

[◀ volta ao índice](#)
[▲ volta ao sumário](#)

4. Artigo

"A Ordinização do Procedimento: Uma Herança do Racionalismo sob Interrogação".

CLAUS, Ben-Hur Silveira. Juiz Titular da Vara do Trabalho de Carazinho. Professor de Direito Processual do Trabalho na ULBRA - Campus de Carazinho. Mestre em Direito pela UNISINOS.

Resumo

O presente ensaio objetiva examinar a matriz ideológica que predomina na ciência processual civil e que parece ser uma das causas responsáveis pela inefetividade do processo. Na abordagem crítica deste tema, pretende-se, ao tratar da concepção metodológica que está na origem da ordinização do processo, revelar a dificuldade do sistema processual da ordinariedade em conviver com juízos de verossimilhança, indispensáveis ao compromisso do processo com sua eficácia institucional.

Introdução

A concepção da ciência processual brasileira como sistema jurídico é naturalmente perpassada pela ideologia a que se filia esta área das ciências jurídicas em nosso país.

O presente ensaio tem por objeto questionar criticamente a herança racionalista sob a qual se estrutura a concepção do atual sistema processual, sobretudo no que pertine ao procedimento ordinário, indagando acerca da validade de seus pressupostos metodológicos.

A importância do tema está vinculada à problemática da não-efetividade do processo civil. Embora o processo judicial se caracterize por um desenvolvimento dialético incompatível com a idéia de "tempo real", parece que não se pode negar que a morosidade do processo constitui o principal alvo de crítica ao sistema jurisdicional. Trata-se de crítica procedente: o processo tornou-se por demais moroso em face da urgência dos tempos contemporâneos. A própria noção de tempo transformou-se: a vida acelera-se. É certo que no Brasil a insuficiência de meios - humanos e materiais - constitui ingrediente que também contribui decisivamente para a morosidade. A urgência da vida, todavia, interroga a delonga do procedimento ordinário, cujos fundamentos ideológicos remontam ao racionalismo sob o qual se edifica a estrutura do atual paradigma do direito.

[◀ volta ao índice](#)

O questionamento da ordinização do procedimento não pode prescindir de revolvimento do chão racionalista sobre o qual se estrutura a ciência processual contemporânea. Este questionamento é feito num primeiro momento através da indagação que se realiza acerca dos efeitos do superdimensionamento da autonomia do processo em relação ao direito material. Na seqüência do ensaio, o trabalho direciona-se para o exame da possibilidade de convivência dos juízos de verossimilhança no âmbito de um sistema processual caracterizado pela ordinariedade do procedimento. Neste percurso, pretende-se examinar o procedimento ordinário enquanto proposta de método processual, operando-se com os conceitos tradicionais de processo de conhecimento e de execução; de juízos de certeza e de juízos de verossimilhança, assim distinguidos, respectivamente, os proferidos ao final do procedimento, após cognição plena, daqueles proferidos no curso do procedimento mediante cognição incompleta.

1. Procedimento ordinário: ideologia e método

O advento do Código de Processo Civil de 1973 representou uma inequívoca opção de nossa ciência processual pelo procedimento ordinário, na medida em que seu surgimento significou a conseqüente superação do sistema adotado pelo Código de 1939. Neste predominavam as ações e os procedimentos especiais, cujo perfil buscava conformação específica ao direito material que objetivavam realizar.

A opção do CPC de 1973 pelo procedimento ordinário é evidenciada pela circunstância de que o novo sistema processual vai tratar de separar a atividade de conhecimento da atividade executiva,

o que é sistematizado pela adoção de processos distintos para veicular cada uma destas duas funções: processo de conhecimento e processo de execução. Se na vigência do sistema processual anterior - o CPC de 1939 - a execução integrava o procedimento como uma de suas fases - mais precisamente, sua fase final -, acumulando-se em um único procedimento as funções de cognição e de execução, o novo sistema é concebido de forma diversa: há um procedimento para realizar a atividade de conhecimento, ficando a função executiva remetida a um segundo procedimento. A estrutura do sistema é pensada sob o pressuposto de uma ordem de precedência necessária da cognição completa sobre a atividade executiva, consagrada na expressão *nulla executio sine titulo*.

A adoção de um novo sistema processual, que altera substancialmente a matriz teórica até então vigente, provoca natural interrogação acerca dos fundamentos que conduziram à opção praticada.

Parece indubitável que na origem ideológica do novo sistema processual radica um pressuposto metodológico: a generalização do método procedimental independentemente do direito material objeto da lide. O processo de conhecimento é assim concebido pelo novo sistema para realizar a função cognitiva. Isento, a princípio, de qualquer atividade executiva, o processo de conhecimento apresenta-se com uma conformação procedimental única qualquer que seja o direito material controvertido. Com advento do sistema processual de 1973, o método procedimental generaliza-se no processo de conhecimento, tornando-se regra geral, de modo que a natureza da pretensão deduzida não mais justifica um procedimento especial como ocorria na vigência do sistema processual anterior. Seja declaratória, condenatória ou constitutiva a pretensão do autor, deverá ele valer-se de um procedimento geral para veicular sua pretensão - o processo de conhecimento. Este encerra-se com a sentença. A execução desta sentença é feita em outro procedimento autônomo - o processo de execução.

[◀ volta ao índice](#)

A conquista da autonomia científica do processo em relação ao direito material marca uma nova etapa no desenvolvimento da ciência jurídica. Não obstante o avanço conceitual que tal conquista representou na história da teoria jurídica, os efeitos práticos produzidos pelo desenvolvimento alcançado pelo conceito de autonomia do direito processual geram uma interrogação no jurista. Não se trata de negar validade teórica ao conceito de autonomia do processo; a interrogação, entretanto, retorna ao pensamento da relação existente entre direito material e direito processual, perguntando sobre a ocorrência da hipótese de que o conceito de autonomia processual possa ter sido conduzido a um desenvolvimento demasiado, em que a total abstração do direito material constitua um excesso. Um tal questionamento deve ser tornado mais preciso. Procuremos avançar. A idéia de autonomia entre direito de ação e direito material está pressuposta na metodologia procedimental do sistema processual contemporâneo. No entanto, parece que a ciência processual civil moderna, como que fascinada pelo encanto de sua lógica intrínseca - a beleza da arquitetura conceitual do processo parece ter capturado os "processualistas" para o interior da sua estrutura estética -, quedou-se seduzida de tal forma pela idéia da autonomia do direito de ação que acabou por desenvolver tal conceito a um plano talvez demasiadamente liberto de qualquer vínculo com o direito material, o que teria redundado em perda de efetividade processual. Retoma-se, aqui, a interrogação anterior. É o que desenvolvimento exagerado desta concepção de autonomia do direito de ação teria resultado num modelo procedimental - trata-se do procedimento ordinário - cuja linearidade e generalidade decorrem da abstração completa do direito material a ser tutelado, com o que se estaria a perder a possibilidade de trato procedimental específico à singularidade do direito material próprio à distinção de cada situação litigiosa. A mencionada perda de efetividade do procedimento ordinário parece caracterizar-se como consequência da perda da possibilidade de contar-se com um procedimento especificado àquele direito material que se apresenta como objeto da lide. O superdimensionamento do conceito de autonomia do direito de ação teria, assim, conduzido a um método procedimental alheio ao seu objeto último, o direito material - sua realização.

A filosofia fenomenológica concebe o método como o próprio movimento do pensamento "às coisas mesmas". É no âmbito do próprio objeto que o método se dá: o método não é externo ao objeto para o qual se destina. Heidegger, na obra *Ser e Tempo*, "descobre que o método se determina a partir da coisa mesma. A escada para penetrar nas estruturas existenciais do ser-aí é manejada pelo próprio ser-aí e não pode ser preparada fora para depois dar acesso ao objeto. Não há propriamente escada que sirva para penetrar no seu 'sistema'. A escada já está implicada naquilo para onde deveria conduzir. O objeto, o ser-aí, já sempre traz consigo a escada. Há uma

relação circular. Somente se sobe para dentro das estruturas do ser-aí, porque a gente já se move nelas. Esta antecipação não-crítica do método é consequência inevitável da circularidade do processo hermenêutico. Quem, para desenvolver seu método, parte da compreensão como estrutura fundamental do homem, sempre pressupõe de algum modo em exercício aquilo que visa com o método.”

Em algum momento do embate teórico pela afirmação da autonomia do processo, operada no âmbito da disjunção da relação entre direito material e direito processual, o próprio conteúdo teleológico do processo teria sofrido uma perda decorrente da exacerbação do conceito desta autonomia científica ou, em outras palavras, uma falha decorrente da abstração plena do direito material para a definição do conceito de direito de ação. Proposto tal questionamento preliminar na base da reflexão que se desenvolve neste ensaio, retorna-se ao trabalho de perscrutar a concepção ideológica do sistema processual do Código de 1973.

Identificado o caráter generalizante do método procedimental adotado pelo sistema processual de 1973, a interrogação relativa aos seus fundamentos ideológicos pode ser melhor encaminhada. A resposta é complexa. Parece certo, todavia, que na raiz do sistema processual vigente está ínsita a concepção ideológica de que à natureza científica do direito deve corresponder um método procedimental igualmente científico, uma metodologia universal e genérica, apta a ser instrumento para veicular qualquer pretensão de direito material, independentemente do bem da vida objetivado pelo autor da ação.

[◀ volta ao índice](#)

Neste diapasão, o sistema processual de 1973 concebeu o processo de conhecimento como procedimento destinado, por definição, à busca da verdade acerca do direito controvertido, o que estaria a revelar seu compromisso com a idéia racionalista de unidade e plenitude do sistema jurídico; da plenitude do sistema decorre a inferência de que a lei constitui uma categoria formal pura deste sistema, representativa da vontade geral da sociedade e dotada de um sentido unívoco. Ao processo de conhecimento caberia alcançar esta verdade, sendo a sentença a manifestação em que o juiz revelaria o verdadeiro sentido da lei, capacitando-se, no final deste percurso metodológico, a atribuir razão a um dos litigantes. Uma vez que a estrutura do sistema repousa sobre a noção de que a lei encerra um sentido unívoco, para o juiz poder chegar à revelação do verdadeiro sentido da lei faz-se necessário, portanto, um método científico que assegure, cumprida a cronologia das respectivas etapas, a descoberta desta verdade. Assim, o processo de conhecimento é pensado, pelo sistema processual de 1973, como condição de possibilidade concreta de acesso real do juiz ao verdadeiro sentido da lei. Tal concepção permite intuir que na base teórica do sistema do CPC de 1973 radica a idéia, ainda que de forma não explícita, de que é possível tratar da ciência jurídica utilizando paradigma metodológico semelhante àquele que opera nas ciências experimentais. O método procedimental - como modalidade de método científico no plano do direito - conduziria à revelação da verdade. Se mesmo nas ciências experimentais questiona-se a efetiva possibilidade de que o método científico assegure ao cientista a descoberta de uma verdade única e definitiva, na ciência jurídica tal pretensão revela-se ilusória, dada a radical separação que se reconhece existir entre a natureza do objeto das ciências experimentais e a natureza do objeto da ciência jurídica. Esta última tem por objeto a lei, e caracteriza-se como ciência hermenêutica, apresentando mais aproximação com a história do que com as ciências naturais.

Ocorre que não se pode, em qualquer ciência, ter acesso direto ao objeto em estudo. À lei e aos demais objetos da ciência tem-se apenas acesso indireto. Este acesso é realizado pela via do significado, através da linguagem. Não se chega ao objeto puro, chega-se ao seu significado. A lição de ERNILDO STEIN traz luz à questão, quando o professor gaúcho aborda a relação sujeito-objeto no âmbito do conhecimento: “quando dizemos que o acesso aos objetos se faz pela clivagem do significado, pela via do significado, dizemos que o nosso acesso aos objetos é sempre um acesso indireto. Nós chegamos a algo, mas enquanto algo.” A impossibilidade de acesso direto ao objeto em estudo decorre do fato de que o homem não tem outro caminho para aproximar-se do objeto senão aquele fornecido pela linguagem – eis aqui a finitude do conhecimento como o incontornável. E trata-se de um problema central para a própria filosofia, “porque já sempre se interpôs entre a linguagem com que nos encaminhamos para os objetos e os objetos, todo o mundo da cultura, todo o mundo da história”.

Retornando à questão do método procedimental adotado pelo sistema processual de 1973, pode-se agora evoluir, a partir do aporte hermenêutico trazido na lição do professor ERNILDO STEIN, para a conclusão de que o procedimento ordinário ocupa papel central na estrutura conceitual do diploma processual vigente, por apresentar-se como modalidade do processo de conhecimento preconcebida para corporificar o método científico pensado como instrumento capaz de assegurar o juízo de certeza no qual se revelaria a vontade unívoca do legislador.

A separação das funções cognitiva e executiva em dois processos distintos, e que, em princípio, não se comunicam, exterioriza uma clara opção do sistema processual de 1973 pelos chamados juízos de certeza ou veracidade, a serem alcançados, de acordo com a lógica do sistema processual vigente, pelo processo de conhecimento. A contrapartida desta opção é a rejeição do sistema aos juízos de verossimilhança, rejeição esta que somente viria a ser parcialmente revertida com a adoção do instituto da antecipação de tutela consagrado pela atual redação do artigo 273 do CPC, alteração legislativa adotada, depois de três décadas de vigência do Código de 1973, por força da evidente inefetividade do sistema da ordinariedade processual.

O sistema processual vigente, ao ordinarizar o processo de conhecimento para a generalidade das demandas, pretendendo suprimir as ações especiais, revela a sua filiação teórica ao racionalismo dos séculos XVII e XVIII, ideologia a partir da qual o ordenamento jurídico é concebido como sistema dotado de plenitude (sem lacunas), em cujo contexto a sentença é o ato intelectual através do qual o juiz proclama o sentido unívoco da lei, a ser extraído do sistema jurídico através de um silogismo operado pela técnica judicial, "de modo que a sentença seria certa ou, ao contrário, errada como qualquer problema matemático." Tamanha pretensão de plenitude do ordenamento jurídico não poderia ser pensada senão ao conceber-se o sistema legal, nas palavras de OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA, como "...produto de um legislador iluminado, cuja sabedoria e previdência, além de dispensar a atividade criadora de Direito por parte do magistrado que o aplica, ainda seria dotado da suprema virtude capaz de dar ao preceito legal univocidade de sentido...".

[◀ volta ao índice](#)

De acordo com o paradigma metodológico adotado pelo CPC de 1973, simbolizado pela ordinarização do procedimento, somente ao final do processo de conhecimento é que, percorrido todo o iter procedimental previsto no Código, estaria o juiz habilitado a declarar o sentido primevo que a lei sempre tivera desde antes do surgimento do conflito de interesses que originou a lide. Os juízos de verossimilhança próprios a algumas ações especiais do sistema anterior, em que havia a possibilidade de antecipação da tutela a partir de uma decisão parcial da lide, são tidos por incompatíveis com o novo sistema processual, na medida em que a ordinariedade do procedimento, adotada de forma generalizada, impõe como regra geral, indistintamente, o pressuposto formal de que somente ao final do processo de conhecimento é que o magistrado passaria a então estar em condições de dizer o direito.

O Código vigente, dada sua opção pela generalização do procedimento ordinário, apresenta-se, assim, vinculado à concepção racionalista dos séculos XVII e XVIII, sobretudo à doutrina de THOMAS HOBBS, "...segundo a qual a questão da justiça é um problema do legislador, não do Juiz, cuja missão é aplicar simplesmente a lei, sem qualquer consideração ou avaliação sobre os critérios empregados pelo sistema legal constituído...". O juiz deveria, portanto, atuar como oráculo da lei, na medida em que a lei é concebida como expressão de uma racionalidade pura e completa, isenta de qualquer elemento volitivo na sua aplicação, de forma que a vontade do juiz não contaminasse o puro sentido da lei. A lei teria um único sentido, cabendo ao ato jurisdicional apenas clarificar - mediante a aplicação da técnica do silogismo - esta univocidade. Extrapolar tal limite colocaria em risco a doutrina da divisão dos poderes do Estado.

Acontece que já deveria estar superada a concepção racionalista que pensa o sistema jurídico como um ordenamento completo e perfeito, isento de contradições, no qual a lei figura como uma metáfora representativa da vontade geral. A ciência política, após demonstrar que a sociedade se divide em classes e grupos sociais com interesses distintos e muitas vezes antagônicos, tem revelado que a lei geralmente é fruto da prevalência da vontade de determinado grupo social. No processo legislativo, os mais diversos interesses políticos, econômicos e sociais são representados pelos grupamentos partidários que integram o parlamento. Entre os diversos interesses em disputa, a lei resulta da hegemonia política que se caracteriza a cada deliberação legislativa, sempre condicionada às mais diversas contingências conjunturais, às vezes como expressão da supremacia

de um único interesse, às vezes como manifestação de composição dos distintos interesses em disputa no cenário legislativo; mas raramente como consagração espontânea da "vontade geral".

Embora o paradigma do direito - o direito processual civil incluído - ainda se apresente subordinado à ideologia liberal consagrada e desenvolvida a partir da Revolução Francesa, a evolução verificada no estudo da filosofia do direito veio a produzir um conhecimento de nível superior, de matriz interdisciplinar, permitindo ultrapassar a ilusória idéia de unidade e plenitude dos sistemas jurídicos. Entretanto, ainda se faz sentir na doutrina e nas codificações a potência com que o movimento racionalista dos séculos XVII e XVIII procurou atribuir ao direito um estatuto "científico" à semelhança da metodologia das ciências experimentais, sendo ilustrativa deste movimento a seguinte consideração feita por KARL ENGISCH a propósito desta questão: "Se sabe hasta qué punto se esforzó la 'Ilustración' por el carácter determinado del derecho: A fin de coartar el arbitrio judicial y garantizar la seguridad de la libertad civil, las leyes deberian determinarse de tal manera que vincularan unívocamente al juez. Una indeterminacion de la ley, que permitiera al juez convertirse em creador del derecho, en legislador, aparecia contradictoria a la luz de la teoria de la division de poderes."

2. Ordinarietà procedural e juízos de verossimilhança: uma contradição como convite à reflexão

A consagração da ordinarietà pelo sistema do CPC de 1973 traz como contrapartida metodológica a supressão dos juízos de verossimilhança - "proposição fundamental de todo o movimento científico que informa o Direito Processual Civil contemporâneo" - presentes no sistema do Código de 1939 e na tradição jurídica mais remota, especialmente no direito medieval. É precisamente a mudança da matriz metodológica, caracterizada pela adoção do sistema processual inaugurado em 1973, que permite compreender a lógica sob a qual se estrutura o modelo processual em vigor, em que a regra da ordinarietà do procedimento vai constituir um ambiente rarefeito para a sobrevivência dos juízos de verossimilhança.

[◀ volta ao índice](#)

Na medida em que o sistema do Código de 1973 adota o procedimento ordinário para a generalidade das ações, concebendo-o como estrutura conceitual destinada a assegurar ao magistrado, ao final deste percurso metodológico, descobrir a unívoca vontade da lei, é intuitivo perceber que os juízos de verossimilhança encontrar-se-ão em ambiente inóspito, porquanto o atual sistema revela-se avesso à possibilidade de decisões parciais da lide no curso do procedimento. A rejeição do sistema de 1973 aos juízos de verossimilhança é consequência da concepção por ele atribuída à natureza e à oportunidade do ato de decidir. Para o sistema vigente, o juiz somente decide quando, ao final do procedimento e mediante cognição completa, julga a ação mediante decisão final. É que para a doutrina dominante somente nos juízos de certeza há decisão. E uma vez que os juízos de certeza são estabelecidos pela sentença final prolatada ao término do procedimento, os juízos de verossimilhança, emitidos mediante cognição incompleta - portanto, no curso do procedimento -, constituiriam prematura manifestação sobre o direito, em ocasião em que o método procedural ainda não teria oportunizado ao magistrado alcançar o verdadeiro sentido da lei, supostamente acessível ao magistrado somente ao final do procedimento.

Para ilustrar o raciocínio que se desenvolve, tome-se uma hipótese em concreto. Para poder chegar à deliberação em que concede, ou não, a liminar de reintegração de posse, o juiz deverá necessariamente decidir uma parte da lide submetida a sua apreciação; esta parcela da lide é o seu segmento inicial, no qual o juiz concederá, ou não, a liminar reintegratória. Para o sistema processual em vigor, entretanto, tal liminar não constitui uma decisão. Constituiria uma ordem apenas. O artifício está em atribuir à liminar a denominação de ordem, a fim de negar-lhe o ser de uma decisão. Como se ao juiz fosse possível - a arbitrária tentativa de separação entre a palavra e a coisa mesma revela a ruína do artifício semântico - ordenar sem, antes, ter decidido entre as duas alternativas existentes no caso: conceder a liminar ou negá-la. A ordem representada pela liminar decorre de um juízo entre duas alternativas; o juiz decide-se por uma delas, afastando a outra alternativa. O juiz que ordena, já - antes - se decidira neste sentido. Todavia, "a doutrina contrapõe decisão, como ato de julgamento, à ordem, sem levar em conta que, sobo ponto de vista da psicologia humana, a ordem será necessariamente o resultado de uma decisão do agente", com o que tal doutrina procura ignorar o conceito de sentenças liminares.

A dificuldade da ciência processual contemporânea em admitir juízos baseados em simples verossimilhança decorre da idéia cartesiana, segundo a qual o intérprete deveria suspender todos os seus preconceitos, reposicionando-se em uma situação de neutralidade frente à história e às contingências da existência. Assim, o magistrado idealizado pelo procedimento ordinário é pensado como um juiz sem qualquer possibilidade de assumir um compromisso prévio com as questões objeto do debate processual. Sucede que o magistrado encontra-se já sempre mergulhado na tradição da história e da cultura, contingência inexorável de sua condição de ser-no-mundo: "O ser-ai é em si mesmo hermenêutico, enquanto nele reside uma pré-compreensão, fundamento de toda posterior hermenêutica". Não lhe é possível a abstração ideológica pressuposta pelo sistema da ordinarização do método processual. Contudo, no pensamento que estrutura a concepção do procedimento ordinário idealiza-se um magistrado neutro diante da vida e da cultura, que somente depois de exaustiva prospecção da prova - "qual o cientista que estivesse a operar no domínio das ciências experimentais" - viria então a estar habilitado, ao cabo do adequado percurso procedimental, a proclamar o direito, feito um oráculo da lei.

Nos juízos de veracidade, supostamente acessíveis mediante a utilização do processo de conhecimento, está pressuposta pelo sistema processual vigente a univocidade da lei, de modo que existiria um sentido único no texto legal. Para revelá-lo, bastaria ao juiz seguir o método procedimental apropriado. Aos juízos de verossimilhança, de outro lado, é ínsita a idéia de que a norma legal é ambígua. Esta ambigüidade decorre do fato de que a norma é extraída de uma escritura mediante a interpretação de seu texto. A ambigüidade é, antes, da linguagem em que o texto legal vem à presença do jurista. Mas é também a ambigüidade do próprio ser hermenêutico do jurista, jogado que está ele na lingüisticidade do mundo, jurista que somente se pode pôr a caminho da norma legal por meio do acesso proporcionado pela mesma linguagem em que desde sempre está mergulhado. Aqui se torna necessário sublinhar a distinção entre texto e norma: aquele é o signo; esta é o seu significado. Por isso afirma-se que o direito é alográfico: não se chega à norma sem interpretar o texto. Mas esta interpretação somente pode ser empreendida pelo recurso a mesma linguagem plurívoca em que já se produziu o texto legal a ser compreendido, estabelecendo-se uma circularidade entre pergunta e resposta que nos aproxima do conceito heideggeriano de círculo hermenêutico.

[◀ volta ao índice](#)

Uma vez que todo o juízo de verossimilhança pressupõe pelo menos duas alternativas possíveis, sendo proferido no curso do procedimento mediante cognição parcial, para o sistema vigente o magistrado ainda não estaria habilitado, nesta etapa cronológica do procedimento, a declarar a vontade do legislador. Fazê-lo seria prematuro, e constituiria arbitrariedade. Daí o estranhamento gerado no sistema processual vigente quando se cogita da subsistência dos juízos de verossimilhança, proferidos no curso do procedimento. Observe-se que a concepção lógica do sistema da ordinarização procedimental não se modifica nem mesmo na situação em que o magistrado esteja, diante das evidências demonstradas nos autos, convencido da procedência da pretensão do autor antes de esgotadas todas as etapas cronológicas do procedimento ordinário. Para o sistema da ordinariedade do procedimento, o magistrado, nesta hipótese, deve guardar aparente neutralidade até o final da cronologia procedimental, ainda que tal postura tenha como conseqüência a manutenção de situação de fato contrária à ordem jurídica. Daí decorre a necessidade de que o magistrado, não obstante convencido acerca do direito do autor, permaneça alheio à lide e guarde posição de neutralidade até o final do procedimento, já que somente nesta etapa final seu convencimento se poderia revelar, enquanto juízo de veracidade, no ato da sentença final. O sistema, portanto, abstrai a circunstância relevante de que, na situação figurada, de ocorrência algo freqüente, a conservação do estado de fato consiste na subsistência de situação contrária à ordem jurídica: ao preservar-se o estado de fato que a ação do autor visa modificar, o direito do autor permanece violado até a sentença final, enquanto que o não-direito do réu recebe do sistema a complacência que decorre da natural demora do procedimento ordinário. Este fenômeno é originalmente percebido por OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA "como desdobramento do princípio da sacralidade do fático", consistindo em um potente argumento para a crítica a que o referido jurista submete o sistema da ordinarização processual: "...o procedimento ordinário é o instrumento cuja ética se orienta pelo princípio oposto, qual seja o sacrifício do direito provável, para privilegiar, cegamente, a posição do demandado, mesmo que inverossímil se mostre, desde logo, seu direito, apresentando-se inteiramente improvável sua vitória. O Juiz do procedimento

ordinário (leia-se processo de conhecimento, que é congenitamente ordinário), mesmo nesta hipótese, tem de fazer-se de desentendido e exibir uma aparente neutralidade que ele absolutamente não poderá sustentar, posto que, nesta hipótese, a indiferença que o sistema lhe impõe, impedindo-o de tutelar antecipadamente o direito do autor, equivalerá a tutelar o direito inverossímil do réu.”

A conceitual dificuldade do sistema para lidar com os juízos de verossimilhança parece estar vinculada, congenitamente, à rejeição da ciência processual moderna à discricionariedade do ato jurisdicional. Todavia, não se pode mais deixar de perceber que a discricionariedade - não se está a falar de arbitrariedade, cumpre distinguir bem tais conceitos - é imanente à decisão judicial, seja ela uma sentença liminar, seja uma sentença final. Mesmo na hipótese da chamada cognição completa - esta completude é sempre relativa porque o conhecimento humano é finito e contingente -, ao final do procedimento ordinário várias hipóteses de solução para a causa poderão se apresentar enquadradas à “moldura” da norma legal, sendo todas elas legítimas se não transbordarem aquele contorno normativo. Tal conclusão decorre da própria natureza do direito enquanto ciência argumentativa, de dimensão hermenêutica. É que o ato de decidir é por natureza discricionário. Diante da ambigüidade da norma legal - talvez seja mais ilustrativo tentar compreendê-la como fenômeno plurívoco -, ao magistrado cabe optar por uma das soluções que, diante do caso concreto em exame, se lhe revelam legítimas em face ao preceito legal aplicável. Daí a discricionariedade que constitui a decisão judicial como sua característica originária. O juiz, assim, não está subordinado à exigência inexecutível que lhe faz o sistema, no sentido de extrair da lei o seu sentido primevo e unívoco. A idéia racionalista de sentença como ato meramente intelectual da lei, no qual o juiz não interpreta o texto mas apenas extrai dele seu puro sentido literal, parece dever sair de cena em favor da concepção de sentença como ato de vontade através do qual o juiz adjudica ao texto legal um sentido jurídico legítimo, operando discricionariamente na tarefa da interpretação do texto legal. Não se desconhece, entretanto, que se trata de uma questão acerca de cuja desmistificação ainda há muito que dialogar.

[◀ volta ao índice](#)

3. Considerações finais

O questionamento proposto no presente ensaio acerca do procedimento ordinário como herança do racionalismo faz parte da interrogação dirigida por uma parcela dos juristas contemporâneos ao atual paradigma liberal-normativista do direito. Esta interrogação pergunta pelo papel do direito na sociedade contemporânea; uma pergunta de tal transcendência interroga a própria ideologia sob a qual se estrutura o sistema jurídico.

O racionalismo pensou o mundo e as ciências em geral como sistemas completos, harmônicos e plenamente cognoscíveis. A herança do racionalismo no direito radica na mesma matriz ideológica: a concepção do sistema jurídico como um sistema dotado de unidade e plenitude, sem lacunas; a lei é pensada como categoria pura do sistema, representativa da vontade geral da sociedade, sendo dotada de um sentido unívoco; o juiz é o técnico do silogismo que se limita a clarificar, na sentença final, aquele sentido unívoco da lei, restabelecendo a plenitude harmônica do sistema jurídico ao resolver o conflito de interesses.

No âmbito do processo, a herança do racionalismo manifesta-se na idéia de que o direito, sendo ciência, deve ser postulado através de um método procedimental uniforme, aplicável à generalidade das ações, independentemente da singularidade da natureza das distintas situações jurídicas litigiosas ocorrentes. Trata-se, aqui, do procedimento ordinário. Este opera como síntese da plenitude do sistema jurídico no âmbito do processo: o procedimento ordinário é a metáfora do sistema processual pleno, sem lacunas.

A contribuição do presente ensaio à reflexão crítica que o tema requer está fundada em uma intuição. Cuida-se da intuição de que algo originário para a ciência jurídica processual se perdeu no curso do embate teórico realizado em favor da afirmação da autonomia científica do processo. No esforço teórico para tanto desenvolvido, realizado no âmbito da disjunção da relação existente entre direito processual e direito material, o próprio conteúdo teleológico do processo sofrera uma perda decorrente da exacerbação do conceito desta autonomia científica, da abstração plena do direito material para a definição do conceito do direito de ação.

O processo de conhecimento revela-se, neste contexto, como decorrência do desdobramento, no plano metódico, da completa abstração do processo em face ao direito material. Daí resulta o nascimento de um método procedimental - o processo de conhecimento - cuja estrutura se vai construir por fora do direito material: o método se aliena de seu objeto.

Se a lide é uma parte da vida e a vida é uma fração da história, parece correto perceber que esta e aquela não se repetem, para, então, concluir que cada lide guarda uma singularidade específica que a particulariza e a distingue das demais. Na tentativa de uniformização procedimental representada pelo processo de conhecimento, perde-se, ao homogeneizar o método processual, algo originário ao fenômeno jurídico - a particular singularidade que especifica cada situação litigiosa. E um método que se divorcia de seu objeto, que se constrói externamente a ele, tende a ocultar o seu próprio objeto, no caso, o direito material; a rejeição aos juízos de verossimilhança constitui uma outra face deste mesmo fenômeno - a tentativa de encobrimento da discricionariedade imanente a toda decisão judicial.

Trata-se, por isso, de uma intuição que se encaminha para pensar os procedimentos especiais e as ações de direito material como forma de resgatar, a partir da singularidade de cada situação litigiosa específica, o vínculo já sempre existente entre direito material e direito processual, vínculo este deve ser pensado como originário à autenticidade do fenômeno jurídico.

Referências bibliográficas

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. "Antecipação de tutela e responsabilidade Objetiva." Revista Ajuris, n. 72. Porto Alegre, 1998.

_____. "Antecipação de tutela - duas perspectivas de análise". Revista Ajuris, n. 70. Porto Alegre, 1997.

_____. "Decisões interlocutórias e sentenças liminares". Revista Ajuris, n. 51. Porto Alegre, 1991.

STEIN, Ernildo. A questão do método na filosofia - um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 3a. Edição, 1983, 155p.

_____. Aproximações sobre hermenêutica. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, 112p.

[◀ volta ao índice](#)
[▲ volta ao sumário](#)