

Da dogmática à epistemologia jurídica para a aplicabilidade do formalismo no processo civil: uma proposta mitigadora do formalismo desvalorativo, no pensamento de Luís Alberto Warat¹

From dogmatics to legal epistemology: on the applicability of formalism in civil procedure — a proposal to mitigate devaluing formalism in the thought of Luís Alberto Warat

Daniel de Moura Nogueira 

Resumo: O ensaio aborda a questão do formalismo no processo civil, o qual se fundamenta, predominantemente, na dogmática jurídica. Levanta-se a dúvida se a dogmática é a única base capaz para um estudo eficaz e justo da processualística e do seu formalismo. Questiona, ainda, se todo formalismo é realmente valorativo; avalia sua parte desnecessária, que pode ser considerada desvalorativa. Busca analisar e discutir diferentes métodos de estudo e suas contribuições para a processualística e o formalismo. Com métodos empíricos e análises em obras de diversos autores, adotará outras bases filosóficas, ao lado da dogmática tradicional, para defender um corte epistemológico na investigação e aplicação do formalismo no processo civil, com o objetivo de despertar um estudo, no qual, a resposta do Estado, pelo processo, além de justa, seja equitativa e em prazo razoável.

Palavras-chave: processo civil; formalismo; filosofia no direito; valoração; mitigação.

Abstract: This essay addresses the issue of formalism in civil procedure, a concept grounded predominantly in legal dogmatics. It raises the question of whether legal dogmatics constitutes the sole viable foundation for an effective and fair study of procedural law and its formalism. It further questions whether all formalism is inherently value-laden, evaluating the unnecessary portion of formalism that may be regarded as devaluing. The study seeks to analyze and discuss various research methods and their contributions to the field of procedural law and formalism. Drawing on empirical methods and analyses of the works of diverse authors, the essay adopts philosophical foundations beyond traditional dogmatics to advocate for an epistemological shift in the investigation and application of formalism in civil procedure, with the ultimate aim of fostering an approach in which the State's response—delivered through the judicial process—is not only just but also equitable and rendered within a reasonable time.

Keywords: Civil procedure; formalism; philosophy of law; valuation; mitigation.



¹ O presente ensaio foi criado a partir da leitura e entendimento da obra *Introdução Geral ao Direito. A epistemologia jurídica da modernidade*, de Luís Alberto Warat, por isso todas as passagens ditas pelo professor, quer em paráfrase, quer em transcrição encontram-se em referida obra, nas páginas 9 a 54 e 305 a 310.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O PAPEL DA FILOSOFIA NO DIREITO; 3 DOGMÁTICA JURÍDICA E OUTRAS CIÊNCIAS; 3.1 DOGMÁTICA JURÍDICA: o pensamento de Warat e contemporâneos; 3.1.1 Etapas do Método Dogmático; 3.1.1.1 Primeira etapa – concepção dos textos legais; 3.1.1.2 Segunda etapa – Dogmatização jurídica; 3.1.1.3 Terceira etapa – sistematização; 3.2 AS DISCIPLINAS DOGMÁTICAS E A TEORIA GERAL DO DIREITO; 3.3 DOGMÁTICA JURÍDICA E JUSNATURALISMO; 4 O PAPEL ENCOBERTO DA DOGMÁTICA JURÍDICA; 5 DOGMÁTICA E ZETÉTICA; 5.1 DOGMÁTICA, ZETÉTICA E DIREITO PROCESSUAL; 6 DOGMÁTICA E TÓPICA; 7 DOGMÁTICA E SENTIDO COMUM TEÓRICO; 8 DOGMÁTICA E EPISTEMOLOGIA; 9 EPISTEMOLOGIA E DOGMÁTICA JURÍDICA; 10 EPISTEMOLOGIA E METODOLOGIA JURÍDICA; 10.1 ONDE SE ENCONTRAM METODOLOGIA E EPISTEMOLOGIA?; 11 PROPOSTA DE UMA EPISTEMOLOGIA TRANSFORMADORA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A DESMISTIFICAÇÃO DO FORMALISMO CRIADO PELO OPERADOR; 12 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que toda processualística tem-se por imprescindível o formalismo. Esse elemento é ínsito a todo e qualquer método processual, fazendo parte do sistema para um fim útil, pois evita injustiças e nulidades, já que o processo é composto de polos conflitantes e opostos. Disso decorre várias questões acerca, não da necessidade do formalismo, mas da forma de sua aplicação e da profundidade de sua exigência, valorando o quanto é necessário e o quanto é desnecessário, o que gera um formalismo desvalorativo. Do que se tem visto, pela experiência do dia a dia forense, a processualística tem-se baseado unicamente na dogmática jurídica. Mas deve-se indagar, se esse método seria o único capaz e suficiente para enfrentar o estudo e a aplicabilidade das formas no processo civil.

Não seria a dogmática pura uma visão fechada por vincular à teoria pura do direito, pela literalidade do texto legal? O formalismo vinculado ao enunciado da regra, não geraria uma injustiça à parte que tem razão, por afrontar, especificamente, o princípio de um prazo razoável.

Pode-se concluir, a partir daí, com outras indagações, o formalismo não permitiria mitigação e, ainda, não se pode agregar à dogmática jurídica, outros caminhos filosóficos a fim de investigar a real necessidade e profundidade do formalismo?

Para resolver esses e outros questionamentos, somente o estudo da filosofia no direito é capaz de trazer métodos investigativos, capazes de levar o operador do direito à conclusão do uso necessário, justo e equânime do formalismo.

O direito dos povos (Altavila, 2001), antes de ser direito e antes de investigar se tem ou não direito e como atribuir esse instituto no âmbito ôntico, querendo ou não, utilizou da filosofia como algo peculiar da natureza do homem e das coisas, uma vez que a filosofia é a busca das

coisas por suas últimas causas, como afirmara Aristóteles (Metafísica, 2008, p.10). Uma eterna busca dos *porquês*!

Não se pretende falar de filosofia do direito, até porque há certa diferença entre *filosofia do direito* e *filosofia no direito*, sendo a primeira o papel do estudo reflexivo sobre o sistema jurídico de forma abrangente ao mesmo tempo profunda. Uma forma de ver o direito como um corpo a ser estudado a partir de críticas e pontos históricos. Já para segunda, *filosofia no direito*, entende-se pelo estudo do direito alicerçado na filosofia, empregando vários meios de interpretação científica com os métodos cada qual aos casos a que se aplica, propiciando maior aproximação entre cognoscente e cognoscível. Nessa linha de entendimento, buscará rumos ao processo civil além da dogmática que enseja estudos dos princípios do direito positivo, mas ir um pouco além a fim de não incorrer em injustiça, a processualística.

Este ensaio passará por diversos caminhos da filosofia no direito, pelos rumos da ciência do direito que tentam resolver os problemas, dos métodos acanhados aos métodos audaciosos, como da tópica, passando pela zetética até chegar na epistemologia. Faz sérias críticas à dogmática jurídica, não por seus resultados, mas por sua natureza e função.

Pretendeu-se neste ensaio a análise dos ensinamentos de Luís Alberto Warat (1995, v. 2), alicerçado em Theodor Viehweg, fazendo uma ideia da interpretação do autor, suas afirmações e conclusões.

A pesquisa é baseada na análise de obras de diversos autores, que defendem a adoção de outras bases filosóficas, afastando-se da dogmática tradicional em direção a métodos mais ousados, como a tópica e a zetética, até culminar na epistemologia

Não pretendeu, como óbvio, uma perfeição, até porque não se consegue concluir, com perfeição, a ação que iniciou, no sentido de acabar com o problema do formalismo sem forma no processo civil, todavia, uma dica ao operador do direito ao cuidado com os entimemas que forma um silogismo faltoso a cumprir um efeito apenas retórico.

O ensaio, alicerçado e espelhado na filosofia no direito, proposta por Warat (1995, v. 2), terá como tronco central sua obra, sem, contudo, não desprezar as lições de filósofos e juristas contemporâneos que aquiescem o seu pensamento, como Alessandro Levi (1950), Miguel Reale (1968), Viehweg (2008), Paulo de Barros Carvalho (2011), dentre outros.

Por fim, o ensaio defende a necessidade de um corte epistemológico na investigação e aplicação do formalismo no processo civil, com o objetivo de garantir que as respostas, dadas pelo sistema processual, sejam justas e equitativas, respeitando prazos razoáveis, o que

propõe uma reflexão profunda sobre o papel do formalismo e a sua relação com a justiça no âmbito do direito processual.

2 O PAPEL DA FILOSOFIA NO DIREITO

A filosofia, diferentemente da ideologia e como ensinou Aristóteles (Metafísica, 2008, p.10) é a busca das coisas por suas últimas causas, já a ideologia não investiga, mas impõe uma aceitação de ideias formadas independente da razão e aceitação do destinatário, como “premissa absoluta”. (Fábio, 1991, p. 24-25).

Dentre as diversas facetas da filosofia, aqui fixa mais naquelas partes, as quais trazem ao direito uma visão de criticar e dar norte ao formalismo, como ética que é a direção da cautela e do equilíbrio; a epistemologia, uma ciência crítica dos princípios; a zetética, que investiga tudo, que não se contenta

Miguel Reale (1968, p. 87) faz um apontamento da filosofia do direito no seguinte traço:

Parte Geral: *ontognolseologia jurídica*. Partes especiais: *Epistemologia Jurídica*, ou Doutrina da Ciência do Direito (problema da vigência e da função normativa de direito); *Deontologia jurídica* ou Doutrina dos valores éticos do direito (problema do fundamento do direito); *Culturologia Jurídica*, ou Doutrina do sentido da história do direito (problema de eficácia do direito).

Para o presente estudo basta a filosofia no direito, não a filosofia do direito a qual é seara para o filósofo, não para o processualista que pretende estudar o processo a partir de outras fontes da ciência, além da dogmática que tem suas raízes no direito positivo.

Uma forma de ver o direito como um corpo a ser estudado a partir de críticas e pontos históricos. Já para *filosofia no direito*, entende-se pelo estudo do direito alicerçado na filosofia, empregando vários meios de interpretação científica com os métodos cada qual aos casos a que se aplica, propiciando maior aproximação entre cognoscente e cognoscível.

Enfim, no primeiro postulado tem-se que a filosofia vê o direito e faz reflexões sobre ele; no segundo, o direito é estudado a partir da filosofia, e é o que interessa ao presente ensaio no decurso dos demais capítulos.

3 DOGMÁTICA JURÍDICA E OUTRAS CIÊNCIAS

3.1 DOGMÁTICA JURÍDICA: o pensamento de Warat e contemporâneos

É próprio do operador do direito o uso da dogmática, como ciência do direito, como se essa linha fosse a única e infalível fonte de se entender o direito.

Por sua vez, Warat (1995, v. 2, p. 15), faz referência a Bielsa, para o qual dogmática jurídica é o estudo “dos conceitos jurídicos” em sua forma entrelaçada com suas próprias diversidades. Ou seja, os conceitos jurídicos estudados entre si.

Dogmática jurídica, *grosso modo*, é voltada ao ensino e doutrina, cujo objeto é o direito positivo, por isso, como diz Warat (1995, v. 2, p. 15), “não tem fins políticos, econômicos ou sociais”, nem mesmo dela se extrai juízo de valor, sendo, portanto, “objetiva”.

O que se defende aqui é que, para a dogmática jurídica, o único método que conseguiria estudar a ciência jurídica, é o técnico-jurídico ou lógico-abstrato, mas dependerá do estudioso do direito, o uso de outros meios de interpretação, pois, segundo seu comportamento científico poderá diferenciar seu nível.

Miguel Reale (1968, p. 123-124) assinalou quatro pensamentos acerca da dogmática jurídica, como signos que apontam o que poderia se entender ou atribuir a essa figura científica, o que importa transcrição literal:

- a) há os que, pura e simplesmente, a repudiam, considerando-a correspondente a uma fase superada da Ciência do Direito, quando ainda prevalecia uma compreensão não problemática e aberta da experiência jurídica;
- b) há os que reduzem o seu conceito, convertendo-a em Arte ou Técnica Jurídica, mantendo-se a antiga denominação apenas pelo reconhecimento de que os ‘processes técnicos-operacionais’ do jurista se subordinam, necessariamente, a quadros normativos predeterminados, ou a ‘linguagem do legislador’;
- c) há os que, ao contrário, alargam o seu conceito, identificando-a com a Ciência do Direito, a tal ponto que dizer Jurisprudência equivaleria a dizer Ciência Dogmática do Direito;
- d) e há, finalmente, a possibilidade de concebê-la como momento culminante da Ciência do Direito, enquanto está determina e sistematiza os conceitos necessários a compreensão dos modelos normativos que estruturam a experiência jurídica.

Para aqueles que negam a dogmática jurídica pura, a exemplo de Warat (1995, v. 2, p. 15), haveria uma distinção com a “ciência do direito”, traduzindo aquela como função concreta social, já a ciência do direito somente um método.

Para Reale (1968, p. 123-124), a dogmática está ligada como uma parte do ordenamento jurídico, cuja função sugere formar “princípios” que levam à compreensão do sistema jurídico e de sua modernização pelo empirismo, num mister de interpretar, construir e aparelhar padrões técnicos-jurídicos. Enfim, tudo ligado, em suma, ao positivismo jurídico.

Para Gustav Radbruch (1937, p. 158 e segs., *apud* Reale, 1968, p. 127), jurista alemão, a dogmática jurídica apresenta três caracteres que vincula ao direito positivo, voltada unicamente ao jurídico, não permitindo eventos extras que interfira na esfera do direito. Assim pronunciou sobre a dogmática:

- 1º - o seu objeto é constituído pela ordem jurídica positiva, pelo direito positivo;
- 2º - não se ocupa com a vida do direito; ocupa-se com as normas jurídicas, e não com outros fatos que possam interessar ao mundo do direito;
- 3º - é uma ciência do sentido objetivo e não do sentido subjetivo do direito.

Por fim, conclui Warat, (1995, v. 2, p. 19). o que se entende da dogmática jurídica é que está voltada ao direito positivo como forma de doutrinar, independentemente de valoração axiológica.

3.1.1 Etapas do Método Dogmático

Warat (1995, v. 2, p. 17-19) aponta três fases para aplicar a maneira de interpretação técnico-jurídico, da dogmática.

3.1.1.1 Primeira etapa – concepção dos textos legais

Época de conceitualização dos textos da lei ou exegética. O momento no qual se conceituou o texto da lei, sendo o direito a própria lei, vinculando, assim, a dogmática ao positivismo. Isto leva ao formalismo desvalorativo que apenas reproduz, explica o texto da lei, sem perquirir “legitimação e justificação”. Nessa primeira etapa, o ordenamento jurídico é a supremacia do direito.

Para dogmática jurídica o conceito exato do texto da lei é “estável, indiscutível, com significação fechada”. (Warat, 1995, v. 2, p. 17).

3.1.1.2 Segunda etapa – Dogmatização jurídica

2ª. Dogmatização jurídica: É a imposição dos dogmas jurídicos oriundos da interpretação pura dos textos legais. São os verdadeiros princípios gerais do direito.

Esses princípios gerais do direito são meras eloquências que se traduzem nos costumes da sociedade como rótulos. São diretrizes retóricas e estereótipos, reduzindo a “fórmulas ocas, sem significação de base”. (Warat, (1995, v. 2, p. 18). Os juízos de valores da dogmatização não se desvincula da ideologia. Mudança, alteração ou substituição de um princípio, “redefine as palavras da lei”.

3.1.1.3 Terceira etapa – sistematização

3ª. Dogmatização jurídica: É a própria sistematização da dogmática, ou seja, quando ela atua no sistema legal, dando plenitude à letra da lei. Excluindo toda ideia metajurídica, os fatos e a axiologia. Para Warat, (1995, v. 2), e o ápice da dogmática jurídica é a própria teoria geral do direito, culminando na teoria kelsenianas do direito puro. (Warat, 1995, v. 2, p. 19).

3.2 AS DISCIPLINAS DOGMÁTICAS E A TEORIA GERAL DO DIREITO

Mesmo tendo o entendimento de que dogmática geral é o mesmo que teoria geral do direito, Warat (1995, v. 2, p. 20-21) entende que isso é questionável, eis que a dogmática está ligada ao direito positivo, se definindo a partir dos textos legais. Ao passo que a teoria geral do direito é o contrário, essa não parte do direito positivo, mas vai da teoria crítica ao texto legal.

A partir da aceitação de que a ideologia necessita de discursos, os quais desenvolvem sobre necessidades de generalizar, totalizar, reduzir, unitariedade homogênea de seus elementos, a teoria geral mantém, através de formas, uma razão ideológica, terminando numa fala científica manuseada pela razão.

Com base nessas razões é que Warat repele e defende a ausência de “valor metodológico de uma teoria geral do direito”. (Warat, 1995, v. 2, p. 21). Pois, se a teoria geral do direito está alicerçada na razão ideológica, está longe de um conhecimento científico.

Diz Warat (1995, v. 2, p. 21) que “toda teoria crítica é provisória, conjuntural e dependente” do grau de “desenvolvimento da pesquisa que aceita seus limites e que responde a uma lógica das contradições”. Para o autor, é dessa forma que se constrói conhecimento científico, distanciado das ideologias.

3.3 DOGMÁTICA JURÍDICA E JUSNATURALISMO

Já que a dogmática jurídica tem sua fonte científica no direito positivo em vigência, ela exclui qualquer norma não vigente, norma externa ou algo metajurídico. Por essa razão e porque os estudiosos dogmáticos discordam, se obrigam a buscar no *jusnaturalismo* um significado para norma jurídica.

Quando se fala em *jusnaturalismo* se está voltando para a natureza das coisas, com o fim de alcançar uma interpretação finalística social. Dados da natureza e fatos sociais. Natureza do homem e o mundo em que ele vive.

A história de Savigny e teses de Ihering, diante da debilidade da exegese, fez com que criasse a “escola científica da investigação livre”, proposta por Gény. (Warat, 1995, v. 2, p. 22).

Gény Francisco, (Warat, 1995, v. 2, p. 22-23), com sua escola de investigação livre, propôs a mitigação da *reverência* e *culto* ao texto “seco” da lei, mas a necessidade de se investigar a realidade social e a natureza dos fatos que nasceram das mutações da sociedade, tanto no campo da deontologia, quanto jurídico e econômico. Com isso Gény, valoriza a revência do direito em detrimento da lei (enunciado), mais à razão ou a teleologia daquilo que o legislador quis exprimir.

Para Gény, (Warat, 1995, v. 2, p. 22), uma investigação jurídica para interpretar a lei, não se pode esquivar da junção de dados reais, naturais, históricos, racionais e ideais. Não limita à simples leitura do texto da lei, mas aplica ao direito positivo a realidade social. Gény, proposto por Warat, foca bastante na *realidade social* como alicerce para uma livre investigação científica para sanar as lacunas da lei.

Mas Gény, para defender a livre investigação científica alicerça unicamente na realidade social como elemento de fundo ao estudo do direito positivo. Fora disso, mantém sua teoria fiel à letra da lei como intocável e inamovível.

Bobbio qualifica o positivismo como a teoria do *positivismo ideológico* (Bobbio *apud* Warat, 1995, v. 2, p. 23), pretendendo valorizar a razão como instrumento para interpretar a lei.

Traz, Warat (1995, v. 2, p. 23), que a plena concepção idealizada pelo direito positivo, desfaz possíveis lacunas na lei, não vendo solução para o caso, chegando ao absurdo de exprimir ausência de solução para o caso.

Estudando Gény e Kelsen, Warat afirma que o primeiro coloca na mesma trilha a ideologia com a lógica, para fins de sanar lacunas da lei. Para Gény, estudioso refletido por

Warat, (1995, v 2. p. 23), a lacuna da lei no âmbito dos juízos de valor (lacuna axiológica) existe nos conflitos que ele diz “normativos intersistemáticos”.

Esse conflito entre sistemas existe em razão da desconexão entre as leis em seus diversos momentos e aspectos interpretativos, levando-se em conta as questões religiosas, morais, ideológicas e ambientais do comportamento”, e, aí chegando-se a Kelsen, que não renuncia ao positivismo, chamando de norma “metajurídica”. (Warat, 1995, v 2. p. 23).

Em Warat (1995, v. 2) se vê que questão do jusnaturalismo e a dogmática jurídica, seria uma ausência de solução jurídica e juízo de valor e, a *fortiori*, uma lei carente, mantendo imutável e inalterável as letras da lei. Porém, ao mesmo tempo e como forma e abrandar os rigores da lei utiliza a equidade como forma de alcançar os anseios da sociedade que não contentam com as soluções da lei.

Para Warat, (1995, v. 2, p. 24), uma lei justa traz uma norma clara, já qualquer dispositivo legal injusto é obscuro, deficiência legislativa e uma lacuna na lei.

Como Warat lembrou de Gény, (Warat, 1995, v. 2, p. 23-24), cumpre esclarecer que o último traz a frase “lacuna da lei” num sentido comum para contrapor discrepâncias ideológicas que pretendem dar definição diversas ao exto da lei. Ou seja, quando a ideologia dá interpretação ao significado do direito positivo.

Warat (1995, v. 2, p. 24), conclui o tópico deixando claro que a dogmática jurídica e o jusnaturalismo são análogos em suas funções, às quais se utiliza um sistema legítimo de controle. Mas, defende que, ainda que a dogmática nega e não reconhece, não teria como ficar sem as influências “metapositivistas” a admitir o auxílio da razão e do *jusnatural*.

4 O PAPEL ENCOBERTO DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Do que se entende das palavras de Warat (1995, v. 2, pp. 25-30), sobre *dogmática jurídica*, esta encontra-se estritamente ligada ao positivismo jurídico, a qual tenta dar uma ideia de norma operativa, sob a recurso da retórica.

Sobre o papel encoberto da dogmática jurídica, entende Warat, (1995, v. 2, p. 25-30), que se considerar que o discurso da ciência jurídica é persuasivo e não demonstrativo deixa controvertida a produção teórica dos juristas se é tão somente científica. Ou seja, se a retórica for de convencimento se discute se a função do jurista é ou não puramente científica.

Qual a razão de se dizer isso? Senão da necessidade de a dogmática jurídica necessitar de uma vasta função persuasiva, para tentar demonstrar que é operante.

Disto decore que o papel encoberto da dogmática existe em razão de não deixar às claras que ela usa toda essa retórica persuasiva científica para “reformular o direito positivo”. Warat, (1995, v. 2, p. 25-30), vai mais além, de forma radical quando deixa uma penumbra de intenção contrária à dogmática jurídica no sentido de que o direito positivo deve ser reduzido a uma base a fim de uma ilusão de que as “decisões legais” sempre nascem em norma vigente, já que a dogmática jurídica é a doutrina dos princípios do positivismo.

Enfim, conclui-se que a dogmática jurídica não seria de boa técnica para o alcance de uma interpretação justa e lógica das normas a fim de alcançar o anseio do jurisdicionado, vez que foca na doutrina pura da lei, criando teorias que tentam justificar o positivismo jurídico, sem um juízo de valor, mas reduzindo a axiologia, como diz Warat, (1995, v. 2, p. 25), como “problemas semânticos”.

5 DOGMÁTICA E ZETÉTICA

Pode-se concluir que dogmática e zetética se esbarram na antinomia sistêmica. Enquanto a dogmática encerra o positivismo como legítimo, a zetética o investiga incansavelmente questionando o ordenamento jurídico o sentido do *justo*.

A *zetética* não admite nada como pronto, segundo Warat (1995, v. 2, p. 25-30). Ela perquire as proposições. A *dogmática* se contenta e se vincula às respostas dadas pelos princípios do positivismo. O entendimento do direito positivo pela investigação, guardando uma resposta tem-se a missão da *zetética*.

A *dogmática* se liga aos textos legais, concordando com suas premissas e conceitos e confirma que estes são *legítimos* e *indiscutíveis*. A *Zetética*, por seu turno, problematiza essas premissas.

A *zetética* não é rival da *dogmática*, mas, a primeira faz uma bifurcação na segunda a impor uma investigação mais profunda dos princípios do direito positivo quando se encontrar em situações graves, (Warat, 1995, v. 2, p. 25). E, arrimado em Wiehweg (2008), a *dogmática*, somente nessas situações deixa de atuar com “os atributos da necessidade, universabilidade e da imutabilidade a ter uma investigação livre e científica”. Pois, a *dogmática* em situações complicadas deixa de ter uma investigação livre e científica, até porque os dogmas já o são assim por natureza. Os dogmas não se permitem amoldar, necessitam de uma investigação cética a atender aos anseios da sociedade, que é função da *zetética*.

A Zetética complementa a dogmática retirando sua rigidez promovida pelos dogmas, pois a dogmática segue fielmente os princípios do direito positivo, mas a zetética encontra os problemas e mostra a solução com sua forma cognoscente profunda e incessante. Para Warat (1995, v. 2, p. 28-29), a Zetética responde, por sua perquirição, as respostas para as interrogações providas dos problemas. É cediço que a zetética tem função cognitiva, aquela que investiga as arguições dos antagônicos a fim de chegar ao resultado de um silogismo lógico-jurídico.

Wihweg, (2008) mesmo não aceitando que a zetética converta a dogmática, tenta rechaçar, de certa forma, a última. Entende o filósofo que a ideia zetética em sua função cognitiva faz com que os conceitos básicos oriundos da dogmática fiquem excluídos do debate. Conclui o paralelo *zig-zag* entre as duas figuras, defendendo que a zetética não se consuma em função de si mesma senão servindo de função cognoscível de diversas formas a alcançar vários objetivos, Warat (1995, v. 2, p. 27-30) distingue a teoria zetética em: *pura, aplicada, dogmática e epistemológica*.

Para *zetética pura*, atribui uma função apenas pela busca da pesquisa, sem qualquer interesse senão em uma norma justa. Seria um conhecimento jurídico puro, apenas excluindo da cognição a presença da ideologia.

Zetética aplicada. Enquanto a pura circunda em torno de si própria, a aplicada tem uma função concreta e destinada a satisfazer a necessidade exigida pela tarefa social da dogmática. Está ligada à tomada de decisões investigando a jurisprudência e a doutrina aceca de determinado problema social.

Já a *Zetética dogmática* é a cognição dogmatizada, na qual a investigação profunda da zetética é limitada à auxiliar a dogmática, no sentido de flexibilizá-la. Complementa o corrige a dogmática, simplesmente. Enfim, zetética dogmática, para Warat, é o aperfeiçoamento desta última pela investigação da aplicação do direito positivo voltado à realidade social.

Zetética epistemológica. Se a dogmática se contenta com os princípios do positivismo jurídico e a zetética a auxilia para a investigação incansável, a epistemologia investiga com senso crítico e criativo desses princípios. Ou seja, além de criticar a epistemologia oferece novas sugestões à problemática.

Por essa razão é que Warat (1995, v. 2, p. 29-30) chega à conclusão de que a zetética epistemológica promove “um novo objeto de conhecimento” a superar a limitação de um “saber acumulado” sobre o ordenamento jurídico. Para o filósofo em estudo, a dogmática em

sua aplicabilidade é um constante obstáculo epistemológico em um pensamento inerte que danifica o trabalho epistemológico na investigação realizada pela zetética num mundo da ciência jurídica.

Mas a zetética, por sua vez, não é impositiva, tem um objetivo investigativo, ou como simples aconselhamento à dogmática a fim de ter novos olhares, ou epistemológico que além de perquirir, critica e apresenta novas sugestões à problemática. Por isso a zetética sem a epistemologia, permanece uma “zetética dogmatizada”.

5.1 DOGMÁTICA, ZETÉTICA E DIREITO PROCESSUAL

Os preceitos do direito e a preocupação excessiva com o procedimento correto abriu uma margem imensa para a dogmática jurídica a ponto de o formalismo desvalorativo transformar o resultado do processo em injustiça. O formalismo fechou os olhos de grande parte da família processualista imperando uma dogmática inexorável.

Quantas e quantas injustiças se operou na solução de litígios, em nome exclusivo da dogmática jurídica ao invés de uma *pitada* de zetética a fim de investigar a real operacionalidade do formalismo do procedimento? Perguntando ao próprio sistema se determinados caminhos legais são, na realidade, imprescindíveis ou meramente inócuos? Diz-se procedimento, pois entre processo e procedimento, somente o procedimento pode ser desvalorativo, já o processo não se concebe essa verificação, porquanto é uma ferramenta de primeira grandeza de direito fundamental do cidadão, no qual se alojam os procedimentos.

Processo é algo muito acima e além do que pensam os dogmáticos, é um mundo onde vários procedimentos, quer corretos quer errôneos residem e por aqueles são suportados, cumprindo o garantismo constitucional ou um garantismo em si mesmo, ou apenas sendo palco para desmandos jurídicos.

A dogmática jurídico-processual necessita da zetética como forma de bifurcá-la a produzir perguntas e respostas e a resolução da problemática. (Warat, 1995, v. 2, p.25-30).

O direito processual positivo cominou um instituto denominado de *preclusão* que impõe limite temporal ao exercício de uma faculdade. Ultrapassado certo lapso de tempo, não mais se pratica o ato, ou seja, impositivo da *dogmática jurídica*. O princípio positivo ensina que tudo tem limite e, com as questões intraprocessual não é diferente, devem um momento terminar.

Pergunta-se: por que o titular de uma faculdade processual não pode praticar o ato mesmo depois do prazo? Ou, ainda, por que não o pode exercer o ato, se o processo existe para fazer justiça à sociedade, não apenas e circundada às partes?

Por que o demandado, em processo cognitivo ordinário, não poderia apresentar contestação fora do prazo, ainda que possa ser considerado como revel e sofrer a pena da confissão ou se essa defesa apresentada fora do prazo não serviria como elementos informadores a fim de o juiz fazer justiça ao caso concreto? Eis a função da *zetética*

6 DOGMÁTICA E TÓPICA

Em análise *lato sensu*, *tópica* é entendida como tópicos, lugares, lugar-comum. Originado de *topoi ici*, de ideia aristotélica de invenção ou *achamento*, (Vierweg, 2008, p. 21-31). Seria a solução dos problemas experimentados pela jurisprudência. Diz a história, (Vierweg, 2008, p. 21-31), que Aristóteles criou um catálogo dos problemas possíveis.

Rogério Tadeu Romano (2017), afirma que a *tópica* já existia desde o direito Romano antigo como um senso prático voltado mais para solução de problemas do que organizar mecanismos. Ainda o mesmo autor entende que teria sido uma resposta à teoria pura do direito (positivismo jurídico) de Kelsen, depois da segunda guerra mundial, oriunda do neorracionalismo de Kant, “na dogmática normativa”. “Era uma reação contra os excessos da norma, como ato abstrato, imperativo, coativo e sancionativo, fato que ocorreu naquele período” (Romano, 2017). Como os demais métodos interpretativos do direito, a *tópica* interpreta a norma, porém, pensando os problemas e sua solução, ou como preferiu Viehweg (2008), “problema e toda questão que” admite “mais de uma resposta”.

Warat (1995, v. 2, p. 31-33) discorda de Viehweg, pois este é defensor da dogmática jurídica, empregando a *tópica* em busca daquilo que é justo no direito positivo puro. A *tópica* é uma parte da retórica conceituada por Theodor Viehweg (2008, p. 22) como uma “técnica de pensar problemas.” Isto é, um estilo de pensamento, uma técnica de interpretação do direito cuja finalidade é indicar meios de como se agir diante de problemas, buscando sempre encontrar uma solução justa para qualquer caso (Schalcher, 2022).

Viehweg (2008, p. 21-31) concebe o ordenamento jurídico como fonte de justiça, por isso a valora além do sistema de olhos ao direito natural e juízos de valor.

Para entender o significado da *tópica* no sistema jurídico, imaginemos que esse método encontra os resultados que não satisfazem o problema, por isso interrompe o mecanismo e

inventa um meio novo para solucionar. A *tópica* se utiliza de uma operação perturbadora da mente que segue a lógica da dedução e, por isso, nunca encontra segurança, como elemento fundamental para sua técnica de pensar problemas.

O que dá a entender das lições de Warat e ad críticas a Viehweg, *tópica* e *dogmática* estão a serviço do direito positivo, alicerçadas no *jusnaturalismo*, onde a primeira admite e a segunda dá legitimidade à solução de um problema pelo método dedutivo.

Ou seja, igual a que o direito positivo afirma que o consumidor é a parte vulnerável na relação negocial, fruto da *dogmática*; a *tópica* encontra um problema em caso de culpa exclusiva da vítima e utiliza do método dedutivo com seus silogismos. Disso teríamos: se a norma positiva reza que o consumidor é vulnerável diante do fornecedor, acrescido de que quem sofreu o dano foi um consumidor, logo, o fornecedor deve ser reparado pelo fornecedor, que comumente a jurisprudência utiliza sob o mote da “dano *in re ipsa*”.

Por fim, há uma indagação: seria a *tópica* um risco à segurança jurídica? Penso que não já que investiga os problemas não os eternizam. Até porque Warat ensina que a *tópica* também se utiliza de elementos, para suas conclusões, oriundos de base ideológica e sentimental derivadas do senso comum da sociedade aceitas como parte integrante do saber jurídico.

Um alerta muito importante, deixa Warat, (1995, v. 2, p. 34) a que no calor do dia a dia do operador do direito “não exigimos uma prova mais vigorosa para nossas afirmações quando existe um consenso [“geral”] acerca de sua verossimilhança”.

O operador do direito, e *a fortiori* o julgador que tem o dever de filtrar, permite que a ideologia do senso comum do meio, tome conta de suas decisões, em detrimento, muitas vezes, da verdadeira justiça e estabilidade jurídica, pois a *tópica* alicerçada no método dedutivo, esse como sustento da *dogmática* jurídica, traz uma zona de conforto diante de uma questão séria a se fazer justiça.

Na verdade, a *tópica* foi criada por Aristóteles quando elaborou um catálogo de tópicos dos mais possíveis problemas. Assim, analisando de forma objetiva esse repertório de tópicos, estaria realizando ciência do direito. Mas, diz Warat, (1995, v. 2, p.33-35), esse método não é utilizado pela *dogmática* já que essa pode até construir tópicos, mas não os explica nem os assume como pensamento dos problemas e criador de invenções.

7 DOGMÁTICA E SENTIDO COMUM TEÓRICO

Um senso aceito por uma comunidade, de forma confortável a todos seus membros, advindo do *saber acumulado* e do empirismo, é aceito como ciência partida do sentido comum teórico. (Warat, 1995, v. 2, p. 35-37). Dessa ciência a dogmática não deixa de conhecer.

Entende-se por *sentido comum teórico* o conjunto de repetidos pronunciamentos das ideias científicas de uma sociedade através de seus problemas e de sua realidade. Esse método é composto da busca do conhecimento e dos raciocínios lógicos, como diz Warat, “a partir das observações e experiências que realiza”. Muito bem observa Warat para que não existe nem observações nem experiências puras. Não se observa nem se experimenta a partir do nada, ainda que redundante, mas se observa e experimenta a partir de reiteradas práticas científicas da “história do saber acumulado”, que se conclui na ideologia.

A dogmática jurídica como ciência tem seu campo limitado ao direito positivo, não produz outro conhecimento, não permite avanço científico, apenas define, regula e controla o comportamento, e tenta evitar os conflitos e resolver os problemas tudo a partir dos princípios do positivismo jurídico.

A tópica não consegue resolver o problema da limitação científica da dogmática, pois ela apenas alimenta a esta, dando-lhe novos conceitos, mas respeita os dogmas fundamentais.

Para Warat, (1995, v. 2, p. 35-37) o senso comum teórico faz a dogmática reconhecer sua incompetência a ponto de esta recorrer à tópica, mas dogmas são inexoráveis que não conseguem uma homogeneidade entre ambas, e agrava a situação esforçando a dogmatização da tópica, evitando homilias críticas.

A crítica através do sentido comum teórico não é uma opção de agir sua, mas um elemento próprio dele para extrair suas contrariedades e um corte epistemológico a abrir “espaço para um novo campo temático”.

8 DOGMÁTICA E EPISTEMOLOGIA

Da dogmática e epistemologia, discorre Warat (1995, v. 2, p. 37-39) no sentido de que muitos sistemas interpretativos avocam a qualidade de ciência. Dogmáticos são cientistas, em suas concepções, já que partem da ideia da demonstração. Por sua vez a epistemologia rebate diante da defesa de que o discurso jurídico não é demonstrativo, senão persuasivo. O dogmatismo alicerça na literalidade e seus próprios conceitos, já que isso teria poder de formar

um silogismo. A partir daí Warat liga a literalidade conceitual ao senso comum teórico para alcançar a ideologia.

Enfim, dogmatismo e ideologia se coincidem e se unem no sentido do vazio cognoscível e abundância de incerteza e vagueza.

Já dogmática e epistemologia não se repelem entre si, mas a segunda discorda dos métodos utilizados pela primeira, quando cria uma teoria geral do direito com base com ciência de verdades evidentes (axiomas) sobre dogmas, ideologias e postulados sem qualquer lógica, como no dizer de Warat, (1995, v. 2, p. 37-39) que a epistemologia os assume “como pressupostos metodológicos deformantes”. Ou seja, esses métodos da dogmática jurídica exibem as meras opiniões ideológicas como “axiomas, postulados ou dogmas”. Opiniões essas determinadas de forma ideológica e política, com método questionável sobre situações jurídicas.

Não podendo, ainda, essas situações jurídicas ser enquadradas de forma lógica, mas decididas, segundo a dogmática jurídica, de forma “racional, emotiva e ideologicamente valoradas”, com base na norma e nas observações e experiência de um saber acumulado que consiste no sentido comum teórico.

Quando a argumentação jurídica pretende validar, abonar, apoiar ou sugerir uma solução ou uma decisão, utiliza da atividade dogmática. A dogmática serve muito bem para discursos forçados a fim de conseguir uma decisão favorável. Volta inteiramente a entender como fazer, mas sem se preocupar o porquê fazer, sendo essa última proposição tarefa da epistemologia com sua investigação crítica.

Não parece muito aceitável a dogmática jurídica pela ciência o direito, pois, o que se pensa a seu respeito é uma possível desdogmatização da dogmática, pois, dogmática jurídica, aquela ligada ao positivismo, produz tão somente conhecimento por reprodução, não por renovação. (Warat, 1995, v. 2, p. 39).

Por isso que Benoit (2013, p. 105) versando sobre os conceitos, traz que “a epistemologia analisa o conteúdo psicológico”, que por sua vez “é definido pelos processos cognitivos em ação no uso dos conceitos”, ou seja, essa parcela da filosofia (epistemologia) instiga o ato de investigação, de busca dos conceitos, entendendo que conceito não é significado, mas o que se conhece e só se conhece o que averigua, constata, ou no dizer do filósofo francês, conceito é a unidade primeira do pensamento e do conhecimento: “só pensamos e conhecemos na medida em que manipulamos conceitos” (Benoit, 2013, p. 16).

9 EPISTEMOLOGIA E DOGMÁTICA JURÍDICA

Inicialmente Warat (1995, v. 2), volta ao *status quo ante* do que se entende por dogmática jurídica, e mais uma vez relembra de que se tornou lugar comum dizer de uma atividade científica para esse instrumento da teoria do direito positivo.

Amiúde o professor Argentino afirma a lealdade da dogmática jurídica ao positivismo puro, aquele sem qualquer axiologia. E, com isso, apresenta uma série características, como atividade objetiva, aquela que visa organizar o direito positivo a partir de uma estrutura lógica de um método de conhecimento divorciado de toda preocupação com as mais necessárias ramificações da vida humana como a sociologia, antropologia, economia e a política.

É tanto voltada ao positivismo puro, a dogmática em sua criação de uma teoria, que pode-se dizer que para cada ramo do direito há uma dogmática a ponto de cingir-se apenas a dicotomia entre o *bem* e o *mal*, já que entre ambos há apenas uma argumentação voltada ao social, com uma retórica de conceitos falsos sem qualquer elucidação.

As teorias jurídicas da dogmática, por seu comportamento neutro em face de um raciocínio lógico-valorativo e crítico, conclui-se em si mesmas tão somente um raciocínio ideológico, deixando clara as funções da ideologia, senão o “controle social e a reconstrução cognoscitiva”.

A dogmática, não obstante partir das teorias do direito positivo, e por essa razão, não consegue o fim sociológico-valorativo do direito para o fim maior que a justiça diante dos problemas elencados pela tópica, levando-se em consideração o alicerce ideológico no qual não há busca das coisas e das razões por suas últimas causas, tornando tudo aparente e falso quanto à ciência e à explicação, pois a legalidade é uma retórica muito forte em um primeiro momento levando a crenças infalíveis.

De tudo isso, Warat (1995, v. 2, p. 42), se preocupa e questiona como criar uma teoria jurídica capaz de resolver os “ricos da ideologia”. A partir daí é que nasce a salvadora *epistemologia* a sugerir que o intérprete salte da ingenuidade do positivismo à investigação crítica do direito e suas relações; a elaborar um estudo das ideologias e a formular uma teoria crítica sobre elas.

Do positivismo lembrando Kelsen, houve a conclusão de que seu ponto de vista da epistemologia ficou vinculado à teoria geral do direito que é fruto da dogmática, não conseguindo valoração a essa teoria, mas tão somente pregando uma melhor compreensão do direito positivo puro sempre criticando à história como forma de manifestação do poder.

Por isso que Warat (1995, v. 2, p. 43), conclama: “precisamos para o direito uma obra epistemológica de ruptura”, isto é, sem vinculação à teoria geral do direito a fim de uma crítica livre de empecilhos de princípios ineficazes e postulados puros. Não que Warat se desfaça de Kelsen, mas pretende separar algumas ideias indutivas, as quais devesse apagar, daquilo que se pode resgatar do positivista em prol de uma epistemologia transcendente. Mais ainda, pretende não descartar as teorias prontas, mas criar uma crítica a partir delas dando outra roupagem. Ou seja, Warat pretende desnudar a teoria pura de Kelsen reconstruindo-a em uma teoria crítica do direito. Entretanto, confessa, não será fácil essa ruptura do positivismo puro e predominante à epistemologia do direito, chegando chamar de “terrorismo metodológico” a aversão que a dogmática tem à teoria crítica.

Quanto anseio tem a sociedade, ainda que indiretamente, a que a maioria (com raríssimas exceções) dos julgadores desvencilhem da dogmática jurídica pura, a fim de fazer justiça sem o apego mítico ao formalismo desvalorativo? Quantas e quantas vezes a dogmática jurídica pura praticou injustiças, por decisões de indeferimento a um pedido foram lançadas ao argumento do descumprimento de um ato formal, que ao final ninguém sabia para que servia tal prática.

Como almeja, o jurisdicionado brasileiro, que os juízes leem Warat como porta de entrada para um estudo aprofundado e crítico do sistema jurídico. Necessitam aumentar um pouco mais (se é que têm um pouco ainda) o nível epistemológico às suas decisões puramente dogmáticas.

Warat fala de “uma resistência passiva” originada da falta de capacidade de entender o desiderato do estudo da realidade social. E isso faz com que a dogmática venerada consiga mecanismos que neutralizam a epistemologia, chegando aos exemplos do senso comum teórico como: “princípio da legalidade; teoria do delito; bem jurídico protegido; natureza jurídica, relação jurídica”.

Outro exemplo da dogmática pura é o da execução, tramitando a dez longos anos, na qual houve penhora do próprio bem objeto do contrato da dívida, (logo, fora da classe de bem de família), sem prosseguir à hasta pública pelo argumento dogmático de que a matrícula imobiliária do imóvel (terra nua) não estava em nome do executado, mas, sim do credor, não havendo como averbar a penhora dos direitos e edificações do devedor, sob a preocupação da proteção de terceiros. Qual terceiro a proteger senão e unicamente o próprio credor e proprietário?

Muito formalismo desvalorativo transformou justiça em injustiça pela veneração do *puro* escrito da letra da lei. Não há nisso qualquer cientificidade uma vez que dissociada da epistemologia.

A ideologia pura mata a partir do que há imposição de um senso comum teórico sem qualquer investigação, e a dogmática tem ramificações nela. Conclui Warat ser impossível vencer o cansaço de um saber puramente ideológico, sem um “controle epistemológico”.

10 EPISTEMOLOGIA E METODOLOGIA JURÍDICA

Há diferença entre essas duas classes de atuação da ciência jurídica? Warat (1995, v. 2, p. 47), tenta demarcar o campo de atuação de cada uma. Nas lições de Kelsen, pode-se ver que o pensador positivista não encontrou metodologia jurídica capaz de gerar uma ciência baseada no direito positivo, nem mesmo viu necessário criar teoria a fim de extirpar a interferência da ideologia na ciência jurídica. Além disso, na visão de Warat, Kelsen pretendeu retirar a natureza da epistemologia, quando recomenda afastar a crítica da ciência jurídica.

Para os adeptos da conceitualização e diferenciação dos institutos, como Warat, tem-se que metodologia seria o comando do sentido humano na busca da verdade com aplicação de métodos próprios. Enquanto a epistemologia, agora posto em estudo, tem-se uma teoria crítica do conhecimento (Priberam, 2022).

Para demonstrar a conexão entre metodologia e epistemologia, Warat empresta a forma utilizada pelas ciências sociais, ou seja, demarca os campos de ambas as figuras.

O campo da metodologia é demarcado pela ligação entre problema e objeto, quando se busca dar sentido científico a um objeto é a metodologia quem resolve os problemas encontrados nessa estrada, dando objetividade e definindo o objeto do conhecimento como independente.

Importante lição traz Paulo de Barros Carvalho (2011, p. 21) para melhor entender o tema, quando afirma que “epistemologia, aliás, é termo mais restrito que Teoria Geral do Conhecimento ou Gnosilogia, pois seu foco temático não é o simples conhecimento (doxa = crença, opinião), mas o saber qualificado como científico (episteme = conhecimento científico + logos = estudo, pensamento, reflexão)”.

A objetividade da metodologia é satisfeita quando transforma o saber comum, adquirido pelo método empírico, em saber científico. O Conhecimento, tido por Warat (1995, v. 2, p. 50),

como “vulgar”, aquele adquirido pela experiência de uma sociedade, o qual é formatado pela metodologia como uma ciência.

Penso que um caso concreto, dentre inúmeros, seria o comportamento social do tratamento da igualdade, o qual todos são iguais e devem ser tratados como iguais. Esse conhecimento é tido por Warat como “pré-científico”, quando a metodologia organiza, desvinculando o subjetivo do objetivo, chega-se ao conhecimento científico proposto por Sócrates, de “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente”. Ou ainda, que a justiça é realizada apenas e tão somente circundada entre autor e réu.

Ainda nesse exemplo pragmático da processualista, para o senso vulgar, como preferiu Warat (1995, v. 2, p. 50), o julgamento de questão endo processual faria preclusão, ou extraprocessual coisa julgada apenas aos envolvidos. Mas isso é um objeto pré-científico que depende da metodologia e, agora de um corte epistemológico criticando os porquês, para tornar ciência, pois, qual razão de a estabilidade jurídica de uma questão servir apenas aos chamados ao processo, se vivemos em um macro condomínio social? Somente a realidade social pode condicionar a construção do conhecimento do objeto. A ideia dogmática sem método demorou anos para alterar a letra da norma, como v.g. o art. 503 do CPC/2015. Mas não é fácil abrir os olhos da comunidade jurídica de que o processo civil é uma forma indireta da *class action*.

Muitos anos fora utilizada a velha *ação declaratória incidental* como um método com objetividade sem objetivação, para que a parte pudesse não ser novamente demandada pela mesma questão brotada no âmago do processo como influente de mérito e, mais, mencionada na decisão. Disso, vê-se mais claramente que ainda estamos na dogmática pura de que se não está escrito na norma, não tem força social. Mas informa Warat (1995, v. 2, p. 51) que “a leitura do real está sempre orientada pelo que da realidade nos dizem ou predizem as teorias que dela se têm no momento”. Era o que tínhamos naquela ocasião.

As críticas desse pensamento pouco têm provocado mudanças, pois, enquanto prevalecer a dogmática pura sem a metodologia, a fim de desvincular o subjetivo do objeto, as mudanças do calcificado pensamento, tornam dificilmente corrigir.

Depois da objetividade como dimensão da metodologia, deve-se dar ao objeto uma autonomia, e isso se consegue com a busca do objeto através de um método, como já disse o filósofo em estudo, a partir do iluminismo, “basta que uma atividade tenha um método e um

objeto para que seja científica”. A problemática está em o que a categoria requer para reformular um objeto, ou melhor, o objeto é constituído pelo método.

Fora necessário que o sistema jurídico brasileiro, criasse um método investigativo das relações sociais para se criar um objeto de ciência capaz de garantir a paz social através do processo. Um método que criou o objeto de estudo da ciência jurídica, capaz de provar que se uma demanda em seu nascedouro contraria (dentre outros) súmula dos Tribunais Superiores ou um precedente firmado em recursos repetitivos, não necessita prosseguir, como preceitua o art. 332 do CPC.

A metodologia atuando ao lado da epistemologia transforma o pré-científico em ciência com um fim último a paz social, com o mínimo de esforço pragmático. (Warat 1995, v. 2, p.48-49). Para se constituir o objeto não se pode atrelar somente à descrição de uma realidade, mas sim, a opiniões específicas que expliquem a realidade e que conseguem deixar claro que do complexo se estrai o simples. Descrever o objeto do conhecimento sem um método, não é recomendável já que reduz e simplifica a teoria do objeto apenas a noções e isso leva à limitação da significação do objeto, pois, a função primordial da metodologia é exata e primordialmente o complemento das teorias.

Para melhor compreender um sistema, diz Warat (1995, v. 2, p. 47-54), necessários se faz criticar seus limites. A crítica aos limites sempre é boa, diante de que isso, racionalmente falando, reformula a teoria observando novidades reais da sociedade e, essa tarefa, não é fácil senão um complemento operoso das teorias, como um dos empregos da metodologia.

10.1 ONDE SE ENCONTRAM METODOLOGIA E EPISTEMOLOGIA?

Já se falou em busca da verdade por métodos próprios; já se demarcou o campo da metodologia como sendo o liame *problema* e *objeto*. Todavia, todo esse complexo de atividades da metodologia a fim dar cientificidade ao objeto de um conhecimento pré-científico em científico, não teria qualquer sentido sem o elemento racional.

Deve, portanto, investigar um pouco acerca da razão, equivalente a fazer cálculos, contas; considerações, raciocínio sobre algo (Priberam, 2022). A cientificidade não prescinde da racionalização das teorias, dos métodos. Não se pode formar uma ciência sem a razão. Essa seria os porquês teleológicos de toda ciência e todo método. Não se aceita a ideologia justamente pela ausência da razão. Racional é um comportamento que não admite como algo pronto como e se consumível, mas parte da investigação zetética à crítica epistemológica.

E justamente na busca da razão da metodologia que aparece a epistemologia e, assim, ambas se confundem no ponto em que a segunda investiga e critica o lado empírico da primeira.

Enquanto a metodologia se preocupa com a cientificidade do objeto, a epistemologia atua no âmbito investigativo-crítico dessa ciência sobre os vestígios deixados pela problemática científica, sempre com um fim último suprir os emaranhados.

Fala-se em obstáculos da epistemologia, não querendo afirmar que esta figura científica é barrada, mas sim que ela provoca barreiras na produção científica da metodologia, oriundas da inexorável metafísica presente no pensamento científico de toda cultura social.

A metafísica busca algo além das coisas, senão a essência delas, por isso produz “crenças e valores” que interferem no exercício da metodologia. Mas esses obstáculos provocados pela metafísica instrumentalizados pela epistemologia, faz com que a metodologia, já colocada em xeque, possa resolvê-los e com isso produzir o conhecimento.

Além disso, vê-se outro obstáculo imposto pela epistemologia à ciência metodológica, agora pelo que se entende por epistemologia através da experiência prática. A epistemologia é vista pelo empirismo “como a instância de controle da coerência interna de uma teoria científica”. (Warat, 1995, v. 2, p. 53).

Uma interpretação investigativa e crítica pretende na metodologia da ciência organizar seus intentos com um fim último, senão uma lógica justa, ou seja, evitar a injustiças pelo pragmatismo da dogmática pura, ou, no plano de justiça, dar coesão à metodologia de uma ciência a evitar a teoria pura do positivismo com formalismos desvalorativos. E, isso, se conclui nem que muitos juízes trocam a objetividade pelo objeto da ciência.

A metodologia, busca o objeto do conhecimento, mas a epistemologia investiga e critica os métodos, criando obstáculos a fim de que o foco não fuja da coerência teleológica do objeto científico e para o que ela fim foi criado.

Se todos os juízes, ao julgar e aplicar o direito ao caso concreto voltasse à coerência propagada pelo empirismo à epistemologia, a sociedade seria mais justa e imune dos formalismos descomprometidos com a justiça do caso. Os jurisdicionados não teriam de suportar o fardo do desperdício de tempo com análises e imposições falsas sob o manto da letra fria do positivos jurídico, que cumpre com maestria a letra o procedimento cego com temor às nulidades, mas sem nenhum compromisso com a justiça real do caso e com a ciência investigativa crítica, o qual traz um resultado aparentemente justo, entretanto sem conteúdo interno.

Sempre lembrando Warat (1995, v. 2, p. 53-54), que a epistemologia é vista pelo empirismo como um controle de coerência de uma ciência. É bastante profundo isso, controlar a coerência, a lógica ao se fazer uma teoria científica, significa, além de perquirir tudo como a zetética, critica a metodologia, e teoria e a teleologia.

Enquanto o empirismo predomina na interpretação jurídica, a epistemologia do direito denuncia o quanto uma teoria é condenável.

Alicerçado em Gaston Bachelard, (*apud* Warat, 1995, v. 2, p. 54), Warat sempre disse que o sistema de ciência do direito está descansando em duas metafísicas: voltada à razão tradicional e com o realismo.

Como propôs Lucas Galvão de Brito (2016, p. 2), “devemos afiar a lâmina do conhecimento sobre a pedra da epistemologia, pois só assim poderemos produzir cortes acurados e profundos sobre o objeto a que dedicamos nossa atenção”.

Sugere que a justiça brasileira e o operador do direito, sigam os conselhos de Warat, considerar a história do pensamento jurídico para uma metodologia de criação científica justa que merece o jurisdicionado, senão a produção de “uma epistemologia anti-empirista e anti-dogmática”. (Warat, 1995, v. 2, p. 54).

A experiência é excelente, mas a ausência da ciência a destrói. O dogmatismo é necessário, mas a falta de investigação crítica o torna injusto.

11 PROPOSTA DE UMA EPISTEMOLOGIA TRANSFORMADORA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E A DESMISTIFICAÇÃO DO FORMALISMO CRIADO PELO OPERADOR

Já se viu no decorrer deste ensaio que entre dogmática jurídica e epistemologia há a questão científica crítica. Se para dogmática basta a interpretação dos princípios do positivismo, a epistemologia não se contenta sem a busca de uma ciência que coloca em choque, critica e encontra as falhas ou os acertos de um sistema. Disto decorre que todo formalismo gerado nos procedimentos decorrente do direito processual civil, parte da dogmática jurídica pura.

Nem sempre houve o formalismo na processualística, até porque o processo civil como ciência veio no final do século XIX, como se pode buscar mais aprofundado nas teorias que pretenderam explicar o direito de ação, da *legis actiones* até Wach, Chiovenda e Carnelutti, e doravante separação do direito material. Mas isso como aparente excelência de acontecimento teve seus pontos negativos, como apontou Álvaro de Oliveira (2010, p. 20), que

esse divórcio concluiu por afetar o desiderato essencial do processualística, senão a de realizar o “direito material com justiça”.

Na história geral do direito, dos formalismos desvalorativos, importante lembrança trás Álvaro de Oliveira (2010, p. 59), da *Clementina Saepe*, obra do Papa Clemente V. Não se pode dizer desse decreto como mitigação de formalismo pois, aumentou em muito o poder diretório do juiz, inclusive a discricionariedade de agir *ex officio*. Relatos nos traz, inclusive formalismos banais como por exemplo de “o juiz pronunciar a sentença definitiva em pé ou sentado”.

O instituto *forma*, para minimizar a expressão formalidade, foi cada vez tentando se abrandar com o crescimento intelectual o ser humano. Mas basta voltar à Lei das XII Tábuas, na qual Gaio propõe um grande absurdo, ao qual não se pode dizer que não seja fruto da dogmática jurídica da época, que a substituição de uma simples expressão ou frase diversa daquela determinada pela regra jurídica era o bastante para improcedência do pedido (Oliveira, 2010, p. 39).

Já no Brasil, segundo Almeida (2012), o formalismo data-se de seu descobrimento, pois até a entrada em vigor do Regulamento 737 de 1850, permaneceram as regras das ordenações Filipinas de Portugal, sempre com excessivo rigor procedimental.

O juiz deve ser crítico ao conduzir o processo acerca do formalismo afim de não substituir *justiça por forma*, pois até mesmo o descumprimento de certo ritual formalístico não anula o ato, se realizado de forma diversa alcançar o desiderato necessário para conclusão da demanda, aliás tornou-se lugar comum o princípio fornecido pelos franceses da *ne pas de nulité sans grief*, a que Álvaro de Oliveira (2010, p. 264-265) chamou de “regra de ouro”, remetendo a Heilbut, para quem:

Nem todo descumprimento de uma forma determinada deve ter como consequência a ineficácia do ato processual realizado, pelo contrário haverá ineficácia apenas e na medida em que, com a desatenção da forma, for malograda a própria obtenção da finalidade para cuja segurança a forma foi estabelecida.

Apenas a título de exemplo, e “*um único*” dentre centenas, não se pode admitir o julgador extinguir o processo sem análise de mérito pelo fato de que a parte autora pretendeu reintegração de posse como pedido principal, cumulando com declaratória de rescisão de contrato, demanda esta na qual entendeu o julgador devesse a parte autora ter pleiteado rescisão de contrato em primeiro plano e em segundo a reintegração de posse (TJMT, 2014).

Para situações como essas é que a professora Teresa Arruda Alvim (2021, p. 195-199) vem defendendo o equilíbrio entre *rigidez* e *flexibilização*, apontando vários princípios que, com certeza, indicam qual atitude o julgador deve tomar para balancear os dois pontos. Dentre vários princípios citados, destacam-se os princípios da “*boa-fé objetiva*”, “*instrumentalidade*” e do “*máximo de rendimento com o mínimo de atividade jurisdicional*”, com ideia de desempenhar [um] “papel de ‘amortecedor’ da aplicação das regras mais rígidas”.

A pretensão da epistemologia nada mais é que destravar as *vendas* que impedem o verdadeiro conhecimento do sistema, dentre outros, o processual, e ditos *estorvos* são as complicações criadas pelo formalismo. Não que a dogmática jurídica seja marginalizada, nem aqui nem noutro lugar, mas a simples e apenas linguagem perlocucionária dos enunciados procedimentais leva o operador do direito a criar normas prescritivas individuais e concretas a tão só aplicar o formalismo que entender erigir dos enunciados dos códigos, sem, contudo, a investigação do benefício para o resultado que o processo busca.

A norma procedimental, diferentemente da norma material, por ser a base de uma linguagem semiótica a criar normas, como dito, individuais e concretas refletidas nas sentenças judiciais (ou atos administrativos) impõe e necessita sempre e sempre de uma investigação crítica *a priori*, pois, são enunciados que emitem comandos ao andar da carruagem a chegar a um fim que é a norma jurídica aos jurisdicionados. E, uma norma jurídica a partir de um enunciado prescritivo não se investiga sobre o verdadeiro ou o falso, apenas tem-se uma norma a ser cumprida. Eis a razão da preparação da *antecâmara* dessa norma traçar caminhos críticos a fim de que chegar a um fim justo sem empecilhos desvalorativos.

Voltando da norma jurídica para os enunciados, que são bases do legalismo, não se pode esquecer da verdadeira finalidade a que foi destinada o processo, ou como prefere a Professora Teresa Alvim (2021, p. 195), para quem “o princípio da legalidade estrita cedeu espaço aos princípios da *boa-fé* e da *segurança jurídica*, do intuito de se *evitarem nulidades*, e de se respeitar a vocação do processo”.

O positivismo é imprescindível ao sistema como a base para todas as demais buscas pela ciência jurídica, porém, somente a dogmática, que é *irmã* do positivismo, não é suficiente para uma ciência que produza um resultado justo no processo. (Warat (1995).

Da pureza do direito, não que Kelsen estivesse equivocado quando defendeu a *teoria pura do direito*, o que pretendia o jurista tcheco foi a pureza do direito no sentido dele mesmo

ter a própria interpretação como ciência independente das demais, como por exemplo a zetética e epistemologia.

O desenvolvimento das normas jurídicas individuais e concretas criadas pelos julgadores a partir do sustentáculo chamado processo, e sob pretexto de que este tenha como mola mestra o formalismo, é que desvia a pureza do direito processual das vias justas e de um fim, também justo, que, não somente, mas de grande importância poderá a epistemologia jurídica auxiliar nessa inusual tarefa.

A esse tema encaixa preciosa lição de Miguel Reale (Reale, 1968, p. 84), para quem, “toda pretensão de apresentar a Ciência do Direito independente de quaisquer pressupostos filosóficos, ou os subentende inadvertidamente, ou se resolve num equívoco agnosticismo filosófico que já equivale a uma contraditória tomada de posições especulativas”.

E continua o filósofo paulistano a enaltecer a missão da epistemologia ao lado da dogmática jurídica, esta como importante revelação da teoria geral do direito, para quem:

A Teoria Geral do Direito, – da qual [...] a Dogmática Jurídica é a expressão ou a especificação mais relevante –, não pode ser concebida senão como o estudo sistemático do direito em sua unidade e desenvolvimento, como realidade histórica subordinada a exigências e finalidades espaço-temporais mutáveis, assim como a pressupostos lógicos universais, cuja determinação é tarefa da Epistemologia Jurídica. (Sic). (Reale, 1968, p. 84).

Não que a epistemologia veio para destruir a formalismo, aquele oriundo da linguagem dogmática, porém, evitar o desperdício de formas que tão somente ocupam o tempo cronológico do caminho processual.

O próprio Warat (1995, v. 2, p. 305-308) propôs uma nova óptica à epistemologia, agora uma “epistemologia das significações” com arrimo na semiótica, nas significações que orientam o estudo mais dos sentidos do que propriamente dos conceitos, pois a semiologia permite a linguagem dos sentidos do que se pretende dizer, e, em assim sendo, uma dissociação entre opinião e ciência crítica, que o filósofo argentino chamou de “a ortodoxia epistemológica”, no sentido de não permanecer a ciência ortodoxa.

Não se cultua a epistemologia, até porque teríamos uma noção de conhecimento positivado que afasta outras fontes do saber. Mas um conhecimento crítico que afasta de uma linguagem intransigente alicerçada em estereótipos.

Quando Warat (1995, v. 2, p. 308-309) fala da dissociação entre “doxa” e “episteme”, quer fugir das tradições que transmitem padrões como únicos a serem seguidos independente de outras fontes da ciência. Mesmo a ciência crítica, que é a epistemologia, mas não a “positivista”, mas uma ciência crítica que utiliza como base a linguagem, a semiótica.

Que a cultura e o espírito dos operadores do direito (juízes e partes) evoluam mais e mais a fim de não abolir o formalismo – sem o qual não existe processo -, porém não a única mais muito importante, a epistemologia jurídica pode ajudar com suas buscas infindas e críticas.

12 CONCLUSÃO

Mesmo aparentando certa contrariedade ao sistema atual da processualística, pretendeu nesse ensaio, uma demonstração daquilo que se pode melhorar na trilha do processo civil. O vezo do operador do direito descansou na mera aplicação do formalismo procedimental.

O formalismo, como se viu, é imprescindível a todo e qualquer processo de qualquer esfera ou natureza for. Sem a forma não há resultado. A exemplo disso, e muito distante do direito, podemos só imaginar um processo químico para determinado medicamento sem as formalidades o que seria? Igualmente é o processo civil na distribuição de justiça através da norma jurídica individual e concreta criada pelo julgador.

O que não observa ou não percebe em muitas vezes, o julgador, é que o excesso do formalismo em qualquer procedimento de processo, é prejudicial e leva à ruína das instituições e dos instituídos.

O corte epistemológico que se faz não ocorreu em prejuízo da dogmática, mas em coparticipação a fim de cientificizar criticamente o direito positivo a investigar se aquele formalismo empregado em determinada demanda é o melhor para justiça do caso e para sociedade.

E, em se falando de sociedade, de há muito o direito pensa e já pretendia uma justiça *erga omnes*. O que os julgadores fazem não pode e não fica interpartes, a justiça em qualquer demanda, sem exceção, é *ultra partes*.

O ser humano vive-se em uma espécie de condomínio macro, no qual a norma jurídica individual e abstrata, a partir de uma sentença judicial final e preclusas as vias recursais, serve a toda comunidade pertencente a ele.

Anseia a Justiça brasileira uma aproximação ao sistema *common law*, eis que, de algum tempo, já vem tentando uniformizar o entendimento dos Tribunais a ser aplicado a casos análogos e, assim, ter-se um padrão sadio de resolução de demandas. Tanto que o atual CPC, de *lege ferenda*, já pensou em positivizar essa ideia da pulverização das normas jurídicas criadas em decisões dos Tribunais, a perceber pelo art. 927, em decisões comuns, como em controle difuso de constitucionalidade previsto nos arts. 525, § 12 e 535, § 5º, todos do CPC.

Voltando ao formalismo, não se pode pecar pela omissão em considerar os avanços tentados [e conseguidos] pelo direito processual ao longo dos tempos, desde o Regulamento 737/1850, Códigos de 1939, 1973 e o atual, podendo citar alguns exemplos como a diminuição de alguns recursos, a extinção do processo cautelar², extinção da velha ação declaratória incidental para fazer coisa julgada decidida *incidenter tantum*, enfim, inúmeras outras mudanças ajudaram mitigar o formalismo desvalorativos.

Justificando a difusão das decisões judiciais, é que o *cerimonialismo* sem a participação da ciência do direito e da parcela da epistemologia jurídica, jamais, e ousa-se dizer, nunca conseguirá criticar a antessala de uma decisão judicial a produzir um resultado justo e, a partir daí, não somente às partes envolvidas, mas toda a sociedade, será submetida a uma norma jurídica individual, concreta e difusa, cujas fontes foram meandros injustos e ilegítimos, tanto quanto ao mérito, quanto ao custo e ao tempo despendido.

Conclui-se que já ultrapassou o tempo de observação e aplicação de métodos mais ousados na processualística, mas nunca é tarde para advertir o julgador a colocar *pitadas* de filosofia, com seu ramo epistemológico na administração do processo, quer administrativo quer judicial, a fim de cumprir sua missão primordial, não só da pacificação, mas de justiça e equidade e, com maior razão, em prazo razoável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal. Edição Fac-similar da 14ª edição, segundo a primeira de 1603, e a nona de Coimbra de 1821.** Brasília: Senador Federal, 2012.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

² Faz-se, aqui, referência a *processo cautelar*, não atingindo as medidas ou provimentos cautelares, os quais permaneceram.

ARISTÓTELES. Metafísica Livros I, II e III. **Clássicos da Filosofia: Cadernos de Tradução**. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. n.1. Campinas: UNICAMP/IFCH, 2008.

BENOIT, Hardy-Vallée. **Que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno, São Paulo: Parábola, 2013.

BRITO, Lucas Galvão de. Dividir, definir e classificar: conhecer é recortar o mundo. **1º Curso internacional de teoria geral do direito, 2016 em Veneza**. São Paulo: IBET, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2011.

FÁBIO, Caio. **Jonas, o sucesso do fracasso**. Niterói: Editora Vinde, 1991.

LEVI, Alesandro. **Teoria generale del diritto**. Padova: Cedam, 1950.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil, proposto de um formalismo – valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRIBERAM. **Dicionário da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021**. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/raz%C3%A3o>. Acesso em: 28 jul. 2022.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROMANO, Rogério Tadeu. A tópica em poucas palavras. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 5221, ano 22, 17 out. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58853>. Acesso em: 13 jun. 2022.

SCHALCHER, Tayana Wood. **A Tópica na argumentação jurídica segundo Theodor Wiehweg**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6342/A-Topica-naargumentação-juridicaegundoTheodorWiehweg#:~:text=A%20t%C3%B3pica%20%C3%A9%20uma%20parte,solu%C3%A7%C3%A3o%20justa%20para%20qualquer%20caso>. Acesso em: 11 jun. 2022.

STIRN, François. **Compreender Aristóteles**. Tradução de Ephraim F. Alves. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO (TJMT). Processo RtMt Posse: **PJe**: 0010377-17.2014.8.11.0015. 2014. Disponível em: <https://pje.tjmt.jus.br/pje/Processo/ConsultaProcesso/Detalhe/listProcessoCompletoAdvogado.seam?id=3262384&ca=7f63ea18849ca0ae2509c8cc48cb2c20c6755594b00fcc6ff9729d70a896d4f1c6671ff2dacfa2deb1d00695151b1f06c4f4e8513398b125>. Acesso em: 14 ago. 2026.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência:** uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

VIEHWEG, Theodor. **Topica y Jurisprudencia.** Madrid: Taurus, 1964.

WARAT, Luís Alberto. **Introdução geral ao direito, v. 2:** a epistemologia jurídica da modernidade. Trad. José Luís Bolsan. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

AUTORIA

DANIEL DE MOURA NOGUEIRA

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Departamento de Pós-graduação em Direito, Doutorado, São Paulo, SP, Brasil.

Doutorando da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Mestre em Direito Processual pela Instituição Toledo de Ensino (ITE).

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Fasipe de Sinop (UNIFASIPE). Advogado.

E-mail: advdanog@live.com

Submetido: 03/04/2026 **Aprovado:** 01/07/2026