natureza, era justificável que os juízes se restringissem a aplicar a lei do soberano para se livrar das incertezas produzidas pela jurisprudência²⁴. O juiz, então, era subordinado ao rei, um mero servo da coroa, vinculado estreitamente ao que mais tarde os burgueses denominaram de "Ancien Régime". Salta os olhos o profundo autoritarismo deste modelo, fruto de um enorme empenho em criar um sistema jurídico seguro, a prova de qualquer controvérsia.

Entretanto, a influência racionalista sobre a ciência jurídica, justamente o que nos permite considerá-lo um legítimo paradigma para a ciência processual da tradição romano-canônica, ainda não estava completa nesse período. Paradoxalmente, este triângulo composto pelo poder, racionalismo e direito se fez mais marcante e compreensível durante o período das revoluções burguesas, justamente quando se destruiu o modelo absolutista descrito e se erigiu uma nova ordem.

Isto porque, ironicamente, as mesmas idéias racionalistas sobre as quais os reis edificaram seu poderio acabaram alimentando o fervoroso ataque burguês no século XVIII. Afinal, foi por intermédio delas que os revolucionários vitoriosos instauraram seu novo mundo jurídico, puramente normativo, do qual a moral e a realidade social se encontravam excluídas, capaz de abrigar e proteger os valores liberais ao mesmo tempo em que abolia o direito anterior do soberano²⁵.

²⁴ Conforme o filósofo inglês: "a lei não é aquela jurisprudência, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste homem artificial, o Estado e suas ordens. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir qualquer contradição" (HOBBS, Thomas. *Leviathan*. p. 164) De forma análoga, mesmo não se filiando a doutrina do contrato social, conclui Bodin: "ley es el mandamiento del supremo señor, tocante a todos los súbditos en general, o de cosas generales". (BODIN, Jean. *Los seis libros de la republica*. p. 351) Contudo, ao contrário de Hobbes, o jurista francês prevê limites a este poder: "a las leyes diuinas y naturales todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no están en mano de ellos contradizirlas". (Idem, *ibidem*, p. 276.) Limites estes que desvelam o vínculo deste direito nacional com um direito natural eterno, como o concebia Bodin, deduzido da natureza humana através da razão.

²⁵ Merryman sintetiza a importância da contribuição racionalista para a construção do arcabouço jurídico liberal: "Sólo un exagerado racionalismo puede explicar la convicción de que la historia podría ser abolida por un estatuto que la rechazara. Actitud igual se encuentra implícita también en la hipótesis de que un sistema jurídico enteramente nuevo, que incorpora solamente ciertos aspectos deseables del por lo general indeseable sistema legal anterior, podría ser creado y

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

Não surpreende, então, que uma análise do conjunto de eventos que constituiu a revolução francesa revele que a mesma não trouxe mudanças tão bruscas quanto os tiros de canhão anunciavam. Sob este enfoque percebe-se a substituição de um modelo por outro muito semelhante, cuja principal diferença se resume a um deslocamento do eixo gravitacional do poder, que a partir deste momento se encontra em mãos burguesas ²⁶.

Em suma: após a consolidação dos movimentos liberais burgueses, o paradigma racionalista foi gloriosamente inscrito na base do arcabouço jurídico da tradição romano-canônica, onde permanece ainda hoje, como cerne de um sistema preocupado exacerbadamente com a segurança jurídica.

Isto posto, desvelado o vínculo que une nosso direito ao racionalismo, é chegado o momento de adentrarmos no ponto nevrálgico do estudo, qual seja, elucidar as conseqüências deste elo para com a ciência processual civil e demonstrar em que medida essas obstaculizam a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, justificando a substituição paradigmática proposta.

puesto como substituto del ordenamiento jurídico anterior." (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 57)

²⁶ Ao ponderar sobre as diferenças existentes entre o sistema legal absolutista e liberal, Orlando Venâncio dos Santos Filho constata: "No particular a divergência entre o Estado liberal e o Estado absolutista de Hobbes, é que o primeiro submete o juiz ao parlamento burguês, enquanto o segundo ao soberano; entretanto, em ambos o julgador apenas é instrumento para a aplicação da vontade da lei, que é uma só, admitindo-se, apenas, a autêntica interpretação, qual seja, aquela que leve em conta a intenção do legislador." (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A Dogmatização da Ampla Defesa*. p.70) Inobstante os muitos progressos atingidos pela revolução, resta claro que o direito continuou refém daqueles que detinham o poder, cabendo a estes, exatamente como coubera aos reis no passado, defini-lo e moldá-lo conforme seus interesses. Logo, como enfatiza Ovídio Baptista: "O sonho racionalista, ao contrário do que as filosofias liberais procuraram insinuar, possui um imenso componente autoritário, correspondendo a um modelo mais propenso a tiranias do que a um regime democrático, como hoje tornou-se fácil perceber. Tendo a lei sentido unívoco, de modo a dispensar sua compreensão hermenêutica, então a proposição legislativa haveria de ser a expressão da "vontade do legislador", conseqüentemente a expressão da vontade do poder constituído." (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Processo e Ideologia*. p. 66)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

4 A HERANÇA RACIONALISTA: efeitos e conseqüências para com a ciência processual

De forma sucinta, pode-se concluir que o paradigma racionalista foi o último responsável pela preservação, na ciência processual hodierna, da universalização do procedimento ordinário da "actio" romana ²⁷. Entender qual a contribuição do racionalismo para a manutenção dessa estrutura e, mais importante, compreender os nefastos efeitos que daí advém para a processualística, principalmente no que tange o direito à tutela jurisdicional efetiva, constituem os desideratos da análise que se propõe.

A fim de trazer luz a tais indagações, é imperativo rememorar que, conforme Kuhn, a principal e mais emblemática função do paradigma de uma comunidade científica é definir quais serão os problemas relevantes, aqueles cuja solução o grupo não medirá esforços para encontrar ²⁸.

Destarte, a primeira e mais óbvia decorrência para a ciência processual da adoção do ideário racional foi a supervalorização da problemática da segurança

²⁷ Conforme a clássica definição romana reproduzida por Scialoja: "la acción sería el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe". (SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano: Ejercicio y defensa de los derechos*. p. 95) Trata-se de conceito extremamente amplo, que embora tenha surgido com mero significado processual, segundo o autor, acabou por receber um conteúdo material, de direito substancial correspondente a obrigação: ao ponto de "decir "yo tengo una acción", o decir "yo tengo una obligación", en el sentido de decir tengo un crédito, terminan por ser sinónimos". (Idem, ibídem, p. 98) No mesmo sentido conclui Ovídio Baptista, segundo o qual: a *actio*, para o sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum*, deriva sempre de uma *obligatio*;" (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. p. 15) Portanto, pelo menos no direito romano primitivo, ela era uma espécie de tutela jurisdicional relativa apenas ao campo do direito obrigacional que se desenvolvia pelo procedimento ordinário e culminava com uma condenação que para alcançar resultados práticos deveria ser submetida a posterior execução. Como observa Orlando Venâncio dos Santos, "além do sistema das ações, os romanos dispõem de outros meios processuais que, de certo modo, objetivam, além de completar o sistema referido, oferecer uma tutela sumária e célere para os direitos de caráter provisório". (SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. *A Dogmatização da Ampla Defesa*. p. 18) Ainda em Roma, contudo, o procedimento ordinário da actio se universalizou, subjugando as demais espécies de tutela jurisdicional em razão de uma desmedida ampliação do conceito de obrigação, que reduziu todo direito material a uma relação débito e crédito, patrocinada tanto pela natureza patrimonial que está adquiriu com o passar do tempo, como por uma errônea compreensão do instituto da "litis contestatio". (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução: na tradição romano-canônica*. p. 61-71)

²⁸ Vide nota nº 10.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

jurídica, alçada ao “status” de preocupação exclusiva do sistema processual ²⁹. Afinal, a meta do racionalismo não era outra, senão alcançar a verdade e a certeza através dos prodígios de uma razão indefectível ³⁰.

Desta forma, o processo da tradição romano-canônica se desvencilhou de quaisquer compromissos que pudessem desviá-lo de seu fim último, condenando o valor antagônico da efetividade ³¹ a um segundo plano.

Se, durante os séculos XVIII e XIX, a busca incessante e descabida pela segurança era até certo ponto suportável, hoje, em razão da nova natureza dos litígios, ³² ela se mostra um fardo demasiadamente enfadonho. Não é mais admissível que a preocupação exacerbada com o referido valor prive a função jurisdicional, dever do Estado, de sua efetividade, impedindo o jurisdicionado de alcançar aquilo que, em última análise, busca: a realização do direito.

Mas a influência paradigmática não se encerra por aí. A adoção de um paradigma ainda corresponde, invariavelmente, a eleição de uma metodologia condizente com suas premissas ³³. Somente por intermédio desta será legítimo perseguir os

²⁹ Neste sentido, ao tratar da certeza, John Merryman conclui que a mesma “en la tradición del derecho civil ha llegado a ser una especie de valor supremo, un dogma incontrovertible, una meta fundamental”. (MERRYMAN, John Henry. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. p. 88.)

³⁰ Vide nota nº 4.

³¹ Sobre a oposição entre os dois valores, conclui Tucci: “Não se pode olvidar, neste particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo um lapso temporal razoável para a tramitação do processo, e o da efetividade do mesmo, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário. (TUCCI, Rogério Lauria. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. p. 101)

³² Humberto Theodoro Junior aponta para o relevante papel que a transformação da natureza dos litígios desempenhou para a preocupação com os valores da efetividade e celeridade. Segundo ele: “a angústia da sociedade diante da demora da prestação jurisdicional tornou-se mais intensa, não só pelo estímulo constitucional de acesso à justiça (direito cívico valorizado pelas constituições de todo mundo civilizado), mas também e principalmente sobre a nova qualidade dos litígios” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Insuficiências da Reforma das Leis Processuais. *Revista de Processo*. pág. 69) Indo ainda mais além, Darci Ribeiro salienta a importância do panorama econômico para a reaproximação entre direito e processo sobre o prisma da efetividade. Assim, segundo o autor, a “revolução tecnológica, onde a economia se expande progressivamente através de “prestações de fato” e traz consigo, em consequência, o crescimento das atividades econômicas de “prestações de serviço”, que incrementam, sobremaneira, o número de prestações pessoais ou não fungíveis” é fator crucial para o fenômeno. (RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Garantia Constitucional do Postulado da Efetividade desde o prisma as Sentenças Mandamentais*. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: Anuário do Programa de Pós -Graduação em Direito da UNISINOS. p. 58-9)

³³ Vide nota nº 11.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fins paradigmáticos.

Logo, se o racionalismo direcionou os esforços dos processualistas à segurança jurídica, também forneceu, ou melhor, impôs aos mesmos um aparato instrumental supostamente apto a garanti-la. Nesta perspectiva, a ordinariedade própria da "actio" romana foi sedimentada no âmago do sistema processual como resposta a um conjunto de desígnios racionais. Mister, então, analisá-los mais detidamente a fim de compreendermos até que ponto o processo se encontra a mercê do ideário racional.

A primeira das imposições paradigmáticas era a universalização procedimental. Nada mais lógico: sendo a verdade una, igualmente uno deveria ser o método racional capaz de atingi-la. O processo, então, seguindo de perto a tendência de sistematização propagada pelas codificações da época, as quais buscavam transformar o direito num conhecimento exato e a abstrato, puramente normativo, e almejando o "status" de verdadeira ciência, autônoma, alçou suas instituições e estruturas a universalidade ³⁴.

Assim como no passado a unificação do direito material sob a figura da relação obrigacional justificara a universalidade procedimental ³⁵, a abstração normativista e a suposta autonomia galgada pela ciência processual forneceram nova legitimação a mesma universalidade.

³⁴ Neste mesmo sentido, Ovídio Baptista vaticina: "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 conceitos e regras, com pretensão de universalidade que o tornam inflexível e, por isso mesmo, anacrônico." (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução*. p. 126.) Por fim, esta tendência à universalização e abstração do processo foi levada ao extremo na metade do século XIX com a criação da ciência processual autônoma ao direito material. Segundo Dinamarco, a diferenciação entre o conceito da "actio" romana e a moderna ação processual abstrata, dirigida ao juiz, não ao adversário, e tendo como objeto a prestação jurisdicional, não o bem litigioso, possibilitou a superação do antigo sincretismo, que "ingenuamente" via a jurisdição como sistema de tutelas de direitos. A relação jurídica processual foi, então, distinguida da relação jurídica de direito substancial por seus sujeitos, pressupostos e objeto, garantindo a autonomia da nova ciência processual. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*.) Assim, os processualistas se livraram do direito material podendo se concentrar plenamente em conceitos e institutos processuais abstratos alimentando o sonho de uma universalidade racional. Como se sabe, o preço pago foi o total desprezo pela realização do direito no mundo dos fatos, justamente o objetivo da jurisdição ao qual o processo se constitui em mero instrumento.

³⁵ Vide nota nº 27.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Observa-se, sob este aspecto, uma completa inversão da relação entre direito material e o processo. De fato, ao universalizar suas estruturas, o processo, em profunda contradição com sua natureza instrumental ³⁶, acabou por ignorar as diversas categorias do direito substantivo existentes, submetendo-as, nada obstante suas particularidades, a um mesmo tratamento genérico. Assim, aquele que deveria ser mero instrumento para a satisfação do direito material, moldando suas estruturas em conformidade com os ditames deste, acabou por impor-lhe uma dolorosa ditadura, fulminando qualquer pretensão de conferir-lhe efetividade.

Contudo, a simples idéia da universalidade procedimental, por si só, não bastava para garantir a segurança pretendida pelo racionalismo. Ainda era preciso que o procedimento a ser alçado à universalidade limitasse severamente os poderes dos magistrados, alvo da desconfiança racional.

Assim sendo, com intuito de se preservar o espírito e a racionalidade das codificações burguesas, o juiz da tradição romano-canônica foi transformado em um rele aplicador da lei, ou melhor, na célebre expressão de Montesquieu: "la bouche de la loi".

O antigo poder de império ³⁷, próprio dos pretores romanos, foi definitivamente esquecido por nossa tradição, perdendo-se, juntamente com ele, o verdadeiro conceito de jurisdição ³⁸. Ao magistrado da tradição romano-canônica, privado de qualquer poder de império, restou apenas uma pálida lembrança daquilo que um

³⁶ Idem, *ibidem*.

³⁷ Segundo Sciola, o império dos antigos magistrados romanos era "aquella alta potestad (se llama también *potestas*) que el pueblo delegaba en el magistrado mediante la *lex de imperio* y pertenecía a las magistraturas supremas; este *imperium* daba el derecho de coerción al magistrado que él estaba investido (...)" (SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento Civil Romano*. p. 106).

³⁸ Imperativo ressaltar que, no direito romano clássico, a jurisdição era função do pretor, e não do juiz particular, o "iudex", tendo como base justamente o poder de império. A "iurisdictio" compreendia, então, a tarefa de "ius dicere", ou seja, indicar o direito aplicável ao caso concreto. Entretanto, ao contrário do que ocorre hodiernamente, haja vista não dispor o pretor de um sistema legal previamente formulado, "en las manifestaciones de estos poderes suyos llegaba indirectamente a constituir el derecho". (Idem, *ibidem*, p. 99.) Assim, a jurisdição não se confundia em momento algum com a aplicação do direito, ou "ius dicere", esta sim tarefa do "iudex", na medida em que delegada a este pelo pretor. Pelo contrário, lembrava muito mais a atual função legislativa.

dia foi a sua função jurisdicional. Estava ele fadado à mecânica aplicação do direito contido nos códigos, assim como o fazia o "iudex", completamente despedido de poderes, favorecendo uma concepção de jurisdição como sendo meramente declaratória ³⁹.

O que raramente se percebe é que este conceito de jurisdição restrito ao mero normativismo e a simples declaração do direito ao qual a ordinariedade presta contas exclui por completo do âmbito jurisdicional a problemática da efetividade. Seguindo fielmente tais parâmetros, conclui-se que o juiz "aplicador" cumpriria exemplarmente sua função ao proferir a existência de um direito, muito embora nada seja feito para satisfazê-lo no plano fático. Algo intolerável no Estado Democrático de Direito.

Ademais, esta aplicação da lei a qual foi reduzida a função jurisdicional, pressupunha, inevitavelmente, uma cognição plena e exauriente. A instrução deveria ser a mais completa possível, a defesa, a mais ampla imaginável. O contraditório prévio e exauriente tornou-se o único legítimo.

O magistrado não podia correr o risco de aplicar a lei com base em um juízo outro que não a certeza, alcançável apenas após uma longa e tortuosa instrução, pois caso assim o fizesse, poderia incorrer em grave erro, distorcendo o sentido da codificação. Logo, como havia prescrito Descartes ⁴⁰, cabia aos juízes desconfiar de tudo aquilo que não estava claro como as demonstrações matemáticas. Deviam eles repudiar os juízos de verossimilhança, enquanto conhecimento não seguro, haja vista não terem passado pelo crivo racional ⁴¹.

³⁹ Ovídio Baptista realça o caráter apenas declaratório ou intelectual de nossa jurisdição ao concluir que: "Nas "três ações" do chamado Processo de Conhecimento, não se pretende, seja do Estado, seja do obrigado, nenhuma *atividade*, não se consuma a prática de nenhum ato que alcance o mundo empírico. Só *pensamento*. Só *norma*. O juiz não tem *volição*, seu mister é apenas intelectual. Ele "diz" o direito sem nada "fazer"; nem se impõe ao réu qualquer comportamento que importe atividade." (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. p. 167)

⁴⁰ Vide nota nº 4.

⁴¹ Poderia se argumentar que a existência das tutelas de urgência admitidas atualmente, baseadas em juízos de mera verossimilhança, constitui frontal violação ao paradigma que exige a cognição plena e exauriente. No entanto, segundo Ovídio Baptista nossas atuais tutelas de urgência são apenas uma pálida lembrança das antigas tutelas preventivas do medievo, calcadas no império do magistrado. A ordinariedade impede instrumentos verdadeiramente preventivos. Tanto as atuais cautelares quanto as antecipações de tutela, pretensos aperfeiçoamentos do sistema

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Numa síntese singela, conclui-se que as escolhas racionalistas exigiam um procedimento universal cabível a todas as demandas no qual o juiz fosse neutro, desprovido de poderes, e após uma extensa instrução na qual a verdade seria revelada por uma razão análoga a das matemáticas, apenas declarasse através de um raciocínio mecânico o direito previsto nos códigos, concretizando a tão sonhada segurança jurídica, erigida a valor supremo e inquestionável do sistema. Por sua vez, a realização do direito no mundo dos fatos ficava para segundo plano, a cargo de uma posterior execução.

Ora, tais exigências racionais descrevem fielmente o procedimento da "actio" romana, constituindo-se em verdadeiros grilhões que, dois séculos após as revoluções burguesas, ainda mantêm o processo preso à idéia de ordinariedade em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional.

CONCLUSÃO

Refém do paradigma, o sistema processual pátrio se mostra irredutivelmente impassível frente às profundas transformações sociais e políticas que culminaram com o Estado Democrático de Direito e passaram a exigir a efetividade da tutela jurisdicional. O processo, ignorando o clamor de uma sociedade reformulada, continua em sua incansável busca por valores e objetivos de outrora, não mais condizentes com a realidade atual, alimentando uma crise que paulatinamente inunda nossa justiça.

Nesta medida, para que o processo consiga atingir a efetividade da tutela jurisdicional, cumprindo com o papel de instrumento para a satisfação dos direitos que lhe foi atribuído pelo Estado Democrático de Direito, se faz

processual, são na verdade formas ordinarizadas dos antigos instrumentos processuais preventivos. Neste sentido afirma o processualista gaúcho: "Tanto as ações cautelares acabam transformadas em "pedaços" do processo principal, posto que não se lhes reconhece, sequer, *mérito* (o mérito estaria no "processo principal"); quanto igualmente as "medidas antecipatórias" definem-se como interlocutórias, tudo para não ofender o princípio do "contraditório prévio" que preside a ordinariedade. Faz-se de conta que não se antecipa julgamento, que aquilo que se antecipa não se faz parte da sentença de mérito. O procedimento continua ordinário. Emitir juízos provisórios significa não julgar." (SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Processo e Ideologia*. p. 237)

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

necessária, nos termos de Kuhn, uma verdadeira revolução científica. Somente através da superação do paradigma racionalista que privilegia demasiadamente os valores da certeza e da segurança será possível concretizar o direito à tutela jurisdicional efetiva, libertando o processo da ordinariade e da severa restrição dos poderes dos magistrados, obstáculos a satisfação do direito material.

Portanto, imprescindível a superação deste anacrônico paradigma, culminando numa re-inserção do direito no âmbito da hermenêutica, de onde nunca deveria ter saído. Só assim será possível destruir a falaciosa concepção da função jurisdicional como mera aplicação da norma, bem como escapar da exacerbada busca pela segurança jurídica. Somente aproximando o direito dos fatos, libertando-o das prisões abstratas em que se transformaram as codificações será possível restituir os antigos poderes do magistrado romano essenciais para a satisfação do direito. Apenas reconhecendo o fenômeno jurídico como pertencente ao domínio da interpretação, do conhecimento razoável, e não racional, será possível quebrar a ordinariade e adaptar o procedimento as características de cada espécie de direito material.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Moniz de. Estatística Judiciária. **Revista de Processo**, nº 110, p. 9-18, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução: a formação da tradição jurídica ocidental**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis De. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la republica**. Madrid: Centro Estud. Constitucionales, 1992, v 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

_____. **Juízes Irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993-1999.

CRETELLA JUNIOR, J. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro, no Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DESCARTES, René. **Discurso do Método.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 341 p.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder.** 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

HOBBS, Thomas. **Leviathan.** São Paulo: Editor Victor Civita, 1974.

KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDONÇA JR. **Da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro.**

MERRYMAN, John Henry. **La Tradición Jurídica Romano-Canónica.** Mexico, 1979.

MORIN, Edgar. **Ciência com Consciência.** 1. ed. Mem Martins: Publicações Europa-América, 1994.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Polêmica sobre a Ação: a Tutela Jurisdicional na perspectiva das relações entre Direito e Processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PÍCO I JUNOY, Joan. **Las Garantías Constitucionales del Proceso.** Barcelona: Jose Maria Bosh Editor, 1997.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **A concretização da tutela específica no direito comparado. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2006.**

_____. **A Garantia Constitucional do Postulado da Efetividade desde o prisma as Sentenças Mandamentais. Constituição, Sistemas Sociais e**

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitopolitica - ISSN 1980-7791

Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2005.

_____. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A Dogmatização da Ampla Defesa: óbice a efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento Civil Romano: Ejercicio y defensa de los derechos**. 1. ed. Buenos Aires: Juridicas Europa-america, 1954.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução: Na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Jurisdição, Direito Material e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiências da reforma das leis processuais**. Revista de Processo, nº 125.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lições de História do Processo Civil Romano**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 254 p.

TUCCI, Rogério Lauria. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 288 p.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência: uma contribuição dos fundamentos jurídico-científicos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Direito e sua Linguagem**. 2. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1995.

RIBEIRO, Darci Guimarães; GALLE, Diego. A superação do paradigma racionalista como pressuposto para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva: uma análise da ciência processual civil na tradição romano-canônica. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. **Prazo Razoável – Direito à Prestação Jurisdicional sem Dilações Indevidas.** *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 22.