

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

**O CONTEÚDO LÓGICO-OBJETIVO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA:
uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo
crítico**

Belo Horizonte
2016

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

**O CONTEÚDO LÓGICO-OBJETIVO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA:
uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo
crítico**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Co-orientador: Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques

Linha de Pesquisa: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B277c Barros, Vinícius Diniz Monteiro de
O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo crítico / Vinícius Diniz Monteiro de Barros. Belo Horizonte, 2016.
201 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Coorientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Processos. 2. Presunção de inocência. 3. Racionalismo. 4. Estado democrático de direito. 5. Epistemologia social. 6. Argumentação jurídica. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Marques, Leonardo Augusto Marinho. III. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.9

Vinícius Diniz Monteiro de Barros

**O CONTEÚDO LÓGICO-OBJETIVO DO PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA:
uma proposição segundo a teoria neoinstitucionalista do processo e o racionalismo
crítico**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor.

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Leonardo Augusto Marinho Marques (Coorientador) - PUC Minas

Prof. Dr. Antônio Cota Marçal - PUC Minas - Banca Examinadora

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - PUC Minas - Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Roberto Borges Ceccarelli - PUC Minas - Banca Examinadora

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli - PUC RS - Banca Examinadora

Prof. Dr. Felipe Martins Pinto - UFMG - Banca Examinadora

Belo Horizonte, 11 de maio de 2016.

Para Maria Luísa, Ana Paula e Déa.

AGRADECIMENTOS

Aos estimados Professores Doutores Rosemiro Pereira Leal, David Miller, Leonardo Marinho, Antônio Marçal, André Leal e Paulo Ceccarelli, sem cuja participação não haveria tese.

Aos Professores Doutores Nereu Giacomolli e Felipe Martins, pela interlocução embora breve e pelos reparos suplementares ao objeto da tese.

À Associação dos Docentes da PUC Minas – ADPUC e à Escola Superior da Defensoria Pública da União – ESDPU, pela concessão de bolsas parciais de estudo.

[...] Nem sequer como conhecimento prévio a filosofia é absolutamente necessária para o jurista. A jurisprudência pode ser estudada perfeitamente tanto com o direito, quanto sem ele. Isto flui do fato de que a jurisprudência pôde florescer perfeitamente em épocas nas quais não se estudou filosofia alguma, e, se foi estudada, foi de modo tal que não poderia ser considerada como filosofia (SAVIGNY, 1802).

É verdade que as ciências sociais ainda não atingiram plenamente esse caráter público do método [...]. Por isso, são realmente ‘ideologias totais’. [...] O único caminho viável para as ciências sociais é esquecer completamente os fogos de artifícios verbais e enfrentar os problemas práticos de nossa época com a ajuda dos métodos teóricos que são fundamentalmente idênticos em todas as ciências” (POPPER, 1945).

O Estado, porque se veda saber o que ele é, mas já desmentido em seus fetichizados propósitos, emerge desveladamente como organização criminosa (art. 5.º, LIV e LV, da CB/88), que, por *álibi*, de uma sabedoria fortemente armada [autoridade], diz o que é lícito e ilícito por seus ‘poderes’ harmônicos e independentes entre si. Qualquer conquista crítico-teórico-constitucional que se possa fazer (como o *devido processo* construtivo de uma normatividade não repressiva) é distorcida em seus conteúdos epistemológicos em prol do romanismo arcaico da *ars inveniendi* que pela tópica e retórica elege o autoritarismo do **Estado-juiz**, aplicador e intérprete exclusivo do direito, como operador das ficções de liberdade e dignidade, que alardeiam assegurar para todos [...] (LEAL, 2013).

RESUMO

De uma forma geral, o estudo do Direito há muito se afastou das discussões epistemológicas, a ponto de os juristas não mais conseguirem explicar em que teorias científicas e lógicas se estrutura o discurso jurídico que enunciam ou defendem. Na proposta de um direito democrático ou não dogmático, esse afastamento impede a delimitação e o enfrentamento de problemas repetidos ao longo da história. Com o objetivo final de identificar um desses grandes problemas, o conteúdo lógico da *inocência*, como proposição fundante de um discurso jurídico processual, constitucional e democrático, na área de pesquisa em Direito Processual do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas (CAPES 6), este trabalho de doutoramento revisita as premissas lógicas e epistemológicas da Antiguidade, da Modernidade e da Contemporaneidade. O principal problema identificado no percurso da pesquisa foi a subjetivação do ato decisório entre culpa e *inocência*, deixado à autoridade que monopoliza o sentido do Direito (dogmático), com argumentos tópicos e retóricos (não científicos). O marco teórico que permitiu um avanço crítico sobre as teorias do conhecimento e, em especial, do conhecimento jurídico-científico foi o Racionalismo Crítico, transposto ao campo jurídico pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo. No eixo do Racionalismo Crítico e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, sistematizou-se um conjunto coerente de teorias, inclusive da Psicanálise, para afastar toda carga subjetivante, dogmática e autoritária da proposição jurídica da *inocência*, que rege os procedimentos penais e criminais no Estado Democrático de Direito. Que significa lógica, objetiva e epistemologicamente *inocência* no discurso jurídico-científico? A resposta a essa pergunta é uma tese que coincide com os postulados do falsificacionismo de Popper, aqui estruturantes da ideia de dignidade no direito democrático e pela primeira vez ofertados à crítica jurídico-científica, sob o signo da *inocência*.

Palavras-Chave: Processo. Racionalismo Crítico. Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Inocência. Direito democrático. Epistemologia. Lógica. objetividade científica.

ABSTRACT

In general, the study of Law has long departed from the epistemological discussions, to the point that jurists no longer manage to explain which scientific or logical theories do structure the legal discourse that they enunciate or defend. In proposition of a democratic or not dogmatic Law, that situation prevents the identification and the confrontation of throughout-History-repeated problems. With the ultimate goal of identifying one of these great problems, the logical content of *innocence*, as founding proposition of a legal, processual, constitutional and democratic discourse, in research area of Processual Law from the *Stricto Sensu* Postgraduate Program in Pontiff Catholic University of Minas Gerais - PUC Minas (CAPES 6), this PhD work revisits the logical and epistemological premises of Antiquity, Modernity and Contemporaneity. The main problem identified in the research route was the subjectivity of the decision-making act between guilt and *innocence*, left to the authority which monopolizes the meaning of the (dogmatic) law, with topical and rhetorical (not scientific) arguments. The theoretical framework that allowed a critical advance on the theories of knowledge and, in particular, the legal-scientific knowledge was the Critical Rationalism, transposed to the legal field by Neoinstitutionalist Theory of Process. Around the axis of Critical Rationalism and the Neoinstitutionalist Theory of Process a coherent set of theories, including Psychoanalysis, was systematized to ward off all subjectifying, dogmatic and authoritarian charge from legal proposition of *innocence*, which regulates all criminal proceedings in the Democratic State of Law. What does innocence logically, objectively and epistemologically mean in legal-scientific discourse? The answer to that question is a thesis that coincides with Popper's falsificationism postulates, here structuring the idea of dignity in democratic law and for the first time offered to legal-scientific criticism, under the sign of *innocence*.

Keywords: Process. Critical Rationalism. Neoinstitutionalist Theory of Process. Innocence. Democratic law. Epistemology. Logic. Scientific objectivity.

ZUSAMMENFASSUNG

Im allgemeinen hat das Jurastudium den erkenntnistheoretischen Diskussionen verlassen, bis zu dem Punkt, in dem Juristen nicht mehr erklären können, in welchen wissenschaftlichen und logischen Theorien sich der Diskurs, die sie artikulieren und verteidigen, strukturiert wird. In dem Vorschlag für eine demokratische oder nicht dogmatische Rechtswissenschaft verhindert diese Verlassung die Bestimmung und die Konfrontation von Problemen, die sie im Laufe der Geschichte wiederholen. Um einem dieser größten Probleme in der Forschung über Verfahrensrecht des *Stricto Sensu* Aufbaustudiengang der Katholischen Universität Minas Gerais - PUC Minas (CAPES 6) zu identifizieren, den logischen Inhalt der Unschuld als Gründungs eines konstitutionellen und demokratischen Verfahrensrechtsdiskurs, besucht diese Doktorarbeit die logischen und epistemologischen Voraussetzungen der Erkenntnis in der Antiquität, in der Modernität und in der Kontemporanität. Das Hauptproblem bei der Erforschung Route wurde unter anderem die Subjektivität der Entscheidung zwischen Schuld und Unschuld wenn der Sinn des (dogmatischen) Gesetzes mit rhetorischen (nicht wissenschaftlichen) Argumenten von dem Behörde monopolisiert wird. Der theoretische Rahmen, der einen bedeutenden Fortschritt auf den Erkenntnistheorie erlaubt hat, wurde Poppers Kritischer Rationalismus, der von Leals Neoinstitutionalistischen Theorie des Prozesses zum Jurabereich umgesetzt wurde. Um die Achse des Kritischen Rationalismus und der Neoinstitutionalistischen Theorie des Prozesses wurden zusammenhängenden Theorien, einschließlich der Psychoanalyse, organisiert, um alle subjektivierenden, dogmatischen und autoritären Sinnen der Unschuld, die die Strafrecht- und Strafverfahrenrecht der Demokratischen Rechtsstaat informiert, abzuwehren. Was bedeutet dann logischerweise, gegenständlich und epistemologisch im rechtswissenschaftlichen Diskurs die Unschuld? Die Antwort auf diese Frage ist eine These, die mit Poppers Falsifikationismus übereinstimmt. Diese These ist ein strukturierendes Element der Idee der Würde in der demokratischen Recht und wird zum ersten Mal für rechtswissenschaftliche Kritik als Zeichen "Unschuld" vorstellt.

Schlüsselwörter: Prozess (Verfahren). Kritischen Rationalismus. Neoinstitutionalistische Theorie der Prozess. Unschuld. demokratisches Recht. Epistemologie. Logik. Wissenschaftliche Objektivität.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CP	Código Penal brasileiro
CPP	Código de Processo Penal brasileiro
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
PUC Minas	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: DO PROCESSO CONSTITUCIONAL AO NEOINSTITUCIONALISMO PROCESSUAL	23
1 PROCESSO COMO EPISTEMOLOGIA	29
1.1 Processo e Epistemologia: noções elementares	29
1.2 <i>Epistême</i> dos pré-socráticos a Platão	30
1.3 <i>Epistême</i> em Aristóteles.....	33
1.4 A <i>Tópica</i> como contraponto lógico à <i>Epistême</i>	37
1.5 Da <i>Tópica</i> à Civilística e à Jurisprudência: um problema não resolvido por Fazzalari	43
1.6 <i>Epistême</i> na Modernidade.....	45
1.7 <i>Epistême</i> contemporânea: abertura ao devido processo	54
2 PROCESSO E <i>DEVIR</i>: A ABERTURA EPISTEMOLÓGICA CONTEMPORÂNEA CONTRA AS VÁRIAS FORMAS DE DOGMATISMO	61
2.1 O contemporâneo, o direito e o poder na (de-)formação do sujeito	61
2.2 A profanar: a pena entre poder e violência no Estado de Direito moderno	66
2.3 A soberania como violência fundante do direito e o abandono radical do <i>homo sacer</i> no paradigma moderno do estado de exceção.....	71
2.4 Tradição, autoridade e retórica: crenças dogmáticas	76
2.5 O logro da legalidade penal não processualizada e o direito (dis-)positivo dogmático como antítese do direito democrático	80
2.6 A procedimentalidade e a proceduralidade penais explicitadas por Foucault: os porquês modernos do apenar	92
3 A SUBJETIVIDADE E A AUTORIDADE EMBOSCADAS PELA CRÍTICA PSICANALÍTICA: CONTRIBUIÇÕES DA PSICANÁLISE À DESSUJEITIZAÇÃO DA CULPA E DA INOCÊNCIA.....	111
3.1 A alma, a Psicanálise e a suprema crueldade do direito não psicanalisado.....	111
3.2 O Caso Schreber: um exemplo típico de comportamento paranoico da autoridade jurídica.....	121
3.3 Autoridade psicótica e judiciário superegoico – déficit teórico-científico ou ideologia barata?	126
3.4 O agravamento dos efeitos da psicose nos procedimentos penais pela inquisitorialidade e a ainda incompreendida Teoria Geral do Processo no nível instituinte (epistemológico) do Direito	132
4 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA E OS ESPAÇOS LÓGICO-DEMOCRÁTICOS DE SUA ENUNCIÇÃO PROPOSICIONAL: RACIONALISMO CRÍTICO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA	137
4.1 Racionalismo Crítico, Processo e ruptura do círculo de violência e apenação a cargo da autoridade jurídica.....	137
4.2 Os problemas do conhecimento: demarcação e indução. A diferença entre justificação e fundamentação na (des-)dogmatização da Ciência Jurídica.....	140
4.3 Falsificacionismo, conhecimento objetivo, rejeição ao psicologismo e à <i>sujeitização</i> das decisões.....	144

4.4 O Racionalismo Crítico como epistemologia das Ciências Sociais e do Direito Democrático	148
4.5 Cognição processual: aproximação não probabilística com a verdade e metalinguagem.....	153
4.6 A reforma jurídica gradativa das instituições (<i>piecemeal engineering</i>) e a ressemantização da inocência	156
4.7 Noções indispensáveis à compreensão da Teoria Neoinstitucionalista do Processo (Leal) como topologia democrática dos procedimentais criminais e penais	159
4.8 A objetividade lógica do Princípio da <i>Inocência</i> no ordenamento democrático unicista (neoinstitucionalista): entre Processo e Direito Penal.....	169
4.9 A importância da Teoria da Prova à compreensão da procedimentalidade democrática e do conteúdo objetivo do Princípio da <i>Inocência</i>	173
4.10 O limiar entre teoria e prática Fora de Erro (“Out of Error”). O conteúdo falsificacionista do Princípio da <i>Inocência</i> – uma tese de acordo com o Racionalismo Crítico (Popper/Miller/Leal).....	175
5 A TÍTULO DE CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	187
REFERÊNCIAS	191

INTRODUÇÃO: DO PROCESSO CONSTITUCIONAL AO NEOINSTITUCIONALISMO PROCESSUAL

A definição da culpa pela prática de um crime pressupõe a superação da situação jurídica de inocência, enunciada como princípio diretamente pela Constituição (art. 5.º, LVII, da CRFB) a todo cidadão investigado ou acusado. O percurso procedimental da aferição, da constatação e da declaração da culpa submete-se ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia, estruturantes do devido processo, nos níveis instituinte e constituinte do Direito (art. 5.º, LIV e LV, da CRFB), além de uma miríade de outras garantias processuais constituintes da normatividade, segundo o texto da Constituição, as Convenções e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos de que o Brasil é parte¹. A expressão *modelo constitucional de processo* (ANDOLINA e VIGNERA, 1990) não é novidadeira para quem tenha tido contato mínimo com o estudo do direito processual no último quarto de século. Mais especificamente na abordagem do direito processual penal ganham a cada dia maior relevo as chamadas garantias constitucionais, constatação praticamente uníssona entre os autores da disciplina desse mesmo período², que tem como marco inicial, em termos históricos, no Brasil, a promulgação da Constituição de 1988.

Por mais que se insista na afirmação de que, nas democracias constitucionalizadas, a jurisdição precisa se submeter ao devido processo, e não o contrário, superando-se a velha teoria do processo como relação jurídica (FAZZALARI, 2006; GONÇALVES, 2012), parece que muito de não explicado ainda há sobre como se dá essa submissão. No processo penal, particularmente, assusta a facilidade com que, *com, sem ou apesar* da instrução e das garantias constitucionais, decisões (ROSA, 2006; ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008) são proferidas, prisões são ordenadas, culpa é imputada, a partir da noção de mundo supostamente privilegiada do decisor. E, em geral, esse problema decisório é levado para a não menos antiga e repisada discussão acerca do conflito entre os sistemas inquisitório e acusatório, sem que noção mínima se tenha sobre sistema (COUTINHO, 2009-A, COUTINHO, 2009-B), sempre revivendo a incompatibilidade epistemológica estrutural entre o marco legal fascista do CPP de 1941 e o ganho democrático da Constituição de 1988.

¹ Há quase 20 anos, o Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da PUC Minas se notabiliza por estudos do chamado processo constitucional. Por todos: BARACHO, 1999; BARACHO, 2008; BARROS, 2009-A; BARROS, 2009-B; BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, 2010; CATTONI DE OLIVEIRA, 2001.

² Para uma coleção de referências bibliográficas a respeito, confere MONTEIRO DE BARROS, 2013, em especial o capítulo 2.

Nos meandros da (cega) prática do processo penal há de tudo um pouco: abolicionistas, garantistas, finalistas, funcionalistas, adeptos do movimento da lei e da ordem ou da teoria das janelas quebradas, bem como algumas figuras híbridas ou sincréticas (WEBER, 2004), também as ecléticas e aquelas de conhecimento jurídico menos refinado, que decidem segundo a pressão da mídia (ROSA, SILVEIRA FILHO, 2008), ou como melhores aprover, com critérios indevassáveis de sensibilidade à situação (realidade) dos autos, vulgar e quotidianamente chamada de “caso concreto”. É esse ambiente (i)lógico de *babelização* do processo penal e de seus critérios procedimentais que acolhe, propicia e estimula a recaída da questão jurídico-decisória no **subjetivismo** da autoridade do momento, seja a que investiga, a que acusa, a que defende ou a que julga. A quem tenha tido menos oportunidade de se dedicar ao estudo da história da filosofia da ciência, da epistemologia e das teorias do conhecimento, situação longe de ser rara entre bacharéis, praxistas ou “operadores” do direito³ e mesmo juristas de fama midiática no Brasil e no mundo ocidental, esse quadro pode parecer algo intuitivamente bom, porque ancorado em um suposto e tolerante pluralismo hermenêutico, ideológico ou “doutrinal”⁴. Todavia, trata-se do sintoma da ausência de demarcação do conhecimento jurídico-científico, que impede ou, na melhor das hipóteses, retrai por várias gerações seu crescimento, contribuindo para a perenização das mazelas sociais e o descrédito alarmante e ainda crescente, quer entre juristas, quer entre não juristas, nas instituições jurídicas e sua potencialidade de implantar realidades diferentes, em especial no Brasil, país com índices insuportáveis de exclusão do povo da fruição de direitos fundamentais⁵.

O apelo à **subjetização (sujeitização)** da decisão jurisdicional ou mesmo a aceitação da subjetividade da autoridade na prolação de decisões jurídicas como algo insuperável e escatológico traduzem a aporia central do direito dogmático (ciência dogmática do Direito) que permite a autossabotagem do ordenamento jurídico, fundado na legalidade, pelo ingresso

³ “(...) Nem sequer como conhecimento prévio a filosofia é absolutamente necessária para o jurista. A jurisprudência pode ser estudada perfeitamente tanto com o direito, quanto sem ele. Isto flui do fato de que a jurisprudência pôde florescer perfeitamente em épocas nas quais não se estudou filosofia alguma, e, se foi estudada, foi de modo tal que não poderia ser considerada como filosofia. Quem não tiver inclinação para a filosofia, é melhor que a deixe. O seu estudo requer a vida toda, e não só metade de um ano”. (SAVIGNY, 2001, P. 55-56).

⁴ Sobre o discurso jurídico como herdeiro moderno do discurso religioso medieval, em meio a vestes talares, uso exibicionista e muitas vezes errado do latim, defesa de “doutrinas”, em vez de teorias científicas, e distanciamento da realidade, confere MARÇAL, 2007, p. 31-58.

⁵ Confere, a título de ilustração, sem aprofundamento estatístico, que foge ao objeto da presente tese, estudo do IBGE sobre o quadro de ausência de fruição de direitos fundamentais no Brasil, com destaque às p. 180 e seguintes: ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2013/SIS_2013.pdf, acessado em 02 de julho de 2015. Indicadores de anos mais recentes não estão disponíveis a uma consulta expedita.

nele da **autoridade e sua autoritariedade decisória** no manejo desembaraçado da força-de-lei. Esse diagnóstico inicial denuncia uma radical deficiência teórica dos estudos jurídicos há séculos, talvez milênios, que, ainda persistente nos dias de hoje, impede a implantação no Brasil do Estado Democrático de Direito, como conquista teórica de 1988, sobretudo na área criminal. Quando se trata de formular um juízo de culpa(-bilidade) e impor sanções penais, a situação toma contornos dramáticos, pois o suplício institucionalizado da apenação permanece no curso da história sem se saber, kafkianamente (KAFKA, 1998), qual a efetiva função da pena, sem se saber em que ela é compatível com a democracia constitucionalizada e enucleada em direitos fundamentais para todos e, como consequência dos dois primeiros casos de ignorância, sem se saber por que se apena, afinal...

É importante, então, resgatar, como ponto de partida desse trabalho, a afirmação pioneira de Baracho, para quem “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental, mas uma *metodologia de garantia dos direitos fundamentais*. Suas instituições estruturais [...] remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais” (BARACHO, 1999, P. 119, grifos acrescidos)⁶. Se o processo é uma metodologia, está lançado o convite ao estudioso do direito processual para aprofundar suas investigações teórico-científicas nas questões epistemológicas, correndo o risco do desamparo a que tal proposta encaminha o pesquisador. E é “com” Baracho e “contra” Baracho que, antes de esse trabalho abordar a **sujeitização-autoritariedade** com que o direito corriqueiramente trata os institutos da **culpa**, da **inocência**, da **argumentação** e da **decisão** jurídicas, propondo sua erradicação, seguir-se-á um percurso epistemológico, que visa indicar e esclarecer a opção teórica aqui adotada: não mais a do processo constitucional (ou modelo constitucional de processo), de Baracho, mas a do neoinstitucionalismo processual, de Leal, a única hoje em grau de profundidade epistemológica suficiente para oferecer-se ao enfrentamento crítico contra o gravíssimo problema da carga de **subjetividade** e **autoritariedade** que parametrizam, no momento jurisdicional-decisório, os conteúdos dos institutos jurídicos da **inocência** e da **culpa** nos procedimentos penais brasileiros.

No primeiro capítulo, o trabalho resgata as noções de *epistême* e *dever* desde a Antiguidade grega, dos pré-socráticos a Platão, com destaque às contribuições posteriores de Aristóteles. Situa-se no *Organon* de Aristóteles a *Tópica* como forma lógica do discurso baseada em opiniões (fundamentos não epistêmicos e alheios à verdade e à certeza), que, entregando o sentido do discurso às autoridades, ainda hoje cativa os juristas. Diferencia-se a

⁶ A lição se repete em obra do professor mineiro com edição menos antiga: BARACHO, 2008. P. 47.

Tópica de Aristóteles da *Tópica* de Cícero e identificam-se elementos tópicos e retóricos na obra de Fazzalari, importante autor do Direito Processual no século XX. Perpassa-se o estudo da *epistème* e do *devoir* também na Modernidade, escolhendo-se o movimento do Idealismo Alemão como representativo do pensamento de época, que não supera – antes reforça – o subjetivismo das noções de culpa e inocência, dependentes da autoridade, intérprete privilegiado das ideias mediadas ou não de certeza e verdade. Encerra-se o capítulo com a explicitação do discurso do conhecimento na Contemporaneidade, cuja estabilização topológica se dá no *devoir*, e não na *epistème* (verdades certas ou necessárias), sem deixar de constituir tema de singular importância epistemológica, assim recepcionando o Processo como teoria da lei democrática e seu princípio (proposição autocrítica) instituinte de inocência.

No segundo capítulo, encadeia-se uma série de teorias compatíveis com a matriz epistemológica do *devoir* contemporâneo, que recepciona o Processo neoinstitucionalista e assenta críticas ainda não enfrentadas pelos cultivadores da *epistème* moderna. Desenvolve-se estudo sobre os postulados dogmáticos, que, não esclarecidos, ainda sitiam a democracia jurídica em sentido neoinstitucionalista, impedindo sua instalação e seu desenvolvimento. Entre eles, exploram-se as noções de violência fundante e mantenedora do Direito, soberania e estado de exceção, campo de concentração e *homo sacer*, tradição e autoridade, legalidade retórica e, não menos importantes, os procedimentos e as condutas punitivas que marcam, na Modernidade, um conhecimento avesso à crítica, em meio ao qual muito e muito autoritariamente se pune a pretexto de culpa evidente e pouca atenção se dá à inocência objetivamente considerada, apesar das promessas de um tempo com liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens.

No terceiro capítulo, ganha espaço o já tardio confronto epistemológico entre Direito e Psicanálise, esta com inigualável potencial crítico, mas avesso à institucionalização, aquele com imemorial institucionalização, mas avesso à crítica em sua fundamentação dogmática e ultrapassada. Aprofundamentos sobre a crueldade da imputação dogmática da culpa e da imposição institucionalizada de punição, incentivadas por um pleito de civilização e seu inevitável mal estar, acabam por indicar as doenças psíquicas que, de forma bem emblemática, afetam o jurista e a autoridade resolutiva de conflitos humanos que ele atribui a si mesmo, em diagnosticado exemplo de paranoia (caso Schreber). Demonstra-se que tudo isso está bem distante de qualquer juízo lógico e objetivo sobre a inocência, que, até então, pode até ser defendida, mas não mais do que em um sentido tópico, retórico e ideológico.

No quarto capítulo, enfim se apresenta o conteúdo lógico-objetivo da proposição jurídica da inocência nos níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito, após uma longa digressão sobre aspectos elementares da Teoria Neoinstitucionalista do Processo (LEAL) e do Racionalismo Crítico (POPPER/MILLER). Sublinha-se em que exatamente essas teorias concorrem para eliminar a necessidade de um intérprete autoritário, monopolista e paranoico do sentido normativo, substituído por uma teoria interpretante que, desde o nível instituinte, oferta à proposição jurídica (princípio não em sentido aristotélico, nem kantiano) da inocência os elementos autocríticos do falibilismo, do negativismo e do ceticismo, coincidentes com o falsificacionismo (POPPER/MILLER) e compatíveis com a biunivocidade semântica e neoinstitucionalista da isonomia-dignidade.

Impõe-se uma confissão ou um alerta, com muita sinceridade, ao leitor e à leitora que desejam ultrapassar a introdução. Este não é um trabalho em que se fizeram coletâneas de excertos de jurisprudência, cópias e abordagens de obras tradicionais e historicistas sobre a inocência no curso da humanidade, nem comparações de como europeus colonizadores pretendem iluminar os latino-americanos colonizados com um significante-mestre (mito) chamado (evocado, exortado) inocência. Se o fizesse, trair-se-ia, ruiaria internamente, como o faz o princípio da legalidade em seus já descortinados fundamentos retóricos. O trabalho é – como transparece de seu marco epistemológico, nem sempre percebido e, quando percebido, não raro mal compreendido – de construção de uma proposição teórico-linguística da inocência a ser ofertada à crítica, sem qualquer fronteira com o engajamento ou a defesa de uma ideia-matriz dogmática. Aqui o leitor e a leitora não acharão um comentário sequer nem mesmo sobre o fatídico HC 126.292, julgado pelo STF há pouco (fevereiro de 2016), porque esse julgamento não passa de uma consequência não surpreendente nem inesperada, embora lamentável, de todo o atraso epistemológico de que padece o estudo do Direito e do Processo no mundo e, em especial, no Brasil, que não desperta, por si só, grande desafio a uma tese que se proponha a alguma inovação teórico-científica. A título de considerações finais, porém, o leitor e a leitora encontrarão um ponto de partida para escancarar a precariedade epistemológica, a crueldade psicanalítica e, mais do que isso, a ilogicidade em que mergulhada a prática processual penal brasileira quando o tema é o princípio (proposição) da inocência.

1 PROCESSO COMO EPISTEMOLOGIA

1.1 Processo e Epistemologia: noções elementares

Logo no capítulo 2 de sua Teoria Geral do Processo, Rosemiro Pereira Leal destaca, com a brevidade que o livro introdutório permite e de maneira invulgar em livros com semelhante proposta, a importância de deixar clara a linha epistemológica de qualquer trabalho científico em Direito Processual. Em passagem de reprodução obrigatória, esclarece que **epistemologia** é o “estudo crítico proposicional do conhecimento humano a partir da relação sujeito-objeto, consciência-existência, linguagem-mundo”⁷. Esse estudo epistemológico é que permite a formação de um “conjunto de conhecimentos [*estoque teórico*], ainda que provisórios, ao entendimento e esclarecimento das fases jurídicas da atividade e interação humanas empreendidas até a construção das atuais bases histórico-científicas do **Processo** (...)” (LEAL, 2012, P. 33). A seguir, Leal classifica didaticamente as bases morfológicas da epistemologia (técnica, ciência, teoria e crítica científica) em **geral**, **jurídica** e **processual**. No entanto, essa classificação, em vez de trinária, haveria de ser **binária** (epistemologia geral e epistemologia jurídico-processual), porque, com a proposição da *teoria neoinstitucionalista do processo*, Leal oferta à crítica não uma teoria geral do processo como disciplina jurídica compartmentalizada em matrizes curriculares tradicionais, mas uma **teoria geral do direito democrático**, ou teoria geral do **processo** como eixo de criação ou gestação (lógico-científica) do direito democrático⁸. Se, no pós-Segunda Guerra Mundial, com o fracasso dos paradigmas de Estado Liberal e Social de Direito, se reconhece uma imbricação necessária e originária entre Estado de Direito e Democracia (CATTONI DE OLIVEIRA, 2003), não há outra disciplina jurídica que consiga recepcionar a epistemologia jurídica aqui proposta, senão o **Processo**. Em capítulo próprio, abaixo, ao qual se remete o leitor, haverá maior oportunidade de discorrer sobre a trajetória evolucionária da teoria neoinstitucionalista do processo, como ela decorre de uma metodologia teórico-linguística-

⁷ “A ‘epistemologia’ é a reflexão crítica sobre a “ciência” moderna, ou seja, sobre esse tipo de conhecimento que foi progressivamente renunciando a situar-se como verdade irrefutável e que se propõe como conhecimento hipotético provisoriamente confirmado pela experiência e tendo a possibilidade de efectuar a mais radical transformação do mundo que o homem conseguiu realizar. E estes são indubitavelmente elementos desse aspecto para o qual, na derivação que a ciência efectuou a partir da filosofia, o parto é uma separação traumática e dolorosa.” (SEVERINO, 1986-A, P. 26)

⁸ Essa percepção decorre da leitura e do acompanhamento da evolucionariedade da obra do autor e se consolida com a edição de seus livros e artigos mais recentes, notadamente *Processo como Teoria da Lei Democrática*, de 2010; *O due process e o devir processual democrático*, de 2011; *O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC*, de 2012; *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*, de 2013 – todos referenciados ao final deste trabalho.

autocrítica de matriz popperiana e implica, por conseguinte, rejeição a propostas epistemológicas paideicas, holísticas, historicistas, utilitaristas, pragmatistas, indutivistas, verificacionistas e justificacionistas. Por agora, cabe apenas adiantar a caracterização do **Processo**, na teoria neoinstitucionalista, não mais como disciplina jurídica vocacionada ao modo, ao meio, à forma de aplicação do Direito por autoridades pressupostamente justas, magnânimas, predestinadas, ou mantenedoras de um Estado entitivo, plenipotenciário e indispensável à ordem e à organização sociais a ele circundantes ou subjacentes, mas como o espaço (método- e epistemo-)lógico e instituinte (constitucionalizante) da juridicidade democrática de uma sociedade aberta e instrumentada à implantação de direitos fundamentais para todos (LEAL, 2012, P. 29-32).

Não se compreenderá o atual estágio dos estudos em epistemologia, que embasam a *teoria neoinstitucionalista do processo* e a proposta de **dessujeitização** dos institutos jurídicos da **culpa**(-bilidade) e da **inocência**, compatível com um direito democrático ou não autoritário, sem uma prévia dedicação ao estudo da história da filosofia da ciência. Com semelhante estudo, o pesquisador pode abrir mão da (por vezes confortável) abordagem de filósofos ou autores como ilhas de pensamento e oportunos fornecedores de marcos teóricos irrefutáveis, conseguindo conservar o elo, que a Modernidade tornou evanescente, entre filosofia e ciências (SEVERINO, 1986-A, P. 12-15). Essa história remonta, pelo menos, à Antiguidade Grega (V a. C.).

1.2 *Epistême* dos pré-socráticos a Platão

A *epistême* nasce com a proposta de constituir um saber irrefutável, absoluto, necessário. Ao lado da *sóphia* (sabedoria, que está sob a luz), da *aletéia* (verdade, que não pode ser de outro modo), do *kósmos* (conjunto organizado das coisas que saiu da desordem do *Cháos*, este como imensidão originária e abertura máxima possível do pensamento grego), do *lógos* (discurso, razão enunciativa) e da *physis* (o todo que se mostra, livre dos mitos sacrificiais), cada qual com uma tradução aproximada (SEVERINO, 1986-A, P. 19-25), a *epistême* é colocada como saber inegável e indubitável sobre o Todo, o Uno⁹, que se impõe contra quem pretenda negá-lo, dispensando a explicação do mundo pelo *mythos*:

Assim se pode compreender a razão pela qual a filosofia não tardou a chamar-se a si mesma *epistême*. Se nós traduzirmos esta palavra por “ciência”, esquecemos que ela

⁹ Sobre a concepção parmenídica, logo pré-socrática, do Uno, vide BROCHADO, 2012.

significa, à letra, o “estar” (*stéme*) que se impõe “sobre” (*epi*) tudo aquilo que pretende negar aquilo que “está”: o “estar” que é próprio do inegável e do indubitável e que, graças a esta sua inegabilidade e indubitabilidade, *se impõe* “sobre” todo o adversário que o pretenda negar ou pôr em dúvida. O conteúdo daquilo a que a filosofia não tardará a chamar *epistéme* é precisamente aquilo que os primeiros pensadores (por exemplo, Pitágoras e Heráclito) chamam *kósmos* e *physis*. (SEVERINO, 1986-A, P. 25)

A filosofia ocidental, nesse estágio inicial (pré-socráticos a Platão e Aristóteles), decorre da descoberta do grego antigo sobre a insegurança e a falta de veracidade do mito (*mythos*), como guia da experiência. O mito é uma narrativa privada que impõe desde fora um sentido às coisas, impedindo que o real sentido das coisas apareça. O *logos*, essa enunciação não estranha (desde fora) das coisas, se contrapõe ao mito e pode se estender a todos os que se proponham a investigar a verdade total, una e necessária das coisas mesmas. Pelo *logos* a filosofia cria as formas ou narrativas da *ética* e da *ciência*, ambas vocacionadas a guiar-se pela verdade. Portanto, em sua origem, a *ciência* tem essa precisa função de busca da verdade total, apesar de incontáveis dificuldades dessa proposta unitária e holística do *ser* (ontologia ou filosofia primeira) em contraposição à mutabilidade do *ente* ou *devir*, que perturbou Parmênides, Tales, Anaximandro, Anaxímenes, Heráclito e os Pitagóricos (SEVERINO, 1986-A, P. 35-36). O *logos* se contrapõe ao mito (*mythos*), enquanto a *epistéme*, fundamentada na verdade necessária, se contrapõe à instabilidade do *devir*. A sofística cumpriu ainda importante papel de autocrítica explícita ao saber filosófico da época, na medida em que a ideia de verdade exigia uma intransigência com o todo, o absoluto e o necessário; porém, também por ela se reconheceu que a crítica radical ao filosofar só pode ocorrer desde o interior da própria filosofia (SEVERINO, 1986-A, P. 68-69). Apenas no fim do século XIX, a *ciência* (*epistéme*) desvincula-se da pretensão da verdade do todo, a fim de melhor modelar o mundo conforme os projetos do homem. E, menosprezando ou mesmo abandonando sua origem filosófica, retorna, autossuficiente, ao mito (SEVERINO, 1986-A, P. 32-33).

Platão concebe a *epistéme* como a ciência ou o saber distinguir a ordem e a relação mantidas pelas ideias, que, imutáveis e eternas, constituem o *ser* do mundo sensível, que é *devir*. *Ideia*, na ontologia de Platão, é significado fundador dos entes, que, ao contrário destes, não pode ser sentida, mas apenas pensada, possibilitando a inteligibilidade do mundo – isto é, as ideias não são sensíveis, apenas inteligíveis (SEVERINO, 1986-A, P. 85). A *epistéme* platônica é por ele classificada como *dialética* (de *diálogo*, que significa tanto “reúno”, quanto “distingo”) e consiste nesse conhecimento que tanto reúne as ideias em uma unidade suprema e absoluta, quanto as divide de unidade em multiplicidade, da qual participam os seres

sensíveis. A *epistéme dialética* de Platão é, pois, esse conhecimento sobre as relações entre as ideias (SEVERINO, 1986-A, P. 129-130)¹⁰, enquanto a *ideia* consiste na inteligibilidade de qualquer determinação, com isso integrando a estrutura que unifica o múltiplo (SEVERINO, 1986-A, P. 95).

Em Platão, a noção de *epistéme* influencia várias concepções de longo aproveitamento na história da filosofia e da ciência no Ocidente, dentre elas a da imortalidade e da pré-existência da alma ao corpo, pela qual as coisas são inteligíveis antes mesmo de serem sensíveis ao corpo, como reminiscências (da vida eterna – *Zoé* – da alma). A partir da alma, que contém as faculdades da inteligência e da racionalidade, as tendências irracionais de satisfação de apetites (ambições, instintos, desejos) e a faculdade da passionalidade (indignação), Platão propõe o *justo* e a *justiça* como definições dependentes da individualidade do homem. Assim, o homem *justo* (o filósofo) é aquele em que o *conhecimento da verdade (epistéme)* lhe permite libertar-se da mera opinião e, no interior da alma, dominar e orientar, por meio da educação permanente, os instintos, os desejos, as ambições e as paixões (SEVERINO, 1986-A, P. 98).

O *justo* e a *justiça* platônicos não ultrapassam a esfera do indivíduo¹¹, mas a realização da *justiça* ou o tornar-se *justo* pelo indivíduo tampouco dispensam o pano de fundo do Estado. Se a *epistéme* deve orientar o homem, então ela deve orientar o Estado, como criação humana. O Estado platônico inicia-se como sociedade originária, da qual participam apenas artesãos e outros profissionais com afazeres estritamente necessários (padeiros, pedreiros, carpinteiros) à manutenção daquele grupo primal. Ao se agigantar, passando a sustentar pessoas dedicadas às coisas supérfluas da vida, o Estado torna-se padecente da ânsia de conquistar e anexar porções de Estados vizinhos, gerando as guerras (JAEGER, 2011, P. 763-764). Nesse ponto, dependerá da manutenção de grandes corpos de guardiães-guerreiros e governantes-filósofos, oriundos de classes de pessoas naturalmente mais capazes e esmeradamente educadas¹² aos propósitos de guerrear e proteger, administrar e gerir a cidade.

¹⁰ De grande valia é o exemplo de Severino, na mesma p. 130 da ob. cit., para a compreensão da *epistéme dialética* platônica: “Por exemplo, a ideia de ‘animal’ é participada pela ideia de ‘homem’ (o ser homem é ser animal) e a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ (o ser animal é ser corpo). Já este exemplo mostra que as diferentes ideias são participadas (e, portanto, participantes) em maior ou menor medida: a ideia de ‘corpo’ é participada pela ideia de ‘animal’ e pelas ideias de todos aqueles corpos que não são animais, enquanto que a ideia de ‘animal’ é participada apenas pelas ideias desses corpos que são animais”.

¹¹ JAEGER, 2011. P. 756: “O conceito platônico de justiça situa-se acima de todas as normas humanas e remonta até a sua origem na própria alma. É na mais íntima natureza desta que deve ter o seu fundamento aquilo que o filósofo denomina justo”. Da mesma obra, P. 761: “A justiça tem de ser inerente à alma, a uma espécie de saúde espiritual do Homem, cuja essência não se pode pôr em dúvida, pois de outro modo seria apenas o reflexo das variáveis influências exteriores do poder e dos partidos, como o é a lei escrita do Estado”.

¹² JAEGER, 2011. P. 802: “Neste Estado não existe a mínima garantia de tipo constitucional contra o abuso dos

O governante-filósofo do Estado ideal ou *justo* de Platão deve caracterizar-se pela sobriedade, pela severidade e pela pobreza. Não há um fim de prosperidade, progresso ou bonança econômica no Estado *justo* de Platão. A ele cabe apenas garantir a felicidade de todos os seus integrantes, governantes e governados, o que só ocorre se cada indivíduo consegue cumprir sua função específica (artesão, guerreiro, governante), como projeção da virtude do *justo* construída desde a alma individual. A *justiça* da alma individual que se projeta no Estado, com isso ligando o *justo* como virtude individual ao pano de fundo do Estado, varia conforme a função do indivíduo na sociedade, em uma das três castas¹³, cada qual com uma virtude específica: governantes hão de ser sábios; guerreiros, valentes; produtores, submissos (JAEGER, 2011, P. 808-809). É certo que a harmonia das classes ou castas se baseia na “submissão voluntária dos piores por natureza aos melhores por natureza e por educação”, impondo aos que devem obedecer as maiores exigências. A *justiça* do Estado, assim, “consiste na perfeição com que cada classe dentro do Estado abraça a sua virtude específica e cumpre a missão especial que lhe cabe”. A educação tem um papel fundamental no Estado platônico, na medida em que viabiliza sua organicidade, pois “só pela educação (isto é, pela formação do Homem) se pode atingir o fim visado pelo legislador; e, quando aquela é verdadeiramente eficaz, dispensa as leis” (JAEGER, 2011, P. 804-805).

A educação, comandada pelo Estado, direciona-se apenas às classes dos guardiães-guerreiros e dos governantes-filósofos, tendo por disciplinas primeiras a ginástica e a música. Guardiães-guerreiros que demonstrem maiores aptidão e inteligência à *epistème* têm a oportunidade de continuar a educação, para tornarem-se governantes-filósofos. Com o estudo de aritmética, geometria e astronomia, além da música, e, após os trinta anos, da dialética, ultima-se a formação daqueles que, dos trinta e cinco a cinquenta anos, se alternarão na condução do Estado (SEVERINO, 1986-A, P. 102-103).

1.3 *Epistème* em Aristóteles

O mais proeminente dos alunos de Platão, Aristóteles seguiu o mestre quanto à unidade da *epistème*, fundada na Ontologia. Para Aristóteles, enquanto a Ontologia confere

poderes extraordinários e quase ilimitados que põe nas mãos daquele que o regem. A única garantia efetiva de que de guardiães do Estado não se converterão em donos e senhores deles, de que não degenerarão de cães de guarda em lobos que devoram o rebanho que lhes cumpre guardar, reside, segundo o filósofo, numa boa educação”.

¹³ A própria divisão dos indivíduos em três castas também é uma projeção das características da alma: os *apetites* correspondem aos industriais; a paixão, aos guardiães-guerreiros; a racionalidade a inteligência, aos governantes-filósofos (JAEGER, 2011. P. 809-812).

unidade à *epistême*, sua estrutura advém da Lógica, que organiza o conhecimento de modo explanatório sobre problemas profundos da filosofia (BARNES, 2005, P. 41).

Epistême e filosofia em Aristóteles não coincidem. A *epistême* funciona como instrumental da Filosofia Primeira (Ontologia ou Metafísica), porque a complexidade e a multiplicidade da realidade (do “real”) não permitem a compreensão imediata da unidade objetiva do ser. É pela *epistême* (já, no sentido aristotélico, traduzida como ciência) que o filósofo tem acesso a frações da realidade (do “real”), uma vez que a verdade filosófica não se dá a conhecer na sua complexidade e inteireza sem a estruturação epistêmica, apta a recompor, parte a parte, o todo real. Esse interesse pelo conhecimento do todo real, que tem origem na obra dos pré-socráticos (BROCHADO, 2012), indicia a perspectiva pangnoseológica da Filosofia Primeira de Aristóteles, mas que, aqui com ineditismo, é inatingível sem o instrumental da *epistême*. Precisamente, trata-se não da *epistême*, mas das *epistémiai*, ou das várias ciências, guiadas pelas noções de generalidade e especificidade, em diálogos ou relações recíprocas (dialéticas, como influência de Platão) de dissecação e reunião (BITTAR, 2003, P. 103-108).

A *epistême* aristotélica tem dois pleitos de verdade: a verdade necessária (*aletheia*) e manifesta dos seus princípios, identificada com o princípio da não contradição; a verdade sobre a passagem dialética (de dissecação e reunião) entre as ideias, da unidade à multiplicidade e vice-versa. Em Platão essa verdade da relação entre as ideias é também necessária, ponto em que dele diverge Aristóteles (SEVERINO, 1986-A, P. 131).

Pelo princípio da não contradição, Aristóteles afirma que as premissas de toda explicação epistêmica (científica) precisam ser verdadeiras. Este é o primeiro dos quatro requisitos extralógicos que Aristóteles impõe às premissas das explicações científicas na forma de silogismo. Os outros três são a indemonstrabilidade, a necessidade de que sejam mais bem conhecidas do que a conclusão e de que elas sejam a(s) causa(s) das atribuições conferidas na conclusão. Em Aristóteles, toda *epistême* se funda em premissas indemonstráveis para evitar o regresso ao infinito (o horror ao *ápeiron* ou indeterminado, com seu caráter divino e universal). Assim, as leis ou premissas gerais de cada ciência, que dela fixam os atributos próprios, ou são indemonstráveis ou são evidentes, dispensando, por constituírem verdades necessárias, tanto um esforço indutivo quanto outro dedutivo (LOSEE, 2000, P. 20 e 24).

Também de grande importância na Lógica epistêmica aristotélica é a noção de correlação causal, que se divide em essencial e accidental. Aristóteles, porém, não consegue estabelecer critérios a partir dos quais se possa diferenciar a correlação causal essencial da

correlação causal accidental. Por isso, mais cedo do que se poderia esperar, falha em estancar o regresso ao infinito, na medida em que abre uma nova interrogação sobre o sentido dessa classificação: correlação causal essencial e correlação causal accidental. Dizer que “animal” é essencial ao homem, e “musical” não, tem algum efeito didático efêmero, no entanto “dar exemplos de predicação essencial e de predicação accidental é uma coisa, e estipular um critério geral para distingui-los é outra” (LOSEE, 2000, P. 21). Apesar desse problema nuclear em sua Lógica epistêmica, Aristóteles disseminou pela história a crença, ainda hoje amplamente aceita, de que os princípios primeiros de toda *epistême* (ciência), embora não demonstráveis, não podem deixar de ser essencialmente verdadeiros, por uma correspondência (isomorfismo) entre a inerência não verbal de uma característica que inclui o indivíduo em certa classe e sua forma representável verbalmente, que está ao alcance da intuição do cientista (LOSEE, 2000, P. 24-25).

Platão propõe a organização axiomática do conhecimento humano, segundo a qual a partir de um conjunto de verdades primárias e necessárias todas as demais verdades poderiam ser deduzidas logicamente. Aristóteles adere à proposta sistemática e axiomática de Platão, porém é entusiasta da independência (relativa) entre as ciências (*epistémai*), que, não obstante, poderiam ser unificadas, por *analogia*, em claro regresso ao ensino de seu mestre, “considerando que o aparato conceitual e a estrutura formal das ciências são os mesmos” (BARNES, 2005, P. 45).

Para Aristóteles, são três as espécies de conhecimento ou saber, unificadas todas pela Lógica a partir da Metafísica ou Filosofia Primeira: o teórico (*epistême*), no qual se inserem todas as ciências naturais, a matemática, a teologia; o prático (*phronésis*), que concerne a como os homens devem agir frente às diversas situações individual ou coletivamente consideradas, abarcando a ética e a política; o produtivo (*techné*), que engloba qualquer forma de produção de coisas, com resultados úteis, aí incluídas a retórica, a arte, a cosmética e a agropecuária. A Metafísica aristotélica dedica-se tanto ao estudo dos seres *qua* seres (seres em sua condição existencial, isto é, aquilo de que dependem para existir), chamada metafísica geral, quanto aos princípios e causas das coisas, classificada de metafísica especial (BARNES, 2005, P.46-49).

A Lógica Formal de Aristóteles, reunida no *Organon*, com dois Livros a ela dedicados (Analíticos Anteriores e Analíticos Posteriores), fixa seu objeto de investigação nas proposições, compostas de termos, que afirmam a verdade ou a falsidade de algo, isto é, que afirmam ou negam *algo* de *algo*. Mais detalhadamente, proposições são enunciados elementares da Lógica aristotélica, compostos ao menos de um sujeito e um predicado

(proposições simples), que afirmam ou negam, universal ou particularmente, que um predicado (P) se aplica (assertóricas), necessariamente se aplica (apodíticas) ou possivelmente se aplica (problemáticas) a um sujeito (S) (BARNES, 2005, P. 52)¹⁴.

Fazendo uso de letras para substituir proposições universais, afirmativas e assertóricas, Aristóteles cria o silogismo (*sylogismos*) ou a teoria da inferência dedutiva. O silogismo é um argumento segundo o qual de coisas supostas que se sustentam reciprocamente seguem coisas diferentes ou não supostas. Por milênios a lógica aristotélica foi ensinada como suma da verdade lógica, absoluta e perfeita, ideologia que dificultou a percepção das inconsistências e limitações da teoria das proposições de Aristóteles, que contaminam sua teoria da inferência (BARNES, 2005, P. 54-56)¹⁵. Dentre as limitações da teoria das proposições de Aristóteles, pode-se por enquanto destacar sua excessiva simplificação – não à época, por óbvio – das possibilidades de estudo da linguagem, bem resumidas na (hoje) insuficiente teorização da proposição (verdadeira ou falsa) como verbalização (ato declarativo) da correspondência de um ato mental (juízo, em Aristóteles) com a realidade (verdade, em Aristóteles, que se situa na enunciação, tem caráter semântico e isomórfico)¹⁶.

O isomorfismo como parâmetro de verdade é a forma mais radical de dogmatização da enunciação e de todo conhecimento, sobretudo o científico, que dela depende. Na lição de Ponzio, Calefato e Petrilli, há três importantes relações de representação linguagem/mundo – *isomorfismo, analogia e homologia*¹⁷. Dentre elas:

¹⁴ Há uma série de exceções a esse esquema primário da Lógica aristotélica, reconhecidas pelo próprio Aristóteles, cuja abordagem não cabe aqui aprofundar. Remete-se o leitor à muita didática explicação de BARNES, 2005, *op. cit.*, às páginas 53 e seguintes.

¹⁵ Para uma leitura mais detalhada e minuciosa sobre os Primeiros Analíticos do Órganon de Aristóteles, cf. BITTAR, 2003, *op. cit.*, p. 241-261.

¹⁶ Vale reproduzir, por seu sintético e altamente informativo conteúdo, as conclusões do artigo de DEUS, 2001: “(...) A proposição é a verbalização da operação mental na qual o discurso declarativo – conjunto formado por nome e verbo – corresponde a um pensamento. Versa sobre a composição e a divisão, sendo necessariamente verdadeiro ou falso. Podemos concluir, assim, que a verdade é, pois, uma adequação, uma correspondência do juízo à realidade. A proposição, ou o discurso declarativo (*sic*) é a verbalização, oral ou escrita, desta correspondência”. Para um estudo mais detalhado sobre o tema, cf. BITTAR, 2003, *op. cit.*, p. 215-239.

¹⁷ Isomorfismo, analogia e homologia são as classificações das similaridades na relação linguagem/mundo. Diante da explicação do problemático isomorfismo aristotélico no corpo do texto e da noção geral que se tem da analogia, resta explicitar que “o método homológico (...), explicitado e teorizado por Rossi-Landi, pretende referir-se aos processos, às práticas de modelação comum entre as diversas línguas, apesar de suas diferenças. Aquilo que constitui o falar comum pode ser estabelecido estudando as condições gerais que tornam possível o significado e a comunicação. (...) [O método homológico] se baseia no ‘falar comum’, entendido como o conjunto de operações relativamente constantes que se pode (*sic*) encontrar nas várias línguas, (...) aquilo que constitui a ‘linguagem’ em confronto com a ‘língua’, uma vez que não se compreenda a linguagem como algo de natural, mas como o conjunto de práticas significativas e comunicativas de ordem histórico-social e exatamente como trabalho, como ‘trabalho linguístico’.” (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007. P. 302-303).

O isomorfismo é um caso extremo de analogia, por levar a similaridade até a identidade, sem no entanto preocupar-se em explicá-la através do processo de constituição dos objetos que vêm a ser isomorfos. O isomorfismo é a cessação de todo impulso ao estudo de processos genético-estruturais. Um exemplo de isomorfismo é a crença na correspondência entre estruturas da língua e o mundo ontologicamente compreendido, prescindindo da pesquisa sobre a formação dessa correspondência e das duas “coisas” que se fazem corresponder (PONZIO; CALEFATO; PETRILLI, 2007. P. 301).

Nos Analíticos Anteriores, Aristóteles demonstra que as ciências teóricas (*epistémai*) devem ser sistematizadas e axiomatizadas. Nos Analíticos Posteriores, ele esclarece a noção de axiomatização a partir de duas condições. Alguém pode dizer que conhece “A” se sabe (1) a causa de “A” e que (2) “A” não poderia ser não-A. A causalidade tem importância fundamental na Lógica aristotélica: explicar algo significa apontar suas causas. Por isso, os axiomas que fundam a ciência têm de ser verdadeiros e, sobretudo, imediatos, evidentes, primeiros e fundados em si mesmos, isto é, não podem ser causados por nada anterior ou exterior, embora sejam causas necessárias das conclusões que encaminham (BARNES, 2005, P. 57-59).

As ciências axiomáticas de Aristóteles começam pelas essências e explicam as propriedades causadas pelas essências. A explicação depende da causalidade, mas nem todo conhecimento depende da explicação. Afinal, as causas primeiras ou essências não são causadas, portanto não são explicáveis e, se não são explicáveis, não fazem parte do conhecimento científico (*epistéme*). Esse aparente regresso infinito a que a explicação das causalidades conduz é contido pela noção de necessidade¹⁸ de que as coisas que são o sejam eternamente (Ontologia). A *epistéme* de Aristóteles toma por objeto apenas as proposições universais, que podem configurar essa verdade eterna, desqualificando ou expurgando do campo da *epistéme* o contingente e o particular. A universalidade bem expressa a generalidade da ciência aristotélica, no sentido de que mesmo as particularidades fazem parte de um padrão (BARNES, 2005, P. 60-63).

1.4 A Tópica como contraponto lógico à *Epistéme*

Entre a maior parte dos juristas, ainda é lugar comum indagar sobre a cientificidade do Direito. Confrontada com a Lógica de Aristóteles, essa indagação diz respeito ao caráter epistêmico do Direito, isto é, se ele contempla verdades primeiras na base do sistema jurídico, das quais derivam silogística e axiomáticamente conclusões. E não é raro deparar com obras

¹⁸ *Ananke*, e não *alethea*, segundo Marçal (2015), em correção à pré-defesa da tese.

que enaltecem o caráter tópico, e não científico do Direito.

A *Tópica* é um dos escritos que compõem o *Organon*, situada após os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores. Na *Tópica*, Aristóteles estuda o campo próprio da disputa, ou da arte de disputar, que não guarda comprometimento com premissas primeiras inquestionáveis nem sistemas axiomatizáveis para transmissão de verdades necessárias. Eis o campo dos retóricos e sofistas, caricaturados por Platão. As verdades primeiras estão, para Aristóteles, no âmbito lógico denominado *apodítico* (ou necessário, que não pode ser de outro modo), enquanto a *Tópica* trabalha âmbito lógico diverso, o *dialético* (aqui não equivalente ao *dialético* em Platão, que se refere à relação lógica de separação e união entre as ideias como verdades primeiras). Enquanto a *epistème* se ocupa da verdade necessária, a *Tópica* aborda a mera opinião. O fato de tanto os Analíticos Anteriores e os Analíticos Posteriores, que tratam da *epistème*, quanto a *Tópica*, que trata da *dialéctica*, constarem do *Organon*, uma obra (reunião de textos) sobre a Lógica de Aristóteles, indica, desde a perspectiva do próprio autor, além de um desejo de incorporar no estudo da Lógica as corriqueiras disputas paideicas de sua época, a abertura para a possibilidade de várias lógicas, embora com objetos diferentes (respectivamente, a verdade e a mera opinião) (VIEHWEG, 2008, P. 20-22).

A pretensão de Aristóteles, com a *Tópica*, é também metodológica. Diante do problema não solucionável pela via da *epistème*, ele buscou formatar um método acerca de proposições opináveis, para acusar ou defender em um discurso, sem incidir em contradição. Há *apodexis* na *epistème*, conclusões necessárias a partir de sistemas axiomáticos fundados em verdades primeiras; há conclusão *dialética* na *Tópica*, quando oriunda de opiniões (*doxas* ou *endoxas*). Segundo Aristóteles, a diferença entre as conclusões *dialéticas* e as *apodíticas* é apenas de forma e assenta-se na natureza das premissas: nas últimas, proposições contendo verdades necessárias; nas primeiras, *endoxas*, entendidas como proposições que “como tais parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, também, entre os sábios a todos e à maior parte dos mais conhecidos e respeitados” (VIEHWEG, 2008, P. 23-24)¹⁹.

Na *dialética* se faz uso frequente da indução e do silogismo como modos de fundamentação dos *topoi*, que consistem em “pontos de vista” manejáveis em vários sentidos, contra ou a favor do opinável, com possibilidade de condução à verdade. Os *topoi* mesmos não têm qualquer definição conceitual, mas um catálogo deles orienta com suficiente utilidade a assunção de conclusões *dialéticas* sobre qualquer círculo de problemas (VIEHWEG, 2008,

¹⁹ Aristóteles classifica mais dois tipos de conclusões (além das epistêmicas e das dialéticas): as *erísticas* ou sofísticas, quando baseadas aparentemente em opinião ou em opiniões aparentes, mas não efetivas; os *pseudo-silogismos*, fundados em proposições próprias de certas ciências (Cf. VIEHWEG, 2008, *op. cit.*, P. 23).

P. 25-26).

A *Tópica* de Aristóteles não se confunde com a *Tópica* de Cícero, que data de 44 a. C. ou cerca de três séculos depois da primeira. A *Tópica* de Aristóteles tem um manifesto propósito filosófico e lógico, tanto que integrante do *Organon*, enquanto a de Cícero não tem pretensão filosófica, reduzindo-se a um catálogo de opiniões. Cícero não se prende à distinção aristotélica entre o *apodítico* e o *dialético*, mas centra-se em outra distinção no interior da teoria do discurso, entre invenção e formulação do juízo, a primeira das quais seria a *Tópica* propriamente dita (*ars inveniendi*) e a segunda, a *dialética* ciceroniana. Os *topoi* de Cícero não são organizados teoricamente, pois seu único fim é a utilização prática. A *Tópica* de Cícero é uma prática, que se ocupa dos resultados da enunciação, e não uma teoria acerca dos fundamentos da enunciação, como a concebeu Aristóteles (VIEHWEG, 2008, P. 28-30).

A *Tópica* ciceroniana, com seu eminente caráter prático, despreendeu-se dos ensinamentos teóricos de Aristóteles, transformando-se em *Retórica*, uma técnica (conjunto de procederes organizado) de vencer disputas discursivas, que encanta, desde então e até hoje, juristas mundo afora. A *Retórica* cresceu em importância a ponto de passar a integrar o *trivium* (primeiros estudos) das sete artes liberais antigas, resgatadas e exploradas à exaustão pela escolástica medieval: Gramática, Retórica e Didática (outra denominação para Lógica) compunham o *trivium* inicial, enquanto Aritmética, Geometria, Música e Astronomia, o *quadrivium* (estudos finais) (VIEHWEG, 2008, P. 31).

A *Tópica* de Aristóteles anuncia-se como técnica de pensar e organizar os argumentos por problemas para enfrentamento de questões aporéticas, ou sem um caminho sistêmico. Pensar por problemas se contrapõe a pensar por sistema. No *Organon*, há uma complementaridade, e não uma exclusividade, entre sistemas e problemas. Pensar sistematicamente significa selecionar o sistema em primeiro lugar e depois abordar os problemas que naquele sistema podem encontrar solução, excluindo os demais como apenas aparentes ou, de fato, problemas irresolúveis. Já pensar topicamente (por problemas) significa selecionar o problema a ser resolvido e depois confrontar sistemas entre si, aproveitando aquele que possa dar a solução mais adequada de acordo com a opinião qualificada dos (mais) sábios (VIEHWEG, 2008, P. 34-35). A *Tópica* é incompatível com o pensar sistemático e axiomatizado, porque assume um método casuístico. É por essas razões que Kant a rejeita, enquanto Vico a aprecia (VIEHWEG, 2008, P. 50)²⁰.

²⁰ Sobre VICO, cf. LENZI e VICENTINI, 2002.

No discurso tópico, “as premissas fundamentais se legitimam (...) pela aceitação do interlocutor. (...) O que tem sido aceito sempre em todas as partes se considera como estabelecido, (...) indiscutível e, ao menos nesse âmbito, evidente” (VIEHWEG, 2008, P. 44). Não é outra a origem da enigmática, mas hoje muito evocada no praxismo forense, expressão “decidir conforme o caso concreto”: eis a herança da *Tópica* em pleno século XXI.

A *Tópica* exerce colossal influência no discurso jurídico da atualidade, mesmo que seus adeptos disso não se apercebam. O primeiro sintoma de radical desconhecimento epistemológico do jurista é a afirmação simplificada de que o direito é uma ciência prática, ou aplicada²¹, pelo que a ele não calha permanecer restrito aos aspectos teóricos, como se a prática pudesse ser definida, tão ingenuamente, como o oposto da teoria (VIEHWEG, 2008, P. 50). Afinal, a *Tópica* é, antes de qualquer coisa, desde Aristóteles, uma proposta teórica de método para soluções de problemas não subsumíveis à verdade necessária e seus conseqüentários axiomatizados da *epistème*. Uma casuística que serve a tornar evidente o sistema, do caso à regra geral, não é tópica²². Tendo cativado e influenciado *Savigny* e *Ihering*, aparentes contendores em diversos campos do estudo jurídico, a *Tópica* é avessa ao dedutivismo, à sistematicidade lógica e, como arte inventiva, ampara-se no mais desabrido indutivismo (VIEHWEG, 2008, P. 54-55).

A legitimação do catálogo de *topoi* que funciona como regras jurisprudenciais fundantes do discurso retórico “advém do fato de que se trata de proposições aceitas por homens respeitáveis”, pessoas dotadas de prestígio social – oriundo, segundo *Cícero*, de riqueza, idade, sorte, destreza, exercício ou coisa que os valha. Repita-se: prestígio social é o princípio fundamental da legitimação das proposições primeiras da *Tópica* (*topoi*), da Roma Antiga ao século XXI. Ou, o que é o mesmo, a legitimação dos *topoi* para resolver um problema decorre do prestígio social de quem os propõe ou sustenta (VIEHWEG, 2008, P. 57).

Como os juristas romanos não levavam a sério a diferença aristotélica entre *epistème* e *techné*, apenas por volta do século VI d. C. se esclareceu a inclusão da *Tópica*, em especial a tópica jurídica do *ius civile*, na última, e não na primeira. O Direito como *Tópica*, exercitada pela Retórica, é tido, há mais de dois milênios, desde as palavras quase emocionadas de

²¹ Aqui, ciência prática ou aplicada contrapõe-se a ciência meramente formal, segundo Marçal (2015).

²² “O jurista romano (...) apresenta um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se por ele instado a desenvolver uma correspondência técnica. Ele pressupõe irreflexivamente um nexos que não se intenta de demonstrar, porém dentro do qual se move. Ora, isso é a postura fundamental de atuar a tópica. (...) Este modo de pensamento matemático, o que quer dizer rigorosamente sistemático, era completamente distante dos juristas romanos. Estes se moviam num espaço espiritual completamente distinto, que era comum, ao menos em seus pensamentos, com o dos retóricos.” (VIEHWEG, 2008. P. 51).

Ulpiano no Digesto, como *ars boni et aequae* (arte do bom e do justo), dedicada a dominar, ao lado da arte da estratégia militar, o *vir bonus* (homem bom) da elite (VIEHWEG, 2008, P. 58-59).

Com apoio nos *topoi* ofertados por homens sábios e com prestígio social, o jurista-homem-bom tem diante de si os quatro problemas que perturbam a interpretação da lei: (1) deve-se preferir o teor literal da lei ou a vontade da lei (ou do legislador)? Como fazer se há (2) contraditoriedade (antinomia), (3) pluralidade de significados ou (4) lacunas na lei? Para o adepto da *Tópica*, tudo isso estaria entregue à inventividade ou à prodigiosidade artística do jurista (VIEHWEG, 2008, P. 58-60).

O método tópico-jurídico, com todas as suas heranças aristotélicas e ciceronianas, ampara a maior parte das teorias (ideologias, em Popper²³) do direito processual e sua adoção grassa nas faculdades de Direito e nos fóruns até hoje, embora, como adiante se terá oportunidade de demonstrar, constitua e acolha a assunção de um lugar perfeito ao exercício do **subjetivismo** e da **autoritariedade** antidemocrática e à manifestação psicótica (delírio) do decisor. A *Tópica* incentiva a que, desde a prática do Direito, se permita a revisão de todos os seus fundamentos e dos correlatos argumentos. Viehweg sustenta que a jurisprudência é uma técnica a serviço da aporia e, portanto, deve corresponder aos pontos essenciais da *Tópica*, como técnica do pensamento problemático. Insista-se que problemático, no sentido tópico de Aristóteles e Viehweg, significa não resolúvel pela lógica da *epistéme* cujos fundamentos primeiros são verdades necessárias; logo, o problemático fica entregue à opinião de sábios e autoridades com prestígio social. Um clássico exemplo da construção tópica do Direito, segundo Viehweg, se encontra na obra de *Ihering* sobre a categoria do *interesse*, informativo de todo o Direito Civil ou da Civilística. Ao analisar a obra deste e de outros exemplos de juristas adeptos da *Tópica* (como *Josef Esser*), Viehweg ressalta que a ordem (no sentido vulgar, e não no epistemológico que equivale a “sistema”) que o jurista busca não está no direito positivo, mas no conjunto de problemas e perguntas conectados à questão fundamental da *justiça*. Por conseguinte, a regulamentação do caso não é dada pela lei anterior, mas por uma construção posterior ao fato, que considera “a maior parte das singulares proposições do Direito Privado positivo como uma massa de parciais respostas históricas a um conjunto de problemas previamente dado”. Ao cabo, o direito positivo torna-se apenas uma parte da função de resposta aos casos na busca jurídica sobre o pano de fundo de um mais abrangente

²³ “Na medida em que as proposições de uma ciência se referem à realidade, elas devem ser falsificáveis e, na medida em que elas não são falsificáveis, elas não se referem à realidade” (POPPER, 2013, P. 12). Aqui está, segundo Popper, o problema da demarcação do conhecimento, a partir do qual se diferencia teoria científica (falsificável) de ideologia ou pseudociência (não falsificável). Confere também nota 35.

direito justo – a aporia fundamental. Nesse método, o jurista decide de forma “aparentemente arbitrária”, com base nas opiniões de pessoas com prestígio social, o conteúdo dos conceitos jurídicos, em um sedutor e permanente convite ao retorno da *justiça* do direito natural (VIEHWEG, 2008, P. 95-102). E, sob o ponto de vista lógico, vem a conclusão definitiva – a dedução, única forma lógica de transmissão da verdade, não exerce função diretiva nem decisiva alguma na *Tópica*:

Disso resulta, com especial clareza, que a dedução, que, como é natural, é imprescindível em todo pensamento, aqui não desempenha de nenhum modo um papel diretivo, nem pode exercer o que, às vezes, se poderia pretender para ela e o que lhe corresponderia se existisse um sistema perfeito. Decisiva é antes a especial escolha das premissas, que se produz como consequência de um determinado modo de entender o direito, à vista da aporia fundamental. (...) Produz-se assim uma trama que é ao menos parecida com a axiomática e que, como a princípio recordávamos, *Vico* descrevia para contrapô-la ao então moderno modo de pensar. (...) Se uma dedução produza alguns resultados que não são satisfatórios como resposta à questão central, é preciso interrompê-la por meio de uma invenção (...). Todo este procedimento para uma mentalidade lógica constitui um assunto, pois pressupõe uma perturbação da dedução, diante da qual não se pode estar seguro em nenhum momento. (VIEHWEG, 2008, P. 95-103)²⁴

A *Tópica* pressupõe um pacto inicial de ignorância sobre as premissas no raciocínio jurídico, perturbação tal que obriga o jurista-homem-bom (autoridade) a enxertar, inventivamente, novas premissas para a resolução do problema fundamental da *justiça* no caso. Método contrário (dedutivo-sistemático) implicaria petrificação do direito. Entre os conceitos, princípios e institutos centrais do Direito Privado que precisariam ser continuamente burilados, a fim de evitar um sentido absoluto e inflexível, estaria o da **culpa**. Conquanto toda a atividade científica tenda a depor em favor do *more geometrico*, afirma Viehweg, a experiência quotidiana do jurista o conduz ao método tópico (VIEHWEG, 2008, P. 104), no qual “os princípios têm que ser quebrados, limitados e modificados”. Porque a Jurisprudência, no sentido de ciência tópica do Direito, tem como tarefa a busca do interesse maior do *justo* ou da *justiça* em uma infinidade de situações, é imprescindível deixar em aberto ou “móvel” uma tomada de postura acerca da aporia fundamental, caso a caso, de sorte a abarcar variados pontos de vista, que sequer deveriam ser chamados de princípios ou regras fundamentais, frente à enganosa nomenclatura científico-epistêmica para o Direito, mas tópicos (VIEHWEG, 2008, P. 104-107).

Certo é que a *Tópica* de Viehweg sequer pode ser classificada como uma teoria, não passando de um mero objeto de investigação, embora interessante para alguns pesquisadores

²⁴ As obras a que se refere o trecho transcrito, sobre a admiração de Vico pela retórica e sua rejeição por Kant, são a *Ciência Nova* (VICO, 2005) e a *Crítica da Faculdade do Juízo* (KANT, 2008).

no nível historiográfico do Direito. A respeito da *Tópica* segundo o estudo de Viehweg não há “base sólida sobre a qual se possa edificar uma teoria da argumentação jurídica”. Trata-se de um conjunto de regras de nível inferencial (indutivo), que inclui as de conhecimento público e aquelas sem conhecimento público, aplicáveis quando não é praticável atingir a solução de um problema com emprego de um procedimento lógico sequencial (ATIENZA, 2014, P. 53-54). É um instrumento ótimo à atuação da autoridade, para cujas decisões oferece blindagem crítica. Assim, desserve à lógica autocrítica do direito democrático (*devido processo*).

1.5 Da *Tópica* à Civilística e à Jurisprudência: um problema não resolvido por Fazzalari

Não constitui objeto deste trabalho discorrer longamente sobre a linha evolucionária das teorias do processo, tema para cujo estudo se remete o leitor à melhor obra disponível (LEAL, 2012, P. 82-94). No entanto, a propósito deste item, cabe pontuar que a ligação estreita entre *Tópica*, civilística e jurisprudência, tão bem ressaltada por Viehweg, é que permite visualizar a obra de Fazzalari como altamente significativa em termos epistemológicos para o direito processual no mundo. Rompendo com a teoria do processo de Bülow, Fazzalari rejeitou veementemente um dos mais estudados *topus* da civilística, a relação jurídica, como base do pensamento processual. E o fez ressaltando a inadequada ideia de subjugação que a relação jurídica impõe entre as partes no processo, que só se caracteriza (na essencialidade) pelo contraditório, isto é, simétrica paridade (contraditório fazzalariano) entre elas. Todavia, isso não significa que Fazzalari tenha deixado de aderir ao método tópico do direito, nem que tenha, ainda que de forma remota, pretendido adotar o racionalismo crítico de Popper e Miller, ou algo semelhante à *teoria neoinstitucionalista do processo* de Leal, na sua teoria do processo como procedimento em contraditório (sendo a recíproca em relação a Leal igualmente procedente). Ao contrário, trecho da mais conhecida obra de Fazzalari referencia Popper e seus livros (dentre os quais *Lógica da Pesquisa Científica*, *Conhecimento Objetivo* e *Em Busca de um Mundo Melhor*), em nota de pé de página, para defender a utilização, em direito processual, de dados da experiência que, como “**proposição verificada ou não falsificada**”, enunciam algo extremamente provável, a perfazer “**máximas da experiência**” necessariamente empregadas pelo juiz para fundamentar suas decisões, de sorte a assegurar sua **racionalidade** e o controle de sua fundamentação.

É no mínimo curioso que Fazzalari busque apoio na obra de Popper para, equiparando **proposição verificada** a **proposição não falsificada**, delas extrair uma noção de “**máximas da experiência**” que balizem as decisões judiciais. Pior, na página e na nota

seguintes de pé de página, Fazzalari faz uma defesa da indução de fatos pelo juiz na elaboração de decisões e identifica a falência da lógica aristotélica em sentido dedutivista, advogando que “o juízo sobre a existência do fato não é dedutivo, mas sim um juízo de inferência probabilística, aquela máxima – a qual anuncia o que é extremamente provável esperar-se – permanece sempre em jogo, justo como parâmetro da **indução**”. Ao que parece, para espanto geral, Fazzalari interpreta Popper como um **empirista metodológico**, cujo método se assenta na *epagoge* e depende da **realidade como racionalidade**, na confirmação ou negação **probabilística e indutivista de máximas da experiência** (senso comum e senso comum do conhecimento) (FAZZALARI, 2006, P. 458-460, notas 777 e 778) – enfim, **tudo** o que Popper combateu em suas proposições de metodologia e epistemologia, em especial com a apresentação do “Mundo 3”. Convém transcrever os trechos citados de Fazzalari. Trata-se do § 2.º (Juízo de mérito. Juízo de fato) do Capítulo VII (Do Conteúdo dos Provimentos) da Segunda Parte de *Instituições de Direito Processual*:

Como se pode verificar dos exemplos, o trâmite entre a prova e o fato, assim como entre o fato “secundário” e o fato “principal”, é constituído de um dado da experiência comum (em linguagem mais correta, por uma “proposição (*sic*) verificada” ou “não falsificada”) [*aqui se faz referência, n. 777, em nota de pé de página às obras de Popper*], que enuncia aquilo que é extremamente provável esperar-se em presença desta ou daquela circunstância (assim, a imersão da mão nua na água fervente produz queimadura). Tais proposições preferem chamar-se, na prática, também “*máximas da experiência*”. O emprego necessário, por parte do juiz, das “*máximas da experiência*” (isto é, das proposições por meio das quais a experiência se coloca e se torna interindividual) assegura a racionalidade de sua decisão e, em cada caso, a torna controlável em sede de impugnação. [*aqui se abre nova nota de pé de página, n.778, transcrita abaixo, com a explicação sobre o papel crítico (?) da “máxima da experiência”*]

Nota 778: É apenas o caso de reforçar que a “máxima da experiência” continua a desenvolver o seu papel também no quadro de uma revisão crítica da lógica aristotélica (...) e o uso do silogismo (...), e considerando que o juízo sobre a existência do fato não é dedutivo, mas sim é um juízo de inferência probabilística, aquela máxima – a qual anuncia aquilo que é extremamente provável esperar-se – permanece sempre em jogo, justo como parâmetro de indução (FAZZALARI, 2006, P. 458-460, notas 777 e 778).

Há aqui um gravíssimo déficit de entendimento ou atribuição de referência bibliográfica (a Popper) na obra de Fazzalari, o que leva à conclusão de que, salvo pelo falseamento radical que impõe, acertadamente, à teoria do processo como relação jurídica, a teoria do processo como procedimento em contraditório não tem sequer vizinhança com o racionalismo crítico (Popper/Miller) nem, por conseguinte, sustenta um processo compatível com o Estado de Direito Democrático em perspectiva *neoinstitucionalista* (Leal). Não há como referenciar metodologicamente a obra de Popper e a de Bacon, ou a de Kuhn, como se

estabelecessem ideias epistemológicas complementares. Não são conciliáveis a *Tópica* e o racionalismo crítico, nem a evolução da ciência por paradigmas de Kuhn com a evolucionariedade crítico-negativa de Popper. Fazzalari adere a uma metodologia baconiana e aristotélico-tomista, que inclui o indutivismo. Além disso, socorre-se do empirismo lógico (monismo neutro) e entende que os postulados do neopositivismo são aplicáveis à pesquisa científica em geral (FAZZALARI, 2006, P. 42-44).

A interpretação jurídica, segundo Fazzalari, é aristotélico-kelseniana, hilemórfica (pressupõe a diferença entre forma e conteúdo) e contempla a delegação do preenchimento conteudístico e sociocultural do direito-forma-norma à **autoridade** julgadora, de **subjetividade** historicamente contingenciada: “como todas as atividades do homem, a de intérprete tem sempre dimensão histórica; (...) qualquer discurso, também o não jurídico, é histórico e relativo”. A melhor exposição sobre esse contingenciamento histórico à construção científico-discursiva, para Fazzalari, consta da obra de Kuhn (FAZZALARI, 2006, P. 57-59; cf. nota 81 à p. 59). Sistema jurídico aberto, em Fazzalari, é o tópico-retórico, complementar ao axiomático, ou fechado (*mos geometrico*). E a razão, para Fazzalari, não está em crise; ela apenas é relativa e acompanha a necessidade da ordem pelo homem (FAZZALARI, 2006, P. 60-61; cf. nota 83). Tudo isso, repita-se, mesmo que com risco do enfado, opõe-se à epistemologia e à metodologia encaminhadoras da democracia processual-constitucionalizante (LEAL, 2013) de uma sociedade aberta (POPPER, 1998) e conserva, por seus equivocados fundamentos lógicos, a proposição fazzalariana do processo como procedimento em contraditório no âmbito da ideologia, e não da teoria (LEAL, 2013, P. 39-40), apesar de todas as referências, ao que tudo indica equivocadas e sem maior rigor teórico, do jurista italiano ao epistemólogo austro-britânico.

1.6 *Epistéme* na Modernidade

Sob o ponto de vista filosófico e historiográfico, a Modernidade se caracteriza pelo resgate das obras dos clássicos da Antiguidade, em especial Platão e Aristóteles, motivado pela aposição (pretensiosa e improcedente) de um rótulo odioso à Idade Média como período das trevas, em que o pensamento humano pouco ou nada teria evoluído. Desse ponto nasce a pretensão – narcísica? (ROUANET, 1996, P. 290 e seguintes) – dos modernos em torno de uma razão iluminada e iluminista, que conduziria à emancipação do homem em relação a um curso causal necessário e aparentemente inescapável da natureza (HUME, 2009). O mais significativo e representativo filósofo da Modernidade é Hegel, que não gozaria desse

reconhecimento quase unânime, concorde-se ou não com as propostas teóricas da Modernidade, se sua obra não significasse um considerável avanço ou refinamento epistemológico.

Hegel integra um movimento de extrema importância na filosofia ocidental, conhecido como *Idealismo Alemão*. O *Idealismo Alemão* se inicia com a obra de Kant, desenvolve-se com diversos autores, entre os quais se podem destacar Fichte e Schelling, e encerra-se exatamente com a obra de Hegel. O movimento estende-se cronologicamente, portanto, da publicação da obra *Crítica da Razão Pura*, de Kant, em 1781, até a morte de Hegel, em 1831 (DUDLEY, 2007, P. 13-14). Sua proposta inicial era de enfrentamento ao ceticismo de Hume, diante do qual perderia sentido todo esforço de conhecimento para parametrização das condutas humanas, e evoluiu para o desafio de “substituir a aceitação pré-moderna da injustificada autoridade com a demanda moderna por uma justificativa racional e a liberdade” (DUDLEY, 2007, P. 15). Antes de se abordar o estudo de Hegel, cumpre revisitar as teorias de Kant. Afinal, como já ficara claro para Kant e continua atualíssimo, “o empecilho mais óbvio à substituição da governança das autoridades tradicionais pelo do autogoverno libertador são as próprias autoridades, que raramente estão inclinadas a perder o poder e a deferência a que estão acostumadas” (DUDLEY, 2007, *idem*).

Se Hume estivesse certo, a crença e a ação humanas seriam baseadas nos costumes ou hábitos, e não na razão; o homem seria guiado pela necessidade natural²⁵, pré-implantada em sua mente, que governa a todo o universo; e seria natimorto o sonho de uma autonomia ou emancipação do homem pela via racional. A obra de Hume notabiliza-se pelo somatório de empirismo, proposição de que toda ideia decorre da experiência sensória; determinismo, quanto ao inescapável curso das causalidades que o homem não pode controlar nem evitar; e ceticismo em relação à razão como guia do conhecimento e da ação humanas (DUDLEY, 2007, P. 16-17).

²⁵ Para uma noção menos inexata sobre o grau de ceticismo de Hume em relação à razão, bem como sua fundamentação para tanto, vale conferir trecho de HUME, 2009, P. 216, parágrafo 7: “Se me perguntassem sinceramente se concordo com esse argumento, que pareço esforçar-me tanto para estabelecer, e se sou realmente um desses céticos que sustentam que tudo é incerto e que nosso juízo não possui *nenhuma* medida da verdade ou falsidade de *nada*, responderia que essa questão é inteiramente supérflua, e nem eu nem qualquer outra pessoa jamais esposou sincera e constantemente tal opinião. A natureza, por uma necessidade absoluta e incontrolável, determinou-nos a julgar, assim como a respirar e sentir. Não podemos deixar de considerar certos objetos de um modo mais forte e pleno em virtude de sua conexão habitual com uma impressão presente, como não podemos nos impedir de pensar enquanto estamos despertos, ou de enxergar os objetos circundantes quando voltamos nossos olhos para eles em plena luz do dia. Quem quer que tenha-se dado ao trabalho de refutar as cavilações desse ceticismo *total*, na verdade debateu sem antagonista e fez uso de argumentos na tentativa de estabelecer uma faculdade que a natureza já havia antes implantado em nossa mente, tornando-a inevitável”.

Kant abandonou o positivismo dogmático de Leibniz²⁶, então devastado pela crítica de Hume, e foi o primeiro a enfrentar o desafio da superação epistemológica do determinismo, do empirismo e do conseqüente ceticismo contra a razão, propondo as condições transcendentais (e viabilizadoras) da experiência. Para Kant, há capacidades preexistentes à experiência que permitem ao sujeito vivenciá-la. O conhecimento das características do objeto que o tornam necessária e universalmente suscetíveis de conhecimento pelo homem é chamado, em Kant, metafísica. Na condução do conhecimento metafísico, é necessário o exame das capacidades do conhecedor para a representação e a experiência. Kant reedita a classificação das espécies de conhecimento de Hume, restrita à dicotomia “relações das ideias” e “questões de fato”, na qual é impossível o saber metafísico. Na classificação de Kant, há dois pares de conhecimentos com elementos antagônicos: *a priori* e *a posteriori*; analítico e sintético. É *a priori* ou puro o conhecimento que independe da experiência; é *a posteriori* o que dela depende. É analítico o juízo (forma lógica que liga um sujeito a um predicado) em que o predicado atribuído ao sujeito nada mais é do que uma decorrência nele já implícita (tautologia); é sintético o juízo que acrescenta ao sujeito uma característica nele não contida. Comparando as classificações do conhecimento propostas por Kant e Hume, percebe-se que a diferença entre eles está na descrença de Hume na possibilidade de existência de conhecimento analítico *a posteriori* (porque, se é uma tautologia, dispensa a experiência) e sintético *a priori* (como fantasia dos metafísicos racionalistas). Assim é que *Crítica da Razão Pura*, a primeira obra do idealismo alemão, visa a estabelecer as condições de possibilidade da experiência, pelo exame das características do conhecedor que lhe permitem experimentar os objetos do mundo. Essas condições são chamadas *transcendentais* e o estudo a elas dedicado, *filosofia transcendental*. A *filosofia transcendental* distingue a aparência com o termo fenômeno (acessível ao homem) das coisas em si, ou *noumena* (a que o homem não tem acesso). Não se trata de dois mundos apartados, mas duas maneiras de abordagem do mesmo mundo (DUDLEY, 2007, P. 32-37).

Segundo Kant, tempo e espaço são formas *a priori* da sensibilidade. Não apenas tempo e espaço, nos quais os objetos se situam, sem, no entanto, revelar o que sejam, mas constituem categorias também não derivadas da experiência, originárias da própria mente do sujeito conhecedor, logo conhecimento sintético *a priori*: unidade, pluralidade, totalidade,

²⁶ Sobre a obra de Leibniz e sua “monadologia”, ou teoria geral das mônadas, ente único, indivisível, simples, átomo da natureza, sem abertura para o exterior, bastante em si, força representacional ou limite da divisão infinita da realidade imaterial, cujo produto é diferente de zero e cuja condição (ser mônada) é o que de comum existe em todos os entes, como repositório da *epistême* (conhecimento certo), vale conferir a sempre didática e concisa explicação de SEVERINO, 1984, P. 107-116.

realidade, negação, limitação, substância/acidente, causa/efeito, interação recíproca, possibilidade, existência e necessidade. Sem essas categorias (ideias, ou conceitos puros da razão, como elementos lógicos que decorrem apenas da mente, sem qualquer experiência), defende Kant, não é possível tomar parte de qualquer experiência nem formular qualquer juízo (DUDLEY, 2007, P. 44-45). Igualmente são conceitos da pura razão “Deus” e “alma imortal”, que jamais podem ser demonstrados experimentalmente, nem como coisas-em-si. A razão humana, nesse cenário categorial, é a capacidade (inata e em potência no homem) de fazer inferências que ligam julgamentos mediante silogismos, para explicar um julgamento ou um conjunto de julgamentos. A racionalidade ou razão é algo como uma criança que sempre pergunta “por quê?”, visando a explicar um complexo causal até o ponto em que não mais se necessita de explicações: o incondicionado. Para Kant, discutir as categorias da razão é perda de tempo e não produz qualquer conhecimento (aqui está uma característica central do pensamento dos filósofos do idealismo alemão), porquanto se cuida de conceitos que transcendem a experiência (discursiva), ou puros (DUDLEY, 2007, P. 52-53).

A condição de possibilidade da liberdade, em Kant, é a superação do determinismo causal. Sem liberdade, não há responsabilidade, pois o ente que é e age como mero produto de uma sequência causal (pré) determinada não tem **culpa** do que é, nem do que faz, tampouco responsabilidade por essas condições – é, portanto, **inocente**. A partir da diferença entre fenômeno (aparência, acessível ao homem) e *noumena* (coisa em si, não acessível ao homem), a teoria de Kant não permite provar que o homem seja livre, nem que não seja, mas abre uma proposta a que o homem pense a si mesmo como tal (DUDLEY, 2007, P. 55-56). É essa possibilidade de liberdade que encaminha a possibilidade de responsabilidade e responsabilização jurídicas do homem por seus atos, inclusive os de natureza criminal, com a imposição de penas por autoridades constituídas.

Já em *Crítica da Razão Prática*, Kant equipara a determinação da vontade, ou faculdade de controlar causalidades em objetos correspondentes às representações, com a liberdade. A determinação da vontade ou do desejo pode ser racional ou irracional. Será racional se, e somente se, envolver a tomada de decisões com objetivos completamente livres de fatores empíricos, isto é, baseados exclusivamente na própria razão, logo universalizáveis, ou reproduzíveis por qualquer agente racional na mesma situação. A esse fundamento da determinação da vontade ou do desejo que decorre unicamente da razão Kant chama de *lei*. *Leis* são fins em si mesmos. Por isso, unificam categoricamente a razão pura. É a consciência dessas *leis* – mais importantes ou valiosas do que qualquer elemento natural ou convencional, absolutas, em nome das quais se renuncia a tudo, inclusive à própria vida – que assegura a

liberdade como tal e como guia da prática humana. A todas as máximas que determinam a vontade em relação a um objeto particular ou resultado com vinculação meio-fim, sem atingir o *status* de *lei*, Kant chama de *imperativos hipotéticos*. O ser racional de Kant percebe, como “fato da razão”, condicionante da consciência da liberdade, que precisa abrir mão da felicidade para cumprir suas obrigações absolutas (*leis*). A experiência da obrigação absoluta, aquela que deve ser cumprida ou observada mesmo à custa da felicidade, desperta a consciência do sujeito, no âmbito prático da razão, sobre a razão teórica (pura, *a priori*), insuscetível de demonstração (DUDLEY, 2007, P. 57-59).

O estudo da moralidade em Kant interessa ao Direito. Moralidade em Kant é dependente da universalidade. Não se fala em princípio moral por causa de seu conteúdo, nem em face das consequências que sua adoção, na prática, gera. Só é moral, obrigatório e exigível de todos o princípio universal. O *imperativo categórico* assim se define pela recusa à ação, a menos que ela possa aspirar à universalidade. No mesmo sentido, é imoral agir por uma forma ou de acordo com um princípio que não se possa desejar como balizador ou informativo necessário à conduta do outro, na medida em que esse agir criaria uma exceção injustificável ao comportamento do agente, em detrimento dos demais sujeitos. Máximas que não ultrapassam o teste da universalização sem autodestruição são para Kant absolutamente imorais. Diante delas, o homem moral tem um “dever perfeito” de não atuação. A contraface do “dever perfeito” é o direito fundamental absoluto: “O direito mais fundamental é o de se ter respeitada a liberdade de alguém por outros seres livres, uma vez que a liberdade é a condição derradeira de possibilidade da moralidade, direitos e deveres” (DUDLEY, 2007, P. 60-62).

Na *Crítica da Faculdade do Juízo*, Kant procura conciliar a liberdade do mundo humano com a causalidade do mundo natural. Nesse esforço, tem destaque o método indutivo, por Kant chamado de *reflexão*, aplicável aos casos em que o conhecimento categorial ou transcendental, embora disponível ao formulador do juízo, não o habilita a guiar sua conduta ou prática imediatas. O juízo determinante não traz dificuldade: se o sujeito tem acesso ao conceito universal aplicável a determinado objeto, a subsunção do objeto ao conceito se faz de imediato. A *reflexão* humana, contudo, desenvolve-se quando um objeto experimentado não se enquadra em qualquer conceito de que o sujeito disponha. A *reflexão* pressupõe que a natureza não se oriente apenas pela causalidade mecânica (causa eficiente, de Aristóteles), mas também por uma finalidade (causa final, em Aristóteles). Isso significa que a natureza, além de organizada por regularidades, tem a intencionalidade (razão da natureza) de se dar a conhecer ao homem (razão da natureza humana). Logo, a *reflexão* consiste na observação

cuidadosa do objeto em princípio desconhecido e outros similares (busca de regularidades) com que o sujeito depara em direção a um conceito universal adequado. O experimentar a regularidade da natureza dada a conhecer ao homem configura o juízo estético da beleza. O homem tem experiência cognitiva ao fazer um juízo determinante, pelo qual aplica ao objeto uma categoria já conhecida de sua mente; tem experiência sensória, quando frui o prazer material do fenômeno; tem experiência estética se, pelo juízo reflexivo, reconstrói as formas da intencionalidade da natureza e com elas se deleita. A experiência estética é em parte semelhante à cognitiva, no sentido de a identificação das formas consistir em uma universalidade, e em parte semelhante à sensória, no sentido de proporcionar prazer, embora universalmente, e não diferentemente para cada sujeito. O juízo reflexivo, que veicula a experiência estética, não justifica, porém, a intencionalidade subjetiva nem a liberdade do homem. Essa justificativa decorre do juízo teleológico, pelo qual o homem é o objetivo (intencionalidade objetiva) final da natureza, orquestrada por um ser inteligente, que a paramentou com os instrumentos necessários ao surgimento de seres livres. Em síntese, o fato de a natureza parecer destinada subjetivamente (razão subjetiva da natureza) a agradar ao homem, com o revelar de suas regularidades formais, caracteriza o juízo estético, mediante a *reflexão*, enquanto a existência do homem como ser livre, ou ao menos capaz de agir livremente, decorre da organização da natureza por um ser inteligente (razão objetiva da natureza) para gerar seu objetivo final: o homem. O fechamento da filosofia transcendental de Kant se dá pela aceitação da providência divina atuante pela a na natureza (DUDLEY, 2007, P. 67-75).

A obra de Hegel encerra o período filosófico iniciado por Kant, o idealismo alemão, com o mesmo propósito que animou o precursor: construir e desenvolver uma filosofia racional que encaminhe a uma vida humana racional. Kant, com sua teoria da transcendentalidade, estabeleceu que o sujeito cognoscente não precisa se submeter ao objeto da cognição, e sim o contrário. Hegel segue o mesmo objetivo, sem, contudo, concordar nem com o empirismo nem com o idealismo de Kant.

Hegel, em estudos anteriores à *Fenomenologia do Espírito*, diferencia razão e compreensão, lamentando que a razão iluminista (de Kant e da Revolução Francesa) tenha se reduzido à última, com descuido da primeira. Razão, em Hegel, retomando claramente o tema da *epistème* na Antiguidade grega, significa identidade entre sujeito e objeto. Aproveitando-se das categorias de Kant, Hegel afirma que, se a dedução das categorias ao objeto é correta, então categoria (na mente do sujeito) e objeto partilham das mesmas características, isto é, são idênticos. Para Hegel, seguindo Schelling, há identidade radical entre as categorias mentais

que viabilizam a experiência (natureza humana) e as características imanentes ao objeto conhecido (natureza). Em Kant (também em Fichte), como visto acima, essa identidade inexistente, porque no máximo o que decorre da dedução é uma identidade aparente, no âmbito do fenômeno, ficando de fora do conhecimento qualquer aproximação com o sujeito-em-si ou o objeto-em-si e, por conseguinte, com a identidade entre sujeito-em-si e objeto-em-si. A razão hegeliana coloca-se como condição de possibilidade da compreensão, caracterizada pelo esforço de identificação das determinações do ser (razão da natureza) pelas determinações do pensamento (razão da natureza humana). Logo, há, para Hegel, uma organização racional ou uma sistematicidade na subjacência da natureza, sem a qual ela não poderia ser conhecida pelo homem; em suma, o real é racional. Já a compreensão prioriza a epistemologia em detrimento da metafísica tradicional, criando um dualismo cuja tarefa não é a cognição do absoluto (tarefa da razão como identidade sujeito-objeto), que remonta à tradição pré-socrática (vide itens 1.2 e seguintes acima), mas a cognição da subjetividade ou das faculdades cognitivas. É precisamente esse dualismo que, segundo Hegel, impede tanto Kant quanto Hume de conhecer a razão como absoluto e os conduz à conclusão da irracionalidade e da incompreensibilidade da realidade em si. Em *Fenomenologia do Espírito*, Hegel pretende demonstrar o “conhecer absoluto, (...) ponto de vista no qual (...) apontar as determinações constitutivas do pensamento seria ao mesmo tempo apontar as determinações constitutivas do ser, e assim oferecer uma cognição racional da constituição da realidade” (DUDLEY, 2007, P. 205-208).

Com Hegel a metafísica retoma o papel paideico (pré-socrático e aristotélico) de fonte primeira de todas as ciências, porém sem regressar a um estado pré-kantiano, na medida em que propõe retornar ao estudo da metafísica para rejeitar a conclusão kantiana de que o pensamento não pode determinar, atingir ou revelar a verdade do ser. Isso porque a ciência do absoluto não pode ser condicionada nem se alicerçar em pressupostos, premissas ou categoremáticas. Para Hegel essa metafísica (filosofia primeira ou ontologia) não é a ciência do absoluto transcendente (de Kant) ou supersensível (mundo supralunar em Aristóteles, ou das ideias de Platão), mas a articulação da constituição da realidade imanente. Por conseguinte, a filosofia como ciência do absoluto (metafísica) não deve se basear em quaisquer conceitos particulares ou especiais, e sim incorporar apenas aqueles conceitos indispensáveis e imanentemente necessários ao seu surgimento incondicional. Nesse desafio se expressa a noção de sistema filosófico em Hegel: “constituir um único conjunto autocontido de determinações conceituais, que no todo culmina uma explicação da verdade implícita na determinação inicial e não arbitrária” (DUDLEY, 2007, P. 209-210).

A consciência ou compreensão pressupõe um dualismo sujeito-objeto, que instaura o confronto ou a distinção entre o si mesmo e o mundo. No entanto, a razão (ciência ou saber absoluto) suspende o dualismo epistemológico e indica que a consciência que se concebe separada do objeto a ser conhecido é a antítese da própria razão. Como, sob o ponto de vista da razão (conhecimento absoluto), não é possível ignorar o ponto de vista da consciência (conhecimento epistemológico), a *Fenomenologia do Espírito* consiste em uma proposta teórico-normativa, e não teórico-descritiva, da consciência, forçando-a a sempre revisar os pressupostos (cuja estagnação é inadmissível à filosofia como metafísica e razão ou conhecimento absoluto) de si e de seu objeto. Em consequência, gradualmente a consciência compreende a si mesma em formas sucessivas (Consciência; Autoconsciência ou Consciência de Si; Consciência da Razão). Esse movimento permanente da consciência é que permite a ela (sujeito) filtrar ou identificar os elementos necessários e constitutivos da realidade, pela superação não histórica, não transcendental, mas lógica das contradições internas às formas de consciência, para, enfim, desvelar (fazer vir à tona) a razão (conhecimento absoluto) (DUDLEY, 2007, P. 211-212). A *Fenomenologia do Espírito* é, pois, uma obra que aborda a “ciência da experiência da consciência” (DUDLEY, 2007, P. 214-215), cuja leitura é perfeitamente dispensável aos que suspenderam suas noções de subjetividade e objetividade, para se dedicar ao exame sem pressupostos da real verdade do ser. Tal obra prepara seu leitor, ou quem já suspendeu as noções de subjetividade e objetividade, para aderir à filosofia sistemática de Hegel em direção ao absoluto, no tratado da pan-lógica hegeliana denominado *Enciclopédia das Ciências Filosóficas*, cujo primeiro livro é *Ciência da Lógica*, seguido de *Filosofia da Natureza* e *Filosofia do Espírito* (DUDLEY, 2007, 224-229). Sobre as formas sucessivas de consciência (Consciência, Autoconsciência e Razão) na *Fenomenologia do Espírito*:

Através da “Consciência” a suposição existente é a de que o sujeito procura o conhecimento adequando seu pensamento à verdade de um objeto independente. Na “Autoconsciência” esta suposição é derrubada e substituída pela suposição de que o objeto é o que o sujeito independente determina o que ele seja. “Razão” é definida pela substituição dessa suposição com a certeza de que o que o sujeito determina que o objeto seja é também o que o objeto verdadeiramente é (DUDLEY, 2007, P. 222).

Três noções da razão hegeliana ainda merecem menção. O “Espírito” é a forma da consciência que se apercebe de que “a racionalidade está corporificada não só em agentes autoconscientes, mas também em si”. Já a “Religião” se caracteriza pelo abandono de uma autoimagem transcendente pela consciência, com o conseqüente reconhecimento de que “a estrutura racional do ser é imanente e acessível ao pensamento do agente autoconsciente”.

Finalmente o “Conhecimento Absoluto” não se articula mais no nível epistemológico da consciência nem no saber do sujeito acerca de um objeto a si externo, mas no interior do próprio pensamento como estrutura racional do ser. Nesse ponto, como dito, o sujeito está preparado para estudar uma filosofia sistemática sem bases, proposta pelo próprio Hegel, em sua *Enciclopédia* (DUDLEY, 2007, P. 249-258).

Hegel marca a Modernidade também por defender o caráter orgânico da história da filosofia, cujo desenvolvimento possui um significado unitário. Antes da Modernidade, a filosofia dedicava-se à compreensão da *ideia* e, com Hegel, evolui para a compreensão do *espírito*. “A *ideia*, para Hegel tal como para Platão, é a própria realidade enquanto inteligível, é a totalidade universal do ser enquanto transparente ao pensamento”. Já o *espírito* é o pensamento sobre a compreensão da ideia no qual a realidade se constitui. Embora haja abordagem do *espírito* como mais uma *ideia* nas obras de Platão e Aristóteles, ele, então, não constituía a realidade, que permanece independente dele (SEVERINO, 1984, P. 11-14). Já em Hegel, o *espírito* constitui a realidade.

A epistemologia de Hegel anuncia-se como o sistema final ou o ápice da filosofia em seu desenvolvimento histórico organizado ou orgânico. Nele, reconhecem-se três estágios de evolução da filosofia a partir de duas noções centrais à estruturação de qualquer epistemologia: a verdade e a certeza. No primeiro estágio, dedicado à compreensão da ideia e característico das filosofias antiga e medieval, o pensamento gera uma identidade imediata entre verdade e certeza. No segundo estágio, de passagem da compreensão da ideia à compreensão do espírito, que se estende do início da Modernidade (com Descartes, Galileu, Locke e outros) até Kant inclusive, o pensamento afirma a oposição entre verdade e certeza; no terceiro e final estágio (filosofia hegeliana), o pensamento supera a oposição entre verdade e certeza e afirma sua identidade mediata (SEVERINO, 1984, P. 14-15).

A mediatidade da identidade entre verdade e certeza no sistema lógico hegeliano se dá pela *dialética*, não mais a platônica, como relação entre as ideias, nem a tópico-aristotélica, como disputa discursiva fundada em *doxas* e *endoxas*, mas em três momentos: no primeiro, o intelecto, segundo o senso comum, a ciência, a religião e demais formas inadequadas de filosofia, separa uma ideia das demais, com independência e autonomia, como se a parte fosse o todo. No segundo, chamado racional negativo ou dialético, o intelecto suprime a ideia pela percepção do seu oposto, que a contradiz. No terceiro momento, racional positivo, da razão absoluta, cuida-se da superação dos opostos, que acentua o quê de afirmativo existe nas contradições intelectuais; afinal, para permanecer idêntica a si e diferente de seu oposto, a ideia precisa ser unida a ele. Não há da parte de Hegel uma negação ao princípio da não

contradição, da lógica clássica de Aristóteles, porém uma vedação à interpretação dos termos opostos de forma abstrata e isolada (SEVERINO, 1984, P. 243-246).

A Modernidade²⁷, nela incluso o Idealismo Alemão, promove inegáveis aprofundamento e refinamento da epistemologia como estudo das ideias de certeza e verdade. No entanto, não se nota nesse esforço moderno o questionamento da condição de **subjetividade decisória** e sua relação lógica com a **autoridade**, ambas impeditivas da democracia jurídica. Ao contrário, parece que a Modernidade confronta e expurga uma autoridade religiosa rudimentar e coloca outra no lugar, a do sujeito inatamente racional e capaz (ROUANET, 1996; WOLFF, 1996), talvez mais perniciosa, porque justificada e blindada por uma elaboração epistêmica mais refinada. Em última instância, a terceira via da causalidade de Locke, que, tributária de Descartes, exprime ideias concebidas apenas na mente do agente, sem correspondência na realidade, foi o pano de fundo de todo o pensamento moderno (SEVERINO, 1984, P. 131-133), penetrando no pensamento de Kant e constituindo ao menos elemento da final lógica holística de Hegel. Antes de colocar a **subjetividade** e, em consequência, a **autoridade no âmbito jurídico** em dúvida, o pensamento moderno só as faz reforçar, pela aposta no sujeito consciente, seja inatamente, seja pragmaticamente (pela ação no mundo) capaz. Cabe então conferir se a contemporaneidade filosófica traz perspectiva diversa a esse respeito.

1.7 *Epistême* contemporânea: abertura ao devido processo

Se a filosofia nasce grande (SEVERINO, 1986-A, P. 17 e seguintes), com pretensão de sustentar verdades primeiras e imutáveis e, em consequência, substituir-se ao mito na explicação do mundo, a *epistême*, como instrumento da filosofia, tem como adversário permanente o *devir* (*yevnsis*²⁸/*Werden*), ou o processo pelo qual as coisas vêm do nada e a ele regressam. A filosofia das verdades primeiras enfrenta o terror (*tháuma*) do indeterminado (*apéiron*) com a *epistême*, evitando o *devir* (processo das coisas do nada ao nada), mas não é a única a fazê-lo. O mito possui a mesma proposta da *epistême*, embora essa se anuncie como saber absoluto e incontroverso independente da fé, essencial àquele. Enfim, não há dúvida de

²⁷ Evidentemente o trabalho realizou uma abordagem superficial da Modernidade, focada no Idealismo Alemão, como movimento filosófico que provoca, a favor ou contrariamente, o nascimento de outros movimentos e escolas filosóficas ocidentais, notadamente o Materialismo Histórico (Marx, Engels, Althusser), a Fenomenologia (Husserl, Heidegger, Merleau-Ponty), a Filosofia Analítica (Russel, Moore, Wittgenstein), a Escola de Viena (Schlick, Frege, Tarski, Carnap) e a Escola de Frankfurt (Adorno, Horkheimer, Habermas). Para uma abordagem esclarecedora sobre a Modernidade, confere também HABERMAS, 1998.

²⁸ MARÇAL, 2015.

que as leituras míticas do mundo configurem remédio, certamente mais antigo do que a filosofia ocidental, contra os horrores do desconhecido e, sobretudo, do incognoscível (SEVERINO, 1986-B, P. 11-15).

Para estancar o espanto ao *devoir*, a filosofia desde logo cuida de estabelecer de forma elementar que o nada nada pode gerar, afirmando que deve haver uma verdade primeira, não gerada ou causada, porém geradora ou causadora do mundo (princípio da não contradição). Essa batalha tipicamente filosófica entre *epistème* e *devoir* prossegue até a obra de Hegel, a mais característica da Modernidade em suas propostas epistemológicas, com o embutimento do *devoir* no conhecimento absoluto a que se chega com o sistema filosófico, embora não operativo no nível do conhecimento absoluto, do próprio Hegel (*Tätigkeit*²⁹).

A contemporaneidade, segundo Severino, caracteriza-se pelo momento em que a batalha entre *epistème* e *devoir* pende, entretanto, para a vitória do último e a destruição da primeira. Como resultado mesmo de diversas críticas à própria obra de Hegel, a filosofia contemporânea admite o mal do incognoscível, mas julga a tentativa de estabelecimento de verdades primeiras como um mal maior. Dizer Origem, Sentido, Causa, Fundamento, Ordem, Lei, Realidade imutáveis e absolutos, em proposta epistêmica que atravessa a história ocidental desde a Antiguidade até a Modernidade, é uma falsa libertação; a referência a tais pontos absolutos do discurso sintetiza, ao contrário, cruel encarceramento ou supressão da vida humana. Portanto, a contemporaneidade recepciona a defesa do fim ou da destruição da *epistème*, que se propõe libertadora da vida do homem mediante o esclarecimento das verdades necessárias, porém, com elas, sufoca essa mesma vida. Como mostra Severino, entretanto, a condenação da *epistème* de verdade e realidade absolutas e imutáveis, longe de caracterizar a batalha milenar do Ocidente entre verdade (autêntica) e não verdade, faz recair a causalidade originária ou a verdade necessária no *devoir*, como instância cooriginária à *epistème* no pensamento grego. Em última análise, interpretar o *devoir* como causa primeira no lugar da *epistème* é uma postura adotada no território lógico da filosofia e da própria *epistème* (SEVERINO, 1986-B, P. 15-16).

²⁹ Segundo Marçal (2015), *Tätigkeit* (ação) é o termo que diferencia as obras de Kant e Hegel (em especial, a Fenomenologia do Espírito), mesmo que inseridas, grosso modo, no mesmo movimento filosófico do Idealismo Alemão. Para Marçal (2015), a *Tätigkeit* indica as considerações filosóficas de Hegel sobre o *devoir*, que estariam ausentes na obra de Kant, esta caracterizada por um Ser (*Sein*) estático. Em Kojève (2014, p. 446) lê-se a seguinte explicação sobre o tema segundo Hegel: “O Ser concreto (revelado) é ao mesmo tempo identidade e negatividade. Logo, ele não é apenas Ser-estático-dado (*Sein*), espaço e natureza, mas também *devoir* (*Werden*), tempo e história. Ele é não apenas identidade-ou-igualdade-consigo (*Sichselbstgleichheit*), mas também Ser-outro (*Anderssein*) ou negação de si mesmo como dado, e criação de si como diferente desse dado. Em outros termos, ele é não apenas existência empírica (*Dasein*) e necessidade (*Notwendigkeit*), mas também ação (*Tat, Tun, Handeln*) e liberdade (*Freiheit*).”

A convicção de que o sentido grego do *devoir* é a verdade originária indesmentível não se forma, de facto, fora da *epistème*, mas é exatamente esta última que, ao nascer, evoca o *devoir*, isto é, o entende como um sair e um regressar ao nada, e, justamente no seguimento desta evocação, aponta o remédio contra o terror que o *devoir*, assim, entendido, desencadeia (SEVERINO, 1986-B, P. 16-17).

A contemporaneidade marca assim o domínio epistemológico do *devoir*, não a ausência (o fim, ou a morte) da *epistème*. Ao contrário da Antiguidade, em que o domínio do homem sobre as tecnologias era incipiente e o outro da filosofia era o mito, na contemporaneidade o grande avanço da técnica e da ciência convive com o mito, não raro ostentando mais força do que este, na proposta de acalantar o homem contra o terror do *devoir*. A tecnologia (fusão de técnica e ciência³⁰) da contemporaneidade, ela mesma mitificada como solução contra todos os males, a par de amplamente difundida, ao contrário dos estudos filosóficos aprofundados, anestesia o homem contra o temor do *devoir* e da vida ou da morte, chegando a possuir força suficiente entre as massas para tachar de mito a própria *epistème*. A rápida percepção do fracasso e da inutilidade das tecnologias para essa finalidade atira alguns pensadores da contemporaneidade no desamparo e no pessimismo radicais, como se dá nas diversas formas da filosofia existencialista. Outra possibilidade filosófica contemporânea passa pela aposta em um super-homem, cuja vida se baseia apenas no imprevisível, no incalculável, no risco e na audácia, pouco importando se a consequência é o sucesso ou o fracasso. Finalmente, não há como desconsiderar, nessa complexidade contemporânea, alguns apelos ao resgate pelo homem de práticas e formas de vida tribais, tendo a natureza por mestra. “(...) Aqui estão todos os aspectos da filosofia contemporânea – do próprio positivismo ao pragmatismo e ao neo-empirismo – que confiam ao novo *remédio*, isto é, à racionalidade científica e à técnica moderna a tarefa de salvar o homem do terror da vida (SEVERINO, 1986-B, P. 18-19)”.

Enquanto o conhecimento do todo (verdade absoluta e necessária) marca a *epistème* da Antiguidade (Platão) e a possibilidade de ideias concebidas apenas na mente do sujeito,

³⁰ Para Habermas (1968), em obra escrita a partir da obra de Marcuse e em sua homenagem, a fusão entre técnica e ciência (tecnologia), com a pretensão de alcançar objetividade científica, mas sem a análise das condições de possibilidade da objetividade pela diferenciação entre conhecimento e interesse, é uma ideologia: “A partir das experiências do dia a dia, sabemos que as ideias servem muitas vezes bastante bem para mascarar com pretextos legitimadores os motivos reais de nossas ações. O que a este nível se chama racionalização chamamos-lhe, no plano da ação coletiva, ideologia” (HABERMAS, 1968, P. 140-141). Para os adeptos da Escola de Frankfurt em geral, a ideologia é um mascaramento ou uma falsa representação da realidade, que encobre dominação (EAGLETON, 2007) e apenas um interesse emancipatório percebido racional e coletivamente pelo homem o pode conduzir a um conhecimento crítico (HABERMAS, 1968, P. 144-145). Para Popper, a ideologia também se diferencia da teoria crítica, mas a crítica não é uma faculdade da razão, nem decorre de um interesse fundado em uma razão *a priori*, ou pragmática (da ação do homem no curso da história), ou condicionada a situações de comunicação. Crítica, em Popper, é uma tarefa, uma questão de método. Confere nota 35 abaixo e POPPER, 2004, P. 16, alínea f, abaixo reproduzida (p. 129).

sem correspondência com a experiência factual, é a característica transversal da *epistême* na Modernidade (Kant), variações sobre a retomada do ceticismo são o traço distintivo da *epistême* na Contemporaneidade. Ceticismo não equivale a abandono da verdade, e sim afirmação de que nenhuma forma histórica da *epistême* é capaz de organizar um corpo de ideias conducentes à verdade como saber absoluto e necessário. Nem mesmo o ceticismo nega o *devir*, antes se refugia nele. O ceticismo, que também remonta à Antiguidade, perpassa a Modernidade e sustenta a Contemporaneidade, culmina por inadmitir a supremacia de qualquer verdade epistêmica sobre a realidade em *devir* (do caos, da desordem, do imprevisível). Da tese da negação da *epistême* como verdade fundamental decorre uma tese epistêmica: a da fundamentalidade do *devir*. O ceticismo não poderia ser interpretado como ausência de qualquer verdade, pois a proposição “não há qualquer verdade” é uma variação ingênua do paradoxo do mentiroso: seria verdadeira, se falsa, e falsa, se verdadeira, logo não é verdadeira nem falsa (POPPER, 1998, T. II, P. 372 – como nota 7 da P. 238 ao capítulo 24). Há assim, na Contemporaneidade, como houve na Modernidade, uma reformulação epistemológica da *epistême*, desta feita radicada na noção de *devir*, em substituição ao amálgama absoluto, imediato ou mediato, e necessário entre verdade e certeza contrapostas à instabilidade do *devir*. Por isso, o entendimento sobre o percurso da *epistême* ao longo da história da filosofia da ciência demanda uma epistemologia, ou estudo das teorias da *epistême* e sua confrontação crítica³¹.

A prevalência do *devir* como elemento fundante da concepção epistêmica da Contemporaneidade gerou a destruição da *epistême* como conhecimento unitário, absoluto, total³². Essa destruição passa pelo ceticismo, expresso em duas ordens ou formas. A primeira forma de ceticismo se baseia na permanente mutabilidade ou dinâmica da realidade, que, por isso, não se deixa perceber ou apreender. Se percebida ou apreendida, no instante seguinte é outra e torna caduco o que dela se possa dizer. Essa faceta do ceticismo consta da obra de Hegel e foi por ele dissolvida com a proposta de superação dialética e não epistemologicamente mediada dos opostos no conhecimento absoluto (*Aufhebung*)³³. A segunda forma de ceticismo é a constatação de que, diante da mutabilidade inevitável do *devir*, tudo o que se possa afirmar concerne tão-só a sua aparência, ficando inacessível ao

³¹ Para Marçal (2015), o entendimento sobre a trajetória da *epistême* também pode ser considerado a partir da proatividade do *homo sapiens sapiens*, em perspectiva neopragmatista.

³² Segundo Marçal (2015), a destruição da *epistême* como conhecimento absoluto é marcada também pelos princípios ou noções de indeterminação, de Heisenberg, incompletude, de Gödel, obstáculo epistemológico, de Bachelard, e quebra de paradigma, de Kuhn.

³³ Marçal (2015) defende que o “conhecimento absoluto”, em Hegel, é o que o sujeito, como agente racional, produz. Para tanto, basta-lhe aperfeiçoar os métodos de observação continuada, por meio de metadados. A *episteme*, nessa proposta, passa a significar “conhecimento racional” e intersubjetivamente fundamentada.

homem a investigação da realidade em si. Essa segunda ordem do ceticismo está presente na obra de Kant. A Contemporaneidade aprofunda sim as formas de ceticismo, quer a constante da obra de Kant, quer a presente na obra de Hegel. A diferença para com os autores da Modernidade é que, na Contemporaneidade, a filosofia como *epistême* e metafísica (conhecimento sobre as verdades primeiras e necessárias) deixa de ocupar um papel filosófico-maternal e superior em relação aos demais conhecimentos científicos fragmentários acerca da (aparência de) realidade. Entra em definitivo colapso também a investigação transcendental, categoremática (em que as verdades primeiras ou categorias veiculadoras da experiência se transferem para o espaço mental do sujeito) e não mais unificadora dos saberes técnicos e científicos. A ideia de verdade primeira ou última é abandonada e deixa de ser guia à conduta do homem, que tem de se haver e avir com sua liberdade. Importante é perceber que esse movimento aparentemente antifilosófico nasce e se desenvolve a partir do significado originário do *dever* e, por isso, em relação a ele nada pode haver de mais propriamente filosófico e, com maior especificidade, epistemológico (discurso da *epistême*) (SEVERINO, 1986-B, P. 19-26).

É nesse ambiente lógico e epistemológico da Contemporaneidade que se abre a possibilidade de um direito democrático, gestado pela teoria *neoinstitucionalista* do processo (como epistemologia). Historicamente, a garantia do devido processo tem aderência à fórmula inglesa *due process of law*, que remonta ao século XIV, mais especificamente a 1354, no reinado de Eduardo III. Essa fórmula remete, por sua vez, à *Law of the Land* da Carta Magna de João Sem Terra, de 1215, portanto século XIII. Trata-se de proteção aos nobres contra os abusos da coroa britânica, que também influenciará a Declaração de Direitos norte-americana de 1776, para assegurar vida, liberdade e propriedade. Explica Leal que a certeza epistêmica dessa garantia processual, descurada pelos processualistas da atualidade, decorre da fusão das expressões *due process of law* e *law of the land* e estabiliza-se em noções de igualdade e liberdade que os bens conferem a seus proprietários. É a propriedade (em especial da terra) que assegura a seu titular um limite de liberdade e igualdade a outros proprietários, assim como sucedia aos romanos na Antiguidade, portadores da *actio* desde o nascer como cidadãos de Roma, situação que lhes asseguraria mais tarde o acesso aos direitos por uma ligação telúrica com o local de nascimento e, por isso mesmo, não era nem poderia ser extensível a todos indistintamente. Em consequência, segundo a teoria *neoinstitucionalista* do processo, os direitos fundamentais no Brasil não têm vinculação com o *pragma* ou a *metaphysis* que informa o *due process of law of the land* dos romanos antigos aos ingleses medievais, nem com a *Bill of Rights* estadunidense do século XVIII, porque, no direito democrático, eles são

articulados pela “conjectura teórica de uma linguisticidade jurídico-construtiva (DEVIR) como ponto de alavancagem de uma *hermenêutica isomênica*³⁴ disponível a todos indistintamente.” Enquanto no *substantive due process of law of the land* à autoridade judicial compete avaliar a razoabilidade da lei, abolindo-a se contrária ao direito oriundo do conhecimento pressuposto dos costumes e hábitos (epifenômenos) que conferem densidade semântica à compreensão da *common law of the land* (à letra: lei comum da terra), a qual traça os limites supralegais aos direitos fundamentais ao longo do tempo histórico, no devir processual democrático sedia-se a abertura a um vir-a-ser jurídico que, em países como o Brasil, com altos índices de exclusão social, objetiva um rompimento com as formas de vida exceptivas e excludentes já implantadas por séculos. Enquanto no *due process of law of the land*, o *due* (*devido*) refere-se ao obrigatório ofertado pelo transcurso do tempo histórico que, por meio da *práxis* dos habitantes daquela terra, fixou os sentidos jurídicos (*potestas*) a serem depois garantidos (conferidos, pós-ativados) pelo judiciário (*auctoritas*), em ambiente em que da facticidade histórica decorre a validade postumamente assegurada pela subjetiva autoridade decisória (*devido* como fixado obrigatoriamente no passado), no devido processo democrático contemporâneo e não paideico (*neoinstitucionalista*) o *devido* refere-se ao *devir*, ou o que está por vir, no futuro, como abertura de possibilidade (LEAL, 2011, P. 581-594). Já o *processo* é uma teoria *interpretante* da democracia jurídica, que estabelece as balizas sistemático-intrassignificativas ao povo como conjunto de legitimados ao exercício pleno do direito igual de interpretação da lei (hermenêutica isomênica) e

(...) cria juridicamente existência presencial na realidade fracassada (restos institucionais de violência histórica) a promover uma *coinstitucionalidade* a serviço de uma *comunidade jurídica* de legitimados ao processo que, autoincluindo-se na fruição de direitos de sua própria fundação (*direitos fundamentais*), como líquidos,

³⁴ *Hermenêutica isomênica* é expressão criada por Rosemiro Pereira Leal na matriz da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que designa a lógica da processualidade democrática de uma igual possibilidade de interpretação da lei para todos, em oposição à lógica do direito dogmático de possibilidade de uma interpretação igual da lei para todos. No direito democrático em perspectiva neoinstitucionalista, todos (o povo, como conjunto de legitimados ao processo) podem interpretar (construir, destruir, propor, criticar) o sentido (*mens*) ou o conteúdo da normatividade legislada (formalizada linguisticamente), a partir do *interpretante* (teoria de estabilização dos *signos* de uma *metalinguagem*, pela qual se argui o sentido de outra linguagem) do *devido processo* (devido no sentido de *devir*). Na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, os *signos* estabilizadores do discurso intrassistêmico de arguição do sentido da lei são os biunívocos contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, que garantem a mesma possibilidade a todos de (re)construir o discurso jurídico democrático. Já no direito dogmático (contraponto lógico do direito democrático), os problemas de interpretação são entregues à subjetividade do decisor (autoridade), com interdição da discussão *isocrítica* (mesma possibilidade de crítica ao conteúdo do discurso legal), *isotópica* (lugar da fala igualmente importante por todos, sem consideração de qualquer lugar de autoridade) e *isomênica* (igual possibilidade de construção do sentido do discurso legal) entre os destinatários do direito pelo discurso do *mestre* (LEAL, 2005-D; LEAL, 2008-A, LEAL, 2010, P. 271 e seguintes; WOLFF, 1996). Adiante no trabalho se desenvolverão mais as expressões decorrentes da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

certos e exigíveis (vida-contraditório, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade), estabelecem uma sociedade humana (democrática) de seres responsáveis pelo seu próprio destino. (LEAL, 2011, P. 593)

A ausência de verdade primeira ou última a balizar qualquer conhecimento, sobretudo o conhecimento jurídico-científico, e a abertura ao *devoir* não significam ausência de demarcação metodológica. A distinção jurídico-epistemológica entre subjetividade e objetividade, que encaminhe um processo não autoritário de decisão jurídica sobre culpa ou inocência de investigados e acusados, por uma teoria do *interpretante*, é o objetivo final deste trabalho. Por ora, esclarecida a opção epistemológica da pesquisa pela matriz teórica contemporânea, como objetivo parcial do trabalho concentrado neste primeiro capítulo, passa-se a alguns esclarecimentos ainda preliminares e não menos importantes sobre o Direito e o Processo na Contemporaneidade.

2 PROCESSO E *DEVIR*: A ABERTURA EPISTEMOLÓGICA CONTEMPORÂNEA CONTRA AS VÁRIAS FORMAS DE DOGMATISMO

2.1 O contemporâneo, o direito e o poder na (de-)formação do sujeito

No aspecto temporal, o contemporâneo não se confunde com o coetâneo, ou o que ocorre no mesmo tempo histórico. O contemporâneo é o diacrônico, não no sentido de que, nostálgico, o homem contemporâneo viva em outro tempo. O contemporâneo pode até odiar seu tempo, mas sabe que dele não se pode desvencilhar. Ao manter, porém, certo deslocamento (teórico e crítico) em relação ao tempo em que lhe é dado viver, o diacrônico ou contemporâneo torna-se “capaz, mais do que os outros, de perceber (...) seu tempo”, evitando “ser devorado pela febre da história”, precisamente por tentar compreender os aspectos maus ou defeituosos daquilo de que as pessoas do mesmo tempo se orgulham (AGAMBEN, 2010-B, P. 58-59). Para Agamben, o Contemporâneo é aquele que mantém fixo o olhar em seu tempo para não se deixar cegar por suas luzes e perceber o que nele há de trevas ou escuro (AGAMBEN, 2010-B, P. 62-63). Não que o escuro seja algo de essencialmente ruim. É que a explicação compatível com a epistemologia e a ciência contemporâneas não pode desconsiderar o escuro que, no universo, circunda o brilho das estrelas, perceptível a olho nu (AGAMBEN, 2010-B, P. 64-65). Nessa proposição não há qualquer metáfora, pois o escuro faz parte desse saber e não comporta desprezo. No diálogo com o passado, o contemporâneo, raro, não obedece à linearidade do tempo cronológico, mostrando-se melhor como tempo propício (*Kairós*) em que se estabelece uma abertura (fratura) à presentificação dos vários tempos do pensar, e que, por tal motivo, será também arcaico, no sentido de remeter à origem (*arké*) das explicações e do conhecimento. Contemporânea é a abordagem epistemológica dos institutos no presente como cisma ou abertura fugaz entre passado e futuro, a permitir sua relação com os textos e documentos dos vários tempos, em antagonismo a uma história arbitrária (AGAMBEN, 2010-B, P. 71-73), isto é, teorizada como tal. Nessa perspectiva de investigação contemporânea, ganha relevo o estudo da expressão *direito positivo*, compreendido como obstáculo à construção de um *direito democrático*.

A expressão *direito positivo* consta dos discursos quotidianos dos juristas em geral, sem se submeter a maior investigação epistemológica. Segundo Hegel, o termo *positivo* designa algo historicamente situado e imposto aos homens desde fora com base em regras, ritos e instituições. Na dialética com a liberdade, a positividade, já em Hegel, precisa ser superada. A partir da noção hegeliana de positivo, Foucault elabora a de “dispositivo”,

interessando-se não pela superação dos opostos (dispositivo e liberdade) em um conhecimento absoluto, consoante com a pan-lógica de Hegel, mas por enfatizar o conflito entre os seres viventes e esses elementos históricos (dispositivos) que, agindo nas relações de poder, regem os processos de subjetivação (AGAMBEN, 2010-B, P. 29-33). “O termo dispositivo nomeia aquilo em que e por meio do qual se realiza uma pura atividade de governo sem nenhum fundamento no ser. Por isso os dispositivos devem sempre implicar um processo de subjetivação, isto é, devem produzir o seu sujeito.” (AGAMBEN, 2010-B, P. 38). Se o dispositivo não tem qualquer fundamento no ser, como verdade primeira, configura um conceito técnico-instrumental com sentido revisitado na contemporaneidade, fundada por seu turno no *devenir*.

O termo *dispositivo* tem origem teológica na *oikonomia* (gestão da casa), como conjunto de instituições, práticas, saberes, medidas com objetivo de fazer a providência divina governar, controlar, orientar, de modo útil, os homens e seus pensamentos. Se pensado no âmbito teológico, o *dispositivo* serve à providência divina. Se pensado no âmbito político ou jurídico, é inevitável concluir, com Agamben, que *dispositivo* é um mecanismo capturante dos seres viventes, constitutivos de sua subjetividade, tais a família, as escolas, o trabalho, as disciplinas, as medidas jurídicas em geral e, sobretudo, a linguagem em que o ser vivente é atirado ao nascer. O sujeito ou a subjetividade nasce ou é formado(a) no encontro, estruturalmente violento (AULAGNIER, 1979), dos seres viventes com os dispositivos, razão pela qual o mesmo “indivíduo” torna-se lugar de vários processos de subjetivação (AGAMBEN, 2010-B, P. 35-41).

Os dispositivos têm função subjetivante e dessubjetivante, porque a subjetividade não se constrói por simples somatório ou justaposição de características delimitadas e impostas pelos dispositivos. A subjetividade consiste em um permanente (des-)constituir-se. O problema suscitado também por Agamben é que os dispositivos da modernidade capitalista promovem processos de dessubjetivação indiferentes à recomposição do sujeito, salvo na mera forma larval ou espectral. O que resta dos processos dessubjetivantes dos dispositivos da modernidade capitalista, nessa forma larval ou espectral depois das disciplinas generalizadas e invasivas, não é o *sujeito*, que possa exercer uma liberdade de manejo dos processos (críticos e autocríticos) de sua própria subjetivação ou subjetividade, mas o *assujeitado*, um corpo dócil à mercê (da autoridade) do governo, qualquer que ele (e ela) seja(m). O quadro indicia ademais a inutilidade da proposição em defesa da tecnologia, segundo a qual o problema dos dispositivos restringe-se ao seu uso correto, pois um dispositivo dessubjetivante que não oferte a oportunidade de autoconstrução ou autoconstituição crítica da subjetividade jamais

poderá ser “corretamente manejado” pelo capturado, dessubjetivado ou assujeitado (AGAMBEN, 2010-B, P. 46-48).

No que concerne aos procedimentos jurídico-penais e criminais, os dispositivos de mídia operam a captura da linguagem como meio universal (KUSH, 2003, P. 250-281) e cumprem papel destacado na formação da chamada opinião pública (mais propriamente, publicada). Comunicadores de massa não mostram rubores quanto ao fato de que o que em regra estão a propagandear para milhões de pessoas não tem mínima compatibilidade com as premissas instituintes do Direito Democrático. O achamento de culpados e sua separação dos inocentes ocorrem nas infovias, nas redes sociais, como um dentre os vários assuntos dos programas televisivos de café-da-manhã e culinária dedicados às donas de casa (sem qualquer contexto sexista), ou como pauta insistente, porque única, de programas radiofônicos e televisivos de toda tarde, com entrevistas em tempo real de vítimas, policiais e “já-julgados” delinquentes. Dessa propaganda quotidiana decorre majoritária homologação do discurso tecnológico do terror pelos telespectadores, ouvintes e avatares capturados de redes sociais. Epifenômeno do quadro é a disseminação indiscriminada de pré-julgamentos não jurídicos, que, não obstante, repercutem na tomada de decisões jurídicas pelos profissionais do direito, boa parte dos quais, por deficiência jurídico-epistemológica desde o bacharelado, participe inconsciente dessa catarse (ROSA e SILVEIRA FILHO, 2008). “Aqueles que têm discursos similares são, de resto, o resultado do dispositivo midiático no qual estão capturados” (AGAMBEN, 2010-B, P. 48). Em semelhante contexto, é impossível propor uma *objetividade como intersubjetividade*³⁵ ou como uma prática social entre *sujeitos de uma mesma comunidade* (BRANDOM, 1979, P. 187-196), já que a subjetividade nem sequer se forma. Dá-se apenas o assujeitamento.

Ocorre aqui o ocaso da política e, com muito maior razão, do direito – mais especificamente, da fundamentalidade de direitos; triunfa, ao contrário, a economia dos processos dessubjetivantes, cujo fim único e exclusivo é a manutenção do governo ou da máquina governamental (AGAMBEN, 2010-B, P. 49)³⁶, seja de direita, seja de esquerda, hoje

³⁵ “Em Popper, a ‘consciência’ não tem instantânea ou historicamente consciência plena de si, a não ser pela superveniência de uma **metalinguagem** produzida na premente contingência do homem de resolver, por tentativas e erros, mesmo inconclusivamente, problemas que o angustiam. Daí, a dimensão da **intersubjetividade** é precária para o homem tomar consciência de si mesmo, o que suplica confrontos por **enunciatividades teóricas** como forma de arguição dos saberes socialmente contextualizados ou paradigmaticados conforme Kuhn.” E na p. 186: “Aqui não é a ‘intersubjetividade’ (*praxis* linguística ou *lexis* persuasiva), como êmulo gerador de símbolos e condutas de modo cultural e axiologicamente, que cria sentidos (juízos performativos invioláveis) para entendimentos e consensos sociais, mas a *interenunciatividade* (confronto de enunciados) é que decide o melhor sentido a adotar ante problemas (situações) numa concepção construtiva de *Sociedade Aberta*” (LEAL, 2010. P. 181).

³⁶ Como se verá adiante, essa conclusão foi antecipada por Walter Benjamin, cujos estudos influenciaram, dentre

e cada vez mais uma pantanosa e envelhecida dicotomia, sobretudo nas temáticas criminológica e penológica (KARAM, 1996, P. 79-92). Ao cabo, o governo não é o fim, mas serve (de instrumento) à modernidade capitalista e, para o papel serviente, não pode abrir mão da engenharia do poder de apenar³⁷ e do ordenamento jurídico-penal, que acompanha de perto o sistema econômico (FOUCAULT, 2008, P. 397-423; FOUCAULT, 2011; LEAL, 2005-A; WACQUANT, 2001; WACQUANT, 2007; ROSA e LINHARES, 2009).

Paradoxalmente, a proliferação e a disseminação de dispositivos colocam o governo, na temática dos crimes e das penas, frente ao inapreensível decorrente do marasmo dos espectros ou assujeitados. As milhares de câmeras de vigilância instaladas nas praças públicas, transformando-as em panópticos prisionais, pouco ou nenhuma utilidade acabam tendo, mesmo nos países de economia hegemônica, porque “nada se assemelha melhor ao terrorista do que o homem comum”. A máquina governamental, que, no esforço único de autossustentar-se, substitui a providência divina, mas às avessas, em vez de salvar o mundo, condu-lo à catástrofe escatológica (AGAMBEN, 2010-B, P. 50-51).

Se a *oikonomia* e seus dispositivos, de origem teológica, triunfam sobre a política e o direito na conformação dos assujeitados em detrimento da autoconstituição dos sujeitos, a alternativa a esse processo de assujeitamento é um instituto cuja origem também remonta ao cenário religioso. Considerando a religião (de *relegere*, ou reler) como a instância que subtrai, pelo sacrifício ritual, coisas, pessoas, objetos e as transfere a uma instância à parte – o **sagrado** –, para realização e presentificação do mito, a **profanação**, como neutralização do sagrado e devolução do antes sagrado ao seu uso comum, é a alternativa (AGAMBEN, 2007, P. 65-66).

No direito democrático, a profanação dos dispositivos de dessubjetivação se faz pela via teórico-(meta-)linguístico-autocrítica do *Processo* como teoria da lei democrática, de acordo com o *teorométodo*³⁸ do racionalismo crítico de Popper (LEAL, 2010, P. 169-190). Não é possível profanar por meio de voluntarismos que pressuponham o homem como

tantos, Michel Foucault, Jacques Derrida e o próprio Giorgio Agamben.

³⁷ A Modernidade, em nome de uma humanidade como limite da punição expiatória – e não causa exculpante do homem tido por inatamente delinquente (noção orgânica e botânica de criminalidade, inerente a qualquer aglomerado humano), nem tentativa de evitação da delinquência a partir de direitos fundamentais dela constituintes –, demarca a ocultação do sofrimento físico (corpo e sangue) e psíquico (alma e mente) causado pela pena, evitando as execuções públicas, em clara reengenharia do poder de apenar. Com isso, confere-se à “punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre o que eles são, serão ou possam ser.” (FOUCAULT, 2011. P. 23). A situação se agrava com o civismo e o civilismo jurídicos (LEAL, 2005-A). Adiante se tornará a essa questão.

³⁸ *Teorométodo* é termo cunhado por Rosemiro Pereira Leal na Teoria Neoinstitucionalista do Processo para designar a organização teórica do método crítico por Popper, ou a epistemologia crítica de Popper, que oferta uma teoria sobre teorias e metodologias científicas: a crítica como método.

portador de uma razão *a priori* (categoremático-kantiana), autoesclarecida e não questionável, nem como ator pragmático do mundo rumo ao conhecimento absoluto (holístico-hegeliano), porque os pontos-de-partida e de-chegada dessas proposições linguísticas são dogmáticos, na medida em que recepcionam uma *epistème* de verdade necessária ou absoluta (vide capítulo 1 acima), sem compatibilidade com a *epistème* contemporânea.

Se a linguagem é o meio disponível à profanação, ela mesma, como se viu, pode ser (e é) capturada por dispositivos midiáticos; mantida à parte, sagrada e blindada contra a crítica, a pretexto de uma liberdade de imprensa sem bordas (libertinagem de imprensa), neutraliza os mecanismos neutralizadores da captura ideológica e propagandística dos assujeitados, em consequência impedindo a formação do sujeito. Não há dúvida sobre o pesado investimento que a ideologia capitalista faz nos meios de comunicação de massa com esse preciso intento, até o paroxismo da pornografia, em que nada mais resta a profanar³⁹.

A profanação de todos esses dispositivos (não só a mídia) é que permite aos profanadores sujeitos, em vez de espectros assujeitados (AGAMBEN, 2010-B, P. 51), interferir nos processos de (auto-)subjetivação. A essa empreitada profanadora convida Agamben (2007, P. 79), sem, porém, explicitar a metodologia com que proceder. O convite traz à arena de questionamentos crítico-epistemológicos o exercício do poder pela *autoridade* no Direito. Inexiste exemplo melhor de dispositivo jurídico do que a *autoridade*. E aqui se propõe, em complemento, resposta e aceitação ao convite agambeniano, o *processo* na teoria neoinstitucionalista, como metalinguagem que interroga a linguagem ideologicamente capturada pelos dispositivos de assujeitamento do homem, os mais graves dos quais simbolizados na imposição de uma *pena*, em regra corpórea, privativa da liberdade, o cárcere propriamente dito, por uma *autoridade*, diante do alegado cometimento de um crime. Afinal, só pode haver profanação se a historicidade do dispositivo for interrogada de uma perspectiva epistemológica contemporânea, permanentemente aberta à (auto-)crítica, o que sucede de

³⁹ “Desde o início [da fotografia erótica], as modelos mostram uma expressão romântica e quase sonhadora, como se a objetiva as tivesse surpreendido, e não visto, na intimidade de seu *boudoir* (...) Desde então, a pornografia certamente banalizou o procedimento: as *pornostars*, no preciso momento em que executam suas carícias mais íntimas, olham resolutamente para a objetiva, mostrando maior interesse pelo espectador do que pelos seus *partners*. (...) [Walter] Benjamin havia criado o ‘valor de exposição’ (*Ausstellungswert*). Nada poderia caracterizar melhor a nova condição dos objetos e até mesmo do corpo humano na idade do capitalismo realizado do que esse conceito. Na oposição marxiana entre valor de uso e valor de troca, o valor de exposição sugere um terceiro termo, que não se deixa reduzir aos dois primeiros. Não se trata de valor de uso, porque o que está exposto é, como tal, subtraído ao uso; nem se trata de valor de troca, porque não mede, de forma alguma, uma força-trabalho. (...) Saber [a mulher] que está exposta ao olhar cria o vazio na consciência e age como um poderoso desagregador dos processos expressivos que costumeiramente animam o rosto. Trata-se aqui da descarada indiferença (...); não dar a ver nada mais que um dar a ver (...)” (AGAMBEN, 2007. P. 76-78). A pornografia, assim, caracteriza-se como dispositivo radicalmente neutralizador dos mecanismos de neutralização da captura ideológica – no caso, a exposição e a exploração dos corpos próprio e alheio.

acordo com a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2013).

2.2 A profanar: a pena entre poder e violência no Estado de Direito moderno

Weber (2004, P. 128-141) faz um esforço de análise dos tipos puros de dominação legítima, classificando a dominação como “probabilidade de encontrar obediência a um determinado mandato”. Importante lição do texto de Weber sobre a dominação não é um culto ao purismo dogmático na filosofia, nem aos conceitos desprendidos da experiência, até porque o próprio autor reconhece que as formas de dominação carismática, tradicional e burocrática, nessa ordem crescente de racionalização, não se encontram, na experiência histórica dos povos, em seus tipos puros. Valioso no texto de Weber é o alerta sobre como o sincretismo das formas de dominação, na experiência dos povos, dificulta a identificação do “vazio autoral e impessoalizador da dominação político-jurídico-institucional”, criando um direito processual irracional, “expresso em sentenças com base no talento, sensibilidade, clarividência, magnanimidade, bom-senso (senso comum) do juiz ou numa revelação pelo rito (magicismo), como arte inefável de fazer justiça rápida (instantânea) (LEAL, 2012, P. 259)”.

Esse sincretismo dogmático-obscurantista contamina os processos penológicos na Modernidade. Em *Vigiar e Punir – história da violência nas prisões*, Foucault realiza, mediante uma arqueologia do saber (epistemologia), a genealogia do complexo “científico”⁴⁰ que sustenta o poder de punir monopolizado pelo Estado moderno⁴¹. Nesse estudo, interroga-se a matriz epistemológico-jurídica da prática judiciária da punição penal e suas relações internas, como mera tecnologia do poder, investidas (biopoliticamente) no próprio corpo

⁴⁰ As aspas que guarnecem o termo <<científico>> decorrem das diferenciações popperianas, aqui adotadas, entre teoria e ideologia e entre ciência grande e grande ciência. Para Popper, dois importantes obstáculos há contra o crescimento ou progresso do conhecimento científico: o primeiro é de ordem econômica. Tanto a falta quanto o excesso de dinheiro são perniciosos ao avanço da ciência, seja por privar o cientista de estrutura mínima de pesquisa, seja por, no vértice oposto, inundar a produção acadêmica com obras de duvidoso valor. O segundo obstáculo ao progresso da ciência é de ordem epistemológica: o “cientista” que trabalha pela confirmação, verificação, justificação de uma (sua) teoria, e não pela tentativa de falseá-la, produz ideologia, ou revoluções ideológicas, e não científicas, aquilo que Popper também qualifica como “ciência grande”, em oposição a “grande ciência”. A atividade científica, em Popper, é objetivamente crítica, o que viabiliza seu crescimento, e o comportamento metodológico de blindar teorias contra críticas é ideológico e impeditivo desse crescimento. Sobre o tema este trabalho tornará mais adiante. Doravante, no trabalho, sempre que se refira ao termo científico, embora sem aspas, por referência a trabalhos de outros autores, caberá a interrogação crítica: isso é uma teoria científica ou uma ideologia? Afinal, “(...) O espírito da ciência está em perigo. A ciência grande pode destruir a grande ciência (...)” (POPPER, 2004. P. 70-71). Para um estudo sistemático e fértil sobre obstáculos epistemológicos, expressão cunhada por Bachelard, conferir BACHELARD, 2006.

⁴¹ Os estudos de Foucault sobre o poder constituíram desde o início objeto de sua produção acadêmica. Desenvolveram-se depois e assinalaram “uma reformulação de objetivos teóricos e políticos que, se não estavam ausentes dos primeiros livros, ao menos não eram explicitamente colocados, complementando o exercício de uma arqueologia do saber pelo projeto de uma genealogia do poder” (MACHADO, 1979, P. VII).

humano (FOUCAULT, 2011, P. 26-27). A punição penal pelo cometimento de um crime se converte, na Modernidade, segundo Foucault, em tratamento médico-judicial do delinquente, por meio do qual o psiquiatra, o pedagogo, o assistente social e outros profissionais com atuação acerca da criminalidade e da apenação se transformam em juízes anexos da condenação-tratamento, para determinar o grau de liberdade do infrator. Em consequência, instala-se um sincretismo científico-dogmático que incrementa os níveis de obscuridade do procedimento estatal de apenar, em uma tentativa (simulacro) de “escusar o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga”, mediante introdução de elementos extrajurídicos (do ambiente, em contraposição ao sistema) no ato decisório e no acompanhamento da execução da pena (FOUCAULT, 2011, P. 23-25).

Não se trata de focar a crítica na figura do juiz, mas sim no chamado sistema jurídico-penal, tal qual compreendido e operado em matrizes não processualizadas. O campo político-econômico em que mergulhado o corpo do sujeito (assujeitado), para ser tornado útil e produtivo, desde que submisso, constrói-se sobre uma tecnologia (conjunto de dispositivos) “difusa, raramente formulada em discursos contínuos e sistemáticos”, que pode ser sutil, não ostensiva do terror, mas ainda assim física e psiquicamente violenta. Instituições não defendem, em aberto, essa tecnologia, muitas vezes por próprio desconhecimento de seus operadores, porém “recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir”, como microfísica do poder (FOUCAULT, 2011, P. 28-29). Dentre essas instituições guardiãs da disciplina por dispositivos jurídicos destacam-se as judiciariformes (judiciário, ministério público, defensoria pública, advocacia, polícia judiciária).

Foucault desenvolve a ideia de biopolítica vinculada à microfísica do poder e das disciplinas. A biopolítica se ocupa de “racionalizar os problemas postos à prática governamental [soberana] pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade (...)” (FOUCAULT, 2008, P. 431). Essa racionalidade passa pela compreensão de que a forma jurídica (o Estado de Direito) é muito mais eficaz como instrumento de governo, imposição de disciplinas – a sanção penal constituindo a mais grave delas – e modelagem (corpórea e psíquica) do sujeito do que a vontade manifesta e esclarecida do déspota. O *Rechtsstaat* e a democracia parlamentar-representativa têm grande proximidade com o liberalismo econômico, mas a relação entre este e aqueles não é necessária, apenas muito conveniente, o direito (técnica jurídica) potencializando os resultados úteis da política e da economia liberal (FOUCAULT, 2008, P. 436). A técnica de governo da biopolítica é, assim, “indexada à especificidade dos processos econômicos” (FOUCAULT, 2008, P. 404), o mais comum e destacado dos quais o

capitalismo. Claro que, nessa racionalidade governamental ditada pela sociedade civil⁴², como pretense sucedâneo histórico da selvageria e da barbárie (FOUCAULT, 2008, P. 415-417), mas sempre uma enucleação ou potenciação econômica (patrimonial) (LEAL, 2005-A)⁴³, algo fica de fora ou para além dos custos suportáveis pelo Estado soberano. Nem todo sujeito alcança vida jurídica, digna de ser vivida porque balizada por direitos fundamentais, tornando-se, ao contrário, *matável*, sem configuração de homicídio, nem sacrifício, imputável a qualquer governante ou autoridade (AGAMBEN, 2010-A, P. 84-85). Afinal, o sistema jurídico-(dis-)positivo-dogmático literalmente consagra⁴⁴ a imunização e a impessoalidade irracionais das decisões soberanas, gerando um espaço obscuro e exceptivo (confere item abaixo) no ordenamento em que à autoridade é dado trafegar para decidir, intra ou extrassistemicamente, como se não houvesse limites. É nesse espaço, portanto, que psiquiatras, pedagogos, assistentes sociais e outros profissionais secundam o juiz na aplicação e na execução de penas-tratamento.

É certo que o caráter oculto do sentido é preservado pelo Judiciário nos Estados Liberal e Social de Direito como forma de reafirmar um saber interpretar que, extrapolando o sujeito da enunciação da norma (o legislador), só adquire *inteligibilidade fora* do discurso normativo (LEI), que é o lugar extraceptivo (estado textual de exceção) no qual a *auctoritas* interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei. Esse é o artifício (simulacro) acolhido pela Ciência Dogmática do Direito que, ao tempo em que coloca o princípio da reserva legal como garantia de uma interpretação democrática (pressuposto do embuste), dele simultaneamente se utiliza para, por lei, dispensar a existência de lei nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas à compulsória resolução judicial dos conflitos (LEAL, 2012-B, P. 187).

Brêtas de Carvalho Dias defende que a construção da expressão Estado de Direito (*Rechtsstaat*) decorre, historicamente, da instalação de uma racionalidade jurídica a limitar o exercício do poder político. No início do século XIX, reconhece-se que as reflexões sobre direito divino dos reis não contribuam para formulações teóricas da Ciência Política e da Teoria do Estado. Em oposição ao Estado de Polícia, no qual se justificava, com argumentos religiosos, o exercício do poder soberano exclusivamente pelo monarca, o Estado de Direito é teorizado como proposição científica de organização e delimitação do poder político, que visa a promover o melhor para todos os indivíduos, segundo a vontade racional geral (BRÊTAS

⁴² Sobre a tarefa da racionalidade governamental biopolítica quanto a compatibilizar soberania, *homo oeconomicus* e sujeito de direito, aquele irreduzível a este e infenso a um “mais governo” soberano face à “menos liberdade” econômica, conferir FOUCAULT, 2008. P. 400-403.

⁴³ Adiante (Capítulo 4) se voltará ao tema da sociedade civil geratriz dos próprios conflitos e dependente das coerções penais, em perspectiva neoinstitucionalista.

⁴⁴ Também se voltará, já no próximo item, ao tema do *Homo Sacer* e do poder soberano, explicando a origem religiosa do instituto, servível, aqui, para uma crítica jurídico-epistemológica.

DE CARVALHO DIAS, 2004, P. 93-95)⁴⁵. A proposta da limitação do poder acompanha a conceituação do Estado de Direito desde o nascedouro. Nota-se que a maior parte dos juristas prefere referir-se ao termo “poder”, em vez de “violência”, atribuindo ao vocábulo violência, quase como uma pré-compreensão, a qualificação de um poder à margem do direito – um conceito residual, porque fora do pálio do ordenamento jurídico. Assim ocorre porque ainda é cambiante, mesmo entre os estudiosos de Ciência Política, uma eventual diferença entre poder e violência.

Arendt, no entanto, intenta estabelecer diferenciação entre poder e violência, contrariando um “consenso entre os teóricos da política, da Esquerda à Direita, no sentido de que a violência é tão-somente a mais flagrante manifestação do poder” (ARENDR, 2001, P. 31). Ao encaminhar conceitos, Arendt define poder como a “essência de todo governo”, um fator primário e predominante nos aglomerados humanos, que corresponde à habilidade humana de agir em concreto e não depende de justificação, apenas de legitimidade. Essa legitimidade do poder decorre, para a mesma autora, “mais do estar junto inicial do que de qualquer ação que então possa seguir-se”, inclusive a ação violenta, de que se vale, com frequência, o poder. A legitimidade do poder, segundo Arendt, decorre então do gregarismo humano, do fato de os homens estarem e viverem juntos, condição aparentemente incontornável por um sujeito isolado. Já à violência Arendt atribui “natureza instrumental”. A violência, em Arendt, não é essência de coisa alguma, necessitando de justificação por outra coisa. Isso faz com que seja justificável, mas nunca legítima. Sobre a relação entre poder e violência, a autora afirma que, “onde quer que estejam combinados, o poder é o fator primário e predominante”, justificando o uso da violência (ARENDR, 2001, P. 36-41).

Walter Benjamin, por sua vez, não faz distinção entre poder e violência. Em texto específico sobre o tema (BENJAMIN, 1999. P. 179-204), Benjamin explora a equivocidade semântica do vocábulo *Gewalt*, que, do alemão, pode significar tanto “poder” quanto “violência”, iniciando uma crítica ao poder (à violência) pela análise das relações que ele (ela)

⁴⁵ Confira-se também CALDWELL, 1997, p. XI, em que o autor destaca a importância de não traduzir algumas expressões alemãs, tais como *Rechtsstaat*, para resguardar, ao máximo, o real significado do termo. E completa: “O *Rechtsstaat* foi, literalmente, um estado que operava dentro da esfera da legalidade. Historicamente, a concepção do *Rechtsstaat* foi associada também com um judiciário independente e um conjunto neutro e previsível de procedimentos para a aplicação da lei. Mas o termo não é idêntico à expressão inglesa “rule of law”. O substantivo principal em *Rechtsstaat* continua sendo estado, conceituado como uma unidade, talvez até um desejo unificado. Eu tenho deixado (interpretado) *Rechtsstaat* na Alemanha como um conceito específico da tradição continental do direito”. (tradução livre). No original: “The *Rechtsstaat* was, literally, a state that operated within the realm of legality. Historically, the concept of the *Rechtsstaat* was associated as well with an independent judiciary and a neutral and predictable set of procedures for applying the law. But the term is not identical with the English phrase ‘rule of law’. The main noun in *Rechtsstaat* remains the state, conceptualized as a unity, perhaps even a unified will. [...]”

mantém com o direito em duas de suas tradicionais acepções: direito natural e direito positivo. Enquanto o direito natural define o poder (a violência) como algo dado pela natureza e concernente aos fins (à justiça) do direito, o direito positivo considera o poder (a violência) como algo historicamente construído (dispositivo) e atinente aos meios (legitimidade) do direito (positivo). Para Benjamin, direito positivo e direito natural compartilham de um dogma fundamental, segundo o qual meios legítimos podem conduzir a resultados justos, ou, ao reverso, esses podem ser obtidos por intermédio daqueles.⁴⁶

Com essa explicação, Benjamin chama a atenção para o fato de que o interesse dedutível no direito racional quanto ao monopólio do poder (da violência) em detrimento do indivíduo pode não estar em cumprir (legitimamente) os fins jurídicos (justos), mas em preservar a si mesmo, como ordenamento vigente.⁴⁷ O autor ainda aponta que é no poder (na violência) das penas (e, entre elas, na pena de morte, como poder mais alto) que o Direito se mostra mais fortalecido, em todas as suas possíveis manifestações de cumprimento da lei, de maneira que uma abordagem crítica do Direito não pode deixar de lado o estudo do poder (da violência) quer como instituinte (fundador), quer como mantenedor(a) do Direito⁴⁸.

As considerações de Benjamin colocam-se, assim, como importantes referências contrapontísticas para a proposição crítica do *Processo* como teoria da lei democrática. Se o poder (a violência) institui e mantém o ordenamento jurídico, o *Processo* limita esse poder (essa violência), sobretudo na temática penal, ao franquear a enunciação democrática e isomênica dos conteúdos da lei por seus destinatários (LEAL, 2010; LEAL, 2012-B).

⁴⁶ BENJAMIN, 1999, P. 179-204: “(...) Dieser naturrechtlichen These von der Gewalt als natürlicher Gegebenheit tritt die positiv-rechtliche von der Gewalt als historischer Gewordenheit diametral entgegen. Kann das Naturrecht jedes bestehende Recht nur beurteilen in der Kritik seiner Zwecke, so das positive jedes werdende nur in der Kritik seiner Mittel. Ist Gerechtigkeit das Kriterium der Zwecke, so Rechtmäßigkeit das der Mittel. Unbeschadet dieses Gegensatzes aber begegnen beide Schulen sich in dem gemeinsamen Grunddogma: Gerechte Zwecke können durch berechnigte Mittel erreicht, berechnigte Mittel an gerechte Zwecke gewendet werden. Das Naturrecht strebt, durch die Gerechtigkeit der Zwecke die Mittel zu »rechtfertigen«, das positive Recht durch die Berechnigung der Mittel die Gerechtigkeit der Zwecke zu »garantieren«.(...)”

⁴⁷ BENJAMIN, 1999, P. 179-204: “(...) Dagegen wird man vielleicht die überraschende Möglichkeit in Betracht zuziehen haben, daß das Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt gegenüber der Einzelperson sich nicht durch die Absichten kläre, die Rechtszwecke, sondern viel mehr durch die, das Recht selbst zu wahren. Daß die Gewalt, wo sie nicht in den Händen des jeweiligen Rechtes liegt, ihm Gefahr droht, nicht durch die Zwecke, welche sie erstreben mag, sondern durch ihr bloßes Dasein außerhalb des Rechts (,,,)”. Vide também DERRIDA, 2010. P. 77-78.

⁴⁸ BENJAMIN, 1999, P. 179-204: “(...) Ein wertvoller Hinweis auf sie liegt im Bereich der Strafen. Unter ihnen hat, seitdem die Geltung des positive Rechts in Frage gezogen wurde, die Todesstrafe mehr als alles andere die Kritik herausgefordert. (...) Eben in ihr aber kündigt zugleich irgendetwas Morsches im Recht am vernehmlichsten dem feineren Gefühl sich an, weil dieses sich von Verhältnissen, in welchen das Schicksal in eigener Majestät in einem solchen Vollzug sich gezeigt hätte, unendlich fern weiß. Der Verstand aber muß diesen Verhältnissen sich um so entschiedener zu nähern suchen, wenn er die Kritik der recht setzenden wie der rechts erhaltenden Gewalt zum Abschluß bringen will (...)”.

2.3. A soberania como violência fundante do direito e o abandono radical do *homo sacer* no paradigma moderno do estado de exceção

Disse-se alhures que os estudos de Benjamin influenciaram, dentre tantos, dois filósofos cujas obras também acrescentam elementos importantes ao desenvolvimento deste trabalho. Jacques Derrida é autor de conferência específica sobre o ensaio de Benjamin há pouco mencionado, na qual alerta que a *desconstrução* (revisitação proposicional crítica), e não o poder (a violência), do Direito é o critério de *justiça*, porque a lei, como “seu [do direito] fundamento último, por definição, não é fundada” (DERRIDA, 2010, P. 26-27). Conjectura-se a possibilidade de *desconstrução* e reconstrução democráticas do Direito nesta tese pelo devido processo constitucionalizante, segundo a teoria neoinstitucionalista (LEAL, 2013, P. 103).

Já Giorgio Agamben apoia-se nas lições de Benjamin e Derrida sobre poder e violência para aprofundar estudos sobre a soberania. A soberania, para Agamben, é uma ficção jurídica, pela qual a figura do soberano se coloca em um espaço entre a lei e a anomia (à margem da lei, mas não ainda na total anomia), instituindo um *estado de exceção* incorporado pelo ordenamento jurídico. Nesse *estado de exceção*, o soberano pode decidir sobre a vida e a morte dos destinatários do ordenamento jurídico (o que adiantado por Benjamin). O problema da aplicação do Direito, de acordo com Agamben, teria íntima relação com o *estado de exceção*, na medida em que os atos decisórios com força-de-lei fazem soçobrar a lei como referente jurídico e abrem espaço para a concretização da mera força (poder, violência) fundadora da lei (AGAMBEN, 2008, P. 59-63).

Ao examinar a obra de Carl Schmitt, ideólogo do nacional socialismo alemão, Agamben identifica que o paradigma do direito moderno é o *estado de exceção*. Dois elementos distintos e presentes em toda noção de ordenamento jurídico caracterizam o *estado de exceção*: norma e decisão. Norma e decisão integram o ordenamento jurídico, cada qual autonomamente, porém o momento de realização da decisão implica suspensão da norma. O soberano, para decidir, ancora-se no ordenamento jurídico, mas sua decisão implica anulação da norma. O soberano está fora da ordem jurídica, no entanto pertence a ela na medida em que lhe cabe proferir a decisão.

Estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção (...).

O lugar e o paradoxo do conceito schmittiano de soberania derivam (...) do estado de exceção, e não o contrário. (...) [A teoria da soberania de Schmitt em *Politische Theologie*] representa, indubitavelmente, a tentativa de ancorar sem restrições o

estado de exceção na ordem jurídica; mas tal tentativa não teria sido possível se o **estado de exceção** não tivesse sido articulado anteriormente na terminologia e na conceitualidade da ditadura e (...) **não tivesse sido “juridicizado” pela referência à magistratura romana e, depois, graças à distinção entre normas do direito e normas de realização.** (grifos acrescentados) (AGAMBEN, 2008, P. 56-57).

É como se a decisão, ato de aplicação do direito, jamais pudesse ser deduzida da norma, de maneira que a irredutibilidade do ato decisional à norma é condição de possibilidade de sua aplicação. “O estado de exceção separa (...) a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação”. Há, nesse caso, um excedente de significação jurídica em relação à norma, sempre e inevitavelmente dependente de complementação pela manifestação autorizada do (Estado) soberano, ou por quem dele faça as vezes (agentes públicos em geral) (AGAMBEN, 2008, P. 58-59). É contra essa entrega genuflexa do sentido do direito à autoridade, capaz de reinstalar a ditadura schmittiana piorada⁴⁹ em cada procedimento jurisdicional, que Leal, já em 2002, publica a *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, defendendo que, no limiar entre facticidade e validade, eventual excedente de significação normativa precisa ser construído mediante o devido processo constitucionalizante, jamais pelo apelo culturalista, pragmatista, historicista, psicologista, ingênuo ou messiânico à autoridade da lei ou do agente do Estado mítico-hobbesiano (legislador, administrador, juiz), incrementado, no âmbito jurisdicional, pelo arcaísmo da vedação radical do *non liquet* (LEAL, 2002, P. 61-83) (artigo 4.º do Decreto-lei 4.657/1942).

Agamben, na sequência de seus estudos, propõe a dicotomia entre poder soberano e vida nua, resgatando a expressão *homo sacer*, “uma obscura figura do direito romano arcaico que é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão (ou seja, de sua absoluta *matabilidade*)” (AGAMBEN, 2010-A, P. 16). O resgate do *homo sacer* como instituto de reflexão jurídico-política na contemporaneidade torna-se possível pela admissão foucaultiana de que, primeiro concebido como animal vivente capaz de produzir política (segundo Aristóteles), o homem assistiu, na modernidade, à conversão de sua vida biológica em elemento de exercício da soberania (AGAMBEN, 2010-A, P. 10-11; 116-117). A vida do homem não é mais pressuposto do exercício da política, mas apenas um de seus objetos. O

⁴⁹ Pode-se dizer de uma ditadura schmittiana **piorada** porque, nas várias formas em que a apresentava, Schmitt defendia a ditadura como forma de democracia, e não oposição a ela. Além disso, é indispensável na reflexão de Schmitt que o titular da decisão fundamental, decisor autorizado, autoridade máxima capaz de suspender o ordenamento jurídico em momentos de crise, dizendo o que seria a Constituição, era o Chefe de Estado (*Führer*), eleito e por isso depositário da identidade com o povo, não uma “aristocracia da toga”, reparo endereçado às cortes constitucionais como opção ao exercício dessa decisão fundamental (Constituição no sentido político). Membros das cortes constitucionais, porque não eleitos, não guardariam essa identidade com o povo. Identidade é elemento fundante da democracia não burguesa, segundo Schmitt. A expressão “aristocracia da toga” é do autor (SCHMITT, 2007, P. 228).

homo sacer coloca-se, pois, no ambiente da biopolítica como titular de uma vida nua, disposta no estado de exceção, sobre a qual o soberano decide. Trata-se de “uma figura-limite da vida, um limiar em que ela está, simultaneamente, dentro e fora do ordenamento jurídico, e este limiar é o lugar da soberania (AGAMBEN, 2010-A, P. 33)”.

Em razão desse posicionamento-limite, a vida do *homo sacer* pode ser suprimida por ato não classificável como homicídio (AGAMBEN, 2010-A, P. 83-87), nem sujeito aos ritos da sacralidade clássica dual, que ao mesmo tempo denota admiração e horror. Segundo Agamben, a *matabilidade* do *homo sacer* se desloca progressivamente a campos cada vez mais vastos e obscuros da política, de modo a tornar a todos, hoje, virtuais *homines sacros* (AGAMBEN, 2010-A, P. 93-103; 113).

O *homo sacer* também é aquele, como o camponês kafkiano, que se posta, abandonado, à frente do guardião da lei que, sempre aberta, nada prescreve: uma lei vigente, mas sem significado, guardada por quem do camponês nada exige. Eis a pura forma de lei, que se lhe aplica desaplicando-se ou o mantém em seu *bando* abandonando-o (AGAMBEN, 2010-A, P. 55-56). Melhor explicação não há sobre a relação entre os termos *a-bando-nado*, *bandido* (membro de um bando, que não é protegido pela abertura da lei), ou *marginal* (mantido à margem da lei), de relevante repercussão nos âmbitos criminológico e penológico, não como consequência de um desvio de caráter inato do sujeito que delinque, mas como produto da estrutura excetiva do ordenamento jurídico moderno, que não acolhe a todos. É assim, como importante fator criminogênico, que significativa parcela do povo brasileiro ainda é mantida frente ao texto da Constituição de 1988 e suas promessas não cumpridas acerca de direitos fundamentais, guardados por tribunais e especialistas esmerados, sem, contudo, pouco ou nada significar quanto a vários conteúdos (educação, saúde e segurança públicas, previdência social, salário mínimo, pleno emprego, assistência jurídica gratuita e tantos outros):

A tarefa que o nosso tempo propõe ao pensamento não pode consistir simplesmente no reconhecimento da forma extrema e insuperável da lei como vigência sem significado. Todo pensamento que se limita a isto não faz mais do que repetir a estrutura ontológica que definimos como paradoxo da soberania (ou *bando* soberano). (...) Somente se conseguirmos pensar o ser do abandono além de toda ideia de lei (ainda que seja na forma vazia de uma vigência sem significado), poder-se-á dizer que saímos do paradoxo da soberania em direção a uma política livre de todo *bando*. Uma pura forma de lei é apenas a forma vazia da relação; mas a forma vazia da relação não é mais uma lei, e sim uma zona de indiscernibilidade entre lei e vida, ou seja, um estado de exceção (AGAMBEN, 2010-A, P. 64).

Ainda na abordagem de Agamben sobre o *homo sacer*, o *campo de concentração* é o paradigma político moderno, como local sobre o qual paira o estado de exceção permanente, não em sentido anômico, repita-se, e sim de uma inclusão exclusiva como elemento originário da política moderna (AGAMBEN, 2010-A, P. 115 e seguintes). No *campo*, identifica-se a figura da “vida que não merece ser vivida” (*lebensunwerten Leben*), a subsidiar, por exemplo, articulações jurídicas bem-intencionadas sobre a eutanásia (AGAMBEN, 2010-A, P. 132-133). A noção de “vida que não merece ser vivida” nada mais denota que a vida do *homo sacer* e implica uma decisão sobre o novo limiar para além do qual a vida biológica (*Zoé*) deixa de ser relevante para a política. Em resumo, politizar a vida equivale a politizar a morte, circunstância que remete ao modelo do *campo de concentração* dos totalitarismos do século XX.

O *campo* não se restringe ou circunscreve ao modelo identificado na Alemanha Nazista ou na Itália Fascista; ele configura resíduo sintomático da permanência do estado de exceção no ordenamento jurídico das ditas democracias modernas, mesmo no século XXI. O *campo* sofre metamorfose e atinge, sem perda de qualquer força se comparado a seus antecedentes históricos, a cidade de hoje, como local de morada do cidadão (LEAL, 2005-A), interferindo na relação de pertinência do povo ao Estado.

O estado de exceção, que era essencialmente uma suspensão temporal do ordenamento, torna-se agora uma nova e estável disposição espacial, na qual habita aquela vida nua que, em proporção crescente, não pode mais ser inscrita no ordenamento. O deslocamento crescente entre o nascimento (a vida nua) e o Estado-nação é o fato novo da política do nosso tempo, e aquilo que chamamos de *campo* é seu resíduo. A um ordenamento sem localização (o estado de exceção, no qual a lei é suspensão) corresponde agora uma localização sem ordenamento (o campo, como espaço permanente de exceção). O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço determinado, mas contém em seu interior uma *localização deslocante* que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas. O campo como localização deslocante é a matriz oculta da política em que ainda vivemos, que devemos aprender a reconhecer através de todas as suas metamorfoses, nas *zonas d'attente* de nossos aeroportos bem como em certas periferias de nossas cidades. Esse é o quarto, inseparável elemento que veio a juntar-se, rompendo-a, à velha trindade Estado-nação (nascimento)-território (AGAMBEN, 2010-A, P. 171).

Na periferia das grandes cidades ou nos municípios interioranos de menor expressão populacional e econômica, a **morte** de brasileiros, privados radicalmente da fruição de direitos fundamentais, já não surpreende⁵⁰. Ao contrário, essa situação é justificada na grande

⁵⁰ Desnecessário ilustrar os estados de exceção permanente na realidade brasileira com incontáveis exemplos, mas dois, em particular, ainda merecem menção: a (in)segurança pública nas comunidades da periferia das grandes cidades, que oscila entre o poder armado paralelo dos patrocinadores e executores de tráfico ilícito de entorpecentes e a atuação midiático-eleitoreira dos poderes públicos, com exposição indiscriminada e

imprensa sem rubores, mormente com argumentos de ausência de recursos financeiros e orçamentários bastantes, direcionados os poucos que alegadamente há para outros fins, como propagandas governamentais, construção de avenidas e prédios públicos destinados a eventos esportivos, pagamentos de diárias, auxílios, benesses e penduricalhos, extraordinários quanto ao valor e ordinários quanto à frequência, a servidores públicos, concursados ou eleitos, de certas carreiras ou órgãos, que se julgam “mais iguais do que os outros” (ORWELL, 2007). É que “nas democracias modernas é possível dizer publicamente o que os biopolíticos nazistas não ousavam dizer” (AGAMBEN, 2010-A, P. 161). E a **morte** desses brasileiros, politizada, nada mais é do que a consequência da titularidade de uma “vida indigna de ser vivida” (mera *Zoé*) sob o estado de exceção que se pereniza no ordenamento jurídico vigente, sem efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (LEAL, 2005-B). Se atos típicos, ilícitos e culpáveis são praticados diuturnamente em tais circunstâncias, veda-se a defesa de seus agentes com base nesse quadro, quer porque a lei penal dos ordenamentos jurídicos atuais, inspirada nas lições dos reformistas do Iluminismo, mantém estreita indexação aos fatores econômicos e proíbe igualmente o rico e o pobre de cometer furtos, roubos e estelionatos; quer porque o intérprete autorizado da lei (“operador caricatural” do direito), ao debruçar-se sobre ela a partir de normas de realização, não alcança (ou não quer alcançar) a profundidade epistemológica da questão. Sobre a caricatura da autoridade jurídica, que patrocina, no Brasil, um direito não democrático, vale a lição de Marçal:

(...) Agregue-se a isso, no contexto paternalista e centralizador de uma cultura *colonizada ou dependente*, aquele elemento mais visível, geralmente ritualesco, caricatural e subtraído a qualquer discussão racional acerca de sua funcionalidade, associado à função pública: a *autoridade*. Autoridade, que, ainda hoje, parece ter selecionado da experiência humana de seu exercício apenas o lado da pompa, da circunstância, da honra e do bônus. De fora teriam ficado os ônus, principalmente da probidade pessoal e pública e da qualificação profissional cognitiva e operacional.

(...) A ‘autoridade’ deixou de ser argumento e não se sustenta mais apenas pelo mando e pela força física. No Estado Democrático de Direito, a autoridade se tornou, conseqüentemente, aquilo ‘que deve ser’: uma função ou um serviço a favor da comunidade dos cidadãos. Quando o juiz não conforma seu agir a uma tal função dentro do Estado Democrático de Direito, está montado o palco para o exercício da vaidade pessoal, para o exaurimento da função pública no formalismo, para seu exercício em proveito próprio ou de alguns e ou em detrimento dos demais, enfim, para a não efetivação do *justo* (MARÇAL, 2007, P. 31-32 – versão .doc).

ostensiva da população a carros de combate e armas de uso restrito; a condenação de gerações inteiras de brasileiros ao subemprego ou à marginalidade econômica (arts. 170 e seguintes da CRFB), frente à baixíssima qualidade do sistema de educação pública e gratuita nos níveis fundamental e médio, a ensejar medidas de compensação (típicas de Estado Social de Direito*) mediante criação de *guetos*, ou quotas, para egressos desse sistema. *Cf. HABERMAS, 1995, P. 107-121; LEAL, 2005-D, P. 78-87.

Assim como a medicina politiza a morte biológica (*Zoé*) por meio de tecnologias de manutenção de respiração e batimentos cardíacos humanos com aparelhos, reanimação e transplantes, dentre outras, o direito politiza a vida veiculando limitadamente ou tolhendo direitos fundamentais do povo mediante uma técnica processual autoritária e genocida. A noção dicotômica entre vida e morte jurídicas se explica como um epifenômeno da tecnologia jurídica (AGAMBEN, 2010-A, P. 156-159), na qual ocupam destaque os institutos do crime, da culpa e da pena (WACQUANT, 2001; WACQUANT, 2007).

2.4 Tradição, autoridade e retórica: crenças dogmáticas

Argumenta Popper que o cientista jamais deve buscar teorias e situações empíricas que confirmem, reafirmem ou corroborem o que enuncia, mas apenas aquelas que possam falsear ou refutar as enunciações teóricas expostas à crítica no mundo público da lógica. Como contraponto a todo o marco teórico do presente trabalho destaca-se a obra de Carl Friedrich, que faz defesa intransigente da tradição e da autoridade, reciprocamente implicadas, como critérios e base da racionalidade e da argumentação racional, já anunciados na *Retorica* de Aristóteles. Para Friedrich, a tradição possui um caráter normativo, porque o indivíduo não pode ser concebido fora dela. A tradição consiste ainda em um conjunto de crenças, valores e hábitos consagrados (*nomos*, dos gregos) que persistiram por várias gerações, nesse sentido se opondo à ideologia como conjunto de ideias qualquer. Já a individualidade vem a ser a aceitação de certas características da tradição pela pessoa, considerando que a tradição induz, mormente pela educação, que a criança adote (imite) as maneiras dos mais velhos. Tradicionalismo, segundo Friedrich, tem sentido pejorativo, como uma *doutrina* que valoriza em excesso a tradição, gerando a oposição dos autointitulados racionalistas modernos. Porém, Friedrich advoga a tese de que, assim como tradição não equivale a tradicionalismo, a tradição não se opõe à racionalidade, antes consistindo no primeiro critério de racionalidade do indivíduo. Mesmo o constitucionalismo e o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) são entendidos como produto da tradição, enquanto a lei ou legalidade traduz repositório de enunciados de crença, valor e hábito, aperfeiçoado pelos homens mais sábios por muito tempo e corroborados pela experiência contínua (FRIEDRICH, 1974, P. 15-25).

O avanço ou progresso adaptativo da tradição como guia de racionalidade em que se misturam (sincretismo) costumes, convenções, herança e sabedoria dos antepassados se daria gradual e *naturalmente* na sociedade como “associação entre os vivos, os mortos e os que

ainda não nasceram”. E a naturalidade do progresso da tradição decorre do fato de que a mudança também é uma *lei* da natureza a que se submete a sociedade. A lei natural da mudança interfere na tradição, quer com reforma, quer com mudança revolucionária das instituições. A reforma opera apenas as alterações estritamente necessárias na instituição lastreada na tradição, enquanto a revolução destrói a natureza da instituição. A própria concepção de separação das funções (míticos “poderes”) estatais de Montesquieu foi reconhecida por tradicionalistas como a mais genial combinação de estabilidade com mudança de forma equilibrada, referendando a importância da tradição como critério de racionalidade (FRIEDRICH, 1974, P. 32-33). *Devir* (expresso na reforma) e *epistême* (calcada na tradição) estariam então sintetizados no absoluto hegeliano da filosofia da história:

Tal insistência sobre a gradualidade é uma característica importante do tradicionalismo inglês. Ao argumento da lei acrescenta-se aqui o argumento da natureza e da história. Como tal, floresceu até formar a imponente estrutura da filosofia da história de Hegel – talvez o mais elaborado argumento em defesa da tradição até agora produzido pelo pensamento ocidental (FRIEDRICH, 1974, P. 35).

Para Friedrich, além da tradição, a autoridade, combatida em especial por figuras anárquicas, condiciona a argumentação racional e as conclusões científicas. Friedrich declara que, “devido ao fato de a razão (...) ter levado à dissolução de toda ordem social, ao terror e à anarquia, os homens deveriam sujeitar-se sem discussão, e o fazem, à autoridade”. Nesse contexto, a aversão a toda forma de autoridade decorreria da confusão entre autoridade e poder. A origem etimológica de autoridade liga-se a *auctoritas* e remonta ao poder do *Senatus* romano, integrado por pessoas mais velhas e experientes, em oposição à *potestas* do povo pela tradição. Assim *auctoritas (patrum)* é um conselho, como o que o especialista dá a um leigo, ou que o líder envia a seus seguidores, que por isso não pode ser facilmente ignorado, mas é menos que um comando. A *auctoritas* consiste ainda em um acréscimo de “sabedoria à vontade, razão à força e ao desejo, (...) um conhecimento de valores compartilhados e de tradições consagradas a tudo aquilo que o povo desejasse fazer”, que atesta capacidade de oferecer razões ao feito ou dito. O lugar da autoridade é, sem dúvida, a Retórica, que se apresenta como critério suplementar da lógica epistêmica de Aristóteles no *Organon* (vide capítulo 1) sempre que não se possa oferecer uma demonstração epistêmica de resposta a um problema político ou jurídico (FRIEDRICH, 1974, P. 49-54).

Exemplos de autoridades para Friedrich são o professor, o erudito, o médico e o advogado. A autoridade dessas pessoas decorre de seu “conhecimento, discernimento e experiência superiores”, como “dons, acompanhados pela capacidade de a pessoa dar razões

extensas para o que pretende dizer ou fazer”, mesmo que tais razões não sejam demonstráveis. Aliás, quando não demonstráveis as razões da autoridade, reforça-se o sentido do termo (autoridade em sentido estrito), isto é, vale mais a posição da autoridade. A autoridade também se relaciona com esoterismo. Segundo Friedrich, “o que importa numa comunicação autoritária é que exista informação adicional e, por vezes, altamente esotérica que possa ser comunicada”, mesmo quando seus objetivos sejam “obscuros ou discutíveis”. A política, para Friedrich, é o campo propício da autoridade, que sabe lidar com o contingente e as conveniências. Esse saber se classifica como “conhecimento tácito” e, ao contrário do epistêmico, não precisa ser explicado nem compreendido. Seu reconhecimento é, para Friedrich, “a base da política democrática bem sucedida”. Afinal, “o povo mostra-se disposto a confiar seus assuntos a um homem que lhe parece uma autoridade sem tentar compreender seu raciocínio” (FRIEDRICH, 1974, P. 56-57).

Não apenas pessoas, mas também entes impessoais são dotados de autoridade. No caso da lei, uma das espécies desses entes, a ementa, o prefácio ou o preâmbulo é que, por inspiração platônica, expõem as razões de sua existência, conferindo a ela autoridade. As razões da autoridade ou da coisa encerram valores⁵¹ e crenças que coincidem, em parte ou no todo, com os valores e crenças dos seguidores ou destinatários do poder e da autoridade do ente (o cacófato abre outro sentido crítico possível e, por isso, não será eliminado). A capacidade de gerar aceitação dos destinatários por meio das razões que acompanham a decisão ou o comando configura a autoridade; sem as razões, a aceitação do destinatário pode até ocorrer, mas derivando do poder (violência) puro(a) e simples, o que, para Friedrich, não constitui autoridade. Por isso, o autor defende que a autoridade não é uma alternativa à razão, mas algo baseado nela, que sempre existiu, desimportante o momento histórico, e cujo abandono significa a subscrição de crenças anarquistas (FRIEDRICH, 1974, P. 57-60).

Friedrich ainda aborda a relação da autoridade com o critério, com a liberdade e com a legitimidade. A autoridade se relaciona com o critério a partir das premissas de que uma escolha entre as possíveis tem de ser feita, em adesão explícita à vedação radical do *non liquet* (LEAL, 2002, P. 61-83); a escolha não deve ser arbitrária, com descuido ou ao acaso, e sim de acordo com as circunstâncias do caso; a escolha deve obedecer à estrutura das regras. No entanto, quando faltam regras, a autoridade pode elaborar o que falta, abrigando-se na “sombra (...) criada pela insuficiência das regras que, sendo gerais, não podem abranger o

⁵¹ O valor é gênese da autoridade; às mutações valorativas graduais de um povo ao longo da história a autoridade, como capacidade de expor razões para o que se diz ou faz, precisa se adaptar (FRIEDRICH, 1974, P. 62-70).

específico das situações concretas”, desde que atue segundo os padrões gerais de “racionalidade” e “boa moral” (FRIEDRICH, 1974, P. 73). Ao se relacionar com a liberdade, a autoridade genuína, como capacidade de dar razões convincentes pelo que se diz ou faz, com ela não entra em choque, segundo Friedrich. Pode suceder, porém, um conflito entre liberdade e falsa autoridade, que decorre da pretensão de uma razão absoluta acessível ao homem e, no caso, à própria autoridade. A autoridade, então, emite comandos que crê racionais, no sentido de persuasivos, embora eles não mais o sejam (FRIEDRICH, 1974, P. 85-86). Finalmente, a autoridade se relaciona com a legitimidade, como qualidade de poder, em um mútuo reforço: a legitimidade, como crença em que o governante é legítimo, qualificando seu poder, aumenta-lhe também a autoridade, enquanto a autoridade, como crença na capacidade de raciocínio para justificar comunicações e ações, incrementa a legitimidade (FRIEDRICH, 1974, P. 98-99).

Importante, para Friedrich, é que “nenhum raciocínio legal jamais conseguiu dispensar a autoridade”, uma vez que o direito se caracteriza por uma forte dependência da tradição e, “quanto maior for a tradição, mais autoritário será o raciocínio baseado nela” (FRIEDRICH, 1974, P. 117). Também para Friedrich é claro que autoridade e tradição estão indissociavelmente ligadas entre si e à justificação retórica (apresentação de argumentos convincentes):

A retórica (...) constitui o campo da autoridade. Quando uma prova lógica – a chamada prova científica – não pode ser oferecida – a situação habitual da política – o raciocínio tem de confiar na autoridade. Aristóteles sabia-o e, assim, tendo optado pelo Governo constitucional, teve de reconhecer a importância vital da retórica, em contraste com a dialética. Isso pelo fato de a retórica, na sua opinião, ser a faculdade de descobrir os meios possíveis de persuasão com referência a todo e qualquer assunto (FRIEDRICH, 1974, P. 120-121).

Apropriando-se, com alguns desvios, da ideia de Kant, para quem a liberdade só pode ser concebida no plano da normatividade, exclusivo da razão da natureza humana, Friedrich pontua que liberdade e autoridade não são antitéticas, mas complementares, porque apenas uma dose de ordem e autoridade permite que os homens gozem de certa liberdade. Por conseguinte, autoritaristas e anarquistas destroem, cada qual de seu extremo, tanto a autoridade quanto a liberdade, pensando preservar um dos dois elementos dessa imbricação necessária. E conclui que a obtenção de tradição e autoridade só se dá após “um tempo de sementeira de fé profunda” (FRIEDRICH, 1974, P. 126-127).

Tamanha a fragilidade dos argumentos de Friedrich em defesa da autoridade, que, por ora, dispensam maiores negativas. Tornar-se-á ao tema quando da abordagem dos

problemas psicanalíticos em torno do sujeito autoritário. Por ora, algo precisa ser esclarecido, em contraponto a Friedrich, sobre a tradição, em especial a tradição filosófica. Abertura ao diálogo teórico-epistemológico (responsabilidade com a memória epistemológica como primeiro movimento da *desconstrução* em Derrida – vide próximo item) de maneira alguma se confunde com transposição da racionalidade para a tradição enunciada pela autoridade, ainda que alegadamente filosófica. Em Popper, racionalidade equivale a crítica. Apenas a crítica (não a tradição) a conjecturas ousadas possibilita o crescimento do conhecimento científico pela eliminação de erros na promoção de uma concorrência teórica. Claro que a promoção de uma concorrência teórica exige do cientista e epistemólogo o prévio acúmulo de um *estoque de teorias* (expressão didática de Leal), isto é, pesquisas continuadas e aprofundadas sobre a maior gama possível de conjecturas formalizadas na tradição filosófica e científica, o que, enfatize-se, não significa que a racionalidade seja imanente ou esteja imantada a essa tradição. O estudo da tradição filosófica tem colossal importância para a epistemologia, desde que não compreendido como repositório de verdades absolutas pela fala autorizada dos filósofos, mas como ponto de partida para uma confrontação crítica entre teorias com pleito de aproximação da verdade (POPPER, 2008-A, P. 241-243)⁵².

2.5 O logro da legalidade penal não processualizada e o direito (dis-)positivo dogmático como antítese do direito democrático

Os atributos da tradição, da autoridade e da retórica, todos enucleados na crença das pessoas a elas submetidas, concorrem, segundo Friedrich, à estruturação das instituições políticas, sociais e jurídicas. Como se articulam, então, tradição, autoridade e retórica com o princípio da legalidade (artigos 5.º, II, XXXIX, XL, LIV e LV, da Constituição do Brasil), tão caro à estruturação teórica do Direito em geral e do Direito e do Processo Penais com maior destaque?

Distinguindo lei e direito a partir da leitura de Montaigne e Pascal, Derrida assume a tese de que há em regra uma obediência à lei não porque ela seja justa, mas porque é dotada de autoridade. Há disseminada de maneira geral uma fé ou crença em que a lei seja dotada de autoridade, daí o caráter místico da autoridade da lei (DERRIDA, 2010, P. 21). Por místico se

⁵² Em sentido muito semelhante, BACHELARD, 2010, p. 125: “Ora, o espírito científico é essencialmente uma retificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado histórico, condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos. Cientificamente, considera-se o verdadeiro como rectificação histórica de um longo erro, considera-se a experiência como rectificação de uma ilusão comum e inicial. (...) A própria essência da reflexão é compreender que não se tinha compreendido.”

entende o limite do discurso fundador do direito, estabelecido por seu poder performativo, cuja estrutura é violenta e silenciosa (wittgensteiniana). O direito se funda em uma violência silenciosa e não fundamentada. A violência fundadora do direito baseia-se em si mesma, o que, para Derrida, não a equipara à injustiça em si, nem a torna suscetível à dicotomia legal-ilegal. *Justiça*, em Derrida, é a possibilidade de *desconstruir* permanentemente a estrutura violenta do direito; justiça equivale a *desconstrutibilidade* do direito. A *desconstrução* remete à infinitude dos problemas e à experiência da aporia, ou da incompletude de qualquer explicação epistemológica (DERRIDA, 2010, P. 24-29). Nesse caso, a *desconstrução* do direito (positivo) como *justiça* engloba dois movimentos: o de responsabilidade com a memória epistemológica da *justiça*, ou o que foi teorizado sobre ela em vários tempos, lugares e idiomas; a confirmação da ideia de responsabilidade na permanente abertura da *desconstrução* a novas possibilidades, evitando a queda da pesquisa epistemológica no dogmatismo, do qual o niilismo é uma espécie (DERRIDA, 2010, P. 36-38). Tem plena pertinência ainda hoje a análise de Derrida sobre a aporia do *indecidível*, segundo a qual em nenhum momento uma decisão pode ser dita presente e plenamente justa, situação que, se não interrogada epistemologicamente, reduz a fundamentação das decisões em matéria criminal e penal a uma axiomática subjetal grotesca:

Uma axiomática subjetal da responsabilidade, da consciência, da intencionalidade, da propriedade comanda o discurso jurídico atual e dominante: ela comanda também a categoria da decisão, até mesmo em seus recursos a perícias médicas. Ora, essa axiomática é de uma fragilidade e de uma grosseria teórica que não preciso sublinhar aqui. Os efeitos dessa limitação não afetam apenas todo decisionismo (ingênuo ou elaborado); eles são concretos e suficientemente numerosos para que possamos dispensar exemplos. O dogmatismo obscuro que marca o discurso sobre a responsabilidade de um réu, seu estado mental, o caráter passional, premeditado ou não, de um crime, os incríveis depoimentos de testemunhas e “experts” acerca desses itens bastariam para atestar, na verdade para provar, que nenhum rigor crítico ou criteriológico, nenhum saber são acessíveis a esse respeito (DERRIDA, 2010, P. 48-49).

Em dissertação de mestrado de leitura obrigatória para penalistas, criminologistas e processualistas, Cunha (1979) atinge conclusões estarrecedoras para aqueles que ainda hoje depositam alguma confiança nas teorias dos iluministas (Beccaria, por todos) e seus séquitos. Segundo Cunha, a *dogmática penal* não aborda, no plano lógico-formal, o princípio da legalidade (nem o da personalidade, nas hipóteses de indeterminação da pena de multa, considerações da personalidade e dos antecedentes do agente, entre outros). A tautologia enclausurada “*Permittitur quod non prohibetur*” (o que não está proibido é permitido) pretende servir de *princípio doutrinário* e dirige-se tanto a balizar a interpretação e a

aplicação da lei penal, com o *nullum crimen nulla poena sine lege stricta, scripta, certa et praevia* (não há crime nem pena sem lei escrita, estrita, certa e prévia), quanto a produzir conceitos jurídico-penais, dentre os quais o de tipicidade, conformando, mais que a ilicitude e a culpabilidade, a categoria jurídico-penal racionalizadora da legalidade. O princípio da legalidade se coloca, assim, como postulado metajurídico (político liberal) que supostamente afasta da mera força (violência) a regência da atividade punitiva pública, colocando-a a cargo do direito e limitando o *jus puniendi* do Estado (CUNHA, 1979, P. 53-58).

Sob escrutínio científico de Cunha, os elementos subjetivos do tipo, os elementos normativos do tipo, os tipos abertos e a ideia de adequação social da conduta, todas examinadas no patamar da tipicidade, descumprem a esperada garantia política do princípio da legalidade, por meio das funções indiciária (da ilicitude) e limitadora do tipo penal. Tudo isso abre o discurso *dogmático-penal* à penetração dissimulada de elementos culturalistas, egológicos e ideológicos de valoração da escritura legal. A artificiosa e arbitrária distinção entre elementos descritivos (independentes da valoração pelo intérprete, porque cognoscíveis mediante verificação sensoriável, como se isso fosse possível⁵³) e normativos (dependentes da valoração pelo intérprete) do tipo, a não explicada autonomia entre juízos de tipicidade (indiciário) e ilicitude com seus respectivos elementos subjetivos independentes, o recurso do intérprete às práticas sociais de uma época para estabelecer correspondência (subsunção) entre conduta e descrição típica, a necessidade de reconstrução intranormativa do tipo culposo (aberto) pelo julgador, para saber de que forma se violou o dever objetivo (?) de cuidado e em que consistiria esse dever de cuidado, dentre outras aporias, demonstram que a legalidade e a analítica do crime estão trespassadas por sentido retórico, cujo lastro, relembre-se, é constituído das opiniões de homens de prestígio, *doxas* e *endoxas*, senso comum e senso comum do conhecimento – e não por uma concorrência teórica (cf. Capítulo 1, acima). A legalidade e a analiticidade do crime são ideologias (LEAL, 2010, P. 86-96; 123-130)⁵⁴. Esse sentido retórico promove a divulgação oportunista da falsa ideia de que o ordenamento jurídico, destacadamente o penal, oferece certeza e segurança a seus destinatários, culpados ou inocentes (CUNHA, 1979, P. 61-71).

Cunha utiliza os vocábulos e expressões *doutrina*, *doutrinador* e *dogmática penal*, para se fazer entender entre os juristas estudiosos dos crimes e das penas, os quais tratam

⁵³ POPPER, 2004. P. 14: “O conhecimento não começa de percepções ou observações, ou da coleção de fatos ou números, porém começa, mais propriamente, de problemas.” A essa postura, majoritária entre juristas, de conhecer pela via sensória Popper chama de realismo ingênuo, ou teoria do “balde mental”, que se compatibiliza com uma estrutura mental psicótica, imunizada pelo dispositivo da autoridade.

⁵⁴ À diferenciação epistemológica entre teoria e ideologia se tornará no Capítulo 3, a que se remete o leitor.

esses conceitos sem qualquer problema. Entendem que a chamada *dogmática penal* possui a condição de saber científico, e não se apercebem de que ela não ultrapassa as raias da ideologia. Olvidam, ademais, a explicação de Marçal, segundo a qual *doutrina* não tem qualquer sentido de teoria, e sim de ensinamento repassado e acolhido em face da autoridade do falante, por concepções voluntaristas e particularistas compartilhadas em uma determinada assembleia de especialistas (senso comum do conhecimento) ou não (senso comum). E doutrina se liga a dogma, em oposição a teoria e ciência do Direito. “O termo doutrina é, assim, adequado para indicar a organização do conteúdo do dogma, da mensagem cifrada, como tal sempre aberta à inclusão de qualquer conteúdo pelo respectivo receptor, e do mistério. Isso não é o que ocorre no Direito enquanto conhecimento científico.” Com remissão a Popper, Marçal pontua que o teórico (e não doutrinador) é o profissional do Direito que, a partir de uma reunião de conhecimentos linguísticos, sintáticos, semânticos, pragmáticos, oriundos da pesquisa científica, habilita-se a ofertar, mediante níveis elevados de abstração em abordagens metalinguísticas, construções conceituais básicas à compreensão do objeto da ciência a que se dedica, na tentativa incessante e infinita de aproximar conhecimento e realidade (MARÇAL, 2007, P. 22-23 versão .doc). A crítica de Cunha, Marçal e Leal à chamada *dogmática jurídica*, seus *doutrinadores* e sua eficácia meramente retórica abala o próprio princípio da legalidade, estruturante do ordenamento jurídico em geral e viga mestra do sistema jurídico penal. Sem atenção a essa crítica, é disso mesmo que continuará a se tratar no direito e nos procedimentos penais: *dogmas, ideologias, doutrinas e doutrinadores*⁵⁵.

O maior logro da *dogmática jurídica* e, com mais intensidade, da *dogmática jurídico-penal* é a proposta de que o direito penal está completamente estabelecido na escritura da lei, com sentido preciso e unívoco. Dessa tese enganosa decorre(ria) que a lei penal não admite retroação nem analogia em prejuízo do réu (termo per si já estigmatizante). Contudo, a proposta dogmática transforma a lei em *fetichê*⁵⁶ da autoridade, tamponando a vagueza e a

⁵⁵ Sobre a diferença entre teoria e ideologia e sobre a explicação lógica do dogma como fuga autoritária ao trilema de Münchhausen, remete-se o leitor ao capítulo 3, seguinte, e à obra de ALBERT, 1976.

⁵⁶ Na psicanálise freudiana, *fetichê* é o instrumento com que o perverso mantém uma atitude dúbia em relação à castração, à falta, ao não, para contorná-los. Nas palavras do próprio Freud, “o fetichê é um substituto para o pênis, (...) [mas] não é um substituto para qualquer pênis ocasional, e sim para um pênis específico e muito especial, que foi extremamente importante na primeira infância, mas posteriormente perdido. Isso equivale a dizer que normalmente deveria ter sido abandonado; o fetichê, porém, se destina exatamente a preservá-lo da extinção. Para expressá-lo de modo mais simples: o fetichê é um substituto do pênis da mulher (da mãe) em que o menininho outrora acreditou e que – por razões que nos são familiares – não deseja abandonar” (FREUD, 1996-C, P. 159). O princípio da legalidade identifica-se com o *fetichê* da autoridade no direito dogmático na medida em que funciona como esse preciso mecanismo de impedir que o vazio da lei, a sua incompletude, o seu não sentido seja dado a conhecer de todos. A falsa autossuficiência do princípio da

ambigüidade denotativas e conotativas da escritura legal do Direito Penal, que veicula, na prática, tanto a retroação quanto a analogia *in malam partem*. A inobservância da lei se dá pela linguagem oculta da autoridade que, na subjacência do texto legal, preenche dele o conteúdo ou fornece o sentido normativo de que necessita para, em linhas decisórias alternativas, suspender a própria norma em pleno estado de exceção. Dois exemplos, por todos, de Cunha, acerca do tipo penal de sequestro, merecem reprodução: (1) se o sequestro é privação de liberdade de pessoa, por quanto tempo é necessário privar a liberdade da pessoa para configuração do tipo penal? (2) Face à caracterização pessoal e não real do tipo de sequestro, por que se fala de “sequestro de aeronave”, quando há apoderamento do bem? “Sempre que o juiz empresta novos sentidos às expressões que integram a descrição típica, e o faz desfavoravelmente ao réu (...), defrauda o princípio da legalidade na restrita definição hermenêutica que lhe empresta o pensamento dogmático” (CUNHA, 1979, P. 79-84).

Eis o princípio da legalidade penal como fraude: anuncia-se uma completude significativa da lei para disseminar a retórica da segurança, com a neutralidade técnica do intérprete bem instruído; interpreta-se a lei, no plano linguístico-sintagmático, da relação de signos com outros signos presentes na extensão do texto, e das relações associativas ou paradigmáticas, do signo com elementos (significantes e significados) ausentes do texto, jurídicos e extrajurídicos; “a interpretação da lei (...) descobre sentidos condicionados por múltiplos fatores, ambíguos, mutáveis e ideologicamente modalizados” (CUNHA, 1979, P. 91-94). Com a percepção dessa sequência metodológica, as conclusões de Cunha não poderiam ser mais desoladoras: a norma penal é produção ideológica dos grupos dirigentes e sua visão-de-mundo; ao destinatário da norma penal compete, para evitar a sanção, identificar o sentido normativo penal pelas instituições (também dispositivas e capturantes) da família, da escola, do trabalho, da imprensa e outros congêneres, formando para si uma consciência ideológica do direito penal (CUNHA, 1979, P. 108); a dogmática penal não possui caráter

legalidade veda a possibilidade igual de participação de todo o povo na construção do conteúdo da lei. Quando a autoridade guarda ou monopoliza o sentido da lei, que a rigor é o sentido que a autoridade quer dar à lei, seja evocando a sabedoria do legislador ou da própria lei, fetichiza o princípio da legalidade, em benefício do próprio gozo. A autoridade mesma, se não psicótica, percebe desagradavelmente que a norma legislada não guarda sentido unívoco; a autoridade percebe também que não possui uma “visão de mundo” privilegiada em relação a qualquer interlocutor. Porém, convém-lhe contornar essas negações ou faltas para manter-se em posição privilegiada, ou de gozo, em relação à própria lei. “No conflito entre o peso da percepção desagradável e a força de seu contradesejo, chegou-se a um compromisso, tal como só é possível sob o domínio de leis inconscientes do pensamento – os processos primários. (...) Outra coisa tomou seu lugar, foi indicada como seu substituto, por assim dizer, e herda agora o interesse anteriormente dirigido a seu predecessor. Mas esse interesse sofre também um aumento extraordinário, pois o horror da castração ergueu um monumento a si próprio na criação desse substituto. (...) Podemos perceber agora aquilo que o fetiche consegue e aquilo que o mantém. Permanece um indício do triunfo sobre a ameaça de castração e proteção contra ela” (FREUD, 1996-C, P. 161). Se se trata de uma sociedade órfã (MAUS, 2000), que prefere delegar a definição do sentido da lei a autoridades, também para ela o princípio da legalidade serve como *fetiche*.

científico-demonstrativo (epistêmico), apenas retórico; a verdade penal é persuasiva, e não toca sequer a correspondência com os fatos (CUNHA, 1979, P. 119-120), muito menos qualquer critério argumentativo-racionalizador; no processo penal, não existe demonstração de verdade, quer pelas partes, quer pelo juiz, mas apenas um discurso persuasivo assentado em uma argumentação retórica verossímil (CUNHA, 1979, P. 121); na interpretação da lei penal recorre-se sempre a elementos estranhos ao texto escrito (CUNHA, 1979, P. 122); a lei penal reúne a duplicidade ideológica da ética liberal e da ética autoritária, mas permite ao juiz decidir com voluntarismo em favor de uma ou de outra, embora sempre fundamentando retoricamente a decisão nos princípios de inocência, legalidade, democraticidade, vontade da lei etc. (CUNHA, 1979, P. 125-126).

As conclusões de Cunha são causticantes, de incomensurável potencialidade crítica, e corroboram tanto a inadmissibilidade da *dogmática jurídica* ou *ciência dogmática do direito* (penal, civil ou de qualquer subespécie) em um ambiente teorizado de Direito Democrático, quanto a desvalia da fé, crença ou confiança na autoridade que decide, blindada pelo *direito dogmático*. Caem por terra, no direito processual, duas conhecidas exortações, quase emotivas, de Couture: a primeira, que o juiz é um homem cuja vontade (de poder) é limitada pelo direito, como um prisioneiro que se pode mover apenas dentro de sua cela, donde o apelo subjetivista (personalista) para a importância do homem-juiz, e não da cela-lei; a segunda, que “da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, num país e num momento histórico, o que valerem os juizes como homens. (...) As sentenças valem o que valem os homens que as proferem” (COUTURE, 1952, P. 50-52). Trata-se de um minimalismo jurídico processual, que reduz o êxito do direito a um problema ético do juiz ou à experiência social do julgador.

A experiência social do julgador, somada à sua subsunção à norma escrita, se traduz em método exitoso nas aristocracias, autocracias, oligarquias ou dinastias ou nos sistemas paternalistas fechados ou abertos (Estado de direito ou Estado social de direito), porque o *decididor*, ao se orientar por uma pauta de valores e convicções ideologicamente identificada com os demais dirigentes do espaço político nacional ou internacional, expende argumentos para si mesmo que lhe provocam um falso sentimento de isenção (neutralidade) judicativa pela falta de tensão prévia que a estrutura procedimental discursiva imporia na preparação da resolução dos conflitos através do pleno exercício da defesa conforme a principiologia do *devido processo* (LEAL, 2002, P. 111-112).

Não é outro o motivo de a prática jurídico-penal, sobretudo no âmbito da defesa, ter sido empurrada para o *lobby* ou a loteria. Ou se encontram caminhos retóricos os mais exóticos, quiçá inconfessáveis, para persuadir o julgador em determinado sentido, ou se torce

para que o caso seja distribuído àquele juiz alegadamente garantista, minimalista ou que tenha engajamento doutrinário suficiente para entender subjetivamente o direito penal como *ultima ratio*, partilhando o senso de democracia do defensor. Contrária a esse precário estado epistemológico de coisas, a *teoria neoinstitucionalista do processo* oferece uma proposição objetiva de Estado que é Democrático não em razão de uma exaltação emotiva e retórica do adjetivo (a idiotice da reificação das palavras), nem dos atributos subjetivos, psicológicos ou éticos dos juristas, mas “porque gestado (emerso) e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alábica **ciência dogmática do direito**, logo é concebido como Estado não Dogmático” (LEAL, 2013, P. 03).

No âmbito específico do *processo* e seu papel na construção do Estado Democrático de Direito, Leal aponta, há algum tempo, a incompatibilidade entre as teorias legatárias de Bülow (2005, P. 05-12) e o estado e o direito democráticos, no marco do processo neoinstitucionalista constitucionalizante, pois aquelas não enfrentam (ao contrário, reforçam-nas) a **ciência dogmática do direito** e, por via de consequência, a matriz oculta do modelo jurídico-político moderno: o estado de exceção, blindado pela fé ou crença na (infundada) autoridade (da lei ou do decisor) e pelo caráter retórico do princípio da legalidade. De acordo com o neoinstitucionalismo processual, em vez de se cogitar de direitos reificados à vida, à liberdade, à dignidade e outros, que não são conquistas metabólicas oriundas do mero decurso de tempo histórico, reconhecidas por servidores públicos magnânimos no exercício de funções executiva, legislativa ou judiciária, é preciso compreender que ao povo já estão co-institucionalmente assegurados, por ganho teórico democrático, os direitos líquidos, certos e exigíveis de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade na construção dos conteúdos semânticos dos direitos à vida, à liberdade, à dignidade, de que é (o povo), por escritura (DERRIDA, 2005) constitucional e legal, destinatário. Sem essas três matrizes principiológicas estabilizadas no plano instituinte da normatividade – contraditório, ampla defesa e isonomia (LEAL, 2013, P. 05-07) – instrumentando a jurisdição (e não servindo de instrumento a ela) opera-se a morte pelo direito (LEAL, 2005-B, P. 111-119). Sem essa principiologia neoinstitucionalista pré-cógnita à (re)construção dos conteúdos do direito, o indivíduo não atinge o *status* democrático de sujeito de direitos, mas permanece como sujeito histórico (cujos direitos se consolidam independentemente de constituição ou democracia) ou sujeito natural (*homo sacer*, titular de uma vida nua e natural [zoé] matável) (LEAL, 2009, P. 283-292).

A *matabilidade* do sujeito natural (*homo sacer*) é tão mais célere, quanto mais a tecnologia jurídica processual se aproxima das matrizes **científico-dogmáticas** legatárias de

Bülow e das ideologias de poder (sobretudo, judiciário) que elas sustentam (LEAL, 2012-A, P. 69; 278-27; 282). A **judicação** (atividade do juiz) com supressão de *devido processo* ocorre nos ambientes forenses em que a busca frenética pela celeridade gera uma decisão **judicante** (não jurisdicional-democrática pelo *devido processo*) em menor lapso temporal, mas com evidente prejuízo à construção dos provimentos pelo povo (art. 1.º, parágrafo único, da Constituição do Brasil). Não basta ao direito democrático um ato judicial-judicante prolatado por autoridade (*auctoritas*) que guarda o vazio (a pura forma) da lei, vocalizando, de modo solipsista, o conteúdo normativo (*potestas*) que a própria consciência lhe ditar. A jurisdição democrática, ao contrário, é regida e submetida pelo *devido processo* na construção dos conteúdos da lei pelo povo (LEAL, 2002). O resultado de semelhantes atos judiciais-judicantes (não jurisdicionais-democráticos), que promovem a “transformação do sistema jurídico político em uma máquina letal” (AGAMBEN, 2008, P. 130-131) pela união, em uma pessoa, de *auctoritas* e *potestas*, é, como dito, a **morte** (do *homo sacer* ou sujeito natural) pelo direito (LEAL, 2005-B).

E no âmbito dos procedimentos criminal e penal se descortina com maior relevo a podridão *do* ou *no* direito (*etwas Morsches im Recht* – vide notas 37 e 48)⁵⁷: embora o Estado de Direito em paradigmas **dogmáticos** e **exceptivos** ultrapassados (Liberal ou Social) monopolize a sanção penal e se coloque como protetor do cidadão contra os delinquentes, os marginais, os bandidos, a ponto de se valer de penas corpóreas e, até mesmo, da pena de morte, não é a criminalidade (dis-)positivada nos códigos e nas leis penais extravagantes, da qual o Estado é muitas vezes aliado, que ele visa evitar ou combater, mas a reinstauração da violência *fundadora* de um novo direito contra o ordenamento jurídico vigente.

O que o Estado teme, o direito em sua maior força, não é tanto o crime ou o banditismo mesmo em grande escala, como a máfia ou o grande tráfico da droga, desde que estes transgridam a lei para atingir benefícios particulares, por mais importantes que sejam. (É verdade que, hoje em dia, essas instituições quase-estatais e internacionais têm um estatuto maior do que o do próprio banditismo e representam uma ameaça com que tantos Estados só conseguem lidar aliando-se a ela. – submetendo-se a ela, por exemplo, buscando sua parte na “lavagem de dinheiro” –, ao mesmo tempo que fingem combatê-la por todos os meios). O Estado teme a violência *fundadora*, isto é, capaz de justificar, de legitimar (*begründen*) ou de transformar as relações de direito (*Rechtsverhältnisse*) e portanto de se apresentar como tendo um direito ao direito. Essa violência pertence assim, de antemão, à ordem de um direito de transformar ou de fundar, mesmo que ela possa ferir nosso sentimento de justiça (*Gerechtigkeitsgefühl*). Somente essa violência suscita e torna possível uma “crítica da violência” (...). Aquilo que ameaça o direito pertence já ao direito, ao direito ao direito, à origem do direito (DERRIDA, 2010, P. 81-82).

⁵⁷ Também DERRIDA, 2010. P. 90.

Mais um elemento de singular interesse ao estudo da procedimentalidade criminal e penal avulta nesse contexto crítico. A distinção de Benjamin, ainda no texto *Zur Kritik der Gewalt*, entre violência fundadora e violência mantenedora do Direito, como sua particular podridão, é dissolvida pelo papel da polícia moderna, porque nela se concentram as duas formas de violência. Para Benjamin, a polícia é o Estado na representação espectral, uma “violência sem forma”, uma “figura sem rosto”, que não encontra limites para sua atuação. Não se pode opor à polícia sem se opor ao Estado, porque a polícia é o direito e cria o direito por meio da violência ao dispor de seu agir. Nesse caso, o agir violento da polícia moderna pode ser tanto fundadora quanto mantenedora do direito. E, onde há força de lei, há polícia “armada e organizada numa estrutura civil de modelo militar”, como um ente coextensivo à *polis*. Para Benjamin, a polícia é uma entidade modelo da degenerescência da democracia, no espírito da ditadura, concedendo “a autoridade (legitimada ou legitimadora), ou a violência do poder (*Gewalt*), a uma **decisão instituinte** que, não tendo, por definição, de justificar sua soberania diante de nenhuma lei preexistente, apela somente para uma ‘mística’ (...) na forma de ditos (...) e performativos ditatoriais” (DERRIDA, 2010, P. 97-106, com grifo acrescido)⁵⁸. O comportamento policialesco em torno das questões criminais e penais deixa de ser atributo

⁵⁸ Cf. BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. In *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, vol. II.1, herausgegeben von R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1999. P. 179-204. Disponível e acessado aos 19 de outubro de 2011 em <http://musiclanguagethought.files.wordpress.com/2011/02/benjamin-zur-kritik-der-gewalt.pdf>. p. 06-07. “In einer weit widernatürlicheren Verbindung als in der Todesstrafe, in einer gleichsam gespenstischen Vermischung, sind diese beiden Arten der Gewalt in einer andern Institution des modernen Staates, der Polizei, gegenwärtig. Diese ist zwar eine Gewalt zu Rechtszwecken (mit Verfügungsrecht), aber mit der gleichzeitigen Befugnis, diese in weiten Grenzen selbst zu setzen (mit Verordnungsrecht). Das Schmachvolle einer solchen Behörde, das nur deshalb von wenigen gefühlt wird, weil ihre Befugnisse zu den gröblichsten Eingriffen nur selten ausreichen, desto blinder freilich in den verletzbarsten Bezirken und gegen Besonnene, vor denen den Staat nicht die Gesetze schützen, schalten dürfen, liegt darin, daß in ihr die Trennung von rechtsetzender und rechtserhaltender Gewalt aufgehoben ist. Wird von der ersten verlangt, daß sie im Siege sich ausweise, so unterliegt die zweite der Einschränkung, daß sie nicht neue Zwecke sich setze. Von beiden Bedingungen ist die Polizeigewalt emanzipiert. Sie ist rechtsetzende – denn deren charakteristische Funktion ist ja nicht die Promulgation von Gesetzen, sondern jedweder Erlaß, den sie mit Rechtsanspruch ergehen läßt – und sie ist rechtserhaltende, weil sie sich jenen Zwecken zur Verfügung stellt. Die Behauptung, daß die Zwecke der Polizeigewalt mit denen des übrigen Rechts stets identisch oder auch nur verbunden wären, ist durchaus unwahr. Vielmehr bezeichnet das »Recht« der Polizei im Grunde den Punkt, an welchem der Staat, sei es aus Ohnmacht, sei es wegen der immanenten Zusammenhänge jeder Rechtsordnung, seine empirischen Zwecke, die er um jeden Preis zu erreichen wünscht, nicht mehr durch die Rechtsordnung sich garantieren kann. Daher greift »der Sicherheit wegen« die Polizei in zahllosen Fällen ein, wo keine klare Rechtslage vorliegt, wenn sie nicht ohne jegliche Beziehung auf Rechtszwecke den Bürger als eine brutale Belästigung durch das von Verordnungen geregelte Leben begleitet oder ihn schlechtweg überwacht. Im Gegensatz zum Recht, welches in der nach Ort und Zeit fixierten »Entscheidung« eine metaphysische Kategorie anerkennt, durch die es Anspruch auf Kritik erhebt, trifft die Betrachtung des Polizeiinstituts auf nichts Wesenhaftes. Seine Gewalt ist gestaltlos wie seine nirgends faßbare, allverbreitete gespenstische Erscheinung im Leben der zivilisierten Staaten. Und mag Polizei auch im einzelnen sich überall gleichsehen, so ist zuletzt doch nicht zu verkennen, daß ihr Geist weniger verheerend ist, wo sie in der absoluten Monarchie die Gewalt des Herrschers, in welcher sich legislative und exekutive Machtvollkommenheit vereinigt, repräsentiert, als in Demokratien, wo ihr Bestehen durch keine derartige Beziehung gehoben, die denkbar größte Entartung der Gewalt bezeugt.

do órgão policial e contamina, escorado na mídia de massa, o de todos os servidores públicos, em especial os tratados como *autoridades*. Em monarquias absolutas ou ditaduras assumidas, a violência da polícia ou da autoridade, que constitui (cria) e mantém o direito, é normal. Na democracia, porém, não há como aceitar nem articular violências fundadora e mantenedora do direito nas mãos de autoridades, policiais, judiciais, executivas, legislativas ou de qualquer origem ou função. Segundo Benjamin, mais grave é que, na passagem do Estado Absolutista às ditas Democracias Parlamentares Liberais, dá-se, mediante a figura da representação política, um esquecimento da violência originária da qual nascem as instituições jurídicas. Instaura-se no lugar dessa necessária lembrança a política *hipócrita* do *compromisso*, que dissimula, denegando-a, a violência instituinte e garantidora do ordenamento jurídico. O *compromisso* traduz-se em tentativa de velar a violência pela justificação retórica de que certamente sem violência o direito e a política seriam melhores, porém não há outro modo pelo qual os realizar (DERRIDA, 2010, P. 107-111).

Três esclarecimentos cabem ainda sobre o texto de Benjamin *Zur Kritik der Gewalt*, estudado a fundo por Derrida. Em primeiro lugar, é claro que Benjamin, apesar de identificar a instituição e a manutenção do Direito com a violência, anseia por uma ordem jurídica não violenta (*Ist überhaupt gewaltlose Beilegung von Konflikten möglich? Ohne Zweifel.*) (BENJAMIN, 1999, P. 08 versão.pdf). Esse desejo benjaminiano passa primeiro por escancarar, como ele fez, as duas formas de violência presentes na linguagem jurídica, que constituem o fundamento místico da autoridade e a desesperança radical de todo o direito ocidental; depois por permitir, enfeitando toda forma de violência, o advento de uma ordem jurídica não violenta através da construção de outra linguagem jurídica, que abdique da relação ou da dicotomia meio-fim. Trabalha-se apenas com meios (amor pela paz, cordialidade, amizade etc.), abrindo mão dos fins, que são as “coisas” a respeito das quais os homens disputam. Esse trabalho de meios leva à imprescindível experiência do *indecidível*, que conduz o pensamento a “decidir” sobre a origem da linguagem e sua relação com a verdade, a violência de um destino (historicista, messiânico, escatológico) que se coloque acima da razão e, não menos importante, a Deus, como “outro” ou “novo”, dentre os possíveis, fundamento místico da autoridade (DERRIDA, 2010, P. 113-117)⁵⁹⁻⁶⁰. Ainda, a

⁵⁹ BENJAMIN, 1999, P. 07-08 e 11, versão .pdf: “Sie bieten das bekannte jammervolle Schauspiel, weil sie sich der revolutionären Kräfte, denen sie ihr Dasein verdanken, nicht bewußt geblieben sind. In Deutschland insbesondere ist denn auch die letzte Manifestation solcher Gewalten für die Parlamente folgenlos verlaufen. Ihnen fehlt der Sinn für die rechtsetzende Gewalt, die in ihnen repräsentiert ist; kein Wunder, daß sie zu Beschlüssen, welche dieser Gewalt würdig wären, nicht gelangen, sondern im Kompromiß eine vermeintlich gewaltlose Behandlungsweise politischer Angelegenheiten pflegen. Dieses aber bleibt ein »wenn auch noch so sehr alle offene Gewalt verschmähendes, dennoch in der Mentalität der Gewalt liegendes Produkt, weil die

linguagem e o poder que cumprem mero papel de mediadores (a um fim), e não constitutivos, são, para Benjamin, liberais e burgueses, incentivadores da *tagarelice*, da qual passam a depender os conteúdos dos juízos; logo devem ser abandonados.⁶¹

Em segundo lugar, a crítica de Benjamin não se direciona nem se restringe a determinada corporação (conjunto de servidores públicos) que exerce(m) as funções de polícia no Estado moderno, mas exatamente à (ausência de) forma do exercício da polícia, como pura violência criadora e mantenedora do direito. Quando se critica ou rejeita um procedimento penal policialesco, a mesma crítica ou a mesma rejeição, no sentido de Benjamin, poderiam endereçar-se a um procedimento penal autoritário, serviente tão-só à reafirmação e à sobrevivência do próprio ordenamento jurídico economicamente indexado, que, para alcançar esse fim, suplicia pessoas física e psiquicamente. Nada mais policialesco ou autoritário do que a atuação dos mais variados atores (embora não policiais) no sistema procedimental penal, como juízes padecentes de *quadros mentais paranoicos*, que produzem provas em busca da verdade “real” (COUTINHO, 2009-A), e acusadores justiceiros cujas manifestações se amparam em algo enigmático como *in dubio pro societate*. Parasitando o procedimento penal também há figuras policialescas, como jornalistas oportunistas e futuros candidatos a cargos eletivos, que exploram o fenômeno criminal sem se propor à interrogação epistemológica de suas causalidades e suas relações com a inadimplência milenar do Estado-organização-criminosa quanto à efetivação de direitos fundamentais para todos. Desse quadro inquestionado compactuam, reproduzindo-o em sala de aula como algo “normal” ou “natural”, muitos professores universitários na linha da **ciência dogmática do direito**,

zum Kompromiß führende Strebung nicht von sich aus, sondern von außen, eben von der Gegenstrebung, motiviert wird, weil aus jedem Kompromiß, wie freiwillig auch immer aufgenommen, der Zwangscharakter nicht weggedacht werden kann. ‚Besser wäre es anders‘ ist das Grundempfinden jeden Kompromisses.« – Bezeichnenderweise hat der Verfall der Parlamente von dem Ideal einer gewaltlosen Schlichtung politischer Konflikte vielleicht ebensoviele Geister abwendig gemacht, wie der Krieg ihm zugeführt hat. (...) Wie also, wenn jene Art schicksalsmäßiger Gewalt, wie sie berechnete Mittel einsetzt, mit gerechten Zwecken an sich in unversöhnlichem Widerstreit liegen würde, und wenn zugleich eine Gewalt anderer Art absehbar werden sollte, die dann freilich zu jenen Zwecken nicht das berechnete noch das unberechnete Mittel sein kannte, sondern überhaupt nicht als Mittel zu ihnen, vielmehr irgendwie anders, sich verhalten würde? Damit würde ein Licht auf die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme allen (welche vielleicht in ihrer Aussichtslosigkeit nur mit der Unmöglichkeit bündiger Entscheidung über »richtig« und »falsch« in werdenden Sprachen zu vergleichen ist).”

⁶⁰ Em defesa de sua preocupação com a ideia de Deus, Benjamin expressa que a violência mitológica do direito é mais horrorizante que a violência mitológica do judaísmo, porque esta preserva a vida simples (*das Blosse Leben*) sem derramamento de sangue, enquanto aquela, oriunda do *mythos* grego retomado na Modernidade, promove expiação da vida, com derramamento de sangue em favor do próprio sistema jurídico (DERRIDA, 2010, P. 120-124).

⁶¹ DERRIDA, 2010. P. 118. “A questão do bem e do mal, depois da criação, depende dessa tagarelice. A árvore do conhecimento não estava lá para fornecer conhecimentos sobre o Bem e o Mal, mas como signo sintomático (*Wahrzeichen*) do juízo (*Gericht*) lançado sobre aquele que pergunta”. Eis a origem mítica do direito e seu discurso, segundo Benjamin.

genuflexos aos mitos do poder e da autoridade.

O que os juristas, em seus vários matizes positivistas, não se permitem investigar é a causa do **“mito do poder”** (...), que, como *vírus* não isolável, vem orientando a produção e a aplicação do Direito ao longo dos séculos. (...) Queixam-se amargamente da violência social que os cerca, olvidando (?) que os “aparelhos” de matança coletiva têm como oficina fabril o âmago das suas universidades diplomadoras. (...)

Diz Popper que só é ciência o que se destina a reduzir o sofrimento humano. Entendo que não sofrimento maior, ainda mais no panorama que nos exhibe a atualidade histórica, quando a vida humana vem desgarrada do exercício da *ampla defesa* (no sentido de minha teoria neoinstitucionalista) ante imputações infracionais ou lesões de direito que o homem possa sofrer. O Estado, porque se veda saber o que ele é, mas já desmentido em seus fetichizados propósitos, emerge desveladamente como organização criminosa (art. 5.º, LIV e LV, da CB/88), que, por *álibi*, de uma sabedoria fortemente armada [autoridade], diz o que é lícito e ilícito por seus “poderes” harmônicos e independentes entre si. Qualquer conquista crítico-teórico-constitucional que se possa fazer (como o *devido processo* construtivo de uma normatividade não repressiva) é distorcida em seus conteúdos epistemológicos em prol do romanismo arcaico da *ars inveniendi* que pela tópica e retórica elege o autoritarismo do **Estado-juiz**, aplicador e intérprete exclusivo do direito, como operador das ficções de liberdade e dignidade, que alardeiam assegurar para todos (positivismo pragmático-semântico dos direitos humanos) (LEAL, 2013, P. 75-76).

Em terceiro lugar, não se poderia desconsiderar a crítica severa de Benjamin no texto *Zur Kritik der Gewalt*, tampouco o estudo de Derrida a esse respeito, em razão do papel importantíssimo que a fase investigativa, em regra policial, ostenta nos procedimentos penais brasileiros, nem do comportamento em geral policialesco dos agentes públicos que lidam com esses procedimentos. Ainda hoje, precede à denúncia ou à queixa (petições iniciais de ações penais pública e privada, respectivamente) toda uma extensa, custosa e estigmatizante fase procedimental investigativa, presidida por servidor público policial. No Brasil, a fase segue o modelo inquisitivo e nela nove em cada dez “doutrinadores” de processo penal negam o exercício pleno das mais mezinhas garantias processuais constitucionais. Se, de acordo com Benjamin, a polícia é o símbolo da degenerescência da democracia, por dissolver em si as violências criadora e mantenedora do direito; se o processo penal brasileiro é lastreado em uma fase investigativa prévia em pleno modelo inquisitivo avesso às garantias processuais constitucionalizantes e constitucionalizadas; se os atores (“operadores”) do processo penal brasileiro reforçam o comportamento policialesco ou autoritário da apuração dos crimes e da imposição sacrificial de penas; se professores universitários lecionam a reboque desse quadro genocida tido por “normal”, “natural” ou “insuperável”; então os desafios a um *processo penal democrático* (expressão que já carrega um paradoxo insolúvel) ou a um *devido processo constitucionalizante* que comande toda a *procedimentalidade penal* são os maiores possíveis. É nos procedimentos penal e criminal, portanto, que o *processo* como epistemologia jurídico-

democrática precisa atuar com mais intensidade, de maneira incessante e infinita. Para tanto, conta com a valiosa conquista teórica da *situação de inocência* assegurada no plano constituinte do direito brasileiro (art. 5.º, LVII, da CRFB), para cuja abordagem mais detalhada se remete o leitor ao Capítulo 4, abaixo.

Benjamin não tem dúvida da possibilidade de uma resolução não violenta dos conflitos (*Ohne Zweifel*). Agamben (2008, P. 96-98) defende a tese de que o direito é a porta de passagem para a *justiça*, que se abre se, e somente se, promove a autodesativação, isto é, se por ela se busca um novo uso do direito, em contraposição à força-de-lei sem lei (pura força, puro poder, pura violência) como seu fundamento místico. Derrida acentua que a *desconstrução*, com sua experiência aporética, do direito positivo violentamente fundado é a *justiça* (DERRIDA, 2010, P. 27). Leal, com a teoria neoinstitucionalista do processo, propõe uma alternativa a essa resolução não violenta dos conflitos, autodesativação da força, *desconstrução* do direito (dis-)positivo. Trata-se de compreender a Constituição, em sua cartularidade, como título executivo (LEAL, 2005-C, P. 23-32), a conferir certeza, liquidez e imediata exigibilidade aos direitos fundamentais de **contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade**, já pré-acertados no plano instituinte da normatividade. Afinal, só é possível buscar um novo uso do direito pelo eixo linguístico autocrítico do devido processo constitucionalizante, em que “as teorias morram no lugar das pessoas”⁶², permitindo ao povo (conjunto de legitimados ao processo) a desativação (*desconstrução*) do poder (da violência) que de si diretamente não emana, mas ainda funda e mantém o direito positivo, para viabilizar o encaminhamento da ciência jurídica à *justiça* não sacrificial.⁶³

2.6 A procedimentalidade e a proceduralidade penais explicitadas por Foucault: os porquês modernos do apenar

Não se pode perpetuar a negativa radical dos juristas ao estudo do poder, conforme alerta Leal (LEAL, 2013, P. 75-76), em especial quando se trata do poder de punir e sua

⁶² POPPER, 1999-A, P. 123: “Os cientistas tentam eliminar suas teorias falsas, tentam deixar que elas morram no lugar delas. O crente – seja animal ou homem – perece com suas crenças falsas”.

⁶³ AGAMBEN, 2006, P. 142-143: “A violência não é algo como um dado biológico originário, que o homem não pode deixar de assumir e regular na própria práxis por meio da instituição sacrificial; é, antes, a própria não-fundamentação do fazer humano (que o mitologema sacrificial deseja remediar), a constituir o caráter violento (isto é, contra naturam, segundo o significado latino da palavra). Todo fazer humano, dado que não é naturalmente fundado, mas deve pôr o próprio fundamento por si, é, segundo o mitologema sacrificial, violento, e é esta violência sagrada que o sacrifício pressupõe para repeti-la e regulá-la na própria estrutura. (...) O fundamento da violência é a violência do fundamento. (...) Uma fundação completa da humanidade em si mesma deveria, em vez disso, significar a definitiva eliminação do mitologema sacrificial e das ideias de natureza e de cultura, de indizível e de dizível que nele se fundam” (grifos no original).

procedimentalidade ou *proceduralidade*. Antes, porém, de prosseguir, é preciso assentar a distinção entre os termos *procedimental* e *procedural*, segundo a teoria neoinstitucionalista do processo. A procedimentalidade, gênero que acolhe, em Fazzalari, a processualidade como uma sua espécie, se submetida ao contraditório, caracteriza-se por uma sequência de normas, cada qual atinente a uma conduta, que pressupõe a conduta regulada por norma anterior da estrutura legal. “O procedimento é, enfim, (...) uma série de ‘faculdades’, ‘poderes’ e ‘ônus’ [sic], quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas” (FAZZALARI, 2006, P. 114). Fazzalari trabalha a procedimentalidade no âmbito da legalidade e contrapõe-se à teoria do processo como relação jurídica, porque os atos do procedimento não são meras exteriorizações do processo (relação jurídica) em consequência da direção ou dos escopos escolhidos pelas partes ou pelo juiz. O procedimento de Fazzalari é legal e equivale a “uma estrutura técnica construída pelas partes, **sob o comando do modelo normativo** processual” (LEAL, 2012, P. 87, grifos acrescentados). Já o procedural, diferentemente do procedimental, não tem amparo direto na lei (escritura legal), e sim nas condutas (*pragma*) dos viventes, formando sentidos no discurso jurídico com, sem, contra ou apesar da lei textual. Para Leal, embora anunciem uma perspectiva procedimentalista do Direito e do Estado, Habermas e seus alunos e admiradores trabalham *proceduralismo*, fundado na chamada viragem linguístico-pragmática (Wittgenstein), em que o *pragma* de uma sociedade civil primordial, surgida e desenvolvida no curso não interrogado nem pactuado da história, é doador de sentidos. No *proceduralismo*, “essa ‘sociedade civil’ pressuposta não desaparece, uma vez que lhe é reservada uma residênciã fantasística com o nome de ‘esfera pública’ (*locus* dos ativistas criativos e aperfeiçoadores do mundo jurisdicizado)” (LEAL, 2009, P. 286). É por isso que o *processo* na teoria neoinstitucionalista não é nem *procedimentalista* (fazzalariano), nem *proceduralista* (habermasiano), ao adotar a virada linguístico-teórica de Popper, com a autonomia do conhecimento sem um sujeito conhecedor (POPPER, 1999-A, P. 108-150), e instituir uma *linguisticidade jurídica* autocrítica e co-institutiva do conteúdo dos direitos humanos, fundamentais e constitucionalizados para todos em uma sociedade aberta:

A Linguisticidade, por sua vez, acarreta na pós-modernidade a compreensão prévia de uma **teoria do discurso** processualizado que possa despragmatizar os processos históricos de aparição espontânea e coerente dos direitos, ou seja, sair de uma *praxis* vital doadora de subjetividades que se rotulam humanas por semelhanças físico-orgânicas sem qualquer pré-decisão (**pacto sígnico**) sobre as características (modos de ser) que as distinguíssem da animalidade ou sobre os critérios de formação de entendimentos a respeito de suas próprias convicções legiferativas. Com efeito, o direito à vida só seria direito à vida humana se **vida humana** fosse criada no plano

de um sistema linguístico teoricamente constitucionalizado, de tal sorte a permitir que todos integrantes de uma comunidade jurídica pudessem dela fruir ou questioná-la juridicamente como **sujeitos legitimados ao discurso de construção de uma Sociedade Política**, segundo o exercício pleno, ininterrupto e irrestrito, de um controle processualizado dos conteúdos de constitucionalidade nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos (LEAL, 2008-A, P. 6 versão.pdf).

Sobre o estudo do poder (violência), remete-se o leitor à primeira metade deste capítulo, que não se poderia encerrar sem uma arqueologia dos procedimentos (legais) e das condutas (pragmáticas) modernos de punição. A respeito dos procedimentos penais (procedimentalismo) e das condutas penalizadoras (proceduralismo) na modernidade, como ritualística legal ou pragmática⁶⁴ da reafirmação do poder por meio do suplício dos corpos, em *Vigiar e Punir* Foucault reconstrói a relação antagônica entre o “mais poder” do rei (Estado soberano) e o “menos poder” do acusado ou condenado, a ponto de haver uma ressemantização da noção de alma. Alma deixa de ser a ilusão dos teólogos cristãos, radicada na obra de Platão, para constituir elemento sobre o qual se edificam discursos de assujeitamento e condicionamento do corpo a uma biopolítica, pela microfísica do poder (disciplinas), que conforma a própria existência do homem – isto é, “a alma como prisão do corpo” (FOUCAULT, 2011, P. 31-32). Esse confronto entre rei (Estado) e acusado ou culpado é supostamente mediado pela lei (princípio da legalidade), mas a lei, no caso, não passa de alegoria, porque oriunda, à míngua de crítica epistemológica, de uma violência estrutural na construção de seus conteúdos (BENJAMIN, 1999). Em consequência, instala-se a autotutela de interesses privados no nível instituinte da lei e na fundação conteudística de sua estrutura normativa por meio da fala nua de autoridades presumidamente capazes de legislar, administrar e judicar (LEAL, 2010-A, P. 123-130). “Na execução da pena mais regular, no respeito mais exato das formas jurídicas, reinam as forças ativas da vindita”; “o suplício não restabelece a justiça, reativa o poder”; “a cerimônia do suplício coloca em plena luz a relação de força que dá poder à lei” (FOUCAULT, 2011, P. 48-50) e reafirma a dissimetria entre o soberano e os súditos.

O soberano moderno é quem decide se lava as mãos ou as ofensas contra si perpetradas; é quem pode aplicar ou suspender a pena; é quem pode vingar ou suspender a lei (noção apropriada e desenvolvida por Agamben na conjectura do estado de exceção como paradigma da modernidade – vide supra). O suplício toma lugar no ritual da punição para, na impossibilidade de exercer vigilância permanente sobre todos os corpos, o soberano reafirmar seu superpoder diante do desafio (crime) contra si lançado pelo sujeito (FOUCAULT, 2011,

⁶⁴ Assim atendendo aos dois sentidos diferenciados segundo a teoria neoinstitucionalista do processo.

P. 53-54; LEAL, 2010, P. 111).

Dois são os motivos para a transferência dos procedimentos supliciantes para a intimidade das instâncias burocráticas. O primeiro é a discordância do povo em relação ao gérmen dos institutos jurídico-penais do “acordo de leniência” e “da delação premiada”, em suas variegadas formas, que indiciam, desde o século XVIII, a conexão espúria entre autoridades de repressão (no caso, a polícia e o judiciário) e agentes de crimes. Por vezes inadmitidos pelo povo, esses acordos geravam revoltas da população, que promovia linchamentos de forma espontânea. É que os pobres, não sendo ouvidos na instância judicial, passavam a intervir fisicamente onde quer que ela se expusesse publicamente. Nesse caso, a população repetia a violência dos rituais oficiais de suplício, porém distribuindo sem organização e controle governamentais os efeitos dessa atuação violenta. Trata-se, porém, de exceção na história da punição, que de ordinário contempla uma população em regozijo com a pena e o suplício procedimental executados sob monopólio do soberano, gerando as “emoções de cadafalso” (FOUCAULT, 2011, P. 58, nota 47, e 60). As “emoções de cadafalso” são consentidas pelo soberano, na medida conveniente à ostentação de seu poder, mas sofrem limitação para não estimular o descontrole da reação popular. Esse possível descontrole da reação popular é, como dito, o primeiro motivo para, mais tarde, se efetivar a reengenharia do poder de punir e levar aos estabelecimentos panópticos e não acessíveis a todos a execução do suplício da pena. Os procedimentos de apuração do crime e execução das penas “faz(em) a verdade escrita e secreta passar para o corpo, o gesto e as palavras do condenado”. As instâncias persecutórias e punitivas – enfim, a “justiça” (em metáfora das mais infelizes) – seguem os procedimentos supliciantes sem se esquecer de propagandear, com bazófia, a própria verdade como única e necessária. Essa verdade artificializada constitui o segundo motivo para a transferência do procedimento e da punição para o ambiente reservado (por vezes secreto) e celular (cela), porque, por outro lado, gerava em alguns casos efeito contrário nas massas, que se compadeciam dos supliciados. Tornar os condenados mártires ou santos foi um dos epifenômenos das apenações em praça pública, decorrente da identificação do *potus* (excluído) (LEAL, 2005-A) espectador com a história e a trajetória de vida do supliciado, em resistência a um poder tirânico instituído. O próprio nascimento da literatura policial tem lugar e utilidade para evitar a glorificação do criminoso (FOUCAULT, 2011, P. 64-67).

Como segundo motivo para evitar os procedimentos de execução e aplicação de penas nas praças públicas, a identidade entre espectadores e supliciado operava, para Foucault, porque a morte se transformou no princípio de universalidade de acordo com a

vontade do déspota ou soberano, situação que atinge indiscriminadamente também os inocentes. O homem e a humanidade da modernidade e dos iluministas e reformadores da lei criminal e penal, Beccaria por todos, alerta Foucault, é o homem-medida não das coisas, mas do poder: de vida, de morte ou, entre elas, do suplício. E os reformadores promovem apenas uma reengenharia da punição, redirecionando a classificação, a persecução e a punição das práticas ilegais dos crimes de sangue para os crimes de fraude e patrimoniais em geral. Não obstante, com notável atualidade, Foucault demonstra que o discurso do aumento da criminalidade mesmo quando ela diminui, a sugerir o aumento também da punição, convém tanto a conservadores quanto a progressistas da época (e de agora): afinal, antes gastar com tributos no sustento do custoso Estado e sua “justiça” do que perder dinheiro, na criminalidade patrimonial, para os “marginais” (FOUCAULT, 2011, P. 72-75).⁶⁵ Sobre Beccaria e os reformadores “humanistas” do século XVIII, vale transcrever a crítica e os exemplos de Foucault, que se amoldam, com inegável precisão, aos procedimentos penais brasileiros de 2015:

(...) O que se vai definindo não é tanto um respeito novo pela humanidade dos condenados – os suplícios ainda são frequentes, mesmo para os crimes leves – quanto uma tendência para uma justiça mais desembaraçada e mais inteligente para uma vigilância penal mais atenta ao corpo social (...). A má economia do poder e não tanto a fraqueza ou a crueldade é o que ressalta da crítica dos reformistas: (...) poder excessivo nas jurisdições inferiores (...) a mandar executar sem controles sentenças arbitrárias; poder excessivo do lado de uma acusação à qual são dados quase sem limites meios de prosseguir, enquanto que o acusado está desarmado diante dela, o que leva os juízes a ser, às vezes, severos demais, às vezes, por reação, indulgentes demais; poder excessivo para os juízes que podem se contentar com provas fúteis e dispõem de liberdade grande na escolha da pena (...) (FOUCAULT, 2011, P. 76-77)

É preciso entender. Não se afirma que as críticas dos iluministas reformistas contra o *Ancien Régime* carecem de total procedência; elas apenas não atingem a profundidade epistemológica dos problemas teóricos sobre o poder e a violência soberanos, conforme desnudados por Benjamin, Foucault, Agamben e Derrida. Por isso, esses autores afirmam que eles, os modernos, ofertaram ao conhecimento criminológico e penológico uma mera reengenharia do poder de punir estatal e de procedimentos penais e condutas penalizadoras que não implantam humanidade, tampouco democraticidade, como oposição à violência ou ao poder, limitando-se a redefinir ou retrair as fronteiras à violência ou ao poder inevitáveis na

⁶⁵ De semelhante, mas ainda mais cruel, ideia comungam pessoas e governos quanto aos investimentos públicos em segurança pública em pleno século XXI: melhor investir no Estado Penal, do que no Estado de Bem Estar Social, ou, em termos democráticos, melhor gastar com o inchaço da máquina estatal punitiva, do que investir em direitos fundamentais para todos. Confira-se WACQUANT, 2001, e WACQUANT, 2007.

organização jurídica da sociedade civil. Os iluministas reformistas aderem, pois, à escatologia da violência e do poder.

Foucault afirma que os reis encontravam problemas com o judiciário durante o século XVIII, porque vendiam os cargos de juiz. Por conseguinte, os juizes proprietários dos cargos eram indóceis, ignorantes, interesseiros e prontos ao compromisso. Aquinhoados os juizes pelo rei com um poder quase discricionário para o exercício das funções próprias do cargo, multiplicavam-se os conflitos na magistratura. “Não são tanto (...) ou só os privilégios da justiça, suas arbitrariedades, sua arrogância arcaica, seus direitos sem controle que são criticados; mas antes a mistura entre suas fraquezas e seus excessos, exageros e lacunas”, decorrentes todos do superpoder monárquico (FOUCAULT, 2011, P. 77-81). Não é difícil perceber, também neste ponto, a atualidade da crítica de Foucault, se se tem em conta que o “superpoder monárquico” nada mais é do que a forma de época (século XVIII) do poder soberano, instituinte do estado de exceção permanente (AGAMBEN, 2008), que se perpetua no século XXI, apesar das vestes do liberalismo ou republicanism e sob a bandeira da democracia. Trata-se de uma economia do poder de punir, preparada e desenvolvida de dentro da estrutura judiciária, que estrategicamente insere no corpo social, de maneira profunda, o horror e a admiração (sacralização) pela pena, qualificando-a como mal necessário e inevitável. A diferença está, hoje, em que a leitura da jurisdição como manifestação do poder soberano (violento) do Estado não aponta um monarca ou déspota específico... Se jurisdição é, em concepções arcaicas, a atividade monopolizadora de resolver os conflitos interpessoais mediante decisões soberanas, ou protegidas por um manto dogmático de soberania (coisa julgada no sentido dogmático), qualquer bacharel em direito pode aspirar a ser um soberano mediante aprovação em concurso público. A violência estruturante desse direito, certamente não democrático, persiste.

Em mais uma série de críticas de impressionante atualidade, Foucault descreve que, entre os pobres, as condutas acerca do juízo de (i)legalidade geram um paradoxo. Pela corriqueira identificação da origem marginal do criminoso com a origem das próprias massas, a criminalidade é tolerada por elas, mas odiada quando a ação criminosa se volta contra um semelhante, também pobre. Já entre os burgueses ou patrimonializados (LEAL, 2005-A) viceja a ideia de incriminar e punir severamente a ilegalidade dos bens, que é popular, submetendo-a a controle estrito e constante; por outro lado, a burguesia conserva para si, quase incólume, a ilegalidade dos direitos, ao “fazer funcionar todo um imenso setor de circulação econômica que se desenvolve nas margens da legislação” (FOUCAULT, 2011, P. 79). No judiciário as ilegalidades diferentes repercutem na medida de sua diferença com

especializações orgânicas: “para as ilegalidades de bens – o roubo – os tribunais ordinários e os castigos; para as ilegalidades de direitos – fraudes, evasões fiscais, operações comerciais irregulares – jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas” (FOUCAULT, 2011, P. 84-85). Portanto, a reforma procedimental das leis e procedurais das condutas punitivas da criminalidade, que inspiram os códigos penal e processual penal do Ocidente, bem como os *doutrinadores* dessa *dogmática jurídica*, em especial os brasileiros, se estabelecem no limiar entre o poder absoluto do soberano e as ilegalidades toleradas da burguesia. Cuida-se de um discurso requintadíssimo, centrado no vocábulo *humanidade* e na limitação ao poder estatal, posto que irremovível, para, ao cabo, punir os pobres (obra homônima de WACQUANT, 2007) ou *potus* e isentar os patrimonializados. Até porque o sofrimento que se deve aplacar com a pomposa bandeira iluminista da “humanização das penas” (paradoxo insolúvel) não é o dos criminosos, mas o dos juízes e espectadores do cumprimento penal, cidadãos que celebram o pacto social, ou o aceitam ao nascer, e não o rompem jamais. Essa “humanização” ou diminuição do suplício imposto pelas penas não passa, neste ponto, de um princípio de cálculo, haurido da sensibilidade do homem supostamente razoável, para que esse homem não se entregue nem ao endurecimento e à ferocidade do “seio” ou “meio social” com a severidade máxima que as penas exigem, de um lado, nem resvale para a piedade e a indulgência ineficazes e sem fundamento do gregarismo social, de outro. “O que se pretende moderar e calcular são os efeitos de retorno do castigo sobre a instância que pune e o poder que ela pretende exercer” (FOUCAULT, 2011, P. 88). A decisão penal, nesse contexto, abre-se à “verdade de todos os ventos”, desde que evidentes, bem estabelecidas, aceitáveis por todos... os homens razoáveis; ela engloba uma multiplicidade de discursos (pseudo-)científicos, que a burocracia penal, por fatalidade, não pode controlar (FOUCAULT, 2011, P. 94). É, enfim, uma mistura (sincretismo majorante do obscurantismo da dominação) de demonstração científica, evidências sensíveis e senso comum, para formatar a “íntima convicção do juiz” como homem médio, razoável, bem sucedido, com prestígio social e enunciador de opiniões (*doxas* e *endoxas*) sempre merecedoras de consideração (fundamento da argumentação tópico-retórica).

“Na punição analógica, o poder que pune se esconde”. (FOUCAULT, 2011, P. 101) Próximo passo do procedimento e das condutas de punição é naturalizar a pena. Tomando a forma de uma consequência natural, a punição não aparece como o efeito arbitrário de um poder humano. Se a pena advém da “natureza das coisas, não se vê mais o homem fazer violência ao homem” (FOUCAULT, 2011, P. 101, nota 3). Eis a estética razoável da pena. “Que o castigo decorra do crime; que a lei pareça ser uma necessidade das coisas, e que o

poder aja se mascarando sob a força suave da natureza” (FOUCAULT, 2011, P. 102). Também aqui, no cálculo procedimental e procedural das punições, Foucault destaca a leitura do trabalho como pena, ou a melhor pena para punir os vadios: nada melhor para punir os vadios do que dar-lhes emprego (FOUCAULT, 2011, P. 102, nota 9). E ficam claras, ainda no discurso foucaultiano, todas as funções clássicas da pena ensinadas até hoje nos bacharelados em Direito: retributiva, preventiva geral negativa e preventiva especial negativa. Mesmo as funções de prevenção geral positiva de reafirmação da ordem jurídica e estabilização das condutas desejáveis têm o seu germen nessa reificação do homem criminoso ou condenado, bem longe de ser considerado sujeito de direitos fundamentais: “o ideal seria que o condenado fosse considerado como espécie de propriedade rentável: um escravo posto a serviço de todos. Por que haveria a sociedade de suprimir uma vida e um corpo de que ela poderia se apropriar?” Em seguida, transforma-se o discurso penal para que simbolize não mais o poder do monarca ou líder soberano, mas a restauração do discurso da lei e dos códigos. A punição, em vez de violenta expiação, convola-se em ritual de reafirmação da autoridade da lei e inclui o luto pelo lamentável embora necessário isolamento do cidadão que a conspurcou (FOUCAULT, 2011, P. 103-108)⁶⁶.

Assim é que os lugares da segurança (penitenciárias, prisões, cadeias municipais) se tornam os “novos castelos da ordem civil” dos séculos XVIII e XIX. Nessas casas se procura implantar a pedagogia universal do trabalho aos que com ele não foram disciplinados, visando à utilização econômica dos criminosos corrigidos. Os sistemas penitenciários (holandês, inglês, da Filadélfia etc.) forjam indivíduos submissos (assujeitados), quer “reconstruindo o sujeito jurídico do pacto social” (reformadores como Beccaria), quer “formando um sujeito de obediência dobrado ao exercício de um poder qualquer” (FOUCAULT, 2011, P. 111-125). Daí a proposição neoinstitucionalista de que o **penal** é o braço armado do **civil** na fissura permanente do *potus* (população total) (LEAL, 2005-A), como mecanismo ótimo para dominá-lo e manter a aparente “paz civil”.

Em resumo, a modernidade comporta a sucessão cronológica, mas não exatamente linear, de três procedimentos-condutas institucionalizados de punição, simbolicamente representados (1) pelo soberano e sua força, (2) pelo corpo social e seus signos e, finalmente, (3) pelo aparelho administrativo e suas técnicas. Em analogia aos três tipos puros de dominação legítima, de Weber (2004), o último, por seu viés burocrático, também se impôs

⁶⁶ Claro que a Constituição do Brasil de 1988 afasta esse ideal foucaultiano ao vedar as penas de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c, da CRFB), situação que decepciona boa parte da população brasileira e seu “bom senso” moderno, capturado pelos dispositivos de mídias de massa, pelas redes sociais e mesmo pela linguagem familiar reificada e repetida desde tempos imemoriais.

na modernidade, em substituição aos anteriores, respectivamente simbólicos do carisma e da tradição, como mais racional (racionalidade instrumental). Em qualquer desses três procedimentos-condutas, porém, o corpo do apenado segue sendo o *locus* privilegiado do exercício do poder soberano de punir, economicamente guiado, seja para submetê-lo ao soberano, seja para reconstruir o sujeito do pacto social (Beccaria) apócrifo, seja ainda para forjar hábitos “virtuosos” em um sujeito já submetido ao poder secularizado, cuja fonte desconhece e lhe é vedado conhecer (FOUCAULT, 2011, P. 126-127).

Na terceira fase evolutiva moderna de lidar com o poder, a burocrática, a pena é a disciplina derradeira. Os séculos XVIII e XIX são o tempo da disciplina, que fabrica corpos dóceis e submissos, como a escravidão, a vassalagem, a domesticidade e o ascetismo monástico. Diferentemente desses outros, a disciplina exercita os assujeitados para aumentar suas forças em termos utilitários e econômicos e diminuir suas forças em termos políticos. Assim como a exploração econômica consiste em uma técnica de separação entre a força de trabalho e seu produto, em detrimento do trabalhador, “a coerção disciplinar [também como técnica] estabelece no corpo [do assujeitado] o elo (...) entre uma aptidão (utilidade) aumentada e uma dominação (política) acentuada”. A disciplina é a antítese da emancipação, física ou psíquica, do sujeito. O homem do “humanismo moderno” nasceu da técnica da disciplina, como “anatomia política do detalhe”, do esmiuçamento, sobretudo nas instituições militares, médicas, escolares e industriais. A modernidade e o humanismo que ela anuncia refletem um rearranjo da economia do poder pela disciplina em torno do detalhe e do treinamento, ou “microfísica do poder” (FOUCAULT, 1979). “Para o homem disciplinado, como para o verdadeiro crente, nenhum detalhe é indiferente, mas menos pelo sentido que nele se esconde que pela entrada que aí encontra o poder que quer apanhá-lo” (FOUCAULT, 2011, P. 131-136). No reforço das disciplinas, a política se consolida mesmo como o produto da guerra, e não sua antagonista. O projeto de paz passa pela docilização das massas via disciplina das instituições dispositivas e capturantes (família, trabalho, escola) e, quando elas falham, pela pena. O planejamento burguês para a paz, Napoleão o ratifica, necessita de exércitos que vigiem o projeto disciplinar e controlador, individual e coletivo, dos corpos e sua melhor utilização econômica possível (FOUCAULT, 2011, P. 162-163).

Nesse último estágio do procedimento moderno de punição, a disciplina e a pena não servem mais, segundo Foucault, para fazer expiar, mas para (1) comparar, (2) diferenciar, (3) hierarquizar, (4) homogeneizar e (5) excluir – em suma, *normalizar*, visando a resultados

úteis, donde a figura do *anormal*⁶⁷ como insubmisso às disciplinas. O poder e a disciplina, como técnica moderna a serviço do poder, produzem o *indivíduo*, essa referência (“átomo fictício”) da modernidade e da representação ideológica que ela empresta à sociedade, bem como o conhecimento ou a verdade que dele se podem ter. Esse quadro tem repercussões epistemológicas porque se perde o interesse de estudar o herói de sobrenome famoso e feitos admiráveis, como ocorria no Medievo. Com todas as ciências de radical *psico-*, cujos saberes são importantíssimos ao Direito, sobretudo ao Criminal e Penal, desenvolve-se o interesse pelo estudo do desgraçado, do doente, do “*psico-algo*” – a exemplo do célebre e abaixo mencionado *Caso Schreber*. Afinal, se a *norma* é a referência do cálculo e de medida da *individualidade*, não interessam mais as genealogias e a ancestralidade do sujeito. Para *individualizar* algo ou alguém, é necessário perguntar em que ponto ele(a) não é *normal* (FOUCAULT, 2011, P. 171-185).

As disciplinas e, em último caso, as penas operam no plano infraestrutural das relações de poder, possibilitando o alvorecer do regime político moderno, que enuncia liberdade, humanidade e igualdade. As disciplinas subjacentes à normatividade, como dispositivos capturantes do sujeito ou assujeitado, formadores e limitadores da individualidade, são radicalmente assimétricas, porém permitem o anúncio das igualdades e liberdades jurídico-formais, pela lei, afiançando a submissão dos corpos à regência do (bio-) poder (soberano), que se perpetua indexado às instâncias econômico-governativas. A manutenção e o fortalecimento das disciplinas são garantidos, por sua vez, pela técnica panóptica da vigia constante. Panoptismo e disciplina se combinam para o exercício do poder soberano na modernidade jurídica, já blindado pelo discurso legal de igualdade e liberdade formais para todos. As disciplinas fazem funcionar na subjacência do direito formal as assimetrias do poder; nessa condição, por mais institucionalizadas e regulares que sejam, configuram um contra-direito (ou a suspensão da norma, o estado de exceção permanente de Agamben). A ideia moderna de que o direito positivo e dogmático consegue fixar balizas ao exercício do poder (*Rechtsstaat*) é ingênua por desconsiderar o panoptismo do próprio direito, como mais uma técnica de autossabotagem jurídica (a exemplo do caráter retórico do

⁶⁷ FOUCAULT, 2010. P. 44-45: “O que o século XVIII instaurou mediante o sistema de ‘disciplina para a normalização’ (...) parece-me ser um poder que, na verdade, não é repressivo, mas produtivo – a repressão só figura a título de efeito colateral e secundário, em relação a mecanismos que, por sua vez, são centrais relativamente a esse poder, mecanismos que fabricam, mecanismos que criam, mecanismos que produzem. (...) Parece-me que o século XVIII instituiu também um poder que não é conservador, mas um poder que é inventivo, um poder que detém em si os princípios de transformação e de inovação. (...) Parece-me enfim que o século XVIII instituiu, com as disciplinas e a normalização, um tipo de poder que não é ligado ao desconhecimento, mas que, ao contrário, só pode funcionar graças à formação de um saber, que é para ele tanto um efeito quanto uma condição de exercício. (...)”

princípio da legalidade) que sustenta, reforça, multiplica as assimetrias de poder por meio das disciplinas, a mais grave das quais o sistema penal-penitenciário-carcerário. Por isso, divulga-se a impossibilidade total de abrir mão dos dispositivos disciplinares jurídico-sociais, como se pertencessem à fundamentalidade de toda e qualquer sociedade. Não se renuncia jamais à ordem como conjunto de disciplinas sociais mínimas, aí incluído o direito criminal e penal, para alegadamente garantir o mínimo de equilíbrio social, quando, de fato, o direito criminal e penal constituem os pontos de desequilíbrio definitivo das relações de poder entre os sujeitos:

Se, de uma maneira formal, o regime representativo (burguês) permite que, direta ou indiretamente, com ou sem revezamento, a vontade de todos forme a existência fundamental da soberania, as disciplinas são, na base, garantia de submissão das forças e dos corpos. **As disciplinas reais e corporais constituíram o subsolo das liberdades formais e jurídicas (...)**. O panoptismo constituía o processo técnico, universalmente difundido, de coerção. Não parou de elaborar em profundidade as estruturas jurídicas da sociedade, para fazer funcionar os mecanismos efetivos do poder ao encontro dos quadros formais, de que este dispunha. (...) **As luzes que descobriram a liberdade inventaram também as disciplinas** (FOUCAULT, 2011, P. 209-211).

A pena atua aí: “no ponto em que castigos universais da lei vêm se aplicar seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos” (FOUCAULT, 2011, P. 211). Daí não causar qualquer surpresa a constatação de que o cárcere, com suas técnicas de vigia (panoptismo) e disciplina constantes, tenha se tornado o local por excelência de cumprimento de pena na modernidade; nem que as fábricas, as escolas, os quartéis, os hospitais e a maior parte das instituições sociais, atuando no âmbito disciplinar da subjacência jurídica ou pré-penal, se assemelhem, cada vez mais, ao cárcere.

A indexação do exercício do poder punitivo aos aspectos econômicos escancara-se com a noção de “homem-máquina” ou “detento operário”, que é, ao mesmo tempo, engrenagem e produto da prisão-maquinaría na sociedade industrial. De ladrão (crime mais comum) o condenado é requalificado como “operário dócil”. A prisão “impõe ao detento a forma ‘moral’ do salário como condição de sua existência”, fazendo-o desenvolver amor e hábito pelo trabalho e inculcando-lhe o discernimento da noção de propriedade, a diferença entre o meu e o seu, fundacional do sistema político jurisdicizado e serviente à economia. A chamada reinserção social pelo trabalho ensina ao detento “o que é previdência, poupança, cálculo do futuro.” O trabalho no cumprimento da pena⁶⁸ é útil em vários sentidos, embora a

⁶⁸ Reitera-se que o ordenamento jurídico brasileiro veda a pena de trabalhos forçados (art. 5.º, XLVII, c da CRFB), o que não obsta a confirmação das teses foucaultianas no direito penal brasileiro. A execução da pena é permeada pelo trabalho do encarcerado, não obrigatório, mas ideológica e eufemisticamente qualificado como “direito do preso” (art. 41, II e V, da LEP). A realização de trabalho, nas casas de detenção onde

meta principal não seja gerar lucro nem conferir formação técnica tardia a quem não tem uma, mas constituir, na subjacência político-disciplinar do direito, “uma relação de poder, uma forma econômica vazia, um esquema da submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção”. Assim é que o princípio da individualização da pena fica mal explicado nos bacharelados em Direito, porque, segundo Foucault, a individualização da pena não toma por base a condição do indivíduo-infrator, “sujeito jurídico de seu ato, autor responsável do delito”, sujeito de direitos fundamentais com destaque ao auto-esclarecimento, mas a condição do “sujeito punido”, que será objeto de modificação, transformação, remodelagem física, técnica e psíquica no cárcere, para, enfim, ser reinserido na sociedade civil (FOUCAULT, 2011, P. 229-231) imorredoura dos civilizados e cidadanizados (adotados pelos civis por repetirem sua forma de vida) – dos “livres e iguais” na própria ignorância epistemológica fundacional ao obscurantismo e à submissão jurídico-política perpétua (LEAL, 2005-A).

Leal alerta que, nas ditaduras jurídicas, com meros adereços e exortações de democracia, quando os mandatários executivos ou legislativos não podem assumir ou monopolizar o sentido enunciativo da ordem jurídica, transferem-no ao judiciário, que assegura aos detentores do poder a eficácia excetiva do direito dogmático (LEAL, 2002, P. 97-98)⁶⁹. Em conformidade com a didática metáfora criada por Leal para explicar a ideologia do poder judicante, no direito dogmático o povo, mediante eleição representativa, delega, como locador, ao legislador, como locatário, o sentido normativo. O legislador, por sua vez, delega ao juiz, como sublocatário, a tarefa de enunciar monopolisticamente o sentido da lei. Entre o delegatário e o subdelegatário do sentido normativo estabelece-se um pacto para conservar a origem violenta do direito e a aplicabilidade excetiva e seletiva da lei (LEAL, 2012-B, P. 186-187). A partir da lição de Foucault, essa exposição *neoinstitucionalista* ganha

ofertado, é condição à progressão do regime de cumprimento de pena e à obtenção do livramento condicional, elemento do bom comportamento carcerário e contrapartida à remissão de parte da privação da liberdade, à proporção de três dias de trabalho por um de encarceramento. Basta mero passar d’olhos no Código Penal (arts. 34, 35, 39, 46, 86, III) e da Lei de Execuções Penais – 7210/1984 (Capítulo III – Do Trabalho, arts. 28 a 36,; Capítulo IV – Dos Deveres, dos Direitos e da Disciplina, arts. 39, V, 42, II e V, Seção III – Da Disciplina, arts. 44 a 60, especialmente arts. 50, IV, 55, e ainda arts. 77, 83, 114 a 117, 126 a 132, 149, 150 e o curiosíssimo art. 200, que dispensa o preso político do trabalho como requisito às benesses no cumprimento da pena) para se constatar a pertinência da tese foucaultiana sobre a relação estreita entre pena, trabalho, disciplina, panoptismo e a biopolítica dos corpos politicamente assujeitados e economicamente úteis.

⁶⁹ Veja-se em especial a seguinte passagem de LEAL, 2012-B, P. 185-186: “Percebe-se que, numa reviravolta esdrúxula a tudo que se possa aprender em *Semântica*, as ditaduras, quando se abdicam do lugar de *sujeito da enunciação* de uma salvífica ordem jurídica, delegam ao judiciário a condição de fiel depositário da perenidade de sua eficácia excetiva. Portanto, o que não vem sendo respondido pelo *processualistas* em face da inexistência de pesquisa científica nos currículos universitários do Direito (que só contemplam o ensino repetitivo), é a causa de o Judiciário aceitar o messianismo do ‘*fazer justiça*’ pelas normas mantenedoras ou ampliativas de seu poder de julgar em grau derradeiro”.

um terceiro nível de delegação e manipulação do sentido normativo: legislativo, judiciário e penitenciário. O legislador é locatário da enunciação normativa; o judiciário, sublocatário; o carcereiro, o executor-possuidor da mesma enunciação. O penitenciário vem a ser o terceiro nível da opressão do discurso jurídico-normativo positivista e dogmático. Para que o direito positivo-dogmático alcance essas finalidades de instrumentalizar o assujeitado pelas disciplinas e penas, tornando-o útil economicamente, o aparelho carcerário “recorre a três grandes esquemas: o esquema político-moral de isolamento individual e da hierarquia; o modelo econômico da força aplicada a um trabalho obrigatório; o modelo técnico da cura e da normalização. A cela, a oficina, o hospital. A margem pela qual a prisão excede a detenção é preenchida de fato por técnicas de tipo disciplinar. **E esse suplemento disciplinar em relação ao jurídico, é a isso, em suma, que se chama o ‘penitenciário’.**” (FOUCAULT, 2011, P. 234, grifos acrescidos) E precisamente dessa passagem do sujeito pelo aparato penitenciário decorre a diferenciação entre o infrator, produto do sistema penal, e o delinquente, produto do sistema penitenciário. O primeiro, punido alegadamente por causa do ato, em razão da lei; o último, fabricado no limiar e nas interseções das ciências sociais com a psiquiatria, mais em função da norma(-lidade) do que da lei, tornando possível o nascimento da “criminologia” em sentido epistemológico. No tratamento do delinquente, que é do que se trata nesse ponto, ganha importância sua biografia, com identificação de sua trajetória social entre normalidade e anormalidade, visando à sua reinserção (humanização/docilização) social como sujeito errante e desviante. “Ao fabricar a delinquência, [a prisão] deu à justiça criminal um campo unitário de objetos, autenticado por ‘ciências’ e que assim lhe permite funcionar num horizonte geral de verdades” (FOUCAULT, 2011, P. 238-239). Todavia, a delinquência como produto do sistema penitenciário (da prisão), que nasce da execução das penas nos calabouços e porões do judiciário envergonhado de punir os que condena, sobre a tênue fronteira entre saber e poder, se vinga do próprio aparato judiciário. É ela que, como **forma de existência**, torna-se objeto de conhecimento “científico”, avaliação, medida, diagnóstico e tratamento e comparece nas preocupações de legisladores e juízes, balizando a elaboração das leis e das decisões judiciais em matéria criminal e penal (FOUCAULT, 2011, P. 241-242).

A substituição dos suplícios pela prisão atendeu ao propósito de uma técnica cuidadosamente pensada e articulada como dispositivo disciplinar para alterar os indivíduos. Mas a prisão fabrica delinquentes. E as críticas à prisão surgem já na primeira metade do século XIX. Desde então e até os dias atuais, as críticas permanecem sem resposta, a indicar que os adeptos do encarceramento como mecanismo de manutenção da ordem social, proteção de bens jurídicos, combate à criminalidade ou coisa que os valha nada mais partilham do que

uma malfadada ideologia. Dentre as críticas à prisão oriundas já do início do século XIX, na França, a partir tanto de trabalhos de campo, quanto de confrontos teóricos, destacam-se as de que (1) a prisão não diminui a taxa de criminalidade, que se mantém estável ou, até, aumenta; (2) a detenção provoca a reincidência; (3) a prisão fabrica delinquentes pelo tipo de existência que a eles impõe (isolamento celular, sujeição a violências físicas, arbitrariedades e abuso de poder pelas administrações penitenciárias); (4) a prisão estimula um *affectio societatis* e uma organização entre delinquentes, incitando-os a cumplicidades criminosas futuras; (5) a prisão impinge à família dos delinquentes a redução à miserabilidade econômica. E contra essas experiências reiteradamente verificadas pouco podem os princípios da boa “condição penitenciária”, propostos há mais de duzentos anos para amparar o direito penal moderno, a saber: (a) a pena visa a corrigir e recuperar o condenado; (b) os presos devem ser separados de acordo com a gravidade do ato pelo qual condenados, o sexo, a idade e demais diferenciações úteis à maior efetividade dos fins da pena; (c) as penas devem se amoldar (individualizar) à progressividade ou à regressividade e ao comportamento (de)meritório do apenado; (d) o trabalho é um dos elementos indispensáveis da disciplina e da recuperação do apenado; (e) a educação às disciplinas integra a execução das penas; (f) especialistas de várias áreas devem acompanhar a execução das penas e o progresso dos condenados; (g) a reinserção social passa por um acompanhamento do detento e ex-detento até que se readapte integralmente ao meio extraprisional. Segundo Foucault, são dois séculos de repetição. Esses princípios sempre vêm à tona como guias de qualquer reforma dos sistemas penal e carcerário (FOUCAULT, 2011, P. 243; 251-254; 255-257). No entanto, o fracasso insistente desse sistema no combate à criminalidade decorre mesmo de sua estrutura e dos seus prometidos fins, lastreados em uma não interrogada ética burguesa de fundo econômico. Rigorosamente, não há contradição no sistema, e sim uma ideologia com coerência interna, que consiste em uma economia geral das ilegalidades. Nesse ponto a função da pena de prisão se burila para, além de docilizar os potenciais transgressores da lei, “organizar a transgressão das leis numa tática geral das sujeições. A penalidade seria uma maneira de gerir as ilegalidades, riscar limites de tolerância, dar terreno a alguns, fazer pressão sobre outros, excluir uma parte, tornar útil outra, neutralizar estes, tirar proveito daqueles.” (FOUCAULT, 2011, P. 258; vide também LEAL, 2010, P. 122-130).

Enquanto o discurso jurídico opõe legalidade e ilegalidade, a oposição subjacente ao ordenamento jurídico de liberdades e igualdades formais se dá entre ilegalidades e delinquência, ou seja, entre o que se rotula como delinquência objeto do sistema carcerário e, por isso, interessa ser punido, e o que, embora ilegal, não interessa ser punido. Assim, a prisão

apenas aparenta fracassar, porém atinge seus exatos objetivos de estabelecer “formas particulares de ilegalidade, que ela permite separar, pôr em plena luz e organizar, como um meio relativamente fechado, mas penetrável”. A prisão fracassa em reduzir a criminalidade, mas é muitíssimo bem sucedida em produzir a delinquência e os delinquentes, como “sujeitos patologizados” em substituição aos infratores. “O sucesso é tal que, depois, de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir, produzindo os mesmos efeitos, e que se têm os maiores escrúpulos em derrubá-la” (FOUCAULT, 2011, P. 262-263)⁷⁰. Alardear o fracasso da prisão no enfrentamento da criminalidade sem passar por esses esclarecimentos de Foucault toma mesmo a feição de meras contra-ideologia ou contracultura (ROSZAK, 1995) denunciata, que é outra ideologia (EAGLETON, 2007) e, como tal, não chega a fazer grande oferta ao crescimento do conhecimento (POPPER, 2008-A, P. 241 e seguintes). Isso porque a prisão funciona para forjar a delinquência e esta, por sua vez, atrai para si a atenção dos aparelhos de repressão, deixando desinibidas e desimpedidas as ilegalidades toleradas dos patrimonializados. A situação se ultima com um quadrilátero de poder autopoietico entre **justiça, polícia, prisão e delinquência** em torno do crime.

Não há uma justiça penal destinada a punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da “delinquência”. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades. (...) Ela é um ponto de troca numa economia geral das ilegalidades, cujas outras peças são (não abaixo dela, mas a seu lado) a polícia, a prisão e a delinquência. A invasão da justiça pela polícia, a força de inércia que a instituição carcerária opõe à justiça, não é coisa nova, nem efeito de uma esclerose ou de um progressivo deslocamento do poder; é um traço de estrutura que marca os mecanismos punitivos nas sociedades modernas. Podem falar os magistrados; a justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinquência. Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinquência (...), a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante (FOUCAULT, 2011, P. 267-268).

Eis que a polícia, classificada por Benjamin como o símbolo maior da degenerescência da democracia, se funde à “justiça” (judiciário), com iguais propósitos. Confirma-se, então, como explicado acima, que a crítica de Benjamin não diz respeito a determinada espécie de função ou funcionário do Estado, mas à construção do saber jurídico fundado na violência mística, que se reafirma a cada ato de polícia ou de justiça, sobretudo no sistema jurídico criminal e penal, positivo e dogmático .

⁷⁰ Corrigir-se-ia apenas a referência temporal para dois séculos, desde a época em que a obra de Foucault foi escrita e publicada.

A imprensa cumpre um papel de chancela do sistema penal e penitenciário moderno e da “unidade política das ilegalidades populares”. Trata-se de impor contornos nítidos à figura do delinquente no bojo das ilegalidades de bens, ao mesmo tempo abordando com discrição e leviandade as ilegalidades de direitos dos abastados. A notícia policial quotidiana visa a tornar natural a intervenção policial e judicial de vigia do corpo social. As histórias repetidas nos noticiários constroem o inimigo sem rosto, para cujo combate se empenham polícia e justiça. Elas retratam que o delinquente não pertence ao mundo dos homens “de bem”, logo não merecem qualquer conforto, indulgência ou ato de filantropia nas prisões; ao contrário, tornam a repressão cada vez mais necessária e urgente (FOUCAULT, 2011, P. 270-273). Essa cruzada midiática contra a criminalidade e a ilegalidade dos bens, a delinquência, “mascara (...) outra criminalidade, que é às vezes causa dela [da delinquência], e sempre a amplificação. É a delinquência de cima, exemplo escandaloso, fonte de miséria e princípio de revolta para os pobres, (...) ‘tolerada pelas leis’, segura da indulgência dos tribunais e da discrição da imprensa” (FOUCAULT, 2011, P. 277).

Para Foucault, duas são as alternativas possíveis à prisão. A primeira é diminuir a delinquência organizada (produto do cárcere) percebendo-se que a criminalidade local é banal e ineficiente se comparada às mazelas das “grandes ilegalidades ligadas aos aparelhos político e econômico” (ilegalidades financeiras, serviços de informação, tráfico de armas e drogas, especulação imobiliária etc.). A segunda é investir no “crescimento das redes disciplinares, multiplicação de seus intercâmbios com o aparelho penal (...), transferência para eles cada vez maior de funções judiciárias”, de sorte que, no meio desses elementos disciplinares e dispositivos de normalização, a prisão perca algo de sua função (FOUCAULT, 2011, P. 289-291). Parece que os instrumentos disciplinares pré-prisionais, tais a escola, a família, o emprego, embora com semelhanças ao cárcere, têm a condição de veicular um “poder bom”, evitando que o *anormal* recaia no último e mais invasivo mecanismo do sistema jurídico para formatar subjetividades e assujeitamentos úteis em termos biopolíticos.

Para Leal, que percorre as lições de Foucault em texto de leitura obrigatória, conjugando-as ao caráter retórico do princípio da legalidade (LEAL, 2010, P. 97-130), o problema nuclear de toda essa violência do cárcere de que não se abre mão é que “nenhuma escola da **hermenêutica jurídica** contemporânea (...) dispensa esse ‘pacto social’ originário, historicista, dialético-histórico, ora engastado nas mentes dos magistrados (...), ora recepcionado no próprio conteúdo das **leis**” (LEAL, 2010, P. 122). Chancelando a irreversibilidade do caráter retórico do princípio da legalidade, as várias escolas hermenêuticas vinculadas à dogmática jurídica ou ciência dogmática do direito “não cuidam

de ‘direitos fundamentais’, mas de direitos já fundamentados na recôndita consciência do povo panotizado” (LEAL, 2010, P. 130). O problema da sociedade civil artificialmente engendrada e cuja autoria é ardilosamente atribuída ao povo total afeta o direito em qualquer de suas subdivisões bacharelescas (civil, penal, administrativo, tributário, eleitoral, ambiental, econômico, processual...), embora se mostre mais expressivo no âmbito criminológico e penológico. Nesse sentido, mais uma vez os adjetivos **civil** e **penal** do direito não se contrapõem, apenas designam graus diferenciados de violência institucionalizada dos *patrimonializados* civis e cidadãos contra o *despatrimonializado potus* – os três elementos do povo fendido –, donde a impossibilidade de um povo total ter concebido ou pactuado a sempre referenciada sociedade civil (LEAL, 2005-A). Como proposição ao enfrentamento a esse problema, a teoria neoinstitucionalista apresenta uma **hermenêutica isomênica**, de possibilidade igual de interpretação para todos (*povo* como conjunto de legitimados ao processo), que, na procedimentalidade penal, não dispensa a integração do princípio biunívoco da **isonomia-dignidade** pelo princípio da *inocência*.

Como se vê, o objetivo deste tópico não é chegar à disputa entre abolicionistas, minimalistas ou maximalistas do direito penal ou da prisão, mas relatar e reunir ao menos parcela do imenso volume de críticas que se colocam contra essa sanção do ordenamento jurídico e que não podem ser simplesmente abafadas ou ignoradas pela adoção voluntarista de tais ou quais técnicas do Direito Penal e do cognominado Processo Penal. O exercício da **ampla defesa-liberdade** e do **contraditório-vida** atrela-se, como faceta penológica da **isonomia-dignidade**, ao caráter negativo do *princípio da inocência* em perspectiva neoinstitucionalista (LEAL), compatível com o racionalismo crítico (POPPER/MILLER) e a constitucionalização da democracia em uma sociedade aberta (vide próximo capítulo). Portanto, não se dispensa em cada caso criminal a discussão conteudística do porquê de apenar, sem o que não há mínimo interesse em instaurar ou desenvolver procedimentos cujo provimento almejado pelo acusador, público ou privado, seja a reclusão ou a detenção de um sujeito, ou mesmo a aplicação de pena restritiva de direitos. O princípio da *inocência*, em seu conteúdo crítico-objetivo, parametriza a **hermenêutica isomênica** do processo neoinstitucionalista, pois consiste na própria garantia fundamental antecipada e cartularizada (pré-cógnita) no texto da Constituição (LEAL, 2005-C) – logo, líquida, certa e imediatamente exigível –, impeditiva de que a atuação estruturalmente seletiva e desequilibrada das disciplinas e dos dispositivos subjacentes às prometidas liberdade e igualdade formais do ordenamento jurídico, de acordo com os quais o sistema penal se direciona sempre contra os mesmos, repercuta na prisão antecipada do investigado ou acusado, ou na sua sujeição a

qualquer provimento provisório restritivo de direitos:

No processo penal brasileiro, e congêneres, é bem visível o caráter vingativo do Estado-juiz ante a suspeita de transgressão da **lei**, como se houvesse um delito já consumado contra a **lei** em si mesma, independentemente de qualquer fato comprovado. Recepciona-se a denúncia antes de ouvir o acusado, não se falando na recusa radical de repetição processualizada de prova já produzida em inquérito policial cuja unilateralidade instrutória torna-o peça imprestável por preterição de direito fundamental do *devido processo*. Não são poucas pelo *habeas corpus* as vezes em que se concede liberdade para o impetrante continuar na miséria e na delinquência. Não há antecipações de tutela no processo penal brasileiro quanto a direitos fundamentais, uma vez que o Estado-juiz não indaga, nem o Ministério Público, para apuração de responsabilidades da administração governativa, se o acusado é portador de mínima dignidade econômica assegurada pelos arts. 5.º e 170 da CB/88 e quais as condições de seu encarceramento. Se há pessoas sob sua dependência econômica. E isso não é feito, porque é visto pelas autoridades liberais e não-liberais como regalias ou meras utopias do direito democrático que jamais podem ser amparadas pela **lei** que, para o Judiciário, é símbolo de **segurança social** em si mesma (LEAL, 2010, P. 111).

À guisa de encerramento do presente capítulo, que já se alonga mais do que o planejado. É preciso veicular em ampla defesa e contraditório a interrogação crítica sobre o caráter delinquencial da interpretação dogmática e autoritária (ciência dogmática) da lei, do direito e dos procedimentos penais, a serviço de quê todos eles estão, antes de se indagar sobre a delinquência de determinado sujeito e, sobretudo, antes de se atirar o sujeito no cárcere. Semelhante interrogação, oportunizada pelo princípio da *inocência* (artigo 5.º, LVII, da Constituição), não só se contrapõe à decretação voluntarista de prisões procedimentais cautelares (flagrante, temporária, preventiva), a partir de juízos ideológicos dos juizes, como pode abrir espaço epistemológico à discussão de causas jurídico-democráticas de exculpação ou afastamento do juízo de reprovabilidade de uma conduta alegadamente criminosa, evitando que o discurso penológico recaia em um simples e arbitrário caráter vingativo da prisão ou de pena alternativa, antecipatório da crida sanção divina. A **proposição teórica neoinstitucionalista** de uma **hermenêutica isomênica**, pela principiologia de **contraditório**, **ampla defesa** e **isonomia**, consiste na enucleação da fundamentalidade de direitos no *devido processo* instituinte da democracia jurídica e, no caso da procedimentalidade penal, seu conteúdo vem reforçado, com mais precisão no signo da **isonomia**, pelo princípio da *inocência*.

3 A SUBJETIVIDADE E A AUTORIDADE EMBOSCADAS PELA CRÍTICA PSICANALÍTICA: CONTRIBUIÇÕES DA PSICANÁLISE À DESSUJEITIZAÇÃO DA CULPA E DA INOCÊNCIA.

3.1 A alma, a Psicanálise e a suprema crueldade do direito não psicanalisado

Após os estudos de Benjamin, Agamben, Derrida e Leal, é-se levado a entender que os atos jurídicos de imputação de culpa e apenação com prisão subsistem em todos os ordenamentos jurídicos do ocidente em razão de uma radical recusa aos estudos epistemológicos dos fundamentos científicos, procedimentos, efeitos, (pseudo-)fracassos e funções do cárcere, que substituiu, a partir do século XVIII, os suplícios corpóreos. Fica-se em busca, sempre frustrada, de interlocução no campo jurídico sobre a origem desse desejo socialmente difundido de punição, que se coloca como obstáculo permanente a um constitucionalizante e constitucionalizado princípio da *inocência*. No entanto, abrindo-se o horizonte epistemológico para outros saberes, é perceptível que a Psicanálise reúne um estoque de conhecimentos de inigualável potencial crítico sobre o tema. Por isso, a recepção e a discussão de suas teorias pelo *processo* como eixo epistemológico *contemporâneo* de construção do direito democrático já tarda. Apesar do vasto potencial crítico que enuncia, a Psicanálise também sofre críticas quanto ao seu método indutivo e sua teorização omniexplicativa. Tais críticas provêm particularmente de Popper (2008, P. 64-67)⁷¹, filósofo cuja obra serviu de base à enunciação da *teoria neoinstitucionalista do processo*. Nada mais democrático, pois, do que iniciar uma proposta de interlocução entre Direito e Psicanálise processualizando-a, isto é, seguindo a linha de acolhida crítico-epistemológica da Psicanálise no âmbito jurídico, desde que ela também se possa expor à crítica. Assim fez Derrida, na obra *Estados-da-alma da psicanálise*, que, após os estudos de Benjamin e Foucault sobre a pena, começa explicando o ato de fazer o outro sofrer (aplicar pena) como crueldade.

Derrida oferta duas noções de crueldade: a primeira, derivada do latim, liga-se a uma necessária história de sangue; a segunda, por ascendência de outras línguas, remete a um fazer sofrer por sofrer, ou à obtenção de prazer por intermédio da causação de dor a outrem, caracterizando um estado da alma que, por não ter um contrário, jamais cessa. Derrida também pontua que, se existe um discurso apto a explorar a crueldade, sem partir do

⁷¹ Apesar das críticas quanto ao método da Psicanálise, Popper admite por expresse (POPPER, 2008-A, P. 67): “Pessoalmente, não duvido da importância de muito do que [Freud e Adler] afirmam e acredito que algum dia essas afirmações terão um papel importante numa ciência psicológica ‘testável’”.

pressuposto de que é imprescindível reduzi-la, excluí-la ou privá-la de sentido (como o fazem os discursos metafísicos, teológicos, genéticos, fisicistas, cognitivistas), esse é o discurso da Psicanálise, porque ele se volta ao que a crueldade psíquica tem de mais próprio, *sem álibi* (DERRIDA, 2002), para além até mesmo dos princípios dedutivos, da metapsicologia e da tópica da psicanálise freudiana, para além também da “mitologia das pulsões”, oportunizando a experiência do *indecisível*. O desafio crítico nessa obra de Derrida seria a indagação sobre os estados-da-alma da Psicanálise, isto é, se a Psicanálise e os psicanalistas estão dispostos a abandonar um método indutivista e omniexplicativo, logo dogmático, por premissas (mitologias) não perscrutáveis, para abrirem-se eles mesmos ao indecisível contemporaneamente epistemologizado (DERRIDA, 2001, P. 06-11; 20-22).

Para Derrida, *crueldade, soberania e resistência* são noções que persistem em várias ciências, inclusive na Psicanálise. Embora não se possa apontar um significado unívoco para esses termos, parece haver uma resistência *do mundo à psicanálise* e uma resistência (do interior) *da Psicanálise ao mundo*. Além disso, se a Psicanálise oferta uma proposta terapêutica, precisa demonstrar por seu discurso em que pontos o que faz sofrer, o que não vai bem, o que na sociologia ou no Estado é fator gerador de sofrimento ou o que na sociedade e no Estado não condiz com as instituições psicanalíticas. Afinal, o cuidado de apoiar cientificamente a Psicanálise depende de uma enunciação clara contra as resistências à Psicanálise. Esse cuidado é um pleito epistemológico, logo processualizável, no sentido *neoinstitucionalista*. Derrida identifica como inimigos epistemológicos ou resistentes ao saber psicanalítico o positivismo, o cognitivismo, o fisicismo, a psicofarmacologia, o geneticismo, o espiritualismo hermenêutico ou religioso e as **práticas arcaicas** do ético, **do jurídico** e do político, dominados pela lógica metafísica e ontoteológica da **soberania**. O *neoinstitucionalismo processual* e a Psicanálise têm esses adversários em comum, que poderiam ser resumidos em um termo lógico e epistemológico: **dogmatismo**. No mesmo sentido, Derrida cita manifestações da soberania como *álibi* do homem contemporâneo, entre as quais a autonomia e a onipotência da pessoa individual ou estatal, a liberdade e a vontade egoicas, a intencionalidade consciente (ideal do *eu* e *supereu*). Se a **soberania**, presente na manifestação subjetiva, dogmática e radicalmente violenta da autoridade decisória, comparece como inimigo epistemológico da Psicanálise, a Psicanálise, cuja genealogia mostra um combate ao assassinato cruel, se apresenta como saber importante à implantação de um Estado Democrático (não dogmático, não autoritário) de Direito. “No mundo e nas comunidades analíticas, esses modelos positivistas ou espiritualistas, esses axiomas metafísicos de ética, direito e política ainda não afloraram nem sequer foram desconstruídos

pela resolução psicanalítica” (DERRIDA, 2001, P. 12-17), isto é, o Direito em suas linhas dogmáticas, ensinado nos cursos de bacharelado, ainda não foi psicanalisado. Eis a aporia em função da qual os juristas lidam tão acriticamente com o mito violento fundador do Direito e aventuram-se a – muitas vezes desejam – ocupar a posição de autoridade decisória, em total desconsideração às advertências crítico-psicanalíticas.

Derrida assevera que a Psicanálise resiste duplamente: resiste contra seus “inimigos” epistemológicos, os velhos axiomas da ética, do direito e da política, mas resiste a si própria, quando reluta em enfrentá-los ou mudá-los, em assumida postura de auto-imunização. A despeito de sua alta carga crítica, logo veiculadora do crescimento do conhecimento, a Psicanálise evita o embate teórico nos campos mais traumáticos e cruéis da teologia da **soberania**, dentre os quais o campo jurídico e, nele, o âmbito criminológico e penológico⁷². Também porque a Psicanálise resiste em enfrentar esses vazios axiomáticos das demais ciências, tomam a cena do Direito novos atos performativos (mitológicos), refinando ainda mais os emblemas e *fetiches* do poder **soberano** e **cruel** do Estado dogmático sobre a vida e a morte do cidadão (DERRIDA, 2001, P. 16-19). A analogia de Derrida entre os Estados-Gerais da Revolução Francesa de 1789 e os Estados da Alma da Psicanálise, que não deve ser levada muito a sério, para não “resvalar para um delírio histórico”, como o autor mesmo reconhece, indica uma negação epistêmica e a “ausência radical de um discurso ético, jurídico, político, jurídico e, em todos os casos, de um consenso constitucional a tal propósito. A manter-se esse quadro, “não se sabe mais quem se queixa ao pé de quem. Só existem álbis” (DERRIDA, 2001, P. 23-25), mesmo nas avaliações psicanalíticas, sempre refratárias à institucionalização.

O que o intercâmbio de saberes entre Direito e Psicanálise, mediado pela *teoria neoinstitucionalista do processo*, pode ofertar é, de um lado, o imenso potencial crítico da Psicanálise contra a forma ordinária de constituição do Direito, que é a forma dogmática; por outro lado, o Direito, em busca de uma nova forma, de um novo uso, pela via *processual*, pode contribuir com a institucionalização sistemática e não dogmática do discurso psicanalítico, ao qual não cabe blindar-se contra tudo o que não diga respeito aos próprios Estados da Alma, que, adverte Derrida, são um caso a ser psicanalisado. O lugar da Psicanálise, ou de seus Estados Gerais, “já é” e “ainda não é” um lugar analítico, deixado vazio pela “destinação transferencial”, pela ameaça de morte, que, se se concretizasse, ao luto e à queixa cumpriria carregar. Isto é, temer ou antever a inexorável derrocada teórica, em

⁷² Há trabalhos psicanalíticos desmentindo em parte a crítica de Derrida sobre a auto-imunização da Psicanálise pela recusa ao embate com os campos mais traumáticos das demais ciências sociais, notadamente a Política e o Direito. Como exemplo de excelência, mencione-se CECCARELI, 2013.

adesão a uma epistemologia falibilista, não ainda falsificacionista, não é razão para evitar o enfrentamento e a concorrência teórica. Diante dos dois problemas epistêmicos da Psicanálise – a ausência de uma organização institucional interna e a resistência a imiscuir-se ou relacionar-se externamente com a sociologia, a filosofia, o direito, a política –, Derrida lança um desafio à própria Psicanálise, para cujo enfrentamento o Direito não dogmático (*processualizado*), na teoria *neoinstitucionalista*⁷³, de Leal, e a epistemologia contemporânea, de Popper (2013), têm a contribuir:

Nesses dois casos – queixa a propósito de um suposto interior da psicanálise ou queixa por um suposto exterior a ela –, quer se trate de negócios estrangeiros ou negócios interiores, é preciso perguntar-se, a princípio: 1. Se esse limite existe e qual o seu valor, entre o interior e o exterior, o que é ou não próprio à psicanálise; depois, 2. quem endereça a queixa a quem. A originalidade vertiginosa dos Estados Gerais de vocês [psicanalistas] é que eles têm por tarefa radical, e de maneira quase auto-analítica, instituir seu próprio destinatário ou de instituir-se em primeiros ou últimos destinatários dos seus livros e condolências. Eles têm de inventar a destinação e os destinatários de uma queixa ainda um tanto “louca”. “Louca” seria a trajetória de um movimento que, não tendo ainda *telos* ou alvo, deve produzir sua própria destinação. Se se tenta traduzir essa questão em linguagem já psicanalítica – que me parece, aqui, a mínima das coisas –, dir-se-á que o movimento de transferência ou de contratransferência em curso, aqui, ainda não aconteceu. Ele busca seu lugar e seus propósitos. Este grande teatro *já é*, mas *ainda não é* um lugar analítico. A ameaça de morte da qual eu falava, da qual se carregariam o luto e a queixa previamente, se posso dizê-lo, está invadindo este lugar deixado vago pela destinação transferencial (DERRIDA, 2001, P. 27).

Apesar da ausência de demarcação em seus Estados Gerais, a Psicanálise lega ao menos uma grande lição (falibilista) na construção do conhecimento: “desconfiar da

⁷³ LEAL, 2008-A, P. 07-08 da versão .pdf: “Entretanto, a psicanálise colocou-se numa enrascada paradoxal, porque, ao tempo em que descobriu o **sujeito do inconsciente** (desejo), concluiu que não podia ser este fígado, em suas mais evanescentes particularidades, a não ser pela fala do **eu** paranoico, fabril, culturalizado, delirante e alucinado (atormentado) por certezas (e coerências) a si próprio incorporadas como sistema autodefensivo das ambiguidades e eternidade emanadas de um duplo irrepresentável (**inconsciente**) que habita a sua suposta e cativa unidade. Entretanto, ao analista competia cifrar um **discurso** que permitisse alçar o inconsciente. Pela teoria da técnica da associação livre, elegeu-se a fala do analisante como *topos* dessa possibilidade. É livre, porque não submetida a qualquer escritura previamente avençada entre analista e analisante. Até aqui a psicanálise atua sua analítica (interpretação) por um **discurso** que, falado ou em silêncio (LEITE, 1992), é retirado do **pragma** como estereótipos compositivos da perda de correspondência (miofresis) entre a realidade e os referentes extralinguísticos marcantes de uma cultura (realidade achada na natureza sob o ponto de vista das realidades idealizadas ou fabricadas pelo homem) constituída de uma pauta de valores e regras sociais (linguagem) que podem ser expressas em palavras (nomes) pertencentes a um léxico (língua) gramaticalizado ou não. O inconsciente, como traço sumular das faltas linguísticas seculares de um **pragma** irrepresentável, em sendo o progenitor dos significantes (porque estruturado primordialmente como linguagem furada do desejo de significar), sempre emboscará o “*Outro*” guardador da linguagem estereotipada com incessantes ressignificações pelas trocas metonímicas e metafóricas que, quando fracassam, aliviam-se, entre outros investimentos, no sintoma e no chiste. Aliás, o psicanalista conhece bem esse percurso científico que assume conceitos de lei, gozo, objeto *a*, castração, forclusão, falo, real, repetição, denegação, sublimação, fantasia, imaginário, narcisismo, identificação, supereu, não se falando nas variáveis sutis da nomenclatura alemã que demarcam as nosologias (não doenças) do psiquismo investidas ou não no corpo. A psicanálise oscila entre a teoria pragmático-linguística do discurso e a irrepresentação do *real* laciano e rompe com a racionalidade auto-iluminada da eunomia inata do sujeito normativo.”

espontaneidade alegada – de autonomia e de liberdade suposta” (DERRIDA, 2001, P. 29).

Mesmo Einstein, em troca de cartas com Freud sobre a guerra, não consegue superar os tipos puros de dominação legítima (WEBER, 2004) nem a inerência entre direito e violência (BENJAMIN, 1999): *Macht und Recht*. Ao contrário, Einstein adere a um direito de matriz kantiana, que não existe sem coerção. Entretanto, Einstein também percebe que uma pulsão de morte, poder e crueldade, no sentido político, caracteriza a classe governante das nações, em defesa intransigente de uma perspectiva “soberanista” de Estado, que se curva, não obstante, às aspirações econômicas e mercenárias. Essa minoria política domina as instituições que forjam a subjetividade e dissemina nas populações em geral uma resposta entusiasmada quanto à necessidade de odiar e aniquilar, para além de todo princípio do prazer. Instalada a psicose coletiva, ela não atinge apenas as massas incultas, como sugere Freud, mas a todos, indistintamente. Não se pode jamais erradicar, para Einstein, essa pulsão de crueldade; com ela só se pode, no máximo, transigir, tentando domesticá-la (DERRIDA, 2001, P. 31-35)⁷⁴. À proposta de domesticação da pulsão de morte ou destruição corresponde muito bem a enunciação teórica de um direito e um processo penais “garantistas”.

Pode-se enunciar assim uma “pulsão de poder” em especial do poder performativo, que organiza, por uma fé jurada, todo o campo do simbólico lacaniano e articula, antes e além de todo princípio, o discurso psicanalítico com as questões jurídicas e políticas, abrindo a possibilidade de abordagem dos problemas da soberania e da crueldade – ou, quiçá, da soberana crueldade. A excepcionalidade que a Psicanálise se impõe no debate jurídico-político, em temas acerca da sociedade civil e do Estado, enseja transformações epistemológicas profundas e exige novas teorias críticas. Não há consenso sobre soberania e crueldade entre psicanalistas e juristas tradicionais (dogmáticos, retóricos), mas o dissenso mostra-se fértil ao crescimento do conhecimento teórico sobre ambos os conjuntos de saberes. Como a revolução francesa, a Psicanálise chegou, e Derrida nega saber se ela vem salvar ou condenar algo (DERRIDA, 2001, P. 47-52), mas, desde uma perspectiva jurídico-linguístico-

⁷⁴ EINSTEIN; FREUD, 2007, P. 31-34: “É um facto com o qual temos de contar: direito e força estão inseparavelmente ligados (...). O apetite pelo poder que a classe dirigente de um Estado manifesta opõe-se a uma limitação de seus direitos de soberania. Este ‘apetite político de poderio’ encontra frequentemente alimento nas pretensões de uma outra categoria cujo esforço econômico se manifesta de uma maneira inteiramente materialista. Penso aqui em especial naquele grupo que encontramos no seio de qualquer povo e que, pouco numeroso mas decidido, pouco preocupado com as experiências e os fatores sociais, é constituído pelos indivíduos para quem a guerra, o fabrico e o tráfico de armas apenas representam uma oportunidade para obterem vantagens particulares e alargarem o campo de seu poder pessoal”. E, antecipando os dispositivos capturantes da construção do sujeito, Einstein pergunta e responde: “(...) como é que esta minoria pode sujeitar aos seus desejos a grande maioria do povo, que não tira da guerra senão sofrimento e pobreza? (...) essa minoria dos dirigentes de agora tem na mão a escola, a imprensa e quase todas as organizações religiosas. É através destes meios que ela domina e dirige os sentimentos das grandes massas que utiliza como seu instrumento cego.”

autocrítica (*neoinstitucionalista*), a Psicanálise repercute como genuíno fator de destruição do direito dogmático e, por conseguinte, de abertura teórica à construção de um direito democrático.

Freud também entende que a pulsão de morte, um dos impulsos mais primitivos, é inerente à condição humana. A passagem da violência para o Direito estaria na possibilidade de um conjunto de pessoas mais fracas se sobreporem a uma pessoa mais forte. Em outras palavras, dá-se a superação da violência de um pela força também violenta de muitos, da comunidade, a perfazer o direito soberano, desde que essa associação comunitária goze de alguma estabilidade. Algo de instável sempre permanece, porém, no interior dessa vida comunitária e gera conflitos de interesses pelas pulsões de morte de seus diversos integrantes e subgrupos (corporações), a maior parte dos quais encontra solução, na civilização, pela via “pacífica” (monopólio da força) da intervenção do Estado (EINSTEIN; FREUD, 2007, P. 39-46). Trata-se da *paz armada dos civis*, segundo Leal, que arquitetam a institucionalização da jurisdição civil, exercida por um conjunto de adotados pelo sistema (juízes cidadãos), dócil e foucaultianamente concordes com o desempenho do mítico poder (função, em sentido democrático) de resolver os conflitos gerados pelos próprios civis, por meio de um *processo civil* instrumental do enigmático saber tribunalício-jurisprudencial e amparado em escopos histórico-cultural-metajurídicos de pacificação social (DINAMARCO, 2005), que lhes foram implantados ou incutidos (dispositivos capturantes) desde o primeiro contato com o direito dogmático lecionado na maior parte dos bacharelados em Direito no mundo. Com isso, a possibilidade da guerra entre grupos, tribos, nações, Estados é sempre iminente e a jurisdição dos civis jamais poderá reduzir a massa de conflituosidade, apenas lidar seletivamente com elas, de acordo com a indexação econômico-culturalista-historicista do direito dos patrimonializados, que é *civil e penal*, este a arma mais poderosa da violência instituída (LEAL, 2005-A).

Vale reforçar: o Estado, como forma de organização da força pelo Direito (em especial o direito penal), não combate a violência, apenas a reserva para si. Para Freud, concordando com Benjamin, o monopólio da violência é a soberania e seu ápice se situa no “direito” do Estado de punir com a pena de morte. Nos chamados períodos de paz, o Estado proíbe juridicamente a violência não para aboli-la, mas para monopolizá-la, situação na qual a prerrogativa exclusiva de punir os cidadãos desviantes (direito penal) exerce papel central. Já nos tempos de guerra, o Estado se furta a cumprir os tratados internacionais a que aderira, convoca seus nacionais em nome de um patriotismo como ligação mítica à terra e parâmetro

telúrico de definição do homem⁷⁵ e, se os convocados, como sói acontecer, não objetam ao Estado, ficam desde logo liberados à prática da crueldade, da perfídia, da traição e da barbárie, incompatíveis com o grau de civilidade (contenção da violência) que corriqueiramente se arvoram (DERRIDA, 2001, P. 64-69).

Freud também aderiu à ideia de civil, civilidade e civilização⁷⁶ ligadas à patrimonialidade para definir a vida, a sociedade e o sentimento de **culpa** em relação à **crueldade** (pulsão de morte). Em obra clássica, *O Mal-Estar na Civilização*, relacionou a civilização com o conjunto de coisas procuradas pelo homem para se proteger do sofrimento (FREUD, 1974, P. 43-44). Mais uma vez em aparente consonância com Benjamin, ressaltou que a vida humana só é possível quando uma pluralidade de indivíduos se reúne para, em maioria, assim permanecer contra indivíduos isolados. Segue-se a isso, segundo Freud, que o poder dessa maioria se faz direito, em oposição à “força bruta” do indivíduo. Sem a substituição do poder do indivíduo pelo poder da comunidade (direito), assim caracterizada porque seus membros restringem parcela das possibilidades de satisfação própria, em especial nos campos da sexualidade e da agressividade, não há civilização, nem justiça (FREUD, 1974, P. 53)⁷⁷.

Manifesta-se o sentimento de culpa quando o homem, depois de internalizar a repressividade da autoridade externa, cria uma instância corretiva, paralela à consciência, que lhe cobra a renúncia ao instinto da preservação individual em proveito do coletivo (noções psicanalíticas de *superego* repressor e *ego* reprimido) e impõe uma punição. “Uma ameaça de infelicidade externa (...) foi permutada por uma permanente infelicidade interna, pela tensão do sentimento de culpa” (FREUD, 1974, P. 84-89).

É na articulação, que supõe liame e dissociação epistemológicas, entre a Psicanálise e o Direito (a Política, a Ética, a Economia) que se esboçam os limites, o horizonte, o nível instituinte⁷⁸, sobre os quais se levanta a originalidade crítica de reconstrução da **crueldade**,

⁷⁵ Esse parâmetro de definição do homem a partir de sua vinculação com a terra ou o sangue desde o nascimento é o fundamento do *due process* da Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, que assegura a liberdade e a igualdade entre proprietários de terra, isto é, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade a partir da patrimonialização, em desesperada tentativa de evitar as incertezas do *apeirón*. Confere. LEAL, 2011. P. 581-594.

⁷⁶ “(...) O significado da evolução da civilização não mais nos é obscuro. Ele deve representar a luta entre Eros e a Morte, entre o instinto da vida e o instinto da destruição (...). Nessa luta consiste essencialmente toda a vida e, portanto, a evolução da civilização pode ser simplesmente descrita como a luta da espécie humana pela vida”, (FREUD, 1974. P. 83).

⁷⁷ Ou ainda na P. 75, *op. cit.*: “O homem civilizado trocou uma parcela de suas possibilidades de felicidade por uma parcela de felicidade”.

⁷⁸ “O conceber vida, liberdade, dignidade, como direitos humanos fora dos direitos fundamentais da *discursividade jurídico-processual* ou numa hierarquia de precedência de uns sobre outros, cria lugares imunes ao direito legislado onde se aloja uma vontade dita soberana (poder excepcionalizante) por uma atividade

nas suas novas figuras históricas, metamorfoseadas como os campos de concentração de Agamben, e insistentes nas formas jurídicas de direito e procedimentos penais. Ao se debruçar sobre axiomas da Política e do Direito, por meio da investigação sobre o sentido da **crueidade**, como manifestação da pulsão de morte dirigida a objetos (ao exterior do sujeito), quando recebe o nome de pulsão de destruição, institucionalizando-se no e pelo Estado, é que Freud expressa genuinamente a lógica crítica da Psicanálise. Eventual recusa a esse confronto epistemológico, com o temor de ter criticada a sua potencialidade de criticar, converte a Psicanálise em ideologia de um grupo, ceifando sua criticidade: “É em seu poder de pôr em crise que a Psicanálise está ameaçada e entra, portanto, em sua própria crise” (DERRIDA, 2001, P. 70-72).

Mesmo que se proponha ao confronto, a Psicanálise não funda um não Direito, pois permanece na neutralidade do *indecisível*. No tema da responsabilização, a Psicanálise, sem exercer um juízo ético sobre a crueldade ou a violência, proporciona ao Direito um salto no *indecisível* para além do conhecimento *possível*. A relação entre Direito e Psicanálise é assim indireta e descontínua, como um convite à abertura do *porvir* (DERRIDA, 2001, P. 77-80) e do *devenir*. É nesse preciso sentido que a teoria *neoinstitucionalista* trabalha o *devido processo* como eixo constitutivo da democracia jurídica, em que o devido não remete ao obrigatório, mas ao *porvir* (futuro diferente) e ao *devenir* (incerto, aberto), à abertura para a construção de um novo Direito com decote permanente da carga de violência da lei. Também nessa fronteira entre Direito e Psicanálise a teoria *neoinstitucionalista* propugna o abandono à vedação radical do *non liquet*, que acaba por veicular uma infinidade de idiossincrasias no âmbito jurídico-decisório, com força de lei, até o extremo da psicose, como se abordará a propósito do *Caso Schreber*, abaixo (LEAL, 2002, P. 61-83; LEAL, 2011)⁷⁹.

A proibição radical do *non liquet* no direito dogmático moderno (artigo 126 do ainda vigente, mas moribundo CPC e artigo 140 do “novo” CPC) visa a conferir unidade aos

jurisdicional equivocadamente acolhida como subjetividades controladoras do direito. Ora, em nome dos direitos humanos, nega-se vigência (por juízos de flexibilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderabilidade e adequabilidade) a direitos fundamentais do processo ou, em nome destes, põem-se em restrição os direitos humanos pelos juízos de aplicabilidade da **reserva do possível** com negativa da auto-executividade dos direitos de vida, liberdade, dignidade. Idênticos desastres normativos ocorrem, **no direito processual democrático**, ao se colocar o **ESTADO** como círculo mítico-protetor da **SOCIEDADE** ou conceber esta como fundadora histórica do Estado, porque o **paradigma** construtivo de ambos é o **PROCESSO** na constitucionalidade democrática, sendo que uma **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL** só poderia considerar-se adequada a este **ESTADO** ou **SOCIEDADE** se construída pela **principiologia do processo** como teoria discursiva criticamente escolhida no nível instituinte e constituente do direito.” (LEAL, 2008-B. P. 297).

⁷⁹ Notar-se-á que o discurso da autoridade do *eu* no direito é paranoico. O caso Schreber representa apenas uma, embora marcante, das inúmeras exemplaridades psicóticas que o discurso jurídico produz, destacadamente no campo criminológico e penológico.

sistemas jurídicos, mediante a resolução de conflitos civis com base em valores jurisprudenciais paralelos ou alternativos ao mundo rígido das leis. Para ela contribuíram tanto a Escola da Exegese francesa, quanto a Pandectística alemã e o empirismo analítico inglês, culminando com um hibridismo metodológico que influencia mais tarde a jurisprudência sociológica estadunidense e gesta um positivismo sociológico estruturalmente dependente da habilidade de juízes sábios e magnânimos para proferir decisões justas e acertadas, garantindo as funções sociais da lei. A esse positivismo sociológico se opõe o positivismo jurídico de Kelsen, fundado na epistemologia idealista de Kant, que propõe um direito como *dever ser* (obrigatoriedade) purificado de influências sociológicas e políticas. Hoje, porém, com o positivismo se apresenta o “esforço de unir o pragmatismo de uma solução objetivamente útil com o idealismo de estar ela de acordo com a lei” (LEAL, 2002, P. 61-65), trairdo mesmo suas origens de oposição ao sociologismo. Semelhante sincretismo metodológico enseja transformação do ato decisório em um *fetichê*, pelo qual a ciência jurídica passa a ter “funções sociais, pedagógicas e tecnológicas de evitar a explosão da sociedade pelo caminhar seguro de guias habilidosos (assembleia de especialistas ou república de eruditos), que (...) indicam soluções salvadoras da ordem jurídica” (LEAL, 2002, P. 67). A decidibilidade democrática não se compatibiliza com o suprimento do *non liquet* por máximas romanas (*doxas*) ou pela concepção realista e subjetiva do decisor em padrões indemarcados de razoabilidade, bom senso, bem comum, bons costumes e equidade (LEAL, 2002, P. 70), porque isso constitui um tamponamento, não um enfrentamento do problema da estabilização democrática dos conteúdos da lei. É na indeterminação semântica radical e proposital dessas expressões legais e jurídico-dogmático-retóricas que se instaura o pernicioso *álibi* do sujeito capaz, que alimenta as idiossincrasias e psicopatologias do sujeito ou assujeitado no exercício da autoridade decisória. No âmbito psicanalítico, essas idiossincrasias e psicopatologias são objeto de estudo individual e tratamento pela fala; no direito, elas têm “força-de-lei” e encerram fonte inesgotável de suplício ao povo destinatário da normatividade.

Se se constatou a existência de uma indexação do direito dogmático (não democrático), especialmente o penal, à economia do poder da biopolítica, aliada por sua vez ao estado de exceção como paradigma da modernidade, em que a autoridade transita intra e extrassistemicamente para justificar as pessoas no exercício ilimitado da violência e da crueldade fundantes da subjetividade (ou do assujeitamento) e das relações intersubjetivas, o estudo de Freud torna-se fecundo à teorização de um novo direito (democrático) *aneconômico*. O campo do possível e da condicionalidade, ao qual Freud sempre remete, é o da economia do *eu*, que é performático, simbólico e, com isso, neutraliza a alteridade do

evento que o *eu* mesmo produz. Ainda quando trabalha *aneconomia* como desvio, Freud se vale da Psicanálise para reconduzir o discurso à economia simbólica do *eu* e, com ele, o discurso do Direito, da Ética, da Política. Para Freud, o que está além da soberania e da crueldade, como pulsões de morte e seu caráter mítico, é o *im-possível*. A pulsão de morte está para além do princípio do prazer, mas para além da pulsão de morte (isto é, para além do além) há a vida não simbolizável, que, *sem alibi*, é a única digna de ser vivida, porquanto desprovida da necessidade de recorrer a qualquer além mito-teológico. Trata-se de uma dimensão negativo-constitutiva, que se anuncia por figuras do incondicional-impossível (dom, perdão, “pode ser”, “e se”), “ou como a experiência de um *im-possível* não negativo” (DERRIDA, 2001, P. 83-85)⁸⁰, na medida em que constitui. Eis aí uma clara coincidência de negatividade constitutiva do pensamento freudiano com a proposição do racionalismo crítico, de Popper e Miller (vide Capítulo 4, abaixo⁸¹), e a teoria *neoinstitucionalista do processo*, de Leal, por seus signos intrassistêmicos e autocríticos de **contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade**.

Mesmo lá onde elas registram ou produzem o evento, as ordens do constativo [teórico-científico-descritivo] e do performativo [institucionalidade e relações inter-científicas] continuam ordens do poder e do possível. Elas pertencem, portanto, à economia do reapropriável. Mas um evento, a vinda de um evento digno desse nome, sua alteridade imprevisível, a chegada do chegante, eis o que excede mesmo todo poder, todo performativo, todo “eu posso” e mesmo todo “eu devo”, todo dever e toda dívida num contexto determinável. Por toda parte onde existe lei e performativo, ainda que heteronômicos, deve por certo haver o acontecimento e o outro, mas que logo são neutralizados, no essencial, e reapropriados pela força performativa ou pela ordem simbólica. A vinda incondicional do outro, seu acontecimento inantecipável e sem horizonte, sua morte ou a morte mesma, são irrupções que podem e devem mesmo pôr em derrota as duas ordens do constativo e do performativo, do saber e do simbólico. Pode ser que para além de toda crueldade (DERRIDA, 2001, P. 86-89).

A abertura ao *im-possível* psicanalítico, como dito, coincide com a rejeição *neoinstitucionalista* à vedação radical do *non liquet* no direito democrático. Ambas as situações, regendo aos procedimentos penais, corroboram o princípio da *inocência*; precisamente, consistem em uma de suas expressões teóricas objetivas, ao lado daquelas que se vão explicitar quando do estudo do racionalismo crítico de Popper e Miller (Capítulo 4).

⁸⁰ A perspectiva negativo-constitutiva da linguagem jurídico-democrática tem o abono dos estudos de AGAMBEN, 2006. P. 142-143 (transcritas na nota 51, acima)

⁸¹ Como se verá, a crítica de Popper à Psicanálise como não ciência não passa por essa dimensão negativo-constitutiva, mas por uma alegada generalização indutiva, omniexplicativa e hermética contra novas críticas, que, segundo ele, caracterizam o conhecimento psicanalítico até então produzido, algo que, em boa parte, coincide com as críticas de Derrida aos estados-da-álma da Psicanálise e sua recusa ao enfrentamento de outros saberes, em especial os institucionalizados.

Ao fim do procedimento penal, não se impõe qualquer decisão, porque o processo democrático regente dos procedimentos jurisdicionais não se compatibiliza com a vedação radical do *non liquet* – juiz como corretor das inconsistências ou complementar das aporias da lei. E, se a decisão é *im-possível*, prevalece ou subsiste a situação de **inocência** acolhida pelo texto constitucional (artigo 5.º, LVII, da Constituição). O provimento do juízo, nesse caso, tem mero conteúdo declarativo da permanência da situação de **inocência**, apesar dos esforços investigativos e acusatórios levados a efeito no procedimento. O conteúdo do provimento é só declarativo porque a situação de **inocência** está pré-cognita⁸² nos níveis instituinte, como faceta da **isonomia-dignidade**, e constituinte (artigo 5.º, LVII, da Constituição), tendo-se o texto constitucional como cártula enunciativa de direitos fundamentais líquidos, certos e imediatamente exigíveis pelo povo do Estado e seus servidores públicos (LEAL, 2005-C). Em resumo: a **inocência**, como situação jurídica constitucionalizada, está, em sentido objetivo-negativo, *sem álibi*, para além de toda crueldade.

3.2 O Caso Schreber: um exemplo típico de comportamento paranoico da autoridade jurídica

Em 1911, Freud publica “Notas Psicanalíticas sobre um Relato Autobiográfico de um Caso de Paranoia (*Dementia Paranoide*)”⁸³, um estudo psicanalítico sobre a vida de Daniel Paul Schreber, a partir de sua obra autobiográfica “Memórias de um Doente dos Nervos”⁸⁴, de 1903. Esse estudo de Freud ficou mundialmente conhecido, na inserção de suas obras completas, como “O Caso Schreber”.

Daniel Paul Schreber era presidente de uma câmara ou turma do tribunal de Dresden (*Senatspräsident des Oberlandesgericht Dresden*). Embora coetâneo de Freud, Schreber nunca foi seu paciente. A análise do caso por Freud foi possível por intermédio da

⁸² A pré-cognitividade da inocência inverte a lógica ainda amplamente praticada na procedimentalidade penal brasileira, segundo a qual o acusado é presumivelmente culpado e para confirmar essa presunção serve a busca inquisitorial da “verdade real”, de preferência certificada pela confissão. Eis a aliança definitiva, embora epistemologicamente impossível na contemporaneidade, entre verdade e certeza. Como salientou Marques (2006, 256): “No sistema inquisitório, o dogma da verdade real teve como ponto de sustentação a necessidade de se ter confirmada a versão pré-concebida, de que o Acusado era realmente culpado. Lembre-se de que, na Idade Média, (...) a concentração de poderes nas mãos do Juiz era essencial para se garantir a eficácia do procedimento e preservar o *status quo* (...). Como o procedimento se encerrava quase sempre com a confissão do acusado, a versão acabava sendo confirmada, fazendo prevalecer a tese de que o procedimento inquisitório realmente alcançava a certeza em sua investigação.”

⁸³ *Psychoanalytische Bemerkungen über einen autobiographisch beschriebenen Fall von Paranoia (Dementia Paranoide)*, em tradução livre.

⁸⁴ *Denkwürdigkeiten eines Nervenkranken*, em tradução livre.

autobiografia do paciente, embora sem contato direto com ele, porque o paranoico revela aquilo que o neurótico esconde (recalca) e diz o que deseja dizer, conquanto de forma distorcida. Então, o conhecimento das memórias de Schreber substituiu o conhecimento pessoal do paciente para o psicanalista. Consta das *Denkwürdigkeiten* que os primeiros episódios psicopatológicos de Schreber se manifestaram por volta de 1884, estendendo-se até 1885, sem maiores intercorrências dignas de registro. Restabelecido, retomou suas atividades familiares e profissionais e, pouco antes de assumir a função de presidente do órgão fracionário do tribunal, em julho de 1893, quando fora informado da provável indicação, sonhou que as doenças lhe haviam novamente assaltado. Entre o sono e a vigília, “ocorreu-lhe a ideia de que ‘afinal de contas, deve ser realmente muito bom ser mulher e submeter-se ao ato de cópula’.” Por sua condição social e criação austera e conservadora, confessa Schreber, se estivesse consciente, teria rejeitado imediatamente esse pensamento absurdo. Já em outubro de 1883, Schreber padecia de acesso de insônia e precisou ser internado no Asilo Sonnenstein. Os relatórios da época revelam um quadro de hipocondria, com queixas de amolecimento do cérebro, contaminação pela peste, putrefação corporal e morte iminente, ilusões sensoriais (visuais e auditivas), hiperestesia (sensibilidade exacerbada em órgãos ou funções, causando rejeição a luz, barulho etc.) e ideias de perseguição. Ainda são registrados estupor alucinatório (paciente sentado e completamente rígido durante horas) e ideias delirantes com aprofundamento no viés místico e religioso: julgava-se perseguido por demônios, mas comunicador direto de Deus, ouvia música sagrada e tinha visões miraculosas, além de crer estar em outro mundo. Desenvolveu particular repulsa pelo médico anterior (Flechsig) dentre outras pessoas por quem se sentia perseguido e passou por uma total reconstrução de personalidade. Segundo relatório de 1899, o quadro paranoico estabilizado não fez com que Schreber perdesse o interesse por acontecimentos mundanos, a política, a ciência, a arte, o direito, nem lhe retirou a memória ou a capacidade de enunciar pensamentos concatenados, a ponto de o médico (Weber) atestar que “um observador desinformado sobre condição geral dificilmente notaria algo de peculiar nesses procedimentos”. A nova personalidade de Schreber incluía um sistema completo de ideias fixas de origem patológica e inacessíveis à correção. Apesar de o juiz paciente se julgar, em 1900, apto a reassumir seus afazeres profissionais, o médico responsável (Weber) lavrou diversos relatórios contrários ao retorno de Schreber à vida independente, nos quais consignou, porém, o comportamento sempre ético, recatado, perspicaz e interessado do paciente à mesa de refeições, demonstrando, em assuntos familiares, políticos, jurídicos ou artísticos, tanto conhecimento técnico quanto senso comum. Ao requerer a retomada de sua vida fora do sanatório, o juiz

Schreber não só não repudiou seus delírios, como manifestou intenção de publicar suas memórias e ressaltou “a importância de suas ideias para o pensamento religioso e sua invulnerabilidade aos ataques da ciência moderna”. De fato, havia no centro de seu sistema delirante, reconhecido na decisão judicial que o autorizou a sair da internação hospitalar, a ideia de que precisava redimir o mundo, devolvendo a ele o estado de beatitude, não sem antes se transformar em uma mulher. Schreber se definia como o ser humano mais notável de todos os tempos, no qual se realizavam milagres, inclusive a transformação paulatina e sacrificante de homem em mulher de acordo com a Ordem das Coisas, e por meio do qual ele mesmo e a humanidade, por sua intercessão, reconquistariam a vida do além. Deus se comunicava com Schreber por meio de raios, que, em contato direto com seus nervos, continentes da alma, desencadeavam os milagres. O sol, as árvores e os pássaros falavam-lhe como humanos e reconheciam sua condição especial; milagres aconteciam ao seu redor (FREUD, 1996-A, P. 23-28).

No sistema delirante de Schreber são duas as ideias centrais: sua função de Redentor (fim) e, para exercê-la, sua transformação em mulher (meio). A transformação em mulher era inicialmente desconcertante para Schreber, pois ele cogitava, então, que seu novo corpo feminino serviria apenas como objeto de abusos sexuais, primeiro pelo antigo médico (Flechsig), depois pelo próprio Deus. Demorou até que Schreber entendesse o verdadeiro desígnio de Deus: “(...) ‘a outra consequência de minha emasculação, naturalmente, só poderia ser a minha fecundação por raios divinos, a fim de que uma nova raça de homens pudesse ser criada.’” Freud enxerga na emasculação a fantasia primária de Schreber, cerne primitivo de seu sistema delirante, originalmente desvinculado da condição de Redentor, porquanto ocorrera no período de incubação da doença, entre o sono e a vigília, “e antes que tivesse começado a sentir os efeitos do excesso de trabalho em Dresden” (FREUD, 1996-A, P. 28-31).

Aqui cabe fazer uma interseção entre Direito Processual dogmático, na *doutrina* tradicional, e Psicanálise. Lê-se em Dinamarco que a jurisdição é “uma das expressões do poder estatal”. O Estado, em Dinamarco, no paradigma social, visa ao bem comum e “sente necessidade de remover obstáculos e implantar condições favoráveis à desejada realização integral do homem”. O Estado, para atingir ao bem comum, funcionaliza a jurisdição, imputando a ela três conjuntos de escopos: “propriamente jurídico (atuação da vontade do direito substancial); no campo social (pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios); político (afirmação do poder estatal [...])” (DINAMARCO, 2005, P. 139-140). É também de Dinamarco a análise de que o *due process*

of law (vide item sobre a *Epistême Contemporânea*, Capítulo 1, acima) limitador dos poderes do “Estado-juiz é um valor elevadíssimo”, porém não pode gerar o “engessamento do sistema processual (...)” e o “aniquilamento dos anseios por um *processo de feição humana*, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo” (DINAMARCO, 2007, P. 24).

Se Schreber se coloca como intercessor da nova humanidade escolhido pelo próprio Deus, o juiz, para Dinamarco, “aparece (...) como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos”. Os limites que o juiz não pode extrapolar são “a lei e os valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos em exame” (DINAMARCO, 2005, P. 240-241). Diante da constatação de Freud acerca da primariedade da fantasia de emasculação em relação à fantasia do Redentor da humanidade no sistema delirante de Schreber, vê-se que o direito dogmático e sua *doutrina*, se não criam o mundo em que o sujeito não psicótico possa exercer com liberdade e discricionariedade um comportamento psicótico (seja pelo conforto estratégico do menor esforço ao decidir, seja por outros desvios psíquicos), ao menos desencadeiam, como no caso de Schreber, os surtos dos estruturalmente psicóticos, ao blindar os decisores retóricos e sensitivos com a autoridade como expressão de um direito exceptivo e fundamentado, em última análise, na pura força (violência).

Em suma: o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida em comum não pertence ao juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso. Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça (DINAMARCO, 2005, P. 243)

Outro fenômeno constante no quadro psicótico e estimulado pelo direito retórico-dogmático e sua *doutrina* é a megalomania, que se desenvolve a partir dos delírios de perseguição. Primeiro o paciente sofre o delírio de perseguição por forças relevantes, sem se interrogar o porquê das perseguições. Depois, pela relevância das forças com que é perseguido, o psicótico intui a própria importância, como merecedor dessa perseguição, embora não saiba, para além da sua importância (ponto de parada dogmático, certo, do pensamento psicótico), o porquê de sofrer a perseguição. Só o sujeito perturbado psiquicamente consegue visualizar essa sequência, que se aproxima de uma noção de racionalização, cujo fundo, porém, é uma fantasia (FREUD, 1996-A, P. 57).

Semelhante situação ocorre no direito retórico-dogmático. Primeiro se coloca a conflituosidade humana como inerência aos grupamentos sociais, negando-se a perscrutar suas causalidades. Em seguida se atribui grande importância aos agentes encarregados pelo Estado para a solução dos conflitos interindividuais ou coletivos, chamados a “pacificar com justiça” e promover outros escopos metajurídicos, mediante exploração da própria sensibilidade sobre a sociedade, na decodificação da racionalidade subjacente à realidade. A fantasia do jurista dogmático coincide com a fantasia do psicótico. O psicótico encara a ideia da perseguição como racional e certa, daí desenvolvendo todas as inferências que culminam com sua importância maior. O jurista dogmático tem a realidade como racional e certa; para integrar essa circunstância no sistema jurídico, o juiz precisa ser definido como (sujeito) capaz (seja por inteligência congênita, seja por mera atribuição legal, seja ainda pelo mítico e não estudado instituto da *investidura* após aprovação em concurso público – ritual de passagem) de comandar o processo e, por um obcecado sentimento de justiça no cumprimento dos objetivos do Estado, que são indiscerníveis dos objetivos dele como juiz (donde a expressão autoritária, que marca a exceção permanente e a indemarkação entre sistema e pessoa: Estado-juiz), extrair dessa realidade racional ou revelar a partir dela uma leitura axiológica representativa dos anseios da sociedade, para enfim decidir. “Uma vez entregue ao reino das imagens contraditórias, a fantasia reúne com facilidade tudo o que há de espantoso. Faz convergir as possibilidades mais inesperadas” (BACHELARD, 2006, P. 45). O quadro de megalomania a partir da fantasia se estabiliza num como noutro casos.

(...) É preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e o texto, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências da justiça.

Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e às mudanças axiológicas de sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com suas preferências. (...) As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões de mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica). Tal é, em substância, o pensamento inerente ao *uso alternativo do direito* (DINAMARCO, 2005, P. 360-361).

Não há qualquer semelhança entre uso alternativo do direito, oriundo da doutrina do *Freirecht*, em ambiente de Estado Social de Direito⁸⁵, no qual o juiz se comporta como corretor privilegiado das inconsistências da lei, ou atribuidor de sentido social e axiológico ao texto frio da lei, com a construção de um novo Direito não violento, não dogmático, não autoritário pela via epistemológica de Benjamin, Foucault, Derrida, Agamben e Leal. A teoria *neoinstitucionalista* do processo, enunciada a partir das noções popperianas de sociedade aberta, *social piecemeal engineering* e vedação à proibição da liberdade de conjecturas e refutações como regra crítico-científica suprema, não dispensa o método, porque a dispensa do método gera os mesmos efeitos do direito dogmático enunciado pela autoridade: a integração desumana entre autoridade e sistema (pessoa-sistema linguístico) e o abandono do sujeito ocupante da função de autoridade às suas idiossincrasias e psicopatologias, com consequências nefastas aos destinatários normativos e legitimados ao processo (povo).

3.3 Autoridade psicótica e judiciário superegoico – déficit teórico-científico ou ideologia barata?

O argumento tópico-retórico do juiz sensível aos anseios sociais é o produto da influência de uma sociologia ainda pré-científica do século XX no Direito. A pré-cientificidade atinge a Física do século XVIII, assim como a Sociologia do século XX, e, segundo Bachelard, não permite que o conhecimento avance até os níveis mais profundos e críticos dos desafios científicos em razão de diversos obstáculos epistemológicos, o principal dos quais, nesse caso, a sedução pela generalização fácil a partir de premissas aparentemente evidentes na realidade, obtidas mediante indução de vários casos particulares (mitos baconianos da indução e do real como racional – *epagoge* grega). No campo da física, essa organização do pensar, influente e majoritária no século XVIII, quando a “ciência” se confundia com literatura e era hobby pitoresco dos nobres e endinheirados, gerou propostas risíveis sobre o estudo da eletricidade, do movimento e do calor⁸⁶. No campo posteriormente

⁸⁵ As premissas metodológicas do *Freirecht* são a perfeita antítese do que se propõe no presente trabalho. Cf. KANTOROWICZ, 1949. P. 361-362: “En resumidas cuentas: Los ideales de la legalidade, de la pasividad, de la fundación racional, del carácter científico, de la seguridad jurídica y de la objetividade parecen incompatibles com el nuevo movimiento. Afortunadamente se puede demostrar que los postulados enumerados en parte no se realizan, en parte no merecen que se realicen.”

⁸⁶ “Assim surgem diversas aberrações. A imagem pitoresca provoca a adesão a uma hipótese não verificada. Por exemplo, a mistura de limalha de ferro e flor-de-enxofre é coberta de terra na qual se planta grama: pronto, trata-se de um vulcão! Sem esse complemento, sem essa vegetação, a imaginação poderia perder o rumo. (...) Chega-se por meio de imagens tão simplistas a estranhas sínteses. Carra é o autor de uma explicação geral que relaciona o aparecimento dos vegetais e dos animais a uma força centrífuga, que tem, segundo ele, parentesco com a força elétrica. Desse modo, os quadrúpedes, primitivamente confinados numa crisálida, ‘foram erguidos

ocupado com exclusividade pela química, essa forma de pensar legou à posteridade a alquimia, um saber axiológico-moral, psicológico e subjetivo, estereotipado, completo em sua simbologia, que buscava confirmação experimental exterior reveladora da intimidade e da solidez dos símbolos do alquimista e fundava-se em “adesão apaixonada a ideias imediatas que no mundo objetivo só encontram pretextos” (BACHELARD, 2006, P. 59-60). A pré-cientificidade da física do século XVIII, da alquimia do século XIX e da sociologia do século XX, que influencia em pleno século XXI (vide item anterior) a concepção dogmática do direito processual como instrumento da jurisdição e seus escopos metajurídicos (sociais, políticos, econômicos, educacionais), consiste na entrega inteira do experimentador à experiência material e sua valorização, olvidando as condições psicológicas que o impulsionam a tanto. É por isso que também Bachelard afirma que essa situação desafia uma psicanálise do conhecimento objetivo. Se o homem se entrega com tanto ardor ao espetáculo dos fenômenos mais interessantes para delimitar o conhecimento objetivo, não é de se admirar que aí esteja seu primeiro erro (BACHELARD, 2006, P. 67-68).

Embora a partir de outra escola do conhecimento científico, a de Frankfurt, Maus, igualmente explorando a obra de Freud, remete o papel do judiciário nas democracias da segunda metade do século XX ao superego de uma sociedade órfã. Cerca de um século antes disso (o emblemático caso *Marbury vs Madison* data de 1803), com a instituição e a consolidação do controle de constitucionalidade das leis pelo judiciário, desenvolveram-se, em especial nos EUA, um biografismo e uma idolatria aos juízes, como se a criteriologia de decisões judiciais racionais e justas dependesse da personalidade do juiz. Para Maus, a República de Weimar (1919), sob cuja Constituição se instalou o nazismo, repetiu esse quadro, confirmando o “clássico modelo de transferência do superego”, estimulando a formação de uma “consciência social do judiciário” e promovendo uma perigosa aproximação entre a administração da moral e a jurisprudência (termo usado para designar ciência do direito na Alemanha). O perigo dessa aproximação é a criação de um direito superior, em que a moral está embutida, com clara imunização da jurisprudência e do judiciário à crítica moral a que deveriam estar sujeitos. Imunizado, o judiciário, mais do que suceder o imperador, se transforma no novo monarca e assume a figura paterna em relação aos cidadãos órfãos. “No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, a um simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a

sobre os pés pela mesma força elétrica que há muito os estimulava e começam a andar no solo ressequido?. (...) Não seria difícil a uma criança de oito anos, que dispusesse de um vocabulário pedante, fazer uma exposição como essa, cheia de bobagens. É espantoso que tal discurso venha de um autor que chegou a interessar grupos de estudiosos e que é citado pelos melhores autores” (BACHELARD, 2006. P. 45-47; 69-74).

parâmetros pré-democráticos de integração social” (MAUS, 2000, P. 185-187).

Maus explica que, na lógica liberal burguesa, os filhos-cidadãos precedem o pai-Estado; priorizam-se a liberdade negativa, não exclusiva desse paradigma, e a certeza inclusiva (positiva) da lei quanto a conteúdos que tornem previsível toda a atividade humana, especialmente (mas, de novo, não exclusivamente) a econômica; o poder dos tribunais (o “Estado-juíz”) com caráter proibitivo é bastante limitado, reduzindo-se o trabalho e a função judiciais à interpretação autêntica sempre que subsista dúvida, de sorte a assegurar o maior espaço de liberdade aos cidadãos pela igualdade legal. Seja na pesquisa de Freud, seja na de Kant, os processos de construção moral da modernidade decorrem de esforços do sujeito, quer como receptor e repetidor da tradição (superego) dos pais (Freud), quer como portador natural da autonomia (imperativo categórico) que o habilita a corrigir sua moralidade pela antropologia empírica de questionamento às máximas do agir (Kant), libertando-se, por qualquer dessas vias, do infantilismo da dependência paterna. Essas duas possibilidades de emancipação são abolidas quando o judiciário assume o papel de regulador da moralidade pública superior, com base na qual profere decisões fundadas em um melhor direito e suspende a própria vinculação à lei (estado de exceção ou força-de-lei sem lei, de Agamben e Derrida). A anterioridade da lei fica revogada, porque a cognoscibilidade dos limites de liberdade do cidadão que a lei traça só é dada retrospectivamente, após a decisão judicial. A liberdade, nesse contexto, não passa de mera e infundada expectativa (intuição) sobre o “a ser permitido” ou o “a não ser proibido” pelos tribunais. O movimento de deslocamento do poder do ato legiferativo para o ato de julgamento recebe reforço do próprio legislativo, ao abusar de expressões morais, retóricas e vazias na lei (sem consciência, boa-fé, má-fé...), como que a lançar um convite ao judiciário para seu preenchimento. Paralelamente, desenvolve-se na população a crença – oriunda de um traumático recalque da “evitação da interferência paterna nos aposentos infantis”, que, todavia, quando ocorre, sempre é justa – de que o judiciário é uma instituição que funciona como terceiro imparcial auxiliar à resolução de conflitos de interesse, por decisões técnicas, objetivas e, portanto, como sucedia com a intervenção paterna, justas. “O infantilismo da crença na justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania.” E esse ciclo de delegação coletiva do superego social ao judiciário se encerra com um judiciário voluntário a expandir suas raias de atuação⁸⁷. Convém lembrar que a autora se refere à situação jurídico-política da Alemanha

⁸⁷ Inédita em texto escrito ainda a conjectura de André Leal (2015), segundo a qual, se o judiciário se voluntaria antes da expectativa social para a solução miraculosa ou fantasiosa de conflitos, não se trata mais de

e qualquer semelhança com o contexto brasileiro não é mera coincidência. O ápice desse voluntarismo judiciário, antessala do ativismo judicante, ocorre na transformação do TFC (do STF, no Brasil) em censor ilimitado do legislador. O sentido de ilimitado aqui é não contido, nem definido, tampouco balizado pela Constituição-escritura, o que significa dizer que o texto da Constituição se torna objeto de controle de constitucionalidade pelos juízes da corte (TFC ou STF) em face de um suposto direito suprapositivo que o próprio tribunal estabelece para si. Enfim, todas as demais instâncias jurídico-políticas da sociedade estão vinculadas pelo tribunal, menos o próprio tribunal. Os litígios, em destaque os de ordem penal, estão *a priori* regulados pelas leis e, ao cabo, pela Constituição, desde que *corretamente interpretada* pelo tribunal, situação que só ocorre *a posteriori*. Eis o mais escancarado decisionismo, compatível com o caráter retórico e suicida do princípio da legalidade penal, a convolar o tribunal constitucional em poder constituinte permanente (LIMA; CATTONI DE OLIVEIRA; STRECK, 2013). Segundo Maus, quando o judiciário se apropria do caminho que conduz aos interesses sociais, da compreensão e formação da vontade política, dos discursos morais, como propõe Dinamarco com os escopos metajurídicos do processo, pratica uma “teologia constitucional”. A Constituição deixa de ser compreendida como “documento de institucionalização das garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental, a partir do qual, como a Bíblia e o Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. A prática judiciário-religiosa encontra respaldo na veneração popular à “Justiça” e, em pouco tempo, essa veneração se torna parte da tradição, por conseguinte introjetada na instância superegoica. A Constituição que, na experiência liberal, pretendia garantir a possibilidade de um futuro diferente, com a entrega do controle superegoico ao próprio povo, fica presa às concepções tradicionais de um tribunal (constitucional, na Alemanha, supremo, no Brasil), que guarda mais a si mesmo e a suas tradições do que ao texto constitucional. Do método jurídico desaparece o condicionamento da decisão judicial pela lei, substituído por análises tópicas, analógicas, finalísticas, teleológicas, eficaciais e valorativas, quando não se abre ao juízo decisório a arbitrariedade de escolha do próprio método jurídico que mais convier em cada caso (MAUS, 2000, P. 189-193).

Pode-se afirmar que a inspiração de Dinamarco para a teorização (ideologização) desse protagonismo judicial no processo como instrumento da jurisdição a serviço de escopos metajurídicos, sociais e sociologizantes decorre de um *déficit* epistemológico em relação à

“superego”, mas de “impostura perversa”. Para ele, este é o caso do Brasil, diferente, portanto, da hipótese da Alemanha, abordada por Maus.

noção de paradigmas de Estados (HABERMAS, 1995) e do paradoxo de Bülow (LEAL [A.C.], 2008, P. 69-128)⁸⁸, cuja tradução à esfera penal, em especial quanto aos institutos da *culpa* e da *inocência*, repercute de forma genocida. Defender em pleno século XXI um processo penal compatível com o Estado Liberal (ativismo garantista) ou Social de Direito (ativismo punitivo), ou, ainda, um processo independente dessas investigações científicas sobre o paradigma de Estado, é, sob o ponto de vista epistemológico, pior que um anacronismo: é um sono dogmático irracionalista (WOLFF, 1996). Como visto nos estudos de Benjamin, Foucault, Derrida, Agamben e Leal, pensar escopos políticos, educacionais, sociais e econômicos da jurisdição penal equivale a compactuar com o milenar autoritarismo do fundamento místico e violento da lei, do cárcere como condição jurídico-disciplinar irrenunciável à contenção das massas, da soberana crueldade de um dogmatismo jurídico punitivo avesso à desconstrução da violência da lei, do estado de exceção como condição ordinária da sistematicidade jurídica seletiva e excludente da maioria do povo da fruição de direitos fundamentais e da instalação da autotutela dos interesses privados (estado de natureza) no nível instituinte do Direito.

É insuficiente, no entanto, restringir a um déficit epistemológico a causalidade da escalada do judiciário na modernidade jurídica, arvorando-se o papel de guia da democracia, substituto do monarca ou titular do poder constituinte permanente. De novo a advertência se colhe das explicações de Maus a respeito da judicatura alemã antes, durante e depois do nazismo. Desde o início do século XX, o judiciário transforma em *fetich*e sua independência com cada vez maior pauta corporativa; a autonomia orgânica em relação ao legislativo é também interpretada como insubmissão, não vinculação ou liberdade do decisor face ao princípio da legalidade. O absolutismo do judiciário é demarcado alegoricamente quando se ouvem juízes propalando que decidem em nome do povo. A Escola do Direito Livre (*Freirecht*) patrocina o surgimento da ideologia do juiz como agente político que funciona a exemplo dos legisladores, culminando com a figura do “juiz-rei”, livre em relação à lei e ao direito, que precisavam ser flexibilizados para consecução de uma tópico-retórica justiça das decisões⁸⁹. O parlamento se reduz a local de choque de interesses, a ser censurado pelos membros do judiciário, que, alegadamente neutros, técnicos e apartidários, têm a capacidade

⁸⁸ Pela leitura das obras de Habermas e Leal [A.C.] nota-se que o instrumentalismo processual é uma ideologia firmemente comprometida com o Estado Social de Direito, em cujo bojo se desenvolveram, com o consentimento de juristas do mundo todo partidários dessa ideologia, os totalitarismos do século XX.

⁸⁹ KANTOROWICZ, 1949, P. 364: “Si no podemos fiarnos del juramento del juez, que em efecto requiere una convicción seria, no existe garantia alguna. También hoy día dependen de la convicción libre e incontrolable del juez”. P. 370-371: “De la cultura del juez depende en último grado todo progreso del desarrollo jurídico. (...) El juez no necesitaba ya el empleo de cuerdas, tenazas y llamas a fin de coaccionar al acusado a confessar *unos hechos*, los cuales la razón, del juez, ya emancipada, pudo comprobar con independencia.”

de sanar as disputas partidárias e unificar ou sintetizar, como sacerdotes ou a própria divindade, o direito legislado a partir de outro direito – suprapositivo, não escrito e acessível apenas aos clarividentes juízes. O sistema judiciário nazista lastreou-se amplamente nessa ideologia judiciária, disponibilizando um complexo de máximas morais e fins sociais almejados pelo povo alemão identificado ao seu *Führer*. A Associação dos Juízes Alemães prestou apoio explícito a Hitler, corroborando sua condição de cumpridora e fiel executora dos fins sociais unificados pelo movimento político da época, ainda que para tanto fosse preciso abandonar a lei.

Deste modo aparece na “Carta aos Juízes”, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a “correta” jurisprudência [ciência do direito], cujas tarefas “só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta”; a magistratura deveria representar a “elite nacional”. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: “o juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve se libertar das escravidão da literalidade do direito positivo. (...) O juiz era vista como “auxiliar direto na condução do Estado”. (...) Este processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. (...) “O juiz é a corporificação da consciência viva nacional” (MAUS, 2000, P. 194-197).

Tem-se em mira o apogeu do subjetivismo da autoridade decisória como fundamentos primeiro e último das decisões jurídicas, a serviço de fins antidemocráticos. Era de se esperar que, com a queda do nazismo, tal postura dos membros do judiciário se alterasse radicalmente. Explica Maus, porém, que, superado o período da segunda guerra mundial, nos trabalhos de elaboração da lei fundamental de Bonn, nada mudou. A conservadora Associação dos Juízes Alemães, que hipotecara apoio e confiança absoluta ao *Führer*, assume papel de lobista na assembleia nacional constituinte e encaminha a supressão de normas que visassem à proteção do povo contra os abusos da independência dos juízes. Acusou-se a vinculação do sistema judiciário à ideologia nazista como causa dos absurdos jurisdicionais e emendou-se a defesa de uma jurisprudência ainda mais livre de qualquer amarra. Nas faculdades de direito das universidades alemãs, o método jurídico que conduz à liberdade do juiz para decidir não apenas permaneceu, como prosperou e se aprofundou. Esse processo de recalçamento do judiciário encobriu a perversidade do subjetivismo (anarquismo) decisório no âmbito dos tribunais e a manutenção do culto à autoridade: “a lei vincula seus destinatários, não seus intérpretes”. A reinvenção do direito para ressemantizar o passado e manter tudo como estava não passa de canalhice dos adeptos dogmáticos da “religião civil”. Internamente, o direito não se oferta à crítica. Externamente, por seu hermetismo, impede a crítica das demais ciências, dentre elas a Psicanálise, que também pouco interesse demonstra pelo simbolismo jurídico e

as psicopatologias que ele alberga e estimula (MAUS, 2000, P. 198-199 – vide também item supra).

Passo seguinte do cataclismo jurídico-epistemológico e da ideologia corporativa das autoridades jurídicas é a leitura da Constituição como “pauta ou ordem de valores”, que significa a abertura definitiva para o voluntarismo e o subjetivismo decisórios. A “manutenção da capacidade operativa das instituições penais” é um dos temas a ser valorado pelo judiciário, sem que no texto da Constituição se encontre uma linha sequer de balizamento ao tema. Na mais perfeita harmonia com a genealogia foucaultiana do manejo do poder punitivo, Maus confirma que “as garantias constitucionais escritas são contrapostas deste modo à reserva das idiosincrasias não escritas dos aparatos econômico e político”. A evocada proteção a bens jurídicos, principalmente pelo Direito Penal, transfere à jurisdição o modelo da administração e impõe a contingentes populacionais e setores sociais cada vez maiores, mais diversos e expressivos o controle severo da casuística judiciariforme (judicialização da política, ativismo e protagonismo judiciários). Abre-se mão da (potencial) autonomia do sujeito em priorização à autonomia dos sistemas funcionais. **Biopolítica pura** se realiza e perpetua nas estruturas perceptíveis da realidade histórica. Todos os potenciais destinatários do ordenamento jurídico se tornam vigiados e ficam à mercê da psicose decisória penal institucionalizada. Cria-se o mantra omnivalente e tópico-retórico-dogmático de que “as restrições de direitos fundamentais por meio de sopesamento de valores se referem somente à peculiaridade do caso concreto” (MAUS, 2000, P. 200-201) e estão justificadas toda imputação de culpa e toda aplicação de pena, determinadas pelo insindicável subjetivismo das mais enfermas e incontroláveis autoridades, a converter o discurso de direitos fundamentais em tagarelice e as pessoas em assujeitados (encarcerados), nunca sujeitos de direitos (LEAL, 2009).

3.4 O agravamento dos efeitos da psicose nos procedimentos penais pela inquisitorialidade e a ainda incompreendida Teoria Geral do Processo no nível instituinte (epistemológico) do Direito

No direito processual, esperar ou confiar que o juiz seja o filtro vivo das aspirações sociais chega a ser pitoresco, quiçá risível, não fosse a ideologia de poder e conquista ou manutenção de *status* social que a divulgação dessa confiança encobre. Dinamarco define o modo de ser do processo necessariamente incluindo os princípios dispositivo (de partes) e inquisitivo (centralidade no juiz), nunca absolutos, mas presentes em todas as espécies de

processos, em umas mais, em outras menos, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional a que serve de instrumento⁹⁰.

Assim é que a efetividade do processo está bastante ligada ao modo como se dá curso à participação dos litigantes em contraditório e à participação inquisitiva do juiz, os primeiros sendo admitidos a produzir alegações, a recorrer, a comprovar os fatos de seu interesse e este sendo conclamado a ir tão longe quanto possível em sua curiosidade institucionalizada com aqueles. O grau dessa participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito (DINAMARCO, 2005, P. 359).

Definições e generalizações primeiras como essas de Dinamarco explicam a reação de alguns estudiosos da disciplina “Direito Processual Penal”⁹¹ contra qualquer tentativa ou possibilidade de enunciação de uma Teoria Geral do Processo, em face da inexorável matriz civilista de toda teoria processual que se anuncie como geral. É o caso, por exemplo, de Aury Lopes Júnior, Rogério Lauria Tucci e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Para Lopes Júnior, por todos, professores de Direito Processual Civil são em regra os responsáveis pelas cátedras universitárias da disciplina Teoria Geral do Processo, que “pouco sabem e pouco falam do processo penal e, quando o fazem, é com um olhar e discurso completamente viciado”. Lopes Júnior defende haver um *pancivilismo* colonizando e dominando a cognominada Teoria Geral do Processo e adere à ideia de Carnelutti, segundo a qual, enquanto no processo civil se lida com o “ter”, no processo penal está em jogo o “ser”, de sorte que as lições do processo civil só podem indicar o que não é o processo penal, e jamais o que ele é. E conclui que “basta de Teoria Geral do Processo”, porque “são a ausência da liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os **elementos fundantes de uma diferença insuperável entre o processo civil e o penal**” (LOPES JÚNIOR, 2008, P. 31-33, grifos no original). O que aparentemente passou ao largo das pesquisas jurídico-científicas de Lopes Júnior e demais autores contrários à Teoria Geral do Processo é que não existe apenas uma possibilidade de enunciação (a dogmática) dessa disciplina jurídica, tanto que a teoria *neoinstitucionalista* sustenta um *processo* (teoria geral) como eixo (teorométodo) de construção (epistemologização) do Direito (em qualquer de suas especialidades) democrático, em explícita crítica ao modelo *civil* de processo e sua teoria

⁹⁰ DINAMARCO, 2005. P. 349: “(...) Conclui-se que são quatro os temas de interesse vital, relacionados com o modo de ser do processo, para a presente investigação: *contraditório*, *inquisitividade*, *prova* e *procedimento*. Nenhum deles tem valor absoluto, nem deixará de haver superposições, nem talvez seja exaustivo o elenco, mas a consideração desses quatro pontos é bastante satisfatória e seguramente o modo como sejam empiricamente tratados repercutirá no grau de efetividade da tutela jurisdicional através do processo”.

⁹¹ As aspas se devem ao paradoxo que o próprio nome da disciplina encerra, segundo a teoria *neoinstitucionalista* do processo.

geral civilística, ainda que esse modelo se anuncie no patamar constitucional (LEAL, 2009, P. 286-288). Tem pertinência a crítica de Lopes Júnior sobre o *pancivilismo* do direito processual dogmático brasileiro e sua anunciada teoria geral (ideologia geral), por meio da qual se reconhece ainda (antes se lamenta) uma “superioridade científica e dogmática inegável” (ciência dogmática do direito) do processo civil sobre o processo penal. No entanto, depois da genealogia foucaultiana da pena de prisão e do esclarecimento sobre indexação econômica do direito em geral, mas sobretudo o penal; depois dos estudos de Benjamin, Agamben e Derrida sobre a violência como fundamento místico do direito e da autoridade, o estado de exceção, a soberania, o *homo sacer* e a resistência do direito acolhedor da soberana crueldade à crítica psicanalítica; depois das explicações de Leal sobre a configuração teórica e contudística do termo *civil* (LEAL, 2005-A), fica bem precária a defesa da distinção, de inspiração carneluttiana, entre processo civil e processo penal a partir da priorização respectiva do “ter” e do “ser”. Afinal, não há mais dúvida de que o direito e a procedimentalidade penais consistem no braço armado dos *civis* ou patrimonializados, contra as possíveis insurgências violentas do *potus* despossuído, abandonado, marginalizado, despatrimonializado. Isto é, o *penalista*, longe de ser oposto ao *civilista*, é um cultuador radical, mais violento e mais equipado, com a sanção penal, do *civismo*, do *civilismo* e da violência que os institui e mantém. Também não há dúvida de que o homem, com horror ao indeterminado (*apeirón*), submeteu há muito o próprio *ser* ao *ter*, entificando-se pelo *ter-haver* da historicidade taumaturga, desde as matrizes arcaicas do *due process of law of the land* (LEAL, 2005-A; LEAL, 2011; WACQUANT, 2001; WACQUANT, 2007) e fazendo o “ter” prevalecer sobre o “ser” tanto nas procedimentalidades civis quanto penais (*civis armados*). Já o *processo* como garantia constitucionalizante da democracia jurídica pode, pois, ser apresentado na proposta de uma Teoria Geral regente de todas as procedimentalidades (LEAL, 2012-A); como isso se dará na procedimentalidade penal, tendo como foco o princípio da **inocência**, é tema do capítulo seguinte (4) deste trabalho, a que se remete o leitor.

Cordero ratifica no âmbito dos procedimentos penais, em consonância com os estudos de Freud, como a psicose (paranoia) se manifesta ainda mais perniciosamente, por intermédio daquilo que se convencionou chamar sistema inquisitivo, ou fase inquisitiva, ou *modo de ser* inquisitivo, ou, ainda, poderes inquisitivos do investigador, acusador ou juiz (qualquer autoridade) – em uma palavra, inquisitorialidade. *Quadros mentais paranoicos* é a expressão utilizada por Cordero para definir a conduta solitária e solipsista da autoridade inquisidora, que se coloca em busca da verdade real (mito baconiano). O inquisidor adere ao “primado das hipóteses sobre o fato”, outra expressão de Cordero, pois tem todas as cartas do

jogo processual à sua mão. Sem qualquer estímulo à autocrítica, logo em franca contradição com a lógica da processualidade democrática (LEAL, 2010, P. 251-270; GRESTA, 2014), basta-lhe escolher uma hipótese e concentrar-se nela, para enunciar, com todas as justificativas de aproximação com a verdade real (mito) e depois de se valer de todos os meios retórico-persuasivos, a decisão jurídico-penal⁹². Ao formalismo e à contenção verbal típica da contraditoriedade a inquisitorialidade paranoica opõe uma infinidade de palavras, tornando inevitável um efeito hipnótico-vertiginoso-alucinatório, que conduz à conclusão que a autoridade quis desde o princípio. Essa ideologia apraz aos adeptos do poder togado, aos idólatras da autoridade, a ponto de o interesse corporativo fundar uma confraria ou uma fraternidade togada europeia, segundo Cordero⁹³. Essa mesma ideologia europeia de culto radical à autoridade grassa no Brasil (não mais colônia?) (SARTRE, 1968) e tem suas manifestações mais escandalosas e preocupantes nos tribunais inferiores, superiores e supremo, nos juizados especiais, nos juízos trabalhistas e, os piores de todos, nos juízos criminais, onde se aferem, imputam e consolidam culpas e penas, por sensibilidade solipsista e paranoica, acompanhada da promessa de uma justiça célere.

Ainda prevalece na Suprema Corte brasileira a ideologia da justiça rápida e prodigiosa numa relação de consumo (juiz-parte) por via de uma “prestação jurisdicional” que só seria efetiva se fosse de pronto-socorro jurídico a uma população reconhecidamente órfã em direitos fundamentais. (...) Claro que não se espera, por um **golpe de martelo**, que o Judiciário apreenda a teoria do Direito Democrático se persistirem os critérios de investidura graciosa adotados no exercício das funções judicantes e parajudicantes em tribunais altíssimas que ainda infelizmente são de um Estado paternalista e assistencialista (*Welfare State*). Ademais, uma magistratura que tenha itinerário (de comarca a comarca, de região a

⁹² “Que diz o sujeito afinal de contas, sobretudo num certo período de seu delírio? Que há significação. Qual, ele não sabe, mas ela vem no primeiro plano, ela se impõe, e para ele ela é perfeitamente compreensível. E justamente porque ela se encontra no plano da compreensão como fenômeno incompreensível, se assim posso dizer, é que a paranoia é para nós tão difícil de discernir, e que ela apresenta também um interesse maior” (LACAN, 2010, P. 32).

⁹³ “La Solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi que giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoide. Chiamiamoli l'primato dell'ipotesi sui fatti': chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiuse; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l'ha intavolato, punta sulla 'sua' ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio pensalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l'esito dove vuole. Nelle cause milanesi de peste manufacta, giugno-luglio 1630, vediamo come giudici nent'affatto disonesti, anzi inclini a inconsueto garantismo, fabbricano delitto e delinquente: l'inquisito risponde docilmente; l'inquisitore gli scova in testa i fantasmi che vi ha proiettato. Ma vengano anche in ballo dele controproiezioni: se l'esito dipende dalle sue parole, il confessante non è poi tanto inerme; giocandole bene, eccè indenne o almeno lucra sconti; quando superi l'antagonista in nomia acume (...), gli detta lui le mosse. All'economia verbale típica del formalismo agonistico accusatorio l'inquisizione oppone parole a dilvio: inevitabile qualche effetto ipnotico-vertiginoso-allucinatorio; fatti, tempi, nessi, svaniscono nel caleidoscópico parlatp; nessun processo finirebbe mai se chi lo ordisce a um dato punto non tagliasse il filo; e lo fa quando voglia, perché ha mano libera. (...) Agli adepti del potere togato questa macchina piace. (...) L'interesse corporativo fonda una confraternita togata europea (...) (CORDERO, 1986, P. 51-52).

região, de tribunal a tribunal) e não carreira funcional por ascensão mediante qualificação gradualística de certificação científico-jurídica, certamente ainda se entrega a juízos ordálicos e providenciais de um direito sacerdotal não compatível com a modernidade (LEAL, 2004, P. 73-74).

Coutinho parte da lição de Cordero para propor que a sede da acusatoriedade (decorrência do princípio do contraditório), em oposição à inquisitoriedade, no procedimento penal é a gestão da prova pelas partes, jamais pelo juízo. Como consequência, nenhum traço de inquisitoriedade pode fazer parte do “modo de ser do processo” penal na sua conjectura epistemológica contraditorial, conforme à Constituição, embora os sistemas todos de procedimentos penais ocidentais conservem elementos marcantes e dogmáticos de inquisitoriedade. A gestão das provas nas mãos das partes evita que o juiz se torne o senhor plenipotenciário do processo, padeça de quadros mentais paranoicos, pelos quais primeiro decide e depois sai à cata de provas para justificar a decisão já adotada (COUTINHO, 2009-A), e consiste em importante aporte à *democracia processual* constitucionalizada no Brasil, destacadamente em matéria penal, na apuração de culpa, na desconstituição da inocência e na imposição de penas. Considerações sobre o instituto da prova são importantes à compreensão do conteúdo da *inocência* e mais será dito a esse respeito no próximo capítulo, após a apresentação do Racionalismo Crítico como matriz lógica da processualidade democrática.

4 O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA E OS ESPAÇOS LÓGICO-DEMOCRÁTICOS DE SUA ENUNCIÇÃO PROPOSICIONAL: RACIONALISMO CRÍTICO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA⁹⁴

“Há muitos tipos de fontes para o nosso conhecimento, *nenhum dos quais tem autoridade*” (POPPER, *Conjecturas e Refutações*, P. 52)

4.1 Racionalismo Crítico, Processo e ruptura do círculo de violência e apenação a cargo da autoridade jurídica

Da leitura dos capítulos anteriores depreende-se a existência de um encadeamento sólido e tradicional na história dos povos entre **violência, direito dogmático, autoridade e subjetivismo**. Esse encadeamento se torna bem visível no âmbito do direito e dos procedimentos penais, em que dois elementos se acrescentam aos elos anteriores: a formação da **culpa** e a imposição de uma **pena**. A imposição da **pena** nada mais faz do que retomar e concretizar formal e institucionalmente, fechando um círculo vicioso, o primeiro elemento da cadeia: a **violência**. A sobressair desse ciclo, o sofrimento humano. O Racionalismo Crítico, como ficou conhecida a lógica da pesquisa científica de Karl Popper (1902-1994), contrasta epistemologia e metodologia, ofertando imensa contribuição à quebra desse encadeamento histórico milenar que promove, aumenta e perpetua o sofrimento das pessoas⁹⁵. O Racionalismo Crítico consiste no mais refinado de todos os estudos de epistemologia disponíveis, na medida em que enfrenta, desmistifica e resolve problemas filosóficos fundamentais – problema do indutivismo e o problema da demarcação do conhecimento – e, em decorrência disso, abre campo inédito ao estudo das relações epistemológicas por excelência entre *verdade e certeza* e entre ciência teórica e aplicabilidade prática, ou, em linguagem filosófica mais apurada, *lógica e empirismo*. A essa conclusão chegaram alunos de Popper e estudiosos de sua obra mundo afora, dois dos quais com produções indispensáveis ao desenvolvimento doravante deste trabalho. Trata-se de David Miller, professor e leitor autorizado da Universidade de Warwick e o mais proeminente palestrante internacional sobre a obra de Popper, e Rosemiro Pereira Leal, professor da PUC Minas e da UFMG, que, com

⁹⁴ Para quem se propõe às primeiras leituras sobre a teoria neoinstitucionalista do processo e a lógica da processualidade democrática é inteiramente recomendável a leitura de GRESTA, 2014.

⁹⁵ Ao contrário de Platão, Popper defende a ciência como o mais eficiente instrumento não de aumento da felicidade das pessoas, mas de redução de seu sofrimento. Para aplicação prática das proposições críticas, Popper desenvolve a *piecemeal social engineering*, ou engenharia de reforma social passo a passo (aos poucos, ou pedaço a pedaço, em tradução literal), para se contrapor aos projetos utópicos, holísticos e revolucionários dos inimigos da sociedade aberta, como ele classifica, dentre outros, Hegel e Marx. Cf. POPPER, 1998.

pioneirismo mundial, criou a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, transpondo a lógica da pesquisa científica de Popper para o Direito, área a cujas pesquisas Popper não se dedicou.

A disciplina jurídica que, voltada à implantação da democracia de uma *sociedade aberta*, recepciona o Racionalismo Crítico de Popper é o *Direito Processual*, ou simplesmente *Processo*. E não há dúvida da centralidade das questões enfrentadas singularmente por Popper na matriz epistemológica de todo *processualista*: demarcação e construção do conhecimento, verdade e certeza, teoria e prática. Ao cabo desta seção, pretende-se enfim propor o conteúdo jurídico do princípio da *inocência*, constitucionalizado no Brasil (artigo 5.º, LVII, da CRFB) e regente da procedimentalidade penal como decorrência imediata do direito fundamental à *dignidade-isonomia*, que sustenta o nível instituinte objetivo do direito democrático, por uma hermenêutica isomênica que afasta o subjetivismo cognoscitivo e a *sujeitização* das decisões. Na linha de defesa do racionalismo crítico de Popper, Miller e Leal, disponibiliza-se à crítica da comunidade acadêmica – e de todos a que interessar possa – mais um elemento científico(-jurídico) à diminuição do sofrimento humano: a ressemantização do princípio da *inocência*, com afastamento de seus conteúdos subjetivos (isto é, pelos estados mentais das autoridades).

O primeiro elemento a desmistificar no Direito Democrático é a autoridade, tarefa a que foram dedicados os capítulos anteriores. Popper esclarece que não constitui princípio ético aceitar pura e simplesmente ordens de uma autoridade, por mais reconhecida, admirada e bem afamada que seja. A uma ordem de autoridade sempre se deve seguir uma análise crítica pelo destinatário do comando, da proibição ou da permissão, para a formação de um juízo sobre a (i)moralidade da obediência a ela. Embora a autoridade possa deter e ostentar a força ou a violência necessárias para impor sua ordem, tornando os destinatários impotentes à resistência, a responsabilidade por obedecer ou resistir a essa ordem sempre será do destinatário, desde que lhe restem condições físicas mínimas para tanto. Popper afirma que os tradicionais sistemas de epistemologia se organizam em torno de perguntas mal formuladas, porque exigem respostas autoritárias e dogmáticas sobre a certeza e a veracidade das fontes do conhecimento. Em regra se indaga qual a fonte suprema do conhecimento, ou se determinada situação é fonte confiável, melhor, fidedigna do conhecimento. Poucos questionam a impertinência de semelhantes perguntas estruturantes dos sistemas epistemológicos, que acabam por conduzir as respostas possíveis ao trilema de Münchhausen na argumentação (ALBERT, 1976,p. 26-40): dogmatismo, regressão ao infinito ou circularidade. Segundo Popper, a pergunta estruturante da epistemologia em ciência política – e aqui se postula o mesmo para o Direito –, visando à construção de um sistema democrático,

está mal formulada há mais de dois mil anos: “Quem deve governar?”⁹⁶ Variações dessa pergunta mal colocada poderiam ser, no Direito Constitucional, “quem deve exercer o poder(?)”, ou, no Direito Processual, “quem deve decidir por último(?)”. Popper considera que não existem fontes ideais, primeiras, irrefutáveis do conhecimento, pois todas podem levar ao erro, assim como não existem governantes perfeitos, decisores inatamente justos, predestinados ao exercício do poder. Então, as perguntas à estruturação de um sistema crítico-científico e de uma democracia jurídico-política devem ser reformuladas. No âmbito do conhecimento: “como podemos ter esperança de identificar e eliminar o erro?” No exercício do poder político: “como podemos organizar nossas instituições políticas para que governantes ruins ou incompetentes (que deveríamos procurar não ter, mas que, mesmo assim, provavelmente teremos) não possam causar estragos demais?” (POPPER [1960], 2010-J, P. 50-51)⁹⁷. No Direito: como organizar as instituições jurídicas para que decisores ruins ou incompetentes (que também deveríamos procurar não ter, mas invariavelmente teremos), nas mais diversas funções delegadas temporariamente pelo povo (administrativa, legislativa, jurisdicional), não possam causar estragos demais? É a essa pergunta que a *Teoria Neoinstitucionalista do Processo* oferta uma proposta autocrítica de resposta e é no âmbito dessa teoria que o princípio da *inocência* constitui elemento fundamental de regência dos procedimentos penais.

Mesmo que se remeta a autoridade a uma teoria, e não a uma pessoa, a premissa não é diferente. Em todos os campos do conhecimento, por mais que certas teorias tenham ofertado aprofundamentos científicos singulares, enfrentando e desafiando o desconhecido, não existe autoridade fora do alcance da crítica, nem na tradição, nem na observação, que são as fontes mais comuns do conhecimento humano, quer consideradas de maneira pessimista ou otimista. Em suma, “a verdade está além da autoridade humana” (POPPER [1960], 2010-J, P. 52). Aqui se nota em Popper (algo reconhecido por ele mesmo) o aproveitamento, em parte, do ceticismo de Kant, segundo o qual as coisas em si não são acessíveis ao conhecimento do homem, apenas uma aparência delas. Kant, porém, jamais adotou, em sua filosofia da ciência, a mesma postura epistemológica de busca crítica do erro. Nesse ponto, dentre outros, estabelece-se a colossal diferença entre o *criticismo* de Kant a partir de uma razão *a priori* (dom inato) que funciona como tribunal da experiência (crítica como faculdade da razão) e o

⁹⁶ As respostas em torno das quais os homens se digladiam ao longo da história seriam, entre outras, os melhores, os mais sábios, o povo, a maioria...

⁹⁷ O próprio Popper responde a pergunta sobre como ter esperança de identificar e eliminar os erros do conhecimento: “*Criticando* as teorias e conjecturas dos outros e – se conseguirmos fazê-lo – *criticando* nossas próprias teorias ou conjecturas” (*idem*).

racionalismo crítico de Popper, em busca da identificação e da eliminação de erros para o crescimento do conhecimento científico (crítica como método e razão como tarefa do homem). Mesmo com a crítica, pode haver fragmentos de verdade em uma teoria falsa, cuja preservação é valiosa. Mas a verdade, seja do todo (grega, paideica), seja em fragmentos, está acima da autoridade humana, ou para além do domínio do homem, logo é um erro tentar *justificar* qualquer conhecimento, mesmo que em parte, pois tal tentativa remeteria o cientista de novo ao problema da fidedignidade e da supremacia das fontes do conhecimento (e ao trilema de Münchhausen). A verdade de uma teoria ou parte dela é o conteúdo resistente à crítica, por isso tem caráter provisório e *ad hoc*, até que se submeta a novas críticas⁹⁸. O moralismo e o uso da força avultam quando, por meio do *justificacionismo*, se pretende reforçar uma crença para impor a terceiros supostas verdades primeiras, absolutas ou irrefutáveis. “Muitas vezes, nosso esforço é inspirado, mas devemos nos precaver contra a crença, que experimentamos profundamente, em que nossa inspiração tem alguma autoridade, seja divina ou de outra natureza” (POPPER [1960], 2010-J, P. 55-56). Não é exagero afirmar que todo direito processual no mundo, à exceção da *teoria neoinstitucionalista do processo*, recai no problema do *justificacionismo* e, por conseguinte, na necessidade de uma autoridade decisória violenta e excetiva (BENJAMIN, AGAMBEN). Não há notícia de estudos em direito processual no mundo que tangenciem a questão argumentativa de acordo com o Racionalismo Crítico, rejeitando sua função de *justificação* empírico-sensitiva, tradicional e dogmática de decisões jurídicas.

4.2 Os problemas do conhecimento: demarcação e indução. A diferença entre justificação e fundamentação na (des-)dogmatização da Ciência Jurídica

Para Popper, dois são os problemas fundamentais da teoria do conhecimento. O primeiro é a inexistência de validade lógica na indução, ou seja, a incapacidade de o que se entende por método ou inferência indutivos transmitir verdades entre premissas ou enunciados. No máximo, o que já alertado por Hume, a indução transmite uma expectativa psicológica de repetição, ou de que o futuro seja igual ao passado. Discordando de Hume, porém, que via no hábito, nos usos e costumes conjuntos de experiências que impulsionam ou causam necessariamente o agir humano futuro com justificada expectativa de repetição do passado, Popper acentua que a indução também não é necessária, não passando essa

⁹⁸ Para LEAL, 2016, de acordo com ALBERT, mas em divergência de MILLER, uma teoria não pode ser dita verdadeira nem provisoriamente, do contrário se dogmatiza.

impressão de uma ilusão de ótica. Segundo Popper, homens e animais se valem de ensaios, tentativas e erros ao agir (POPPER [1960], 2010-J, P. 103-104); erros que podem levar à extinção da própria vida do agente, mas que os homens podem evitar valendo-se da mais diferenciada ferramenta da espécie, o conhecimento linguístico-teórico-científico, por meio do qual “as teorias morrem no lugar de seus autores” (vide nota 62).

O segundo problema da teoria do conhecimento é a demarcação. A demarcação e o crescimento do conhecimento dependem do método crítico e da ousadia para ofertar à crítica conjecturas sobre a realidade. Nesse segundo momento, há uma proximidade entre mito e ciência, quando o cientista tenta corajosamente conjecturar sobre as realidades internas aos fenômenos, como se estivesse a criar mitos. A diferença entre as narrativas míticas e científicas está na ousadia da exposição à crítica das conjecturas científicas sobre aspectos aparentes da realidade que tenham ficado despercebidos até então, caso as hipóteses explicativas conjecturais gerem maior informação e, ao mesmo tempo, o que é improvável, aproximação com a verdade. A ousadia da conjectura científica está na assunção do risco de ser testada e refutada, ao entrar em conflito com a realidade, característica que não se encontra no mito. Quanto maior o conteúdo informativo de uma conjectura científica, mais difícil e improvável é que ela gere aproximação com a realidade, logo maiores sua refutabilidade e sua falseabilidade. Nada mais verdadeiro e menos falseável do que uma tautologia, cujo conteúdo informativo, porém, equivale a zero (nulo) (POPPER [1974], 2010-O, P. 121).

Aqui cabe destacar diferenciação de suma importância para o *processo* e os processualistas, ofertada pelo racionalismo crítico, entre *fundamentar* e *justificar*. Fundamentar possui comprometimento com a transmissibilidade procedimental da verdade de um enunciado. Isso não pode ser feito por meio da indução, conforme o alerta de Hume e a concordância de Popper. A fundamentação comprometida com a noção (qualquer que ela seja) de verdade só pode operar pela via dedutiva, a única capaz de assegurar que “todos os componentes de um conjunto de enunciados resultem dessa base mediante conclusões lógicas”, no sentido de lógico-epistêmicas, e não retóricas. Aparentemente, a exigência de uma fundamentação para tudo imporá uma das três alternativas do “Barão da Mentira” *Münchhausen*, assim denominado por Albert. São elas (1) o *regresso ao infinito*, em que o fundamentante sempre carece de uma fundamentação (*petitio principii*), situação que Aristóteles desejou evitar, por temor ao indeterminado (*apeirón*), com a formulação da lógica clássica (apofântica); (2) a *circularidade lógica* (tautologia), pela qual um fundamento já mencionado da cadeia fundamentante é retomado no procedimento de fundamentação, gerando uma unidade lógica que se sustenta, ao cabo, apenas em si mesma, sem qualquer base

segura e externa ao círculo; (3) a *interrupção abrupta do procedimento de fundamentação* ou dogmatismo lógico e epistemológico, que contempla a “suspensão arbitrária da busca da fundamentação suficiente” por uma autoridade em algum ponto. Como dito, esse dogmatismo da interrupção abrupta do fundamentante foi deliberadamente eleito por Aristóteles para a lógica científica, ao mencionar que toda ciência (*epistéme*) se constrói sobre verdades necessárias, evidentes, irrefutáveis (vide capítulo 1), disponibilizadas pela Filosofia Primeira ou Metafísica. Principalmente por influência de Aristóteles, mas também por ignorância ou desinteresse sobre a base epistemológica sobre a qual pretendem “fazer ciência”, cientistas da Modernidade escolhem, em maioria, a terceira alternativa do trilema de Münchhausen na subjacência de suas pesquisas, colocando a autoridade científica (em rigor, da pessoa do cientista) como o dique confiável de contenção contra a regressão ao infinito na busca por fundamentação. Nesse ponto é inevitável a degenerescência do esforço argumentativo em expressões tópico-retóricas tais como auto-evidência, autofundamentação, fundamentação no conhecimento imediato, na intuição, na vivência, na experiência, que nada mais representam do que preferências axiológicas e personalíssimas do cientista da ciência grande (POPPER), lastreada no dogmatismo epistemológico das primeiras impressões empíricas do sujeito conhecedor.

(...) Se uma convicção ou enunciado que não pode ser fundamentado por si só, mas que atua na fundamentação de todos os outros, e que é colocado como seguro, embora em princípio se possa pôr em dúvida tudo – e até ele mesmo – então esta seria uma *afirmação*, cuja *verdade é certa* e por isso *não carece de fundamentação*, ou seja, um *dogma*; então a nossa terceira possibilidade se resume naquilo que não se deveria esperar na solução do problema da fundamentação: a fundamentação mediante o *recurso a um dogma*. A procura do ponto arquimédico do conhecimento parece ter que terminar em dogmatismo, pois em algum ponto teria que ser suspenso o postulado da fundamentação da metodologia clássica. (...) Qualquer tese de autofundamentação de últimas instâncias desta espécie, como também as teses correspondentes para determinados enunciados, tem que ser considerada como um disfarce para a resolução de anular o princípio neste caso. Parece, portanto, que tal resolução seria indispensável, de modo que o dogmatismo a ela ligado ganha a aparência de um mal necessário ou de inocuidade (ALBERT, 1976, P. 26-27).

Trata-se da dogmatização da ciência, erro epistemológico estruturante do pensamento humano que o movimento iluminista denunciou como treva e propôs-se a combater. Sem a crítica epistemológica à lógica aqui empreendida, o Iluminismo e os filósofos da Modernidade repetem e perpetuam o que de obscurantismo lógico jaz na obra de Aristóteles, só lhes restando deificar a razão, após sugerir que o homem seja narcísica, predestinada ou congenitamente racional (doença do hiperracionalismo), ou abandoná-la de vez, com opção pelo (quadro também doentio do) irracionalismo (ROUANET, 1996, 291-

295). Quando muito, o adepto dessa lógica oscila entre o *intelectualismo* clássico-cartesiano, em que a razão intuitivo-intelectiva prevalece sobre a experiência, e o *empirismo* clássico-baconiano, em que prevalece a observação ou a percepção dos fatos (experiência) sobre a razão subjetivante (ALBERT, 1976, P. 33). Descartes e Bacon, em formulações epistêmicas apenas aparentemente conflitantes, nada mais fazem do que permutar a autoridade ou o autoritarismo fundante de suas teorias do conhecimento: ou a autoridade dos sentidos, ou a autoridade do intelecto-intuição. “Ambas as versões da teoria clássica do conhecimento têm em comum a noção de um acesso imediato à verdade – através de intelecção evidente da razão, ou de observação cuidadosa” (ALBERT, 1976, P. 35-36). O *intelectualismo* cartesiano e o *empirismo* baconiano constituem a base lógica da indução, que no racionalismo crítico não possui qualquer serventia lógica.

Observação, cálculo e experimentação são, sem dúvida, componentes importantes do procedimento científico, mas não como meios de alcançar um fundamento seguro para obtenção indutiva e a fundamentação de teorias, ou seja, como fonte de verdades garantidas, e sim para a crítica e, portanto, para o controle de concepções teóricas (ALBERT, 1976, P. 39-40).

No direito processual pseudocientífico, o estacionamento da fundamentação, em qualquer das versões dogmáticas, se dá na figura carnal do decisor-autoridade, como monopolizador do sentido normativo e filtro valorativo das aspirações sociais. A jurisdição prevalece sobre o processo. Um direito democrático, nessa lógica, é impossível. Ou a razão, a jurídica em especial, está adormecida em sono profundo, tendo sempre de recorrer ao dogmatismo, ou não passa de um sonho, encobridor da escatologia da irracionalidade (ROUANET, 1996, P. 295-298).

A esse conhecimento, oriundo da apreensão sensitiva de fenômenos cujas triviais características os estudiosos pretendem generalizar até, se possível, uma cosmogonia, Bachelard classifica como pré-científico. A título de exemplo, após discorrer sobre a cômica generalização da *coagulação* a uma cosmogonia na história do conhecimento pré-científico do século XVIII, Bachelard demonstra que “todo indício de valorização é mau sinal para o conhecimento que busca objetividade. Nesse domínio, o valor é marca de uma preferência inconsciente”. A toda intuição valorativa se contrapõe outra, nenhuma melhor que a adversária. “Uma psicanálise do conhecimento objetivo deve resistir a toda valorização. Deve não apenas transmutar todos os valores, mas também expurgar radicalmente de valores a cultura científica” (BACHELARD, 2006, P. 81).

O somatório de indução e justificação, adotado nas ciências grandes de epistemologia dogmatizante, gera o empirismo justificacionista (busca regressiva e incessante da fidedignidade das fontes do conhecimento) e verificacionista (confirmação do saber pela repetição da incidência do caso na realidade observada), completamente inútil para o racionalismo crítico. O empirismo crítico-dedutivo, que possa apenas falsear⁹⁹ (nunca confirmar a veracidade de) uma hipótese ou teoria, é o único compatível com a grande ciência no sentido do racionalismo crítico de Popper, Miller e Albert, evitando o fatalismo irracionalista e fantasioso do trilema de *Münchhausen*.

4.3 Falsificacionismo, conhecimento objetivo, rejeição ao psicologismo e à *sujeitização* das decisões

Popper era professor de Lógica da Universidade de Londres. Ao propor a crítica como método, enfrentou uma completa tradição lógica fundada ainda na obra de Aristóteles (vide capítulo 1 deste trabalho). O falsificacionismo de Popper consiste em uma revisão radical da metodologia da lógica clássica aristotélica e implica a proposição teórica de uma nova lógica, que rejeita o psicologismo e prima pela objetividade. Popper empreendeu uma bem sucedida crítica epistemológica à lógica clássica, que tem indispensável relevância à enunciação de um *processo* concorrente à construção da democracia jurídico-constitucionalizante de uma sociedade aberta (*teoria neoinstitucionalista do processo*), do qual participa o princípio da *inocência* no campo criminológico e penológico.

Para se entender o que seja uma lógica objetivista, que rejeita o psicologismo e o subjetivismo, fonte da autoridade psicótica no direito dogmático, é preciso investigar o vínculo epistemológico entre lógica e pensamento. Haack explica três propostas metodológicas acerca da relação entre lógica, como organização dos argumentos, e pensamento. A primeira delas, que remete aos estudos de Kant, é a defesa de que os princípios lógicos são as “formas do pensamento”, ou “a lógica é descritiva em relação aos processos mentais”. Nessa perspectiva, a lógica estaria entranhada na mente do homem e não seria possível pensar sem ou para além de seus princípios, isto é, a lógica descreve como necessariamente o homem pensa. Haack chama essa posição metodológica quanto à relação lógica-pensamento de *psicologismo forte*. A segunda abordagem define a lógica como

⁹⁹ Segundo LEAL, 2016, falsear não é uma aposta na redução de “incertezas” por via de outras teorias, hipóteses ou postulados. O racionalismo crítico se propõe a reduzir problemas, embora seguro de o método gerará outros. O esforço científico vem a ser o de fazer com que os problemas gerados sejam menores do que os problemas enfrentados com a teoria concorrente e falseadora.

prescritiva em relação aos processos mentais, ou seja, a lógica funciona como um conjunto de normas de acordo com as quais o cientista deveria pensar, embora possa pensar por outras formas (ilógicas). Haack classifica essa abordagem de *psicologismo fraco*, exemplificando-a com a obra de Peirce. A terceira proposta metodológica propugna que lógica e processos mentais não têm qualquer relação entre si. Haack atribui a Frege a assunção dessa perspectiva epistemológica que chama de *antipsicologismo*, compartilhado também por Popper ao longo de toda a sua obra. Para Frege e Popper, portanto, a lógica é uma instância objetiva e pública, enquanto o âmbito mental é subjetivo e privado. As proposições lógicas, estruturadas em argumentos com base em conceitos (*Begriffe*) e teorias, são acessíveis a todos, enquanto o pensamento (*Gedanke*) não é intersubjetivamente compartilhável, como não o são a sensação de dor e o sentimento de tristeza, por exemplo. Haack conclui sua obra aparentemente filiando-se ao *psicologismo fraco* de um falibilismo parcial (que embasa por sua vez vinculação teórica ao Neopragmatismo¹⁰⁰), por entender que Frege não explicita como se dá a apreensão das proposições no âmbito público da lógica pelo sujeito, resposta para ela só disponível no *psicologismo fraco*, nem aborda o problema do psicologismo nas diversas outras possibilidades para além do introspeccionismo (HAACK, 2002, P. 309-314).

A lógica do racionalismo crítico, falibilista, negativista e cético de Popper (MILLER, 2006, P. 45-62) é objetiva, a significar que não guarda qualquer relação com pensamentos subjetivos. Com esses esclarecimentos, vê-se que Popper combate o positivismo entendido como o produto do conhecimento subjetivo produzido pelo cientista a partir de uma experiência segura e reveladora. Positivismo maior não há no nível epistemológico do que fixar a aprendizagem e o conhecimento na prática do real como racional (*epagoge*), do empirismo, das experiências primeiras ou últimas, essas confirmadas pela verificação insistente do sujeito cognoscente. Pior do que o positivismo normativista ou sociológico no Direito é o positivismo epistemológico em qualquer área que se pretenda científica, inclusive o Direito, na medida em que acolhe como método científico quer a redução extrema das fontes do saber a um conjunto estável de práticas pretéritas, reveladoras de uma racionalidade ou ao menos uma tendência (*leis imutáveis*) para o futuro, quer uma impressão subjetiva e justificada, embora não definitiva nem absoluta, da pessoa sobre essas práticas. O positivismo epistemológico mostra-se alheio às questões de alta indagação filosófica, tais como a possibilidade do conhecimento sem experiência.¹⁰¹

¹⁰⁰ Sobre Pragmatismo, Neopragmatismo e Direito, conferir Marçal, 1998.

¹⁰¹ POPPER [1934], 2010-B. P. 136. “A controvertida questão de determinar se a filosofia existe ou tem direito a existir é quase tão antiga quanto a própria filosofia. Volta e meia surge um movimento filosófico novo que

O método crítico da epistemologia de Popper não significa nem propõe a eliminação da subjetividade, mas aponta a necessidade de recolhê-la ao plano pré-científico não objetivo dos pensamentos (mundo 2, em Popper).

Pode-se dizer que o que chamamos de “objetividade científica” não resulta da imparcialidade do cientista individual, mas do caráter social ou público do método científico; e a imparcialidade de cada cientista, à medida que existe, não é a fonte, mas o resultado dessa objetividade social ou institucionalmente organizada da ciência. (...) Em princípio, qualquer suposição pode ser criticada. E o fato de qualquer um poder criticar constitui a objetividade científica (POPPER [1945], 2010-H, P. 367-368).

Transposto ao direito processual e, nele, o princípio negativista da *inocência* compatível com uma hermenêutica jurídica isomênica (*neoinstitucionalista*), o método crítico de Popper não sugere o velho pleito de que o decisor retire a indumentária da vida comum, traje a toga, a beca ou as demais extemporâneas vestes talares (MARÇAL, 2007), todas simbólicas de uma grande fantasia¹⁰² jurídica, para comportar-se, por imperativos técnicos, éticos ou ideológicos não esclarecidos, de forma neutra, imparcial, equânime ou justa. A fim de evitar a infantilidade ou ingenuidade de semelhante sugestão, Popper vale-se de uma ferramenta didática e propõe a divisão da lógica e das espécies de conhecimento em três mundos, demarcando o lugar da subjetividade na teoria do conhecimento.

O mundo 1 (um) contém objetos físicos ou de estados materiais; o mundo 2 (dois) comporta estados de consciência, estados mentais, disposições comportamentais para agir; o mundo 3 (três) é composto por conteúdos objetivos de pensamento, tais o científico, o poético e os de obras de arte. O próprio Popper admite que há algumas semelhanças entre sua proposta didática sobre três mundos e a teoria do mundo das ideias, de Platão, a teoria do espírito científico objetivo, de Hegel, o universo das proposições em si, de Bolzano, e, mais especialmente, com o universo de conteúdos objetivos de pensamento, de Frege. No entanto,

finalmente desmascara os antigos problemas filosóficos como pseudoproblemas e enfrenta a malícia da filosofia com o bom senso da ciência empírica, positiva e dotada de significado. E, volta e meia, os desprezados defensores da ‘filosofia tradicional’ tentam explicar aos líderes do mais recente ataque positivista que o principal problema da filosofia é a análise crítica do recurso à ‘autoridade da experiência’ – justamente essa ‘experiência’ que todo adepto recente do positivismo considera sinceramente garantida. A tais objeções, porém, o positivista reage apenas com um dar de ombros: elas não significam nada para ele, pois não fazem parte da ciência empírica, a única dotada de significado. Para ele, a “experiência” é um programa, não um problema (...).”

¹⁰² A fantasia do adulto é o equivalente da brincadeira da criança. Em decorrência da frustração de um desejo inatingível no mundo real, mas possível no mundo psíquico, como a criança que chupa o dedo à falta da mama materna, o adulto fantasia, embora esconda seu ato fantasioso, envergonhe-se dele ou tente conferir a ele a aparência de importância e seriedade, porque do adulto se espera que atue na realidade. Porém, a fantasia não é o oposto da seriedade, porque tanto a criança leva a sério a brincadeira quanto o adulto leva a sério seus devaneios, quando não psicanalisados. O oposto da fantasia é a realidade (FREUD, 1996-B, P. 136-137).

as diferenças da lógica da ciência de Popper em relação às demais semelhantes são decisivas no conjunto da obra do racionalismo crítico e, por conseguinte, à democracia jurídica a partir da teoria neoinstitucionalista do processo. Ao propor um mundo (3) objetivo, Popper, um confesso realista, pretende confrontar o que chama de “filósofos de crença”, que reduzem sistemas teóricos, problemas e situações de problema, argumentos críticos e outros elementos do mundo objetivo (3) a meros símbolos dos estados mentais do mundo psicológico ou subjetivo (2). É nesse ponto que Popper diferencia conhecimento subjetivo (estado mental, de consciência, com disposição para agir) de conhecimento objetivo (conteúdo do ato de pensar), e adere explicitamente à lógica antipsicologista de Frege, referenciando-o inclusive.

Nesse sentido objetivo, o conhecimento é totalmente independente de qualquer alegação de conhecer que alguém faça; é também independente da crença ou disposição de qualquer pessoa para concordar; ou para afirmar, ou para agir. O conhecimento no sentido objetivo é *conhecimento sem conhecedor; é conhecimento sem sujeito que conheça* (POPPER, 1999-A, P. 108-111).

O racionalismo crítico é objetivista também ao lidar com a realidade ou com o realismo. O negativismo elementar do falsificacionismo de Popper, que nenhuma verdade pode garantir de qualquer enunciado, mas apenas sua falsidade, se liga à etimologia de *objectum*, “como aquilo que estorva a ação”. A ciência tem salutar função na diminuição do sofrimento humano, ao esclarecer o que não se deve fazer, como não se deve agir, falseados os enunciados ou o conhecimento que se propõem como guias da prática (POPPER [1970], 2010-N, P. 217). Ao contrário do pragmatismo, a utilidade da ciência objetiva é apenas negativa na relação lógica-empirismo, ou teoria-prática. A esse ponto se retornará adiante, com os esclarecimentos e desenvolvimentos do racionalismo crítico ofertados por Miller.

Enfim, Popper rejeita toda a epistemologia clássica e moderna, que, de alguma forma, valide ou referende estados subjetivos de conhecimento. Para Popper, toda a epistemologia clássica e moderna é irrelevante para o conhecimento científico. Com a tese do racionalismo crítico, que funda a *teoria neoinstitucionalista do processo* (LEAL), decreta-se, por decorrência lógico-científica, a morte da autoridade jurídico-dogmática e, com ela, a desvalia absoluta da retórica, da tópica, da sensibilidade decisória, da opinião respeitável de homens socialmente admiráveis como critérios de demarcação e decidibilidade de um direito democrático. No marco da *teoria neoinstitucionalista do processo*, os juízos de *culpa* pela prática de um crime e *inocência* para balizar a aplicação ou não (exculpação) de uma sanção penal jamais podem derivar, portanto, de um estado anímico do julgador, nem de qualquer grau de convencimento subjetivo do decisor ao fim do procedimento de imputação e

persecução penais. Mas é preciso ir além e aprofundar no racionalismo crítico para se situar ainda o caráter objetivo do princípio da *inocência* como elemento da dignidade-isonomia que sustenta o devido *processo* constitucionalizante (LEAL) dos procedimentos penais.

4.4 O Racionalismo Crítico como epistemologia das Ciências Sociais e do Direito Democrático

Se tópica, retórica, sensibilidade, opiniões abalizadas por pessoas respeitáveis, nada disso tem relevância para a ciência e o direito democrático, passa a ocupar esse espaço de importância deixado vazio o estudo argumentativo de problemas, situações de problema, conjecturas, hipóteses e teorias científicas, no mundo 3, completamente autônomo. Não interessa tampouco a crença subjetiva do cientista, que se situa no mundo 2, sobre a veracidade do que propõe, no mundo 3. Basta que do seu estudo decorra a oferta de hipóteses (teorias) formalizadas (escrituradas) e criticáveis (não dogmáticas) que se proponham à resolução de problemas epistemologicamente demarcados (situações de problema). No entanto, se a crença subjetiva do cientista (mundo 2) não interfere na correção dos enunciados científicos (mundo 3), por outro lado o estudo dos elementos do mundo 3 lança permanente e efetivo esclarecimento subjetivo (mundo 2) aos estudiosos. O mundo 3 de Popper é um produto do homem, mas conserva-se autônomo em relação ao próprio homem. A autonomia não significa, contudo, incomunicabilidade. Desenvolve-se o conhecimento, segundo Popper, nessa interação do homem com o mundo 3 (exossomático) (POPPER, 1999-A, P. 113-114).

A hipótese ou teoria formalizada e disponibilizada pelo cientista precisa ser refutável, do contrário não se caracteriza como científica. O juízo de refutabilidade também é lógico, por conseguinte consta do mundo 3. Uma teoria é refutável se ela subdivide os enunciados básicos¹⁰³ de que se compõe em duas classes: os enunciados básicos singulares com os quais ela é incompatível (que ela proíbe ou nega), chamados de refutadores potenciais, e os enunciados básicos que ela não contradiz (que ela permite). Feito isso, a teoria será refutável “quando a classe de seus refutadores potenciais não está vazia. Podemos acrescentar que uma teoria só faz afirmações sobre seus refutadores potenciais (asseverando a falsidade deles). Ela nada diz sobre os enunciados básicos permitidos” (POPPER [1934], 2010-C, P.

¹⁰³ POPPER [1934], 2010-A. P. 154: “(...) Os enunciados básicos devem satisfazer as seguintes condições: (1) a partir de um enunciado universal, desacompanhado de condições iniciais, não se pode deduzir nenhum enunciado básico (...); (2) um enunciado universal e um enunciado básico podem se contradizer; (...) [logo] um enunciado básico deve ter uma forma lógica tal que sua negação não possa, por sua vez, constituir um enunciado básico. (...) *Enunciados básicos têm a forma de enunciados existenciais singulares.*”

147), nem mesmo que sejam verdadeiros. Uma teoria ou hipótese científica é refutada quando se admitem enunciados básicos que a contradizem. E refutação não se confunde com refutabilidade. Identifica-se uma hipótese refutadora quando ela for baseada em enunciados singulares e suscetível a um efeito reproduzível. A hipótese refutadora deve ser empírica, isto é, guardar determinada relação lógica com enunciados básicos possíveis, que a submetam a testes por outras teorias (contra enunciados básicos ou singulares em que se apoia), tendo ela mesma (a hipótese refutadora) resistido a esses testes (POPPER [1934], 2010-C, P. 147-148). Em suma, na argumentação científica, para a formalização de uma hipótese refutadora, é imprescindível que ela esteja amparada em outras teorias e tenha resistido a críticas, as quais pretende impor à teoria ou hipótese a ser testada. A argumentação nesses patamares não abre espaço para a Tópica nem para a Retórica, não presta culto à autoridade sujeita a convencimento, não se baseia em lugares comuns da fala, nem em uma imemorial tradição, não depende do estado anímico do sujeito supostamente conhecedor; ela pressupõe, porém, o acúmulo de um estoque teórico (mundo 3), por meio do qual se poderão formalizar hipóteses refutadoras epistemologicamente embasadas contra aquelas ainda resistentes.

Há dois problemas epistêmicos que frequentemente perturbam o cientista social e o jurista. O primeiro é fiar-se, por influência de Platão, Hegel, Marx, em lógicas holísticas, que apresentem leis ou tendências imutáveis e incontornáveis da história. Essa crença é chamada por Popper de *historicismo*. O segundo problema é o aparente retorno fatalista do psicologismo na definição da base empírica da ciência social e do direito como tal.

Para o *historicista*, a base da teoria sociológica ou jurídica é a crônica da história, a partir da qual se fazem previsões, a serem ou não confirmadas no futuro. As leis sociais gerais do *historicista* têm uma configuração não uniforme, mas não deixam de ser generalizantes, embora condicionadas pelo momento histórico. Para o racionalismo crítico, fazer previsões é uma das metas importantes da ciência na redução do sofrimento humano. Todavia, há diferença lógica entre *profecia*, compatível com o *historicismo*, e *predição*, segundo a crítica como método. Na *profecia*, tenta-se acertar a previsão de determinado acontecimento mediante conhecimentos oriundos da descoberta de “(...) ‘ritmos’, ‘padrões’, ‘leis’ ou ‘tendências’ subjacentes à evolução histórica”, da qual se é informado, para, se catastrófico, tentar contorná-lo. Trata-se da radicalização do indutivismo e da *epagoge* pela enunciação de leis ou tendências dadas pela história. Na *predição*, conhecidas as condições iniciais de um processo empírico-causal, abarcado na explicação de uma lei científica geral e negativa, que explora os vazios ou as aporias do discurso do conhecimento, prediz-se o conjunto exato de efeitos ou consequências da experimentação planejada. Para Popper, a sequência histórica é

um processo único, de maneira que as afirmações sobre fatos históricos encerram enunciados existenciais singulares, não universais negativos, como ocorre nas ciências. Logo, não é possível descobrir nem revelar uma lei (ou tendência) geral ou contextual da história. *Leis científicas* não têm a forma lógica de enunciados existenciais singulares e nada do que se afirma singularmente pode atingir a universalidade, nem sequer a generalidade, salvo pelo recurso ao logicamente inválido (em Popper) indutivismo. A partir de *leis* que neguem universalmente algo se abre ao cientista a oportunidade lógica de fazer *predições científicas* cuja transmissão de verdade é garantida pelo método dedutivo; a partir de tendências, que afirmam a existência singular de uma regularidade (doutrina das leis históricas de sucessão, de Mill e Comte), mesmo com todo o aparato da estatística, só é possível fazer *profecias* (POPPER [1936], 2010-D, P. 284-286). Essa diferença fundamental entre *profecia* e *predição* – a primeira desvaliosa, a segunda valiosa para o racionalismo crítico – diz respeito à lógica situacional de problema, sem a qual não se estabiliza a crítica como método.

Mas é na definição da base empírica dos enunciados de uma teoria social ou jurídica que o psicologismo e a subjetividade sempre ameaçam retornar. Por mais que se admita que a observação pura e simples forneça uma consciência ou experiência dos fatos, ela é incapaz de certificar ou justificar a verdade dos enunciados referentes aos fatos observados. Novamente, propõe Popper, trata-se de mudar os questionamentos sobre o conhecimento. Não mais “em que se apoia nosso conhecimento(?)”, nem “como posso justificar minha descrição de determinado acontecimento, protegendo-o contra a dúvida(?)”, e sim “como devemos testar os enunciados científicos, considerando suas consequências dedutivas(?)” (POPPER [1934], 2010-A, P. 151). Um enunciado básico, além de todos os requisitos formais já mencionados (nota 103), precisa referir-se a um evento observável no espaço-tempo. Isso não significa que o subjetivismo reingressa no racionalismo crítico, porque, apesar de a observação poder ter caráter subjetivo, a “observabilidade” é um elemento lógico-objetivo. Por observável deve-se entender, portanto, repetível e interrenunciativamente testável, mediante exposição crítica de uma hipótese ou teoria refutadora, também ancorada em enunciados básicos (POPPER [1934], 2010-A, P. 155).

Embora haja algumas aproximações entre a teoria do Mundo 3 de Popper e a teoria das Formas ou Ideias de Platão, o maior mérito desta última foi, segundo Popper, explicar a noção de semelhança entre coisas individuais diferentes, para a qual até hoje não há teoria melhor. Popper parte dessa contribuição de Platão e substitui a noção platônico-essencialista de ideia (exterior, superior, anterior ao mundo sensível) por *leis da natureza*, que “explicam as regularidades ou as semelhanças das coisas individuais, ou de fatos ou eventos singulares”,

considerando que as *leis da natureza* também *necessitam* de maiores explicações e testes críticos. No racionalismo crítico, não se abordam leis essencialistas da natureza aferíveis por observação ou intuição; em seu lugar, trabalham-se conjecturas descritivas e argumentativas (*explicans*) ousadas sobre as propriedades estruturais do mundo, sem qualquer pretensão de atingir em algum tempo a essência última dos *explicanda* (POPPER [1957], 2010-I, P. 163)¹⁰⁴.

Antes que se reavive a acusação, por causa do termo “natureza”, de que a epistemologia de Popper não serve às Ciências Sociais ou ao Direito, restringindo-se à Física, à Química, à Matemática e à Biologia, não se pode descartar a conjectura da “natureza humana”, de matriz kantiana, nem o debate histórico entre Popper e Adorno sobre a Lógica das Ciências Sociais, nem ainda a obra homônima de Popper, na qual ele defende a valia do racionalismo crítico, da crítica como método e da lógica situacional de problemas para todas as espécies científicas indistintamente, em trecho de obrigatória reprodução:

Sexta tese:

- a) **O método das ciências sociais, como aquele das ciências naturais**, consiste em experimentar possíveis soluções para certos problemas; os problemas com os quais iniciam-se nossas investigações e aqueles que surgem durante a investigação. As soluções são propostas e criticadas. Se uma solução proposta não está aberta a uma crítica pertinente, então é excluída como não científica, embora, talvez, apenas temporariamente.
- b) Se a solução tentada está aberta a críticas pertinentes, então tentamos refutá-la, pois toda crítica consiste em tentativas de refutação.
- c) Se uma solução tentada é refutada através do nosso criticismo, fazemos outra tentativa.
- d) Se ela resiste à crítica, aceitamo-la temporariamente; e a aceitamos, acima de tudo, como digna de ser discutida e criticada mais além.
- e) Portanto, o método das ciências consiste em tentativas experimentais para resolver nossos problemas por conjecturas que são controladas por severa crítica. É um desenvolvimento crítico consciente do método de “ensaio e erro”.
- f) A ideia assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica – a contradição lógica – é objetivo. (grifos acrescidos) (POPPER, 2004, P.16)

Em rigor, Popper critica o que chama de naturalismo ou cientificismo, embora se valha do termo “natureza”, porque não cuida de discutir palavras, termos ou expressões, e sim teorias. Naturalismo ou cientificismo é a defesa de que as ciências sociais têm de aprender com as ciências naturais o que seja método científico, uma postura epistemológica claramente errônea, segundo Popper. Errônea em primeiro lugar porque não deve haver duas

¹⁰⁴ Com essa proposição, Popper remove o chamado obstáculo epistemológico substancialista, também apontado por BACHELARD (2006, P. 121-161) como estorvo à possibilidade da construção de um conhecimento científico.

metodologias; se há, ambas estão falseadas já pelo racionalismo crítico. Errônea em segundo lugar porque nas ciências naturais costuma-se propor um método que inicia com observações e medidas, passa por coleta de dados estatísticos, vale-se da indução e culmina com a generalização e a formalização de teorias. Alega-se que, se este é o método científico por excelência, porquanto oriundo das ciências naturais e isento de valores, as ciências sociais estariam dele distantes, frente à impossibilidade radical de o cientista social se libertar de sua classe, de sua vivência, de sua condição social no mundo para tecer análises neutras e objetivas. Entretanto, Popper alerta que esse entendimento sobre o método das ciências naturais, que se propõe com arrogância estender às ciências sociais e ao Direito, é uma péssima, embora muito comum e largamente praticada, leitura epistemológica, que funda o “mito do caráter indutivo das ciências naturais”. Tal leitura epistemológica equivocada, transposta ao âmbito das ciências sociais, promoveu sobrevalia axiológica à figura do antropólogo, transmutado de “descritivo trabalhador de campo, modesto e de horizontes curtos, a um profundo teórico social de vistas largas e um psicólogo das profundezas sociais”, ou das essências subjacentes aos fenômenos sociais. O destaque da antropologia é a vitória desse mal interpretado método naturalista aplicado às ciências sociais. E arremata Popper a respeito: “Outra vitória dessas, e nós – isto é, ambas a antropologia e a sociologia – estamos perdidos.” (POPPER, 2004, P. 17-19).

Na *vigésima sétima tese* de sua palestra sobre a lógica das ciências sociais, seguida de réplica de Theodor Adorno e reduzida posteriormente a texto, Popper explicita que, além de um mundo físico, com elementos materiais sobre os quais se pretende conhecer algo, a lógica situacional deve admitir um mundo social, de que participam o povo, sobre cujas metas se sabe muito pouco, e as instituições sociais. É pela teorização autocrítica das instituições sociais, correspondentes aos elementos do mundo físico no sentido de que sobre eles se pode estabelecer pesquisa científica, que se promove o crescimento do conhecimento científico-social (POPPER, 2004, P. 32-33). Por conseguinte, é pela teorização autocrítica das instituições jurídicas (processo, Estado, Constituição, pena, culpa, inocência) que se pode desenvolver a ciência jurídica. A matriz epistemológica popperiana já foi transposta ao Direito científico por Leal, ao criar a *teoria neoinstitucionalista do processo* e a ela atribuir a condição de interpretante intrassinificativo de um sistema jurídico democrático, pautado na hermeneutização isomênica dos conteúdos da lei e instituidor de uma sociedade aberta (LEAL, 2010). E aqui se desenvolverá, a título de inovação científica, o conteúdo do princípio da *inocência* no *processo* regente dos procedimentos penais e desprovido de qualquer caráter subjetivante.

4.5 Cognição processual: aproximação não probabilística com a verdade e metalinguagem

A procedimentalidade legal brasileira sobre a cognição (formação do conhecimento) acolhe normas de ofensivo conteúdo inconstitucional, antidemocrático e anticientífico. Ao contrário do que preceituam o artigo 4.º do Decreto-lei 4.567/1942, o artigo 335 do vigente Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973) e o artigo 375 do “novo” Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), ainda em *vacatio legis*, a adoção pelo juiz da experiência comum ou da observação do que ordinariamente acontece para decidir, dever de que não se pode eximir (vedação radical do *non liquet*), não gera conhecimento, ao menos em sentido científico e democrático. Tampouco intuir o que provavelmente ocorreu ou ocorrerá atende a critérios racionais e objetivos de cognoscibilidade. Essas normas positivadas nada mais são do que aberturas para a infiltração da tópica, da retórica, da subjetividade e da autoridade no discurso jurídico dogmático, portanto não democrático (LEAL, 2012-B), mediante concessões epistemológicas ao indutivismo, ao observacionismo (naturalismo ou cientificismo precários, segundo Popper) e ao realismo ingênuo.

Adeptos do método dogmático têm particular fascínio pela probabilidade. Popper demonstra que a probabilidade de uma teoria ou enunciação qualquer é inversamente proporcional ao seu conteúdo informativo. Logo, quanto mais ousada a teoria, a hipótese ou o enunciado explicativos, quanto maior seu conteúdo informativo, menor a sua probabilidade. Embora seja lugar comum, inclusive com chancela da lei, que o decisor busque apoiar-se em probabilidades para decidir, a maior probabilidade de uma teoria ou enunciação é a prova cabal de seu baixo conteúdo informativo ou de sua baixa ousadia científica na investigação da verdade. O avanço do conhecimento se rege por enunciados e teorias com cada vez maior conteúdo informativo, mas não há qualquer razão em pleitear no mesmo enunciado ou na mesma teoria conteúdo e probabilidade, porque se trata de elementos lógicos incompatíveis entre si. Popper adverte que a ideia de probabilidade como algo a ser buscado na ciência está tão arraigada, que muitas pessoas consideram essa descoberta de oposição entre probabilidade e conteúdo, que ele mesmo reputa banal¹⁰⁵, como “paradoxal”. E arremata que o cálculo das probabilidades de enunciados ou proposições é um cálculo da fraqueza lógica (falta de conteúdo) desses enunciados ou proposições. Também relembra que a verossimilhança ou o

¹⁰⁵ Tome-se aproximadamente o exemplo do próprio Popper ([1960], 2010-K, p. 171): a sentença “Choverá sexta-feira e sábado” tem maior conteúdo informativo (ousadia na explicação do mundo, ou predição científica) do que a sentença “Choverá sexta-feira” e, por isso mesmo, é menos provável.

conteúdo de verdades de uma teoria ou hipótese científicas tampouco se identifica com o cálculo de probabilidades, embora muito comumente confundidas (POPPER [1960], 2010-K, P. 171-173), porque a aproximação de uma teoria à verdade dependerá de sua capacidade de resistir às críticas (falseabilidade) de hipóteses refutadoras amparadas em outras teorias, concorrentes à resolução de uma mesma situação de problema, ou de situações de problemas mais complexos.

Sobre a verdade de um enunciado ou teoria científica, tema de suma importância para todo *processualista*, Popper adere à concepção metalógica da verdade segundo Tarski, pela qual para aferição de correspondência entre um enunciado e um fato é preciso recorrer a uma *metalinguagem* semântica, isto é, a uma linguagem na qual se possa discorrer criticamente sobre o enunciado (a linguagem) que remete ao fato, interrogando o sentido da correspondência entre o enunciado e o fato a que ele remete (POPPER [1960], 2010-L, P. 179-180). A verdade, na perspectiva de Tarski e Popper, é objetiva, porque não depende da “*atividade subjetivista fundamental, que só concebe o conhecimento como um tipo especial de estado mental, ou como uma predisposição ou um tipo especial de crença*” (POPPER [1960], 2010-L, P. 180-181). A verdade também não possui caráter instrumental, como no âmbito pragmático, porque o esforço de investigação científico-metalinguística para a aproximação à verdade, mediante resistência a testes teórico-críticos, não raro contradiz o uso instrumental da verdade para consecução de determinados fins, situação em que o sujeito conhecedor se satisfaz muito mais com teorias sabidamente falsas (já falseadas ou não resistentes à crítica). A teoria da verdade dependente da probabilidade recai no problema da subjetividade, da verificabilidade e, portanto, da irrefutabilidade de enunciados ou proposições (POPPER [1960], 2010-L, P. 180-183).¹⁰⁶

A importância da *metalinguagem* tanto no plano da ciência (mundo 3), quanto naquele da formação da subjetividade (mundo 2), se faz mostrar no famoso caso de Helen Keller, uma menina cega, surda e muda, que criou para si uma linguagem em sentido abstrato, como substituto da fala, a fim de estabelecer comunicação, e, por ela, dominou a língua e a literatura inglesas. A linguagem de Keller apresentava correspondência *biunívoca* com a língua inglesa, embora dela até fisicamente destoasse (POPPER [1977], 2010-P, P. 262-263). A *biunivocidade* metalinguística explica as noções neoinstitucionalistas de *contraditório-vida*, *ampla defesa-liberdade* e *isonomia-dignidade*, como elementos estabilizadores e

¹⁰⁶ E na P. 186 (POPPER [1960], 2010-L): “Não estamos interessados em estabelecer que as teorias científicas são seguras, corretas ou prováveis. Conscientes de nossa falibilidade, nosso interesse é criticá-las e testá-las, na esperança de descobrir onde erramos, aprender com os erros e, se tivermos sorte, conceber teorias melhores”.

interenunciativos da metalinguagem processual à linguagem jurídico-democrática por ela produzida. Não há vida humana sem contraditório, não há liberdade humana sem ampla defesa, nem dignidade sem isonomia de todo o povo, destinatário e produtor do direito democrático, na (des-)construção e (res-)semantização de seu conteúdo, pela via do *processo*. A *dessujeitização* e a *dessubjetivação* do Direito e, por conseguinte, dos institutos jurídicos da *culpa* e da *inocência* são conjecturas ousadas e apoiadas no *processo* como *metalinguagem* autocrítica que desgarram o jurista da “crença milenar de que o Direito é uma dimensão congênita (autopoiética) e intrínseca ao ser social à normatização (sistematização) comportamental do homem” (LEAL, 2012-A, P. 100-101). Também se ressignifica a noção de direito positivo como *direito pós-ativo* (ou pós-ativado, a ser ativado) pela discursividade instituinte e constituinte-constitucional do *processo*, e não mais “miticamente surgido da natureza ou de um **poder** instituinte (constituinte) originário (egresso) do leito das culturas ou da razão pura ou apriorística” (LEAL, 2012-A, P. 101).

A teoria *neoinstitucionalista* do processo conjectura, à sua compreensão, a pré-instalação de um **pacto** de significância (paradigma discursivo-linguístico) como *teoria da constitucionalidade* (teoria axial), a regenciar e balizar a construção, aplicação e extinção do **direito** que reclama, por conseguinte, ao seu exercício, falantes **di-alógicos** (*legitimados ao processo*) que adotem princípios autocríticos: **contraditório, ampla defesa e isonomia**. Em consequência, ao se sustentar, na perspectiva *neoinstitucionalista* (LEAL: 2002), que o *processo* é instituição constitucionalizada que se define por tais **princípios**, o que se desconstrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de “**eus**” solipsistas, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do DIREITO (LEAL, 2012-A, P. 104).

Na ciência do Direito Democrático da Teoria *Neoinstitucionalista*, o *processo* coloca-se como a *metalinguagem* pela qual se interrogam o sentido e o conteúdo dos enunciados que se reportam a fatos jurídicos, no sentido crítico, objetivo e falibilista de Popper e Tarski. Mais: o interesse do cientista do Direito Democrático não é em verdades evidentes, tautológicas, mas em verdades interessantes, concebíveis como produto do não falseamento de enunciados e proposições por resistência a testes teórico-críticos, com grande conteúdo informativo. A essa soma de resistência à crítica e conteúdo informativo Popper chama *verossimilhança* (POPPER [1960], 2010-L, P. 189-191), a cuja aproximação o falsificacionismo invariavelmente conduz, sem qualquer ligação com a probabilidade – ao contrário, afastando-se dela, por seu caráter subjetivista, indutivista, justificacionista, verificacionista. A verdade segura e definitiva não é nem pode ser o único objetivo do cientista em uma epistemologia não dogmática e, por conseguinte, do *processualista* no

paradigma do Direito Democrático. Afastar as falsidades, os erros, a ignorância já são objetivos bastantes ousados, por mais que se repute tal atitude simplória, insuficiente, negativista:

É uma impressão muito equivocada da nossa atitude. Podem chamar-nos de negativistas ou do que quiserem, mas é preciso reconhecer que estamos tão interessados na verdade quanto qualquer pessoa – por exemplo, quanto os membros de um tribunal de justiça. Quando o juiz diz a uma testemunha que ela deve dizer “a verdade, *toda* a verdade e nada mais que a verdade”, o que ele busca é toda *verdade pertinente* que a testemunha possa oferecer. Uma testemunha que se pretenda alongar em detalhes irrelevantes é insatisfatória como testemunha, mesmo que essas irrelevantes sejam truismos e, portanto, parte de “toda a verdade”. Ao pedir “toda a verdade”, é óbvio que aquilo que o juiz – ou qualquer outra pessoa – deseja é o máximo de informações verdadeiras *interessantes e pertinentes* que se possa obter; muitas testemunhas sinceras deixam de revelar informações importantes simplesmente por não saberem da relevância delas para o processo (POPPER [1960], 2010-L, P. 189).

Toda teoria, todo enunciado, toda hipótese possuem um teor de verdade e um teor de falsidade. Uma teoria terá maior grau de verossimilhança se seu teor de verdade, mas não seu teor de falsidade, for maior do que a de outra com ela comparável; ou se o teor de falsidade da outra, mas não o teor de verdade, ultrapassar o da primeira. Não se implanta essa comparação de graus de verossimilhança (soma de não falsidade e amplo ou ousado conteúdo informativo) entre teorias sem a testabilidade da crítica como método em Popper (POPPER [1960], 2010-L, P. 192-194).

A cognição do homem não é pura ou independente da ou anterior à experiência, conforme Kant, mas depende de uma postura ativa do conhecedor, até mesmo para que se torne uma pessoa, no sentido psicanalítico. Esse esforço cognitivo passa não apenas pelas reações intersubjetivas, isto é, de alguém com o mundo 2 de outrem, com sua linguagem e suas idiossincrasias, mas principalmente com o mundo 3, lógico-científico, das teorias, dos problemas, das conjecturas existentes de per se (POPPER [1977], 2010-Q, P. 275).

4.6 A reforma jurídica gradativa das instituições (*piecemeal engineering*) e a ressemantização da inocência

Compatível com a adesão a leis ou tendências históricas é uma engenharia utópica, de remanejamento, reorganização ou refundação da sociedade em sua totalidade. Popper propõe no lugar das utopias uma engenharia social de ação gradual (*piecemeal engineering*), que se caracteriza como reforma aos poucos das instituições sociais por meio da crítica como

método na eliminação de erros. O termo engenharia, em princípio, pode suscitar questionamentos quanto ao seu viés única e exclusivamente tecnológico e da figura do engenheiro como o sujeito que reúne uma série de conhecimentos para tomar decisões de forma centralizada. Porém, no Racionalismo Crítico, o engenheiro usa conhecimentos para se informar sobre a limitação de seu conhecimento e de sua iniciativa (POPPER [1944], 2010-E, P. 300, nota 6), exatamente como no Direito deve se comportar o decisor, ao lidar com o processo coextensivo ao procedimento.

O historicista, que se baseia em míticas leis ou tendências autopoiéticas da história, coloca-se como engenheiro utópico de refundação da sociedade, olvidando que, embora seja fácil centralizar o poder ou o monopólio da violência, é impossível centralizar todo o saber. A tentativa de moldar os saberes de indivíduos a partir de escola ou educação, grande mídia ou propaganda (dispositivos capturantes, segundo Foucault), consiste na destruição das potencialidades de descoberta sobre as diferenças de pensamento das pessoas e, em consequência, da ciência. O ganho e a centralização de poder são diretamente proporcionais à perda de conhecimento (POPPER [1944], 2010-E, P. 308-309). A autoridade planejadora benevolente da engenharia utópica e historicista bem representa o papel do decisor (administrador, legislador, juiz) dos Estados Liberal e Social de Direito, enquanto o engenheiro social de ação gradual se compatibiliza com a postura do decisor no direito democrático em perspectiva neoinstitucionalista.

Por isso, deixa de ser importante no direito democrático edificante de uma sociedade aberta quem governará ou exercerá em dimensão pública qualquer poder ou função; importante é como isso será feito e por quais instituições articuladas pelo racionalismo crítico e sua regra suprema de proibição da vedação da liberdade de conjecturas e refutações se impedirá que os maus governantes ou exercentes de poder ou função façam estragos em demasia. Afinal, a liberdade, como noção ligada à razão natural da natureza humana (KANT), pressupõe limites, demarcação, normatividade, sem os quais abre espaço para a mais desabrida tirania e seu efeito paralisante. É o que Popper, resgatando a “República” de Platão e o pré-socrático Heráclito, chama de “paradoxo da soberania”, sob o ponto de vista lógico, a harmonizar-se com toda crítica à soberania trabalhada nos capítulos anteriores: soberania como expressão de violência pura, fundadora ou mantenedora do direito, instituidora do estado de exceção, apropriada pela autoridade com suas idiossincrasias subjetivantes e psicopatologias, além de geradora, como contraponto, do *homo sacer* assujeitado, abandonado, estiolado. “*Todas as teorias da soberania são paradoxais (...), até mesmo a forma da teoria da soberania que exige o ‘império da lei’.*” (POPPER [1945], 2010-F, P. 314).

A tibieza da evocação do “império da lei” ficou clara quando da abordagem acima (item 2.5) do caráter retórico do princípio da legalidade (CUNHA, 1979), mas o esclarecimento de Popper vai além: não há como, sob o ponto de vista lógico, combinar uma autoridade soberana com a ciência exposta à crítica para eliminação de erros. O acúmulo de poder na figura do soberano destrói o campo público da crítica, no qual se viabiliza o crescimento do conhecimento (POPPER [1945], 2010-F, P. 314-315).

Do mesmo erro epistemológico do historicismo e seu engenheiro holista e utópico participa a concepção da história como uma grande conspiração, que nada mais reflete do que a laicização da superstição religiosa de uma instância governativa e controladora da vida de todos, ou da vida de todos governada por Um ou por poucos. Esse erro se exprime com particular clareza diante da percepção de que as ações humanas individuais são tantas e com uma infinidade tal de consequências possíveis, desejadas e indesejadas pelo agente, ou mesmo imprevisíveis, logo incontroláveis por ele próprio, que o controle de tudo por Um ou poucos ganha a característica de mito. Não é objetivo das ciências sociais e do Direito enunciar *profecias*, mas o é a redução da massa de imprevisibilidades e incontrolabilidades dos acontecimentos futuros, por via de *predições*, via reforma gradual das instituições jurídicas (*piecemeal engineering*). As *predições* tampouco excluem a possibilidade (mesmo frequente) de ocorrência, como fenômenos sociais típicos, de conspirações. Importante é não encarar a história como grande conspiração, ou produto de uma (POPPER [1945], 2010-G, P. 342-343).

Em compatibilidade com as proposições psicanalíticas, Popper identifica como uma pessoa doente quem se coloca na condição de autoridade soberana, engajado, alguém que não mostra disposição para corrigir suas crenças, nem sob pressão de acontecimentos e argumentos críticos. A doença e a irracionalidade são contrapontos à sanidade e à racionalidade não como maldições ou dons, respectivamente, do homem, mas como posturas diante da situação de problema. As neuroses, segundo Freud, funcionam como saídas de uma situação que o agente, como a criança, não compreende ou com a qual não sabe lidar. A melhor definição dessa situação passa pela proposição da “situação de problema”, de acordo com Popper. A loucura dos “engajados” planejadores utópicos, revolucionários holísticos, também está em que, por melhor que seja sua avaliação situacional-problemática da época, resistem eles a toda correção e mudança críticas, porque prisioneiros de suas capturantes e irrenunciáveis manias (um dos produtos do comportamento neurótico), mesmo sendo potenciais sabedores de que, como quaisquer pessoas, não carregam toda a verdade nem a verdade do todo. O resultado do engajamento é a construção de sujeitos (assujeitados) espiritualmente cativos, ou irracionais, assumidos ou não, conscientes ou não (POPPER

[1967], 2010-M, P. 356-357). Toda essa situação de problema é compreensível no plano epistemológico ou metalinguístico do racionalismo crítico de Popper e Miller e do *processo* como teoria de lei democrática de Leal.

O atraso epistemológico das ciências sociais em geral e do Direito em particular está em não terem atingido ainda o que Popper qualifica como caráter público do método pela metalinguagem autocrítica, o que as transforma em “ideologias totais”. O alerta de Popper às ciências sociais, plenamente válido para o Direito, no sentido de abandonar os “artifícios verbais e enfrentar os problemas práticos de nossa época com a ajuda dos métodos teóricos que são fundamentalmente idênticos em todas as ciências” (POPPER [1945], 2010-H, P. 368-369), foi aceito por Leal, que ofertou à crítica a teoria *neoinstitucionalista do processo*, como eixo jurídico autocrítico (metalinguagem) de co-instituição de uma sociedade aberta e democrática. O princípio da *inocência*, constitucionalizado no direito brasileiro (art. 5.º, LVII, da CRFB), jamais foi estudado, pesquisado e ressemantizado para compatibilizar-se ao ganho teórico da Constituição brasileira de 1988, a partir da matriz *neoinstitucionalista* (LEAL) e do racionalismo crítico (POPPER/MILLER). Eis o desafio que se enfrenta agora, depois de fixadas as noções epistemológicas que dão contornos à situação de problema no direito democrático e científico, cuja solução se vem propor: um princípio de *inocência* ou não *culpa(bilidade)* que se enuncie abolindo qualquer carga subjetivante nos procedimentos penais pela teoria *neoinstitucionalista* do processo¹⁰⁷.

4.7 Noções indispensáveis à compreensão da Teoria Neoinstitucionalista do Processo (Leal) como topologia democrática dos procedimentais criminais e penais

A compreensão da teoria *neoinstitucionalista* do processo depende de um prévio esclarecimento sobre a filosofia da ciência e a trajetória histórica dos estudos em epistemologia. Além disso, convém situar topologicamente o jurista sobre a diferenciação clara de vários elementos lógico-jurídicos do discurso democrático, já desenvolvidos por Leal e seus alunos na matriz teórica *neoinstitucionalista*, para, por fim, avançar-se sobre o novo

¹⁰⁷ LEAL, 2010. P. 200. “Popper criou uma **epistemologia** de incomparável singularidade delineando a possibilidade de o homem ser, ele próprio, e cientificamente, o gradual construtor de seu destino, **responsabilizando-se**, a cada instante, pelo seu crescimento mental ou pela sua degeneração. Em sendo o seu **método** uma *regra de regulação* que, em decorrência de seus próprios **conteúdos corroborativos**, é uma norma *autocrítica* de preservação de constante *abertura argumentativa*, rompe com os conceitos de norma como *signo* de condutas advindo de corredores isotópicos da história ou formativo de estereótipos sociais e psicológicos não refutáveis contraditoriamente pelos homens. Daí, Popper também lança a pedra fundamental de um DIREITO a ser teorizado para **co-instituir** uma SOCIEDADE ABERTA (micro ou macroteórica), o que venho desenvolvendo pela minha *teoria neoinstitucionalista do processo*.”

conteúdo do princípio da inocência. Uma primeira e indispensável diferenciação é a existente entre *dogmática analítica* e *hermenêutica isomênica*. A dogmática analítica é o método de interpretação do sentido da lei ou do direito a partir das opiniões abalizadas das autoridades: legislador, juiz e doutrinador¹⁰⁸. O subjetivismo é parâmetro de decisão na dogmática analítica, fundada em uma das derivações da clássica lógica formal e apofântica de Aristóteles, a lógica modal. Segundo a dogmática analítica (GRESTA, 2014, P. 01-08; 78-81; 128-130), embora o Direito seja objeto de interpretação por vários sujeitos, apenas alguns deles conseguem atingir transcendência ao que enunciam sobre a lei. Aos demais (não autoridades) cabe apenas se conformar com o que dizem as autoridades. A *dogmática analítica* é a lógica da interpretação compatível com os paradigmas genocidas de Estado Liberal e Social de Direito, que promovem a exclusão jurídica de direitos fundamentais no nível instituinte da lei, isto é, quanto à enunciação de seu conteúdo, visto que, por causa de sua imóvel estruturação discursiva, nem todos podem participar de sua construção. Trata-se de um conhecimento pré-científico (BACHELARD, 2006) estruturante de um direito violento (BENJAMIN, 1999), que lida com um povo em sentido tribal e, apesar das repercussões funestas, constitui a base epistêmica amplamente majoritária das obras acadêmicas (manuais e cursos), das condutas dos atores jurídicos (“operadores” do direito) e dos procedimentos criminais e penais brasileiros. Esse conhecimento Leal qualifica de “dogmática bio-jurídico-econômica” (LEAL, 2010, P. 256):

Enquanto tratarmos os desvalidos, os marginalizados, os pobres, os deseducados, os ignorantes, os alienados, os incapazes os desajustados, os desalinhados, como inimigos de nossas “verdades” e “certezas” quanto ao sistema social, jurídico e econômico, que adotamos, ainda estaremos no nível darwiniano de fazer nossas “ciências” prevalecerem em face de outras (**duelo de ideologias**) mediante a **seleção natural** das que melhor empregarem (guerreira ou pacificamente) a sua **violência** por estratégias de eliminar, com dor ou sem dor, os “inimigos sociais”. O “**conhecimento pré-científico**”, porque recebido da história, da tradição, dos doutrinadores (dogmáticos), dos vencedores, não disputa “teorias” em suas olimpíadas, mas a fortaleza do vigor físico e ideológico, o império corporal da propriedade do saber hegemônico pela indiferença mortal aos derrotados. A delinquência é combatida pela **delinquência dos vencedores**. Leva-se, assim, Darwin ao pé da letra, isto é, coloca-se o sobrevivente portador de ideias de

¹⁰⁸ COUTURE, 1956, P. 33-34: “O Direito, em todas as suas formas, (...) é o objeto da interpretação. Os diversos intérpretes possíveis são os seus sujeitos. O legislador, o juiz e o professor são três dos mais qualificados intérpretes da lei. O encargo que cada um deles desempenha faz variar a transcendência de sua obra interpretativa. Não são os únicos: o governante, o funcionário da administração pública, o advogado, o escrivão, o jornalista são outros tantos intérpretes da lei que projetam sua atividade sobre a vida social. Mas, o legislador, o juiz e o professor trazem seu apoio à tradicional classificação que distingue entre interpretação legislativa ou autêntica, interpretação judicial e interpretação doutrinária. É possível que fique, assim, esclarecido que essas três formas de interpretação não são três maneiras diferentes de ler a lei ou de lhe extrair o sentido. São, apenas, variantes da função do sujeito que interpreta. O objeto é o mesmo; a operação é a mesma; só o sujeito varia e, com ele, a transcendência da obra”.

sobrevivência vitoriosa no pé-destal da linguagem (*letra*), dispensando-se esta como veículo construtivo da “teorização” do *homem* e dos problemas que o levam a se matar no lugar de suas “teorias”. Os vencedores não percebem que seus derrotados são os que não conseguiram operar, de modo comportamental e com submissão eficiente, a “teoria” do vitorioso (LEAL, 2010, P. 254).

A indexação do direito criminal e penal dogmático a um substrato econômico excludente e a sua funcionalização à preservação do *status quo* dos patrimonializados (civis) ficam claras na obra de Leal, em que o sentido esclarecido das expressões *civil* (patrimonializado) e correlatos (engenharia civil, aviação civil, jurisdição civil, polícia civil, processo civil...), *cidadão* (adotado pelo civil, porque aderente e submisso à forma de vida dos civis) e *povo* (*potus*, cindido, excluído da fruição da forma de vida que a-si-entifica – *ser* – pelo *ter*) indica a impossibilidade da democracia jurídica enquanto for civil o *processo* (LEAL, 2005-A), ou enquanto a Constituição for interpretada pela matriz civilística do Direito e do processo (LEAL, 2009). O criminoso é o produto não desejado, mas já naturalizado, da fissão permanente e planejada do *potus* para manutenção da sociedade civil como enucleação de poder econômico. Com ele há de se lidar com um “processo” (o sentido aqui é conjunto de procedimentos) que não só não se oponha ao *civilismo*, como reafirme sua violência fundadora e mantenedora, por meio do manejo das penas. Não interessa aos juristas dogmáticos do penalismo sequer mais estudar as causalidades do crime, porque isso não faz parte das preocupações epistemológicas dos manejadores de penas, donde se abandonarem as nomenclaturas “direito criminal” e “processo criminal” e substituí-las pelos mais representativos da crueldade dogmática “direito penal” e “processo penal”.

Já a *hermenêutica isomênica*, ao propor igual direito de interpretação para todos, dispensa e afasta a subjetividade e a autoritariedade decisórias na estabilização dos sentidos jurídicos. Ao contrário da dogmática analítica, em que a estabilização do sentido jurídico se dá pela subjetividade do intérprete autorizado a migrar intra e extrassistemicamente em busca de uma interpretação igual para todos, porque constrito pela compulsoriedade das decisões jurisdicionais (radical vedação do *non liquet*), a *hermenêutica isomênica* estabiliza sentido dentro do sistema jurídico pelo pacto sígnico autocrítico (contraditório, ampla defesa e isonomia) de fundação de uma vida proposicional-*discussiva*, na permanente abertura do *devir* (LEAL, 2010, P. 254 e 262). É essa abertura *linguístico-proposicional-discussiva* que permite a (des-)construção de um direito não dogmático, dela participando, no nível constituinte dos procedimentos criminais (penais), o princípio da *inocência*. A *hermenêutica isomênica* dos procedimentos criminais (penais) não se efetiva sem o conteúdo do princípio da *inocência* ou negação da *culpabilidade* até o trânsito em julgado de eventual decisão

condenatória, porque, do contrário, aqueles que tivessem contra si uma presunção de culpa antes do trânsito em julgado de decisão condenatória definitiva seriam portadores de menor *dignidade* do que outros, algo inadmissível no direito democrático¹⁰⁹.

Da diferenciação entre dogmática analítica e hermenêutica isomênica decorrem duas outras de grande importância à compreensão do *devido processo constitucionalizante* na teoria *neoinstitucionalista*. Uma entre intérprete e *interpretante*; outra entre discurso e *discusso*. Intérprete é o sujeito que, ao enunciar a interpretação jurídica, estabiliza-a por sua autoridade, como legislador, juiz ou doutrinador, na lição de Couture (nota 108). O sujeito-intérprete se situa no mundo 1 de Popper, enquanto seus estados mentais, erroneamente tomados como balizadores do conhecimento jurídico, são elementos do mundo 2 de Popper – ambos sem qualquer relevância à construção de um conhecimento jurídico-científico democrático. Já *interpretante* é uma teoria linguística (*metalinguagem*) estabilizadora da enunciação jurídica com a qual se desenvolve o entendimento lógico-objetivo dos diversos textos¹¹⁰ pelos quais se enuncia o discurso (*discusso*¹¹¹) democrático. A teoria interpretante é um elemento do mundo 3 (lógico) de Popper. Essa diferenciação *neoinstitucionalista* não seria possível sem os estudos de Leal¹¹² sobre a Semiótica e a Semiologia e a ulterior teorização do *signo* “para explicitar o percurso da fabricação do sentido (linguagem) desde a

¹⁰⁹ De forma alguma se encaminha o princípio (proposição) da inocência neste trabalho como “direito natural” de reconhecimento irrecusável pela autoridade, devido a todos por uma suposta (não teorizada) “condição humana”. A dignidade da hermenêutica isomênica, na teoria neoinstitucionalista, não depende do reconhecimento da autoridade, por isso opera tanto em favor do inocente *homo sacer* (destituído da “dignidade do civil-cidadão”) quanto do não inocente (portador da “dignidade civil-cidadã”) (LEAL, 2016). A inocência como elemento da dignidade-isonomia neoinstitucionalista, enfatize-se, tem lugar na lógica proposicional autocrítica, objetiva e formativa do discurso jurídico-democrático de uma sociedade aberta.

¹¹⁰ “Faz-se imperiosa uma distinção entre *discurso* e *texto*, uma vez que este, pré-impregnado por uma carga pragmático-histórica, tanto pode ser uma pré-linguagem, quanto uma fala, uma expressividade ou mera sinalização comunicativa, sem que se estabeleça (formalize) originariamente um *discurso* (descritividade) em cujo bojo se implante um *paradigma* (regra suprema) de vedação legitimante da proibição de sua axiomatização (dogmatização). Para isso, em **Direito Democrático** (não dogmático), a LEI há de ter origem, como criadora da norma jurídica, numa teoria que se ofereça por conteúdos do *devido processo* a partir do qual todo o sistema (aberto a todos) se sustenta e se operacionaliza. (...) O *discurso* (*dis-curso*), se não é originariamente **texto** produzido pela LEI escrita advinda da teoria do processo instituinte da vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, igualdade-dignidade como fundante (instituição fundacional) nuclear de um sistema jurídico (co-instituições formalizadas) continua vedando significados suscetíveis de interpretação em regime de igualdade para todos os concernidos juridicamente (**comunidade jurídica**).” (LEAL, 2010, P. 267-268).

¹¹¹ “*Discusso*” é neologismo criado por Rosemiro Pereira Leal, a partir do termo discussão, bem afeito a processo, para diferenciar a metalinguagem crítico-teórica (linguagem como cálculo) compatível com o racionalismo crítico do *discurso* como linguagem pragmática (linguagem como meio universal) em torno da qual se estruturam outras propostas epistêmicas (de Wittgenstein a Habermas, por exemplo), reunidas sob o título sedutor de “viragem ou reviravolta linguística” (cf. OLIVEIRA, 2001). Nessa diferenciação neoinstitucionalista entre discurso e *discusso* percebe-se a grande contribuição, admitida por Leal, da obra de KUSH, 2003, P. 250-281.

¹¹² Leal sempre referencia em seus estudos, como plataforma de desenvolvimento da *teoria neoinstitucionalista do processo* e da lógica da processualidade democrática, a obra do linguista brasileiro LOPES, 1978. Confere ainda LEAL, 2010, P. 272 e seguintes.

realidade nua ao significado que orienta a comunicação humana”. Originalmente, a proposta dos linguistas ancora o significado em um pacto cultural e histórico de sentido implícito nos signos. Eis o que Leal caracteriza como *discurso*, sem serventia à *teoria neoinstitucionalista* como eixo da lógica da processualidade democrática, que, à falta de termo mais significativo, acolheu o neologismo *discusso*, desenvolvido a partir das noções de *discussão* e *dever* como elementos referenciais ao pacto teórico-metalinguístico-proposicional-autocrítico da democracia jurídica neoinstitucionalista (não dogmática). O problema do *discurso*, que o torna incompatível com o direito democrático, é aderir ao mito do contexto¹¹³, tanto em sua versão baconiana do real como racional, quanto da clássica *epagoge* grega, uma realidade portadora de essências e doadora de sentidos vitais ao homem, seja pelo decurso do tempo histórico, seja por um imemorial pano de fundo semiótico-culturalista ou tradicionalista sobre o qual se desencadeiam as ações humanas. No fundo, o *discurso* desafia, mais uma vez, os dois problemas lógicos enfrentados por Popper ao longo de sua carreira: o problema da indução e o problema da demarcação do conhecimento.

Diga-se que, após o movimento constitucionalista contemporâneo dos anos 1980, a fé positivista no essencialismo da *realidade* que ditasse o sentido da vida para os homens começou a declinar em suas bases culturais. A crença em fatos inocentes ou pré-culpados (**lícitos e ilícitos por si mesmos**) abalou-se com o desnudamento das ideologias de dominação continuada que, embora de aceitação generalizada à força de uma mídia insistente e dolosamente estratégica, já se mostra insuscetível à blindagem exitosa de seu integral ocultamento em razão de vazamentos cotidianamente traduzidos numa **violência social** cada vez mais indomável. O pior a registrar é que a maioria dos semiólogos e semiotistas (e escolas linguísticas afins) ainda trabalham a linguagem numa relação diádica sem considerar a realidade-referente, aceitando simplesmente a obtenção dos *significados* por “laços culturais” espiritualizantes, completamente desenfocada dos fatos reais como se a história tivesse origem no mito cosmogônico (república platônica) de uma simbologia antropológica de um homem entelequial (arquétipo de Jung). (LEAL, 2010, P. 264).

A *teoria neoinstitucionalista do processo* propõe assim a abordagem da linguagem como linguisticidade, isto é, a oferta teórica de uma *metalinguagem* construtiva do sentido jurídico pela estabilização do *discusso* a partir de um *pacto sígnico* em torno dos *códigos* biunívocos intrassistêmicos do *devido processo* – contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade – sem os quais os corpos humanos continuam capturados por signos, símbolos, referentes, mitos, lendas e utopias opacos e obscurantistas de um mundo da vida não pesquisado nem esclarecido, cuja ignorância preserva o *status quo* aflitivo e angustiante

¹¹³ “O mito do contexto pode definir-se numa frase, como a que se segue. *A existência de uma discussão racional e produtiva é impossível, a menos que os participantes partilhem um contexto comum de pressupostos básicos, ou, pelo menos, tenham acordado em semelhante contexto em vista da discussão.*” (POPPER, 1999-B, P. 57).

do viver em meio à realidade violenta de um direito exceptivo e excludente (LEAL, 2010, P. 258). O que de novo se propõe na presente tese é que a *inocência* integra o conteúdo do signo da *dignidade-isonomia* regente dos procedimentos criminais e penais.

Outra contribuição singular da teoria *neoinstitucionalista* do processo à construção de um direito democrático pela lógica do racionalismo crítico é a crítica ao modelo civil de processo constitucional, que, apesar de anunciar ruptura com a teoria do processo como relação jurídica, perpetua a indexação econômica (civil) da Constituição, olvidando o devido processo constitucional econômico a serviço da dignidade dos brasileiros (artigo 170, *caput*, da Constituição). A crítica ao modelo constitucional de processo abre espaço para a teorização do *sujeito de direito* nas democracias, que tem asseguradas para si a certeza e a liquidez dos direitos fundamentais de auto-esclarecimento (contraditório, ampla defesa e isonomia) e do exercício da *hermenêutica isomênica* na proposição da normatividade de seu destino. Esse *sujeito de direito* não se reduz ao *sujeito natural*, o *homo sacer* de Agamben, titular apenas do próprio corpo, nem se esgota no *sujeito individual*, aquele que possui direitos patrimoniais e a sua sobrevivência asseguradas desde o nascimento, por herança de situações (patrimonialidade) jurídicas consolidadas ao longo da história (LEAL, 2009, P. 288-291). É por esse texto de Leal que se percebe o *processo neoinstitucionalista* a serviço da geração (gênese) da subjetividade democrática (sujeitos de direitos fundamentais) estendida a todos, em contraposição a um processo instrumental da jurisdição nos Estados Liberal ou Social de Direito (Estados-organizações-criminosas), que, reproduzindo estruturas comunicantes milenarmente genocidas e não ofertadas à crítica (ideologias blindadas), repete a técnica de assujeitamento do homem por *dispositivos jurídicos* a serviço da *biopolítica* e assegura a continuidade do *estado de exceção*, em que não se dá a todos participar ou fruir dos conteúdos da lei.

A *subjetivação* (construção do sujeito) jurídico-democrática é produto do *processo*, e não situação anterior a ele, de maneira que não exerce nem pode exercer qualquer influência causal, autoritária e pressuposta na tomada da *de-cisão*¹¹⁴ *jurídica*, como ponto de parada procedimental na infinita fiscalidade aberta pelo *devido processo constitucionalizante* à oferta de novas críticas (LEAL, 2002, P. 144-145). Já a *sujeitização* jurídico-dogmática marca a

¹¹⁴ AGAMBEN, 2006, P. 128: “O hábito, a morada em que ele já se encontra sempre, é, para o homem, o lugar de uma cisão; é aquilo que ele jamais pode apreender sem receber daquilo uma laceração e uma fissura, o lugar onde jamais pode estar verdadeiramente *desde o início*, mas aonde pode somente *no fim* regressar. É esta cisão demônica (...) que ameaça o homem no próprio coração do seu *êthos*, da sua morada habitual, que a filosofia deve sempre pensar e ‘absolver’. Por esta razão, a filosofia deve necessariamente ter o seu princípio na ‘maravilha’, deve, pois, sair desde sempre de seu hábito, alienar-se desde sempre e de-cidir-se a partir dele, para poder então retornar a ele, atravessando a sua negatividade e absolvendo-o da cisão demônica.”

captura do corpo pelos dispositivos violentos e exceptivos da realidade hostil ao homem, sobretudo daquele posto na condição de servidor público (legislador, administrador, julgador, acusador, defensor) autorizado a adotar *decisões* com *força-de-lei* na lacuna ou na ausência de lei – isto é, a pornográfica *autoridade*. *Sujeitização e autoridade* não se compatibilizam com direito democrático e em hipótese alguma podem constituir qualquer fundamento decisório.

É a partir das proposições processuais neoinstitucionalistas de diferenciação entre *intérprete* e *interpretante*, *decisão* e *de-cisão*, *sujeitização* e *subjetivação*, *dogmática analítica* e *hermenêutica isomênica* que se pode defender a tese segundo a qual, rejeitando todos os primeiros itens dessas dicotomias e adotando os últimos, o princípio da *inocência* na procedimentalidade criminal brasileira possui conteúdo *objetivo* compatível com o Racionalismo Crítico (POPPER/MILLER). A *inocência* constitucionalizada no Brasil é a mais importante expressão da *dignidade-isonomia* do sujeito de direitos na lógica isomênica da processualidade democrática, quando investigado ou acusado por alegada prática de infração penal. Por isso, a condição fundamental de *inocência* e a sua antítese, a imputação de culpabilidade, no sentido criminal, para sustentar a aplicação de uma pena ao condenado, não decorrem (nem podem) de uma decisão (força-de-lei sem lei ou pura violência, consoante AGAMBEN, 2008, P. 60-61) justificada ou oriunda da subjetividade do intérprete capturado (assujeitado) por dispositivos da dogmática analítica e blindado pela condição fantasiosa de autoridade.

Adeptos da dogmática analítica e das mais variadas formas de positivismo e neopositivismo jurídico-epistemológico defendem como dogma a igualdade de todos perante a lei (artigo 5.º, *caput*, da Constituição), no entanto o sentido dessa igualdade dogmática é isotópica, mas cognoscitivamente assimétrica. Isto é, na dogmática analítica é possível uma interpretação igual do direito para todos, mas não um igual direito de interpretação para todos, porque a interpretação constitui monopólio da autoridade. Segundo a teoria *neoinstitucionalista* do processo, a lei objeto da interpretação precisa expressar a teoria que a ela deu origem, indicando com clareza os níveis *instituinte* (teórico-epistemológico do *devido processo constitucionalizante*), *constituente* (do *devido processo constitucional*) e constituído (do *devido processo legal*) do discurso (*discusso*) lógico-jurídico, para construção, aplicação, modificação e extinção do sistema e dos direitos (LEAL, 2010, P. 271).

O *devido processo* é a teoria *interpretante* do Estado Democrático de Direito em uma *sociedade aberta*, da qual não se pode esquivar o intérprete sem recair na tópica e na retórica, a menos que conjecture e oferte à crítica (refutabilidade) uma nova teoria *interpretante* desde o nível instituinte do sistema jurídico. A tópica e a retórica podem até incluir o *in dubio pro*

reo no elenco de *doxas* e *endoxas* pelas quais argumentam eventuais contendentes, porém não podem preencher seu conteúdo no sentido científico senão com o senso comum ou o senso comum do conhecimento de pessoas cujas opiniões são tidas por respeitáveis, reconhecidas e, por isso, merecedoras de menção.

Nesse contexto, a polissemia em torno do termo *discurso* serve à dogmática analítica e à ciência dogmática do direito, como somatório de ciência do direito (lugar da autoridade do saber) e dogmática jurídica (lugar da autoridade do poder), mantendo o sincretismo necessário à blindagem, à neutralização e à legitimação (em vez de legitimidade), como forma pura de dominação legítima (WEBER, 2004), da autoridade decisória no sentido subjetivo, com suas idiossincrasias e psicopatologias, ainda que ela se valha do senso comum ou do senso comum do conhecimento sobre o *in dubio pro reo*.

Foi o avanço epistemológico da Linguística como ciência na contemporaneidade que permitiu o abandono da ideia do discurso inevitavelmente enigmático, com múltiplos significados irreduzíveis entre si. Essa conjectura linguística envolve a adoção de códigos sistemicamente intrassignificativos do discurso.

(...) A ‘decodificação’ do discurso, com essa auto-reviravolta-linguística, migra do âmbito também enigmático do **texto** dos decisores para o recinto intradiscursivo – e diríamos – pelo “código” (interpretante) instituinte e constituinte do DISCURSO CONSTITUCIONAL (CO-INSTIUCIONAL) CONSTITUÍDO, que é, na (...) teoria neoinstitucionalista, o “*devido processo*” o qual, a seu turno, assume atributos de um **neoparadigma** com “função metalinguística” a demarcar um “meta-sentido” como fundamento do sistema jurídico-democrático para a criação de uma **sociedade aberta** derivada de uma comunidade de *legitimados ao processo* (povo) aptos a exercerem uma simétrica paridade interpretativa dos direitos legislados (*hermenêutica isomênica*). (LEAL, 2010, P. 274; cf. também LOPES, 1978)

A contribuição da teoria do *interpretante* ao neoinstitucionalismo processual consiste precisamente na substituição da sempre enigmática declaração do sentido do discurso jurídico pelo “sujeito da enunciação” (autoridade decisória) pelos “códigos sociais” de sentido. O resultado desse enlace teórico é a eliminação da plurissignificação de textos, a rejeição à autoridade monopolista do sentido do discurso, a **dessujeitização da linguagem** jurídico-científica. Não se pode esquecer que, na base do racionalismo crítico (POPPER/MILLER), os códigos sociais pelos quais se enuncia o *discusso* jurídico no lugar do sujeito-intérprete não decorrem da cultura, da tradição, da história, enfim, não incidem no mito do contexto (POPPER, 1999-B), nem se aliam à *epagoge* e ao indutivismo, mas dependem da construção de uma *metalinguagem* para regular a relação entre **textos** e **discurso** e impedir que qualquer daqueles se afaste dos códigos interpretantes deste. Mediante a adoção do sentido objetivo de

lógica e da teoria semântica da verdade, torna-se viável a produção da *veredicação* (aproximação com a verdade pela eliminação de erros) na ordem intradiscursiva (LEAL, 2010, P. 274-275). A importância da **dessujeitização** da decisão pelo processo neoinstitucionalista tem consequências revolucionárias na formação e na imputação dos juízos de culpa criminal, em caso de superação da situação de *inocência* garantida nos níveis instituinte (como um dos conteúdos da dignidade-isonomia), constituinte (artigo 5.º, LVII, da Constituição) e constituído (artigo 386, *caput* e incisos, do CPP) do ordenamento jurídico brasileiro.

Leal não concorda com Lopes quando este defende a escatologia da linguagem dicionarista, contextual ou ideológica do Outro, definidora mítica de todos os possíveis interpretantes (LOPES, 1978, P. 85-87). O *processo neoinstitucionalista* tampouco tem a pretensão de constituir-se em uma *metalinguagem descritiva* apta a afastar toda ideologia, mas apenas de ofertar o núcleo de uma teoria *interpretante* do direito democrático que gere sentidos autocrítico-intradiscursivos (*discussivos*). E isso se faz com a regra suprema da lógica popperiana: a proibição da vedação da liberdade de conjecturas e refutações, inclusive sobre a cultura, a história, a arte, que, tomadas como indescartável pano de fundo dos sentidos do Direito, impedem sua **atuação juridificante** ou **constitucionalizante** e preservam contra a crítica alienantes trechos de não sentido, sentidos equívocos e aporias da linguagem. A veredicação (correspondência) neoinstitucionalista opera “entre o **texto** a ser extraído pelo intérprete (denotação) como interpretação vinculada ao **discurso** e o **interpretante** dado pelo discurso (conotação) no instante de sua montagem (construção normativa)” (LEAL, 2010, P. 276-277)¹¹⁵.

Diante dos avançados estudos de linguística que encaminham o neoinstitucionalismo processual, falar em princípio de “verdade real”, expressão repetida pela maior parte dos autores de “processo penal” brasileiro, como se o intérprete (autoridade) fosse capaz de, por uma prodigiosa subjetividade, intuição ou coisa que as valha, conversar com a realidade, ser informado por ela de algo, acessar as essências do mundo, é indício de uma psicopatologia consciente ou inconsciente muito grave de seu proponente. O nível lógico da verdade ou da veredicação jurídicas não é o do contato do homem, por meio de seus sentidos, com a aparente realidade (mundo 1 de Popper), nem o de seus estados mentais acerca do mundo (mundo 2 de Popper), mas o da correspondência entre o(s) **texto(s)** e o **discurso** da democraticidade

¹¹⁵ Vide ainda LEAL, 2010, P. 277-278: “O que Popper nos ensina é que a **relação semântica** entre o enunciado e o mundo não é **verdadeira** porque antes ocorrera a **crença** de que seria verdadeira, mas é verossímil pelo *médium* linguístico teórico-dedutivo de asserções hipotéticas ou conjecturais abertas à crítica (testes de resistência), visando à obtenção de *conhecimento objetivo*”.

jurídica prévia e sistematicamente conjecturada e ofertada à crítica e à refutabilidade infinitas (mundo 3 de Popper).

Isso dito em outras palavras quer dizer que não há “verdades” democráticas a serem asseguradas se não correspondem aos fundamentos do sistema jurídico legalmente criado a partir de um *interpretante* que permita, argumentativamente, para todos, como *devido processo*, pensar de modo prospectivo e retrospectivo, os níveis fundantes (co-instituintes) do direito co-institucionalizado no seu percurso interpretativo-aplicativo (LEAL, 2010, P. 278).

Assim, não há verdade na apuração, investigação ou cognição procedimental de determinado crime, visando à imputação de *culpa* e à aplicação de uma pena, sem remissão ao nível instituinte (paradigmático e sintagmático) do discurso democrático, cujos signos biunívocos de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e, em especial, isonomia-dignidade incluem o conteúdo da *inocência*. Se o sujeito investigado ou acusado não for caracterizado, por direito líquido, certo e exigível (LEAL, 2005-C) no nível instituinte do ordenamento jurídico, como *inocente*, em sentido *neoinstitucionalista*, não terá vida jurídica nem sequer por equiparação isotópica a seu acusador, sua defesa-liberdade jamais será ampla e, menos ainda, se lhe garantirá a *isomenia hermenêutica*, isto é, uma igual dignidade de todos (povo) para participar da construção dos conteúdos da lei.

Nenhuma teoria da Constituição precede a delimitação epistemológica do *texto* e do *discurso* constitucionais que encontram no processo o nível instituinte da lei jurídica. Assim, não basta afirmar que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (artigo 5.º, LVII, da Constituição) se os conteúdos desse texto-escritura puderem ser entregues ao marasmo da fala paranoica de titulares de “poderes”, as velhas autoridades, ainda que essas falas sejam também reduzidas a escrito. Tanto a fala quanto a escrita sobre o princípio da *inocência* congregam uma série de *textos* ideologizados e transmitidos ao longo da história, por míticos contextos culturalistas e pragmáticos, que, sem uma teoria autocrítico-*discussiva*, desembocam no imaginário como simulacro de comunicação jurídica (LEAL, 2010, P. 280-281). O resultado da falta de eixo teórico-epistemológico e autocrítico-*discussivo*, instituinte e metalinguístico da democracia jurídica nos procedimentos criminais (*devido processo*) é a batalha irresolúvel e multissecular travada pelos *civis* (patrimonializados), no espaço nu do complexo fenômeno criminal cujas causalidades se recusam a investigar, sempre culminando por cercar de *garantismo* os que têm e punir perversamente os que não têm (WACQUANT, 2001; WACQUANT, 2007). Os guardiães maniqueístas dessa batalha infinita entre o bem e o mal da culpa e da inocência, da

punição e da isenção de culpa (exculpação), que nunca permitirão seu encerramento, porque convém alimentar a retórica jurídico-tecnológica na ausência de demarcação de uma teoria *interpretante* do discurso, são os “operadores do direito”, em especial os orgulhosos da condição de autoridades ou “doutrinadores”. Se se nega a escatologia da linguagem ordinária e seus sentidos, textos e contextos fornecidos pela cultura e pela ação (pragmática) do homem no curso de uma história taumaturga com reminiscência adâmica, cabe então delimitar como o princípio da *inocência* na metalinguagem neoinstitucionalista do *devido processo* (hermenêutica isomênica na igual dignidade de todos os sujeitos para construir os conteúdos da lei) concorre para a democracia no limiar entre a teoria e a prática.

4.8 A objetividade lógica do Princípio da *Inocência* no ordenamento democrático unicista (neoinstitucionalista): entre Processo e Direito Penal

A culpa(-bilidade) constitui tema de interseção entre os tradicionalmente chamados Direito Penal Material e Direito Processual Penal. No âmbito do Direito Penal, a culpa(-bilidade) comparece tanto como uma das fases da teoria analítica do crime, quanto como um suporte (pressuposto) à aplicabilidade da pena, em contraposição à periculosidade como requisito à aplicação de medida de segurança, outra forma de resposta ou sanção da norma caracteristicamente criminal. Já no Direito Processual Penal a culpabilidade aparece negada por princípio, ao menos até o trânsito em julgado de decisão jurisdicional condenatória (artigo 5.º, LVII, da Constituição). A não culpabilidade se preferiu chamar neste trabalho de *inocência*, como princípio constitucionalizado.

Leal alerta, no entanto, para a extemporaneidade dessa dicotomia entre direito material e direito processual, explicando que a teoria unicista ou unitária (Carnelutti) contempla a existência de uma só hermenêutica para a compreensão de todas as normas do sistema jurídico. Já a teoria dualista (Chiovenda) envolve a adoção de duas metodologias de compreensão dentro do mesmo ordenamento jurídico (jamais a defesa de “dois ordenamentos jurídicos”), uma referente às normas que instituem a jurisdição e a ação, como normas de atuação procedimental dos direitos materiais, e outra voltada às normas criadoras dos direitos materiais, porque instituintes dos interesses, sem, porém, garantir sua atuação. No Estado de Direito Democrático, não está em questão mais reunir normas sobre jurisdição, ação e processo de um lado e sobre interesses instituídos e bens protegidos da vida jurídica de outro, mas entender a prevalência institucional do *devido processo* e sua principiologia (ampla defesa, contraditório e isonomia) como “aspectos inafastáveis da construção dos

procedimentos quando se põem em conflito os direitos, sejam os direitos-garantias assegurados pela norma constitucional ou outros direitos atinentes a bens da vida jurídica criados no nível da infraconstitucionalidade” (LEAL, 2012-1, P. 79-80). Em consequência, fica clara a adesão de Leal à concepção unitária ou unicista de hermenêutica jurídica a partir do *devido processo constitucionalizante* (*neoinstitucionalista*) como Teoria Geral do Direito Democrático, enquanto os direitos humanos e fundamentais, mesmo no gabarito do texto constitucional, ganham o sentido de **direitos fundamentados** no *devido processo* instituinte da lei democrática (LEAL, 2005-C, P. 23), rejeitando-se, com apoio na Psicanálise, tanto a fala natural (linguagem como meio universal) quanto a prática vital do (“eu”-) homem no decurso do tempo histórico como recintos lógicos de instalação da *humanidade* por instituições jurídicas¹¹⁶. Aliás, segundo Leal, é exatamente a radicalização das potencialidades desse (“eu”-) homem paranoico não psicanalisado (naturalista ou culturalista) que gera o delírio da superprodução de criminalizações e penas, contra o conteúdo neoinstitucionalista do princípio da *inocência*.

A psicanálise já demonstrou de Freud a Lacan e por toda uma escola lacaniana que é na linguagem que o **humano** se distingue do **animal**, uma vez que *demanda e desejo não* são da ordem de necessidades. Entretanto, não é na linguagem do pré-consciente (recalcamentos) que, no direito, se disponibilizaria, na atualidade, uma abertura da realização dos **direitos humanos** ou entregando-se ao Outro (a um sujeito suposto saber de uma psicologia não psicanalisada) o encargo (ônus) da interpretação (e doação) de sentidos (jurisprudência) dos conteúdos das garantias legais como lamentavelmente se depreende da prática kelseneana dos juízos monocráticos ou colegiados tribunais por decisões **não** processualmente processualizadas (súmulas vinculantes, urgencialidades tutelares, juizados especiais, procedimentos sumaríssimos). Não é a fala natural que instaura o exercício dos **direitos humanos**. A livre associação da fala entre interlocutores é uma técnica psicanalítica que vem apontar aos juristas a premência de uma outra técnica a ser articulada para fazer o **sujeito de direito** falar processualmente em todas as etapas do existir jurídico: criação, atuação, modificação, aplicação ou extinção das leis editadas. O abafamento (interdição) do **sujeito de direito** (legitimado ao processo) barra o **sujeito da psicanálise** pelo sintoma de um **eu** sombrio e paranoico. É esta instância egoica que, ao se propor superar a crise da modernidade tardia, pretende desatar esse complexo (nó) pelo delírio da superprodução de sanções, correções, disciplinarizações e criminalizações generalizadas.

Podemos dizer, em resumo, que o Direito hoje, deslocando-se do mito da norma fundamental de Kelsen e de seus discípulos (deontólogos) ou da tradição de Carl

¹¹⁶ LEAL, 2005-B, P. 119: “O pertinaz historicismo de Habermas, ao admitir **procedimentos** fora da processualidade jurídica, vem reafirmando um retorno a uma ética absoluta empurrada pela escatologia hegeliana de uma estatal jurisdição redentora (ações afirmativas) calcada num agir comunicativo por uma insólita isonomia pressuposta de uma reta razão universal *apriorística* (kantiana) a orientar mobilizações do povo à conquista utópica de seu destino inato para o Bem e o Justo. Assim, a tão almejada discursividade habermaseana sobe os palanques da retórica de uma neutralidade deontológica que assegura uma fala inerente ao entendimento como construtora metabólica de uma soberania popular e direitos humanos sem esclarecer os critérios de teorização do que seja povo a pretender soberania ou do que sejam humanos a pleitear direitos. O surgir inexplicado da nua e real junção da soberania popular e direitos humanos reinaugura a tirania do **Estado proceduralista sem processo** que decreta a morte e a vida pelo **Direito da jurisdição soberana**”.

Friedrich (culturalistas), teria que ressignificar o pai da horda primitiva freudiana (o totem e tabu) no recinto discursivo do *devido processo* constitucionalizado para lhe oportunizar a saída de sua arrogância autocrática. Na medida em que **direitos humanos** sejam ainda concebidos como doações históricas aos inumanos, veda-se a construção, por uma comunidade jurídica, de um modelo de humanidade pelo *PACTO SÍGNICO* da linguisticidade juridicamente problematizada (**processo no sentido neoinstitucionalista**). (...) Urge perceber que, na atualidade dos estudos jurídico-processuais, estão arcaizadas as concepções natural, moral, coercitivo-corporais e estratégico-sociais que orientam a história do direito como instrumento normativo (LEAL, 2008-A, P. 04-05 versão .pdf)

Se a *inocência* é a situação negativa da culpa(-bilidade), cabe então investigar o grau de desenvolvimento epistemológico dos estudos sobre culpa(-bilidade) no direito brasileiro. Francisco de Assis Toledo, presidente da comissão de elaboração dos projetos de lei que vieram a se converter nas leis 7.209/1984, que reformou toda a Parte Geral do Código Penal brasileiro (arts. 1.º a 120), e 7.210/1984, a Lei de Execuções Penais, coloca em sua mais famosa obra as seguintes questões, pretensamente problemáticas, mas já encaminhadoras das estreitas possibilidades de respostas, inaugurando o capítulo sobre culpabilidade: “Onde está a culpabilidade? Em que lugar poderemos encontrá-la? Estará ela no psiquismo do criminoso, ou estará na cabeça do juiz que julga o criminoso? Estará ela, porventura, nos dois lugares?” (TOLEDO, 1994, P. 216).

Iniciando a explicação da culpabilidade a partir da evitabilidade da dor e do sofrimento, como origem mais provável da utilidade (tribal, comunitária ou social) da pena, Toledo indica a previsibilidade e a voluntariedade como aspectos psíquicos motivadores da reprovação jurídica pela imposição de uma aflição como sanção. Toledo sustenta não faria sentido ameaçar com uma pena alguém pela prática de ato inevitável, imprevisível ou não desejado. O autor reputa que impor sofrimento a outrem apenas quando o ato danoso praticado decorre de culpa – evitabilidade, previsibilidade e voluntariedade – foi uma grande conquista da humanidade, embora esse conceito de culpabilidade se restrinja a elementos anímicos de ligação entre o agente e o fato criminoso. Segundo Toledo, se se perguntar ao penalista que adota a concepção psicológica da culpabilidade onde ela se situa, a resposta será: “no psiquismo do agente” (TOLEDO, 1994, P. 217-222).

Já na concepção normativa de culpabilidade dolo e culpa deixam de ser dela espécies e passam a ser elementos, ao lado da imputabilidade (etária e biopsicológico-normativa) e da exigibilidade de um comportamento conforme ao direito diante da possibilidade de agir de outro modo. O dolo, na concepção de Mezger, inclui o elemento da consciência da ilicitude do fato e remonta ao instituto romano do *dolus malus*. A teoria de Mezger dá origem à proposta da culpabilidade por comportamento de vida, ao passo que a obra de Welzel, com

deslocamento dos elementos anímicos da culpabilidade para conduta (finalismo), sistematiza uma culpabilidade puramente normativa (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), adotada pelo Código Penal brasileiro, exceto quanto ao erro nas discriminantes putativas ou sobre os pressupostos das causas de justificação (artigo 20, § 1.º, CP). Mas mais importante do que adentrar doravante à técnica da culpabilidade penal é a conclusão de Toledo sobre a topologia (situação lógica no discurso) da culpabilidade. A culpabilidade normativa, como “um juízo de valor sobre a situação fática de ordinário psicológica” passa a ter dois lugares: “os seus elementos psicológicos (dolo ou culpa) estão no agente do crime, mas o seu elemento normativo está no juiz, não no criminoso” (TOLEDO, 1994, P. 223-224). Depois de abordar as inovações de Welzel na enunciação de sua teoria do finalismo penal, Toledo repete:

Resumindo, se indagarmos aos inúmeros seguidores da corrente finalista o que é a culpabilidade e onde ela pode ser encontrada, receberemos esta resposta: 1ª.) culpabilidade é, sem dúvida, um juízo valorativo, um juízo de censura que se faz ao autor de um fato criminoso; 2ª.) esse juízo só pode estar na cabeça de quem julga, mas tem por objeto o agente do crime e sua ação criminosa (TOLEDO, 1994, P. 230).

A segunda resposta sobre a topologia da culpabilidade como juízo valorativo de reprovação consiste na mais desabrida afronta ao Estado de Direito Democrático no marco da teoria neoinstitucionalista do processo, por cancelar a delegação à autoridade julgadora da definição do conteúdo de um instituto jurídico normativo. Isto é, as aporias do texto e, em especial, do discurso legal não podem ser preenchidas na democracia jurídica pelos estados anímicos do decisor formalmente enunciados. Se a *evitabilidade* do fato volta a ocupar o cenário da culpabilidade depois da migração dos elementos anímicos (dolo e culpa) para a conduta do agente, a fim de que o decisor novamente se atenha à possibilidade de *este homem, nesta situação* (e não o fetichizado e abstrato homem médio) ter agido de acordo com a norma, ou melhor, com o ordenamento jurídico democrático, a decisão de imputar culpa, responsabilizar pela conduta criminosa e impor pena não pode decorrer do estado anímico da autoridade monopolizadora do sentido da lei e da violência instituinte e mantenedora do direito. A *de-cisão*, ao contrário, deve consistir em um ponto de parada procedimental-cognitiva regida pelo processo e seus princípios instituintes de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, do qual participa o princípio da *inocência*.

Se, como afirma Toledo, a culpabilidade é um juízo, sua topologia não é o mundo 2, subjetivo, dos estados mentais, mas o mundo 3, público e objetivo, dos elementos lógicos e

suas relações, das descobertas e dos desenvolvimentos científicos, pelo permanente exercício da crítica como método (racionalismo crítico e *neoinstitucionalismo processual*). Afinal, juízo, na lógica da processualidade democrática, é um enunciado proposicional, que vincula um ou mais predicados a um sujeito e cujos conteúdos decorrem da resistência teórica (*ad hoc*) de suas premissas às críticas incessantes até então ofertadas. O juízo jurídico se constrói no limite da cognição procedimental processualizada encaminhadora do provimento.

4.9 A importância da Teoria da Prova à compreensão da procedimentalidade democrática e do conteúdo objetivo do Princípio da *Inocência*

Na elaboração da *de-cisão* como juízo de direito democrático nada importa a subjetividade do juiz. O *neoinstitucionalismo processual* extirpa de uma vez por todas essa sedução retórica da subjetividade autoritária ou da autoridade subjetiva que habita o direito há milênios, condenando-o a uma lógica dogmática (não democrática). Nesse sentido, é indispensável revisitar a tão negligenciada **teoria da prova**, que, nas democracias jurídicas, não pode ser entendida como “algo que convence alguém”, mas precisa explicitar como um dado da aparente realidade se transpõe para o nível argumentativo do procedimento jurídico. A conjectura do instituto da prova passa, para tanto, pelas dimensões do espaço, do tempo e da forma, nos quais se opera essa transposição. Leal entende que o espaço é condição de existência do **elemento de prova**, o **tempo** do pensar consiste no **meio** de consciência da existência desse elemento e a **forma** é a oferta instrumental, cartularizada (redução a um auto de prova) da explicação do elemento pelo meio intelectual de prova. Então, a estruturação do instituto da prova se dá pelos princípios conceituais da “*indiciariedade* (existência de elemento sensível na realidade objetiva), na *ideariedade* (apreensão, somatização e transmissão do elemento de prova pelo intelecto) e na **instrumentalidade** (materialização gráfico-formal desses elementos pelos meios intelectivos ou técnico-jurídicos permitidos)” (LEAL 2012-A, P. 185-188).

Sob o ponto de vista historiográfico, nem o sistema da certeza legal, a lei representando o atributo da natureza encaminhador dos juízos de Deus, que revelava inocência ou culpa por meio de ordálias, duelos e outros comportamentos míticos ou místicos; nem o sistema da livre convicção, que sustenta a *common law*, a formação de juízos com base na equidade, na conveniência de julgadores magnânimos e na noção dispositiva da prova pelas partes, mostram adesão à democracia jurídica de uma sociedade aberta. Apenas o

sistema da *de-cisão racional*¹¹⁷, fundada no princípio da legalidade cujos conteúdos se propõem mediante o *devido processo*, submete todas as instâncias da prova (indiciariedade, idealidade e instrumentalidade) aos princípios autocríticos de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade (integrado pelo conteúdo da *inocência* na procedimentalidade penal). O instituto da prova serve assim a estruturar o procedimento pela racionalidade democrática do discurso (*discusso*) do povo, como conjunto de legitimados ao processo, em substituição à crença mítica em que ela possa revelar a verdade para (deixar-se) convencer o juiz, a ponto de se poder afirmar que o “procedimento processualizado é a prova das provas” (LEAL, 2012-A, P. 194) acerca da existência do Estado de Direito Democrático, que baliza a cognição jurisdicional. A conjectura dos princípios binomiais da prova espaço-elemento, tempo-meio e forma-instrumento reforça a compreensão da teoria da procedimentalidade nas democracias jurídicas, pois sem procedimento não há prova e sem procedimento não atua o processo a ele coextensivo. O *espaço* procedimental se constrói no *tempo* (prazos) das argumentações ofertadas de acordo com a *forma* legal. A fundamentação do provimento (artigo 93, IX, da Constituição), como ato final do procedimento, deve seguir a formalização argumentativa do juízo de prova desenvolvida pelas partes (prova como fator de visibilidade argumentativa) em contraditório, ampla defesa e isonomia, e não o talento vidente ou visionário do julgador (LEAL, 2012-A, P. 189-194), sob o risco de se recair em mais uma das variações sobre o mesmo tema – inquisitorialidade, solipsismo, subjetivismo, voluntarismo, discricionariedade e paranoia decisórios – indicador da aporia lógica da ciência dogmática do direito, que, no âmbito criminal e penal, retira a objetividade também do princípio da *inocência*¹¹⁸.

Por isso, é compatível a teoria neoinstitucionalista da prova com o alerta de Coutinho, para quem o sistema acusatório dos procedimentos penais centra-se na gestão das provas pelas partes (COUTINHO, 2009-A), apontado a inconstitucionalidade de diversos artigos do CPP, em especial os introdutórios do tema naquela lei (artigos 155, 156 e 157, §§ 1.º, parte final, e 2.º). O que se vê, no entanto, é um permanente controle judicial subjetivo (discricionário, solipsista, voluntarista, paranoico), sobre os limites do instituto da prova, marcando o retorno da resolução de casos criminais à barbárie da jurisdição (poder desde sempre) sem processo, ou melhor, sem sequer procedimento, a pretexto de uma “justiça

¹¹⁷ Na singular didática de MILLER, 2014, P. 07: “Deixe-me enfatizar desde o início que o que se busca é uma *teoria da tomada racional de decisões*, antes duma *teoria da tomada de decisões racionais*. Como na ciência, a racionalidade ou a razoabilidade é mais bem entendida como um componente do nosso método, em vez das nossas façanhas (...). As expressões ‘decisão racional’ e ‘crença racional’ são como a expressão ‘comida rápida’. O adjetivo refere para o processo de produção e não ao objeto produzido.”

¹¹⁸ Na perspicácia de LOPES JR., 2008, P. 316: “mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa”.

célere”.

O comando da prova, quando se faz pela índole onisciente, sensibilidade e suposto poder do juiz para dizer o que é ou não é conveniente, cabível ou oportuno, a pretexto de um Judiciário “célere”, é retrocesso histórico e científico em que a técnica do julgamento se coloca a serviço das conjunturas estatais, com estrangulamento de direitos fundamentais. Ora, se o Estado é deficiente, o que se tem a fazer é consertá-lo, ou substituí-lo por outro e não compactuar-se com ele para negar cidadania, cujo suporte é o **Devido Processo Legal Constitucional** (LEAL, 2012-A, P. 192-193).

Contra o desenvolvimento procedimental do juízo positivo de prova, singular e existencial, sobre o cometimento de um crime, impulsionado pelo acusador público ou privado, milita permanentemente o caráter objetivo e negativo do princípio da *inocência*, desde o nível instituinte do direito, em complementação de conteúdos à *dignidade-isonomia*, mas também por expressa previsão constitucional, integrante do *devido processo constitucional* e regente do *devido processo legal* (artigo 5.º, LVII, da Constituição). Repita-se que o princípio da *inocência* não depende, na contemporaneidade jurídica, dos estados mentais dos sujeitos processuais, nem é graduável de acordo com a filiação ideológica alegadamente garantista (liberal) ou punitivista (republicanista) do decisor (legislador ou juiz). *Inocência* é juízo proposicional objetivo de “ausência de procedimentalização processualizada para identificar culpabilidade” (LEAL, 2016).

4.10. O limiar entre teoria e prática Fora de Erro (“Out of Error”). O conteúdo falsificacionista do Princípio da *Inocência* – uma tese de acordo com o Racionalismo Crítico (Popper/Miller/Leal)

A *inocência* é um princípio jurídico que, integrando o *devido processo*, no sentido neoinstitucionalista, desde o nível instituinte da norma, assegura a mesma dignidade a todos os acusados criminalmente, para que a *isomenia hermenêutica* entre os sujeitos de direito na proposição dos conteúdos da norma não seja diminuída em tempo algum e, em especial, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Depois do marco jurídico constitucionalizado da decisão penal condenatória com trânsito em julgado, o *status* do sujeito pode alterar-se, de maneira a limitar-lhe direitos unicamente segundo a sanção penal estabelecida na lei, a ser compreendida pela teoria do *processo*. Também a partir desse marco, apenas a nova instalação do *devido processo*, por procedimento disponível na lei (revisão criminal, *habeas corpus*, incidentes de execução, entre outros), pode novamente

modificar o *status* de culpa do condenado.

O princípio da *inocência* possui conteúdo plenamente compatível com o direito democrático (não dogmático) e científico (neoinstitucionalista) de uma sociedade aberta, conjecturada a partir do racionalismo crítico (POPPER/MILLER). Rigorosamente, ele é a projeção dos elementos estruturantes do racionalismo crítico e da crítica como método, operadores lógicos da democracia jurídica. Para o racionalismo crítico, não se pode dizer propriamente que as crenças ou teorias sejam racionais, mas o método com que se lida com elas pode sê-lo, porque a racionalidade é uma questão de método e, se o método equivale à crítica – palavra de conteúdo também “crítico” –, o caminho que se deve adotar para lidar com as teorias e crenças é o da crítica, no sentido da negatividade¹¹⁹. Com o princípio da *inocência*, erigido à condição instituinte (isonomia) do *devido processo* como *interpretante* da lei, o caráter negativo da cientificidade crítica constitucionalizou-se (artigo 5.º, LVII, da Constituição), caracterizando mais um ponto estruturante do discurso (*discusso*) no Estado Democrático de Direito, específico à regência dos procedimentos criminais e penais.

Como explica Miller, é curioso que os opositores do Racionalismo Crítico sempre peçam justificativas para o melhor funcionamento do método crítico (falsificacionismo) em relação aos demais, com isso demonstrando que nada compreenderam da obra popperiana. A mesma situação sucede com a teoria *neoinstitucionalista* do processo como interpretante da lei democrática e, não há dúvidas, ocorrerá com a presente tese sobre o princípio da *inocência* segundo o Racionalismo Crítico e o Neoinstitucionalismo Processual. Semelhante pleito demonstra que nada foi entendido pelo pleiteante, porque o Racionalismo Crítico (e o Neoinstitucionalismo Processual) repudia(m) o *justificacionismo*, tanto no nível empírico-baconiano, quanto na proposta subjetivo-cartesiana¹²⁰. Há um percurso de três níveis para compreender o Racionalismo Crítico, segundo Miller, que constituem precisamente o conteúdo do princípio da *inocência* no marco da teoria *neoinstitucionalista* do processo: (1) o nível falibilista, ou de negação da certeza; (2) o nível metodológico, em que não importa o *status* do conhecimento, mas a forma lógica dos métodos de investigação utilizados; (3) o nível epistemológico, ou do ceticismo. Em suma, o princípio da *inocência* assegura, nos

¹¹⁹ MILLER, 2006, P. 50: “Rationality, according to critical rationalism, is wholly a matter of method; and this rationality in no way rubs off on, or has any effect on, the outcomes of our intellectual activity. It is not our beliefs, or our theories, that are rational, but the manner in which we handle these beliefs and these theories. To be sure, this emphasis on methodological issues is not all that there is to critical rationalism, sine the word ‘critical’ too is critical. What critical rationalism claims is that the only way in which our theories are to be investigated is critically, negatively. (...)”

¹²⁰ MILLER, 2006, P. 50: “The difference is of central importance for the brand of critical rationalism to be advocated here, of which it is a fundamental tenet that the main purpose of reason is to enhance critical discussion, not to provide spurious justification. (...)”

procedimentos criminais ou penais, que a verdade não pode ser alcançada por qualquer prova empírica conclusiva; que o confronto entre a teoria e dados empíricos nada acresce à teoria nem pode dela atestar a veracidade, embora possa determinar sua falsidade; que a teoria não sofre alteração, quanto à sua relação com o mundo (e não o conhecimento que o sujeito pensa ter do mundo) quando confrontada à experiência. É a compreensão desses três estágios do Racionalismo Crítico e do *Falsificacionismo*, de Popper, que permitirá a compreensão do conteúdo do princípio da *inocência* no Estado Democrático de Direito, conducente de uma *hermenêutica isomênica* na procedimentalidade criminal e penal segundo a teoria *neoinstitucionalista* do processo. No entanto, a tarefa é muito difícil, pois a proliferação de comentários infundados a respeito da obra de Popper, mesmo por quem se julga popperiano, é tamanho, que o próprio Miller espera que o racionalismo crítico não seja compreendido em sua organização lógica e epistemológica...¹²¹

Sobre o primeiro estágio, o falibilismo, reconhece-se que a ciência não é capaz de atingir verdades absolutas ou definitivas. O *falibilismo* não é um estágio lógico exclusivo do Racionalismo Crítico, pois o *verificacionismo* do Círculo de Viena e o *falsificacionismo* de Popper não são fieis imagens especulares um do outro. A evidência empírica, segundo Popper, é usada na ciência pelo método crítico não para confirmar e reconfirmar uma teoria sob investigação, mas exclusivamente como um teste à correção da teoria, que tem sempre a forma universal (mais explica e informa quanto mais nega), e não existencial. Há uma assimetria entre *falsificacionismo* (Popper/Miller) e *verificacionismo*, porque naquele é central o uso de uma experiência apenas para falsear ou refutar uma teoria. O falseamento de uma teoria não necessariamente provê confirmação de outra rival, ou, se provê, tal confirmação é irrelevante à ciência no método crítico, sobre cuja veracidade nada de definitivo, positivo e conclusivo se pode asseverar (MILLER, 2006, P. 52-53).

O segundo estágio do *falsificacionismo* é o *negativismo*. O *falibilismo*, de acordo com o qual em ciência não se obtém jamais verdade última e definitiva, é apenas o primeiro dos estágios epistemológicos do *falsificacionismo* (POPPER/MILLER), com o qual até mesmo o *verificacionismo* pode se harmonizar. A diferença está em que no *verificacionismo falibilista* interpreta-se que cada experiência que corrobora a teoria aproxima-a da verdade, reforça-a, confirma-a ou é relevante em termos científicos (grande ciência, em oposição a [pseudo]ciência grande). Nesse sentido, o positivismo, o justificacionismo, o pragmatismo

¹²¹ MILLER, 2006, P. 51: “You will see from this catalogue of misery that I almost expect critical rationalism to be misunderstood, and to be target of inaccurately fired objections, even though there are many people who do regard themselves as critical rationalists, and see their approach to philosophy as closely following in Popper’s footsteps.”

incluem a possibilidade de conclusão positiva sobre a confirmação e a repetição da hipótese teorizada na experiência empírica, o que os qualifica, segundo Popper, como pseudociências. O *falsificacionismo*, ao contrário, recorre ao empirismo com o único propósito de demonstrar, se possível, a falsidade de uma teoria em confronto com o mundo (jurídico, no caso deste trabalho). Eis o segundo estágio do *falsificacionismo*: o caráter *negativo* do racionalismo crítico ou da crítica como método. Corroborações ou confirmações da hipótese científica submetida a testes não conferem a ela qualquer caráter positivo; a experiência confirmatória da teoria nada mais demonstra ao cientista do que aquilo que a própria teoria afirma. A confirmação experimental da teoria (“teoria em ação”) pode no máximo gerar para o cientista um sentimento (mundo 2) de êxito (fator psicológico), ou influir no reconhecimento de seu trabalho por outras pessoas (fator social), mas de modo algum o aproxima da verdade. Isto é, a confirmação ou a corroboração da teoria podem alterar a relação psíquica (mundo 2) do cientista com a teoria (conhecimento em sentido subjetivo), e não a relação lógica (mundo 3) da teoria com o mundo.¹²² Se a investigação empírica conduzirá ao descarte da teoria falseada, esse já é um problema que ultrapassa a própria investigação empírica e se resolve no terceiro estágio (o epistemológico) do *falsificacionismo* no racionalismo crítico: o ceticismo.

O terceiro estágio do racionalismo crítico, que se projeta como conteúdo do princípio da *inocência* no direito científico e democrático (não dogmático), é o *ceticismo*, pelo qual nenhuma importância é dada à experiência que confirma a hipótese teórica, nem aos porquês de se elaborar ou crer em tal ou qual hipótese teórica. Em que sentido as experiências confirmatórias da hipótese teórica podem colaborar com o avanço da ciência? Em nenhum. A epistemologia não precisa explicar o porquê se acredita em determinadas hipóteses, e não em outras. Além disso, a teoria (no mundo 3) segue inalterada caso seja confirmada ou negada (refutada) pela experiência; o máximo que pode haver, novamente, é uma mudança de ânimo (mundo 2) entre o cientista e a teoria¹²³. Na singular explicação de Miller, uma vez confrontados com a impossibilidade da *verdade certa*, os racionalistas críticos descartam a

¹²² MILLER, 2006, P. 53-54: “(...) if confirmation does anything at all; for it cannot tell us that the theory is true, and it cannot tell us anything about the world that the theory itself does not tell us (...). Falsificationism, in contrast, sees the purpose of empirical scientific activity as simply a determination, if possible, that the theory is false. (...) We investigate the theory by meddling with the world, but not by meddling with what the theory says about the world. (...) The theory is untouched (...)”

¹²³ MILLER, 2006, P. 55-56: “But the usual situation is that the relation between the theory and the world is not changed by the empirical investigation, because the world is not relevantly changed. This is therefore quite different from those relations between theories and evidence that concerns positivists, the second term of which is not the world, but the evidence that we have about the world. (...) That is to say, [for positivists] a theory can become justified (though not of course conclusively justified) by the accumulation of evidence. (...) I cannot properly understand how can anyone be happy with it. I think the answer is that it is often confused, even by its adherents, with a probabilistic version of positivism. (...) Others, more thoughtful, realize that this simply resurrects the problem of induction”

certeza e seus substitutivos (a confirmação, a justificação, a repetição), retendo interesse na *verdade*, cuja aproximação é possível apenas pela crítica falsificacionista incessante. Por outro lado, pragmatistas e instrumentalistas conservam seu interesse por algum grau de *certeza* e seus derivados ou substitutivos, com isso descartando a *verdade*, pois a *certeza*, em qualquer grau, é o passo definitivo para blindar a proposição científica contra a crítica. O genuíno método de interpretação hipotético-dedutivo, único logicamente apto a transmitir verdades, pára por aqui na questão metodológica: eliminam-se erros, não teorias. Tampouco a teoria ou hipótese resistente à crítica merece maior credibilidade ou adesão quanto ao seu conteúdo de verdade em relação aos casos futuros, porque isso implicaria reinstaurar o indutivismo. O racionalismo crítico é assim, indisputavelmente, uma tese metodológica, a tal ponto de dispensar, com ceticismo, a investigação (epistemológica) sobre o porquê se acredita em determinadas hipóteses: não porque isso seja mais fácil, mas porque, sob o ponto de vista lógico, justificar é impossível. O quadro faz do racionalismo crítico não uma tese metodológica que diz mais, que fixa mais requisitos ao esforço científico, mas uma que diz menos sobre a delimitação desse mesmo conhecimento.¹²⁴

Da mesma forma e com o mesmo conteúdo deve ser entendido o princípio da *inocência* no processo democrático neoinstitucionalista, porque ele cumpre exatamente o mesmo papel: mantém a abertura para que cada argumentação ou razão seja usada na refutação ou no falseamento dos enunciados procedimentais encaminhadores da acusação direcionada à condenação. Em paralelo, refutar ou falsear argumentos acusatórios ou condenatórios (já no plano recursal) não significa demonstrar a *inocência*, mas é o que basta para que se conclua pela não culpabilidade ou pela não imposição de pena (artigo 386, III, V e VII, do Código de Processo Penal).

Como transposição do método crítico de Popper e Miller para o Direito Democrático na teoria *neoinstitucionalista*, o conteúdo objetivo do princípio da *inocência* na contemporaneidade engloba, então, três proposições autocríticas: (1) a verdade definitiva não

¹²⁴ MILLER, 2006. P. 57: “Characteristic also of the inductivist tradition, however, is the view that the eliminative method not only eliminates errors; it also bestows honour on those theories that survive the onslaught. Oddly enough, this position is usually called *hypothetico-deductivism*, because of its recognition of the importance of deductive logic in the analysis of the hypotheses under fire. But truly deductive hypothetico-deductivism would stop here, and would acknowledge that all that testing can do is to eliminate errors. Because deduction tells us not that we did not already know, hypothetico-deductivism as here characterized cannot advance our knowledge in any way. In other words there are many thinkers who can agree more or less completely with critical rationalism over methodological issues, but who disagree totally over the epistemological question. Here there is a crucial difference. For what critical rationalists say is that the methodological issue exhausts the matter: there is nothing more to be said. It is in this sense that critical rationalism is quintessentially a methodological thesis; not because it says more about methodology than do other positions, but because it says less about other things.”

pode ser alcançada conclusivamente; (2) as hipóteses argumentativas empíricas ou teóricas apresentadas no procedimento criminal ou penal a título de acusação não são importantes quanto ao seu *status* de certeza, nem ao seu grau de verificação ou corroboração empírica, e sim quanto à sua resistência à crítica ou à refutação; (3) o máximo que o princípio da *inocência* pode fazer é assegurar a abertura crítica permanente e incessante contra as hipóteses acusatória e condenatória, para falseá-las ou refutá-las tanto em relação à ocorrência do crime e à formação da culpa, quanto à racionalidade da imposição de eventual pena. Ele não pode garantir a certeza ou a verdade da hipótese absolutória, mas, assim sendo, compatibiliza-se com um direito penal de última (ou nenhuma) razão, sobretudo no Brasil, país com índices insuportáveis de inadimplemento de direitos fundamentais para o povo, com clara repercussão criminogênica.

O Racionalismo Crítico escancara como a decidibilidade jurídica em geral está precarizada e dogmatizada, porque baseada na capacidade de a autoridade justificar as decisões e os atos jurídicos de sua incumbência, atribuição ou competência. A decidibilidade jurídico-penal se mostra ainda mais banal, pois manejada por subjetividades autoritárias e retóricas (mundo 2) alegadamente garantistas de um lado ou mantenedoras da ordem de outro, além de nunca objetadas por uma teoria da *inocência*¹²⁵ (não culpabilidade) de conteúdo objetivo, independente dos estados mentais do decisor ou das realidades aparentes com que o decisor depara (indícios). É incrível, à falta de adjetivo mais expressivo, lidar-se ainda hoje com obras e decisões, monocráticas e colegiadas, em que se defende a possibilidade de condenação penal com base em indícios, pois esses elementos não habitam o espaço lógico-científico do Direito (mundo 3), mas a realidade sensível (e altamente alucinatória) do decisor (mundo 1). O direito e a decidibilidade jurídica oscilam, assim, do psicologismo (POPPER, 1999) à bruxaria (AGAMBEN, 2007) ou à alquimia (BACHELARD, 2006), nunca atingindo o discurso científico. Mas Popper não é o único a destruir, com sua obra, o frágil amparo ideológico (alquímico, místico, ordálico) do direito dogmático (não democrático).

¹²⁵ “O ‘vedado’ ao conhecimento é, em sua origem volitiva, não culpado. Por isso, a sua culpa há de ser apurada no espaço procedimental processualizado” (LEAL, 2016).

Segundo Miller, Popper parece não ter tomado conhecimento de Bachelard¹²⁶ e seus estudos, que “diziam o mesmo ou coisas similares [sobre epistemologia] na França”, mas foi o primeiro a defender que o caráter hipotético de uma teoria nunca é mitigado, enquanto as evidências não têm qualquer papel positivo nas teorias. Confrontando o indutivismo com uma metodologia sistemática alternativa, Popper demoliu não tanto o indutivismo, já desacreditado por Hume, mas o *justificacionismo*, isto é, a ideia de que a ciência e outras atividades intelectuais consistem na busca e na obtenção de *verdade total ou parcialmente justificada*, mais do que da própria verdade¹²⁷. Com isso, Popper afrontou as perspectivas teóricas de Platão aos positivistas da Escola de Viena, mais preocupados com a *verdade justificada* do que com a *verdade*, destacando que uma conjectura é um enunciado que se pensa verdadeiro, mesmo que o enunciador não o saiba, e que o conhecimento em nada se relaciona com a justificação, pois um enunciado pode ser verdadeiro e não justificado ou mesmo verdadeiro e não justificável. A ciência e, com ela, o direito científico e democrático não se interessam por teorias ou argumentos prováveis, nem empiricamente repetidos, pois quanto mais provável menos falseável e menos próxima da verdade é uma teoria ou um argumento. Além disso, um argumento ou uma evidência empírica nada pode ensinar sobre uma teoria (ou uma acusação), a não ser que ela é falsa¹²⁸.

A inocência e a decidibilidade jurídicas se relacionam entre si, porém sem qualquer amparo na probabilidade, já que a probabilidade não tem importância para o conhecimento

¹²⁶ Impressiona o grau de concordância de várias propostas epistemológicas entre as obras de Popper e Bachelard, como, por exemplo, em relação aos três mundos de Popper e a insuficiência do kantismo, o seguinte excerto de Bachelard, em obra cujo nome (*A Filosofia do Não*) já corresponde a um dos elementos estruturantes do racionalismo crítico e do princípio da *inocência* aqui defendido: “Chegaremos assim a uma determinação dos fenômenos no espaço *pensado*, no tempo *pensado*, em suma, em formas estritamente adaptadas às condições nas quais os fenômenos são *representados*. Chegamos assim a uma conclusão que já se nos havia imposto quando das nossas reflexões sobre o não-substancialismo: o plano da *representação* devidamente intelectualizado é o plano em que trabalha o pensamento científico contemporâneo; o mundo dos fenômenos científicos é a nossa representação intelectualizada. Vivemos no mundo da representação schopenhaueriana. Pensamos no mundo da representação intelectualizada. O mundo em que se pensa não é o mundo em que se vive. (...)” (BACHELARD, 2009, P. 97). Claro que da diferença entre o mundo do pensar e o mundo do viver não decorre, na teoria neoinstitucionalista do processo e no racionalismo crítico, a “estratégica ideologização do ‘pensar’ como forma de aceitação do escravismo do ‘mundo vivente’” (LEAL, 2016), mas sim a situação (topologia) lógico-proposicional-autocrítica do discurso jurídico-democrático.

¹²⁷ LEAL diverge de MILLER quanto à importância lógica da “verdade”. Para LEAL, não se trata mais de “verdade” nem como ideia reguladora, pois o que está em questão é a ideia de “certeza” (LEAL, 2016).

¹²⁸ MILLER, 2006. p. 08-10: “Popper referred to Liebig, but seems to have known nothing of Bernard and Whewell (or of Bachelard, who was saying similar things in France). Yet Popper’s originality is not to be doubted. He was the first to stress that the hypothetical character of a theory is never mitigated, however numerous and however breathtaking its empirical successes, and he was the first to confront inductivism with a systematic methodology, in which evidence plays no positive role in the assessment of theories. Indeed, it is not so much inductivism that he demolished, as justificationism: the view that the rationality of science (wholly or partially) justified truth, rather than of truth. Critics of falsificationism nearly all stumble at this point, and ascribe to it precisely those justificationist aspirations that it is at such points to discard. This partly explains why Popper was so dismissive of so many of the objections that purported to attack his views. (...)”

jurídico-científico. A probabilidade é não mais do que uma compensação pela ignorância. O problema da decidibilidade não passa pela probabilidade, e sim por dois outros elementos: (1) adoção de regras metodológicas para permitir a falsificação de enunciados estatísticos ou de probabilidade; (2) falseabilidade do critério e aleatoriedade, levado à ideia de sequências finitas (MILLER, 2006, P. 08). No direito democrático, a finitude das sequências decorre da finitude de argumentos explicitáveis no contraditório coextensivo ao procedimento processualizado.

Importantíssimo é entender que, se alguém pensa que a discussão crítica ou a investigação crítica podem prover um efeito positivo (corroborativo, reforçador, comprobatório), embora não total, no que se conclui, essa pessoa não adota o racionalismo crítico e, portanto, não alcança o conteúdo da *inocência* no direito democrático nem seu papel na garantia de uma *hermenêutica isomênica*. O *ceticismo* do terceiro nível metodológico do racionalismo crítico é indispensável, na medida em que, mais do que demonstrar a completa desvalia lógica do indutivismo, ele demonstra a impossibilidade da *justificação*. Como sustenta Miller, mesmo que a indução pudesse ser reduzida à dedução, como propuseram alguns céticos tradicionais, e se admitisse que argumentos dedutivos no máximo suscitam questões, ao menos eles são logicamente válidos, ao passo que, se a conclusão de uma inferência não pode ser justificada por um argumento dedutivamente válido, que esperança há em fazê-lo com uma inferência que nem mesmo é correta? “Não é apenas a indução que não pode ser justificada; é tudo.”¹²⁹ Segundo Miller, a grande contribuição do racionalismo crítico no esclarecimento daquilo com que a ciência pode colaborar na fronteira entre lógica e empirismo está na manutenção de um rigor lógico, sem descambar para o irracionalismo, porque a racionalidade não está em acrescentar algo positivo a um falseamento (negativo) da teoria, mas em se comportar o cientista e se deixarem guiar os estudos de acordo com esse método, partindo das premissas lógicas de que não existe decisão racional, nem verdadeira, nem certa. O que pode haver é uma maneira científica, crítica e democrática de se lidar com a decisão¹³⁰. Do mesmo modo, a grande contribuição que o princípio da *inocência* dá, a partir dos conteúdos do racionalismo crítico, ao *processo* como teoria da lei democrática e à lógica

¹²⁹ MILLER, 2006. P. 58-59: “For even if induction were reduced to deduction, even then – as realized by traditional sceptics, especially Sextus Empiricus, and quite explicitly by Mill – the problem of the justification of induction would not have been solved. Deductively valid arguments are all questionbegging, but at least they are valid. But if the conclusion of an inference cannot be justified by a deductive argument, what hope is there for doing it with an inference that is not even correct? This leads to the realization that it is not induction that cannot be justified; it is everything”.

¹³⁰ MILLER, 2006, P. 59: “For the use of reason resides in what we do, in the methods that we pursue, not in what effects these methods have on the theories that we investigate. The great liberating force of critical rationalism is that it permits us to be logically rigorous without driving us along the road to irrationality”.

da processualidade democrática que institui a *hermenêutica isomênica* de uma sociedade aberta é manter a perquirição infinita e falseadora sobre os porquês da acusação, da condenação e de apenação, dizendo o que não se deve fazer em cada caso criminal em um ambiente de democracia jurídica (Estado Democrático de Direito). Com isso, a decisão penal condenatória jamais será democrática, nem científica, embora haja um método científico e democrático (crítico-racionalista) de lidar com decisões penais, que inclui, desde o nível instituinte do Direito, o princípio objetivo da *inocência*: falibilista, negativista e cético.

Miller rejeita para si e para o Racionalismo Crítico o rótulo de “pós-moderno”, no sentido de relativista, irracionalista ou cético absoluto, com negação de qualquer possibilidade de conhecimento demarcado ou científico¹³¹. Alerta que, em alguns setores da atividade humana, sobretudo na Filosofia sem as sanções empíricas e, acrescente-se, no Direito, parece que o argumento é o elemento soberano, até mais que a conclusão – termo por si só enganador, na medida em que sugere fim de discussão, quando a cientificidade pressupõe a discussão sem fim (concorrência teórica no nível metalinguístico). A preocupação com argumentos mais do que com as proposições às quais eles se referem decorre de uma doutrina falaciosa: a de que argumentos avançados em uma investigação têm algo a acrescentar de positivo (confirmatório, corroborador, reforçador) às proposições efetivadas. O conteúdo da *inocência* de acordo com o racionalismo crítico na teoria neoinstitucionalista do *processo*

¹³¹ Para Miller, racionalismo crítico e pós-modernismo no sentido de uma confusa identificação entre verdade e justificação estão em querela: mais do que isso, em franca oposição. Para o racionalismo crítico, não existe algo como verdade objetiva justificada, mas a verdade objetiva, como ideia reguladora da aproximação à verdade, possui valor lógico; para o pós-modernismo, há valor na crença da justificação, mas a verdade objetiva é descartada como ilusão. Enfim, o racionalismo crítico, ao contrário do pós-modernismo, não abandona a verdade, que se situa logicamente no desenvolvimento não justificacionista da resistência teórica a críticas ou tentativas de eliminação de erros. Também por isso se fez uma escolha teórica nesta tese, com base em Agamben (2010-B) e Severino (1986-B), de qualificar o racionalismo crítico como teoria metodológica e epistemológica contemporânea, sem disputar com Miller a compatibilidade de sua obra e da obra de Popper com a chamada pós-modernidade. Vale conferir, no original, o singular raciocínio de Miller (2006, P. 79-80), que arremata, após um longo capítulo de explicações de alta indagação filosófica sobre a função lógica (crítica e falsificacionista) dos argumentos (“*What Do Arguments Achieve?*”), que não forneceu qualquer razão a ninguém para aderir ao racionalismo crítico nem com ele concordar, mas dá as boas vindas a qualquer crítica que os leitores possam apresentar a seu texto: “Critical rationalism and postmodernism are fundamentally at odds. It is necessary that I should close the chapter as I began it, by stressing this. The difference is in how we respond to the realization that there is no such thing as objectively justified truth. Postmodernists, and other relativists, retain a belief in the value of justification, and dismiss objective truth as an uninteresting delusion. Critical rationalists, in the sharpest possible contrast, retain a belief in the value of truth, and dismiss justification an uninteresting delusion. Despite the prevalence of assessment such as that ‘Karl Popper has argued long and eloquently that we must abstain from staking claims to truth in the sciences’ (...), I can promise you that critical rationalists have not abandoned truth; only the pretensions of justified truth. I am skeptical about justification, of course, but I am not at all skeptical about truth; and I hold that not only can we have unjustified knowledge of the world, but that we have ways (though not trustworthy ways) of improving this knowledge. I do not think that even a valid argument can justify anything; but I am not an irrationalist, since I hold that we deploy valid arguments unceasingly in our attempts to eliminate the errors that we have made. I have not tried to give you any arguments in favour of the position that I recommend to you; but I do very much welcome any criticisms that you are prepared to offer”.

coloca em questão a milenar deficiência metodológica do Direito em torno da ideia de *argumento*. Em que o argumento contribui com a ciência e a obtenção da *verdade*? Para Miller, existem três respostas logicamente insustentáveis e uma sustentável para essa pergunta. As insustentáveis são que argumentos servem para (1) *persuasão*, isto é, mudar as mentes das pessoas; (2) *descoberta*, ou seja, acrescentar ou estender o conhecimento; (3) *justificação*, ou provar, estabelecer, consolidar, sustentar ou fornecer boas razões para as proposições em cuja defesa se está interessado. As duas primeiras são falsas, a terceira é impossível. Argumentos, porém, para Miller, só têm função lógica de (4) *crítico*, testando e eliminando as proposições nas quais se está interessado, e não fornecer razões quer a favor quer contra essas proposições¹³². Se, no devido processo coextensivo à procedimentalidade penal, o decisor ainda assim “opta” no juízo decisório pelas proposições falseadas ou refutadas, o faz por mero subjetivismo e ilegítima autoridade, tornando viciada e afrontosa a decisão à lógica científica da processualidade democrática que inclui o conteúdo lógico do princípio da *inocência*.

A *persuasão* é a finalidade da retórica e não se relaciona com a argumentação no sentido do racionalismo crítico. Como ficou claro nos capítulos antecedentes desta obra, a retórica raras vezes se vale de argumentos críticos, compatibilizando-se com mostras de força e autoridade. Para Miller, estudar retórica é importante como estudar as doenças, porque é preciso reconhecê-la(s) quando aparece(m), para combatê-la(s). Ao cabo, pode-se até mesmo argumentar com a retórica, de conclusão a conclusão, de particular a particular, desde que se omitam as premissas no trabalho de conversão da opinião alheia [método ou silogismo entimemático, em que premissa(s) permanece(m) oculta(s)]. É por isso que a retórica é ótima para inquisidores, mas não para racionalistas, na medida em que raramente pode ser baseada em argumentos¹³³.

¹³² MILLER, 2006. P. 65: “The question before us is this: in what manner does rational argument advance or promote the search for truth? (...) In the western philosophical tradition there have been proposed at least three answers to it, none of which appears to me to be in the least satisfactory. (...) The three answers that I regard as wholly inadequate are these: a. *Persuasion*. (...) to change people’s minds; b. *Discovery*. (...) to add or to extend our knowledge; c. *Justification* (...) to justify or prove or establish or consolidate or support or to provide good reasons for propositions that we are interested in. (...) The fourth answer, which I shall endorse, is this: d. *Criticism* (...) to criticize or to probe or to eliminate the proposition that we are interested in, not to provide reasons *either for or against* these propositions”. A falsidade da *persuasão* e da *descoberta*, assim como a impossibilidade da *justificação*, são exploradas, em consonância com as bases lógicas do presente trabalho, nas páginas seguintes da obra de Miller (2006, p. 65-71).

¹³³ MILLER, 2006. P. 67-68: “The story of rhetoric (...) is valuable just on this account, in the same way as is the study of disease. We need to be able to recognize it when it arises, and to be on our guard against it. Arguments can be used to persuade and kitchen knives can be used to kill”. Confere ainda, sobre a insistente influência da tópica e da retórica no direito dogmático, que aqui se pretende abolir, ATIENZA, 2014. P. 21-29, 40-54 e 93-98.

Já a *descoberta*, como passagem do desconhecido ao conhecido, não pode ocorrer por argumentos. No sentido lógico, a *descoberta* é mais do que uma geração espontânea e necessita de um processo racional de validação, que ultrapassa a conjectura, a invenção, a adivinhação, ou imaginação argumentativa, como Miller entende mais honesto chamá-las. Apenas verdades lógicas¹³⁴ podem ser *descobertas*: conjecturadas e validadas (dedutiva e negativamente). E Miller acentua que argumentos não aumentam o volume de conhecimento sobretudo porque “não existe qualquer método conhecido que nos permita migrar do desconhecido para o conhecido – se existisse semelhante método, o desconhecido já seria conhecido.”¹³⁵

Argumentar para *justificação*, por fim, gera uma cadeia infinita de demonstração de premissas que sustentam outras. E a infinitude não cessa a menos que se estabeleça uma premissa autoevidente, ou que se funda em si mesma (método ou silogismo epiqueremático, em que a premissa traz uma demonstração ou uma autoevidência). Miller pontua que, se há algo de autoevidente, é que não existem proposições autoevidentes, uma vez que elas tornariam circular o argumento justificador. Basicamente, a justificação não faz sentido lógico, porque ou a premissa está provada e a conclusão dedutiva também estará, ou a premissa não está provada e a conclusão igualmente não estará. Não é a colocação de um argumento entre a premissa e a conclusão, por sentidos equívocos de probabilidade ou plausibilidade, que, sob o ponto de vista lógico, a conclusão se torna válida, nem mesmo boa¹³⁶. Em qualquer caso, é uma irrelevância lógico-científica a introdução de argumentos no silogismo para justificar a veracidade da premissa da qual se retirará uma verdade (ou falsidade) a transmitir à conclusão. Justificar é, de acordo com o racionalismo crítico, uma perda de tempo, que na dogmática jurídica se perpetua, sob a influência da lógica que remonta a Aristóteles, por mais de dois mil anos (BARNES, 2005)...

O Racionalismo Crítico que preenche o conteúdo do princípio da *inocência* no *devido processo* neoinstitucionalista destaca-se por “hostilidade à persuasão [à retórica], encanto por conjecturas sem restrições e indiferença à justificação em todas as suas variações, juntamente

¹³⁴ Onde MILLER se refere a “verdades lógicas” *ad hoc*, LEAL (2016) entende “certezas lógicas” *ad hoc*. LEAL (2016) concorda que não existe método que faça migrar a pesquisa do desconhecido para o conhecido, mas defende a pesquisa que leva do desconhecido ao cognoscível.

¹³⁵ MILLER, 2006. P. 68-69. “For plainly there is no known method that allows us to proceed from what is known to what is unknown – if there were such a method known, the unknown would already be known.” (tradução livre)

¹³⁶ MILLER, 2006. P. 70-71: “To be candid, I do not understand what is meant by saying that an invalid or an inconclusive inference is nonetheless a good inference. I mean, I understand it well enough when it is said that the premises of such an inference together make the conclusion probable, or raise its probability. What I don’t understand is why this makes it a good inference.”

com uma ênfase na indispensabilidade da aproximação crítica”¹³⁷. No Racionalismo Crítico admite-se que o processo de desenvolvimento de uma teoria é apenas parcialmente racional, porquanto envolve criatividade e outros elementos insuscetíveis de recriação sistemática e lógica (inclusive a angústia, como ausência interrogante, segundo a Psicanálise) na fase de elaboração conjectural. Porém, essa mesma metodologia propõe a recriação da parte do processo que é racional, isto é, a crítica. Por isso, o importante no racionalismo crítico não é a fase de gestação ou criação psíquica da conjectura teórica universal ou existencial, mas, após sua formalização escritural ao mundo público da interenunciabilidade lógica, o conjunto infinito de testes críticos que a ele se faz ou pode fazer (MILLER, 2006, P. 78). Transposta à procedimentalidade penal na teoria neoinstitucionalista, a matriz do Racionalismo Crítico no princípio da *inocência* não confere valor lógico ou *status* científico à construção dos argumentos acusatórios sustentados ao longo do procedimento, tampouco à sua justificação ou alegada aderência à realidade, a partir da subjetividade, das idiosincrasias, dos abalos psíquicos ou das patologias (mundo 2) das autoridades acusadora ou julgadora. Importante à cientificidade e à democraticidade do procedimento é sua abertura infinita à crítica negativa, falibilista e cética, portanto objetiva, contra esses argumentos, ofertada pelo princípio da *inocência*¹³⁸ no nível instituinte da *dignidade* segundo a *teoria neoinstitucionalista do processo*. É científico e democrático o procedimento penal se às hipóteses acusatórias se opuser a abertura processual e refutadora infinita da *inocência* falibilista, negativista e cética do Racionalismo Crítico; enfim, se o *devido processo* servir de resistência, pelo conteúdo objetivo do princípio da *inocência*, à procedimentalidade acusatória e condenatória.

¹³⁷ MILLER, 2006. P. 76: “Hostility towards persuasion, relish for unfettered conjecture, and indifference to justification in all its varieties, together with an emphasis on the indispensability of the critical approach, are the principal features of the philosophy of *critical rationalism* (...)”. No final do capítulo 3 (*What do arguments achieve?*) de sua obra (*Out of Error*), Miller dissolve um paradoxo em que se poderia tentar inserir o Racionalismo Crítico: o de que, ao escrever, Miller colocar-se-ia na tentativa de persuadir outrem de que o Racionalismo Crítico é o melhor método científico, ou justificar o Racionalismo Crítico como o melhor método científico. Diz Miller que não são esses os objetivos, mas são plenamente aceitáveis as críticas (ou os esforços de falsear) o Racionalismo Crítico – críticas que implicariam adesão do crítico às premissas da metodologia de Popper e Miller: “I have not tried to give you any arguments in favour of the position I recommend to you; but I do very much welcome any criticism that you are prepared to offer” (MILLER, P. 79-80).

¹³⁸ “É possível dizer que, instituída (implementada) a dignidade, a inocência cessa, extingue-se? A dignidade na Teoria Neoinstitucionalista do Processo é o ponto crítico-resolutivo da inocência: aqui se abre uma temática fecunda para **pesquisa!**” (LEAL, 2016).

5 A TÍTULO DE CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso repetir Miller e afirmar que este trabalho não pretende apresentar razões para convencer ou persuadir os leitores sobre a correção ou a adequação de suas asseverações. Se se propôs como uma abordagem lógico-jurídico-democrática do princípio da *inocência* segundo o Racionalismo Crítico e a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, não se poderia desmentir logo no item criado a título de considerações finais. O ponto principal foi a apresentação de críticas contra saberes dogmatizados sobre Direito e Processo. Essas críticas se amparam em enunciados básicos que se expõem a novas críticas. Pretende-se com isso contribuir com o percurso do crescimento do conhecimento nas matrizes epistemológicas fundacionais de toda a tese. Para facilitar a oferta de críticas contra este trabalho, podem-se arrolar algumas considerações lógico-epistemológicas e jurídico-democráticas, bem como antecipar possíveis consequências pragmáticas negativas (relação lógica-empirismo, em que a ciência pode guiar o homem sobre o que não fazer, nunca sobre o que fazer) de sua adoção.

Quanto aos aspectos lógico-epistemológicos, as lógicas da Antiguidade e da Modernidade reforçam os critérios de subjetividade e autoridade decisórias. Seja na heurística antiga, com a defesa da existência de essências a cujo conhecimento o homem pode ter acesso, seja no espírito absoluto moderno, com o fechamento de um sistema filosófico total, sempre se fica à espera de um sábio ou um filósofo, alguém com características especiais, enfim, para decidir os rumos do conhecimento em geral e do Direito em especial. A Tópica, desde a obra de Aristóteles, passando por Cícero e Viehweg, apresenta claramente a proposta de que as decisões devam mesmo se basear em opiniões de pessoas prestigiadas. Por conseguinte, nenhuma dessas formas lógicas abre espaço (aporético) à enunciação compartilhada do sentido normativo, que caracteriza o direito democrático de uma sociedade aberta. O Racionalismo Crítico, depois de milênios de supremacia das formas lógicas dos antigos e suas derivações modernas, oferta a possibilidade de uma enunciação proposicional com construção de sentidos acessível a todos, no mundo público e objetivo da lógica.

Quanto aos aspectos jurídico-democráticos, a adoção de lógicas que reforçam a subjetividade e o autoritarismo decisórios repercutiu na criação e na manutenção de um Direito dogmático, violento e exceptivo. De tempos imemoriais à atualidade, não há registro de um Direito não fundado em última análise na força, monopolizada ou oligopolizada por autoridade(s). O braço armado dessa civilização juridicamente garantida é o Direito Penal, com suas sanções extremas, em geral precedidas da imputação de culpa como justificativa à disseminação do suplício contra os homens (mal necessário, irrenunciável). Apesar de a

Modernidade anunciar novos tempos iluminados, centrados no humanismo, no antropocentrismo, na liberdade, ela se notabilizou, no campo das penas, por reformar a engenharia do poder punitivo, tornando-o mais útil. A noção moderna de humano não se apresentou no âmbito criminal ou penal como limite intrínseco ou natural de sofrimento a ser imposto contra um semelhante, mas como um limite útil ao melhor aproveitamento dos corpos disciplinados ou ainda não pela biopolítica. O campo de concentração se tornou o paradigma político da Modernidade e nele as pessoas (*homines sacros*) são *matáveis* em nome de ideais biopolíticos maiores. Para manter esse estado de coisas e a si mesmo, o Direito moderno não dispensa, antes conserva e reforça-os, o dogmatismo, a violência, o subjetivismo, a autoridade, a culpa e a pena. A lógica do Racionalismo Crítico esfacelou a proposta dogmática do conhecimento e, com ela, toda referência a subjetivismo e autoridade como balizas do conhecimento. Coube à Teoria Neoinstitucionalista do Processo como lei democrática, transpondo ao estudo jurídico-científico as matrizes lógicas do Racionalismo Crítico, reunir conjecturas sobre a possibilidade de um Direito não dogmático, não violento, não exceptivo, pela principiologia metalinguístico-autocrítica de contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade, na construção de uma hermenêutica isomênica – igual direito de interpretação para todos – e de uma sociedade aberta. A presente tese continuou a transposição iniciada pelo neoinstitucionalismo processual, especificamente em relação ao princípio da *inocência*, integrante da isonomia no nível instituinte do direito democrático e constituinte dos procedimentos penais, conforme o artigo 5.º, LVII, da Constituição. E o conteúdo lógico do princípio da *inocência* foi identificado com as próprias premissas do falsificacionismo popperiano e milleriano: o falibilismo, o negativismo e o ceticismo.

Diante da proposição do conteúdo lógico do princípio da *inocência* nas matrizes do Racionalismo Crítico e do Neoinstitucionalismo Processual, são predizíveis ou dedutíveis relevantes consequências pragmáticas. A tarefa procedimental acusadora sofre permanente resistência da *inocência* como princípio processual democrático, compatível com uma apenação fragmentária, mínima, de *ultima ratio*. A acusação precisa resistir à crítica incessante e infinita em ampla defesa propiciada pelo falibilismo e o negativismo da *inocência*. No plano epistemológico do *ceticismo*, a *inocência* não pode demonstrar a verdade absolutória, mas basta, no direito democrático, que falseie, no plano metodológico, as premissas ou as bases empíricas da acusação. Também outras negativas a ações anti-isonômicas decorrem do princípio da *inocência* aqui explicitado, como o uso de algemas ou de vestimenta estigmatizante por acusados no cenário jurisdicional, a ausência do acusado aos atos procedimentais para exercício falseador de autodefesa, a falta do advogado ou defensor

público (instituição ausente em três de cada quatro unidades jurisdicionais brasileiras) no exercício de defesa técnica falseadora. Por outro lado, o conteúdo lógico-crítico e neoinstitucionalista do princípio da *inocência* não falseia outros elementos procedimental e pragmaticamente instalados na realidade penológica brasileira, continuando articulável e operativo mesmo depois da preclusão do juízo definitivo de condenação. Nessa categoria de elementos não falseados pelo princípio da *inocência* se enquadra, por exemplo, a *coisa julgada* não como qualidade do efeito que torna imutável a decisão não mais sujeita a recurso, mas a impossibilidade de novo falseamento decisório sem instalação do *devido processo*¹³⁹. Em consequência, no caso dos procedimentos penais, destacam-se, compatíveis com o princípio autocrítico e neoinstitucionalista da *inocência*, a inexistência de procedimento revisório da preclusão máxima em favor da acusação, mas a previsão de vários procedimentos revisórios em favor da defesa, tais como a revisão criminal a qualquer tempo para (novo falseamento) de elementos de prova, o *habeas corpus*, os incidentes de execução, o acolhimento da ausência de registro de falta grave como demonstração de bom comportamento carcerário no cumprimento da pena. Mas esses são temas para outros trabalhos, a cujo desenvolvimento crítico se convida a todos.

¹³⁹ Cf. Leal, 2005-E.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *A linguagem e a morte – um seminário sobre o lugar da negatividade*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2006.
- _____. *Profanações*. Tradução de Selvino J. Assman. São Paulo: Boitempo, 2007.
- _____. *Estado de Exceção*. Coleção Estado de Sítio. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua*. 2ª. ed. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2010. (A)
- _____. *O que é o Contemporâneo?* Tradução de Vinícius de Castro Honesko. Chapecó: Argos, 2010. (B)
- ALBERT, Hans. *Tratado da Razão Crítica*. Tradução de Idalina Azevedo da Silva e outros. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.
- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modelo costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a Violência*. 3ª. Ed. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. 2ª. ed. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- AULAGNIER, Piera. *A Violência da Interpretação – do Pictograma ao Enunciado*. Tradução de Maria Clara Guimarães Pellegrino. Rio de Janeiro: Imago, 1979.
- BACHELARD, Gaston. *A Formação do Espírito Científico*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. 8ª. reimp. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- _____. *A Filosofia do Não – Filosofia do Novo Espírito Científico*. 6ª ed. Tradução de Joaquim José Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença, 2009.
- _____. *A Epistemologia*. Tradução de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. In Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2. n. 3 e 4. 1 e 2 sem. 1999. Belo Horizonte: PUC Minas. P. 89-154.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito Processual Constitucional – aspectos contemporâneos*. 1a. Reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- BARNES, Jonathan. *Aristóteles*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)Forma do Processo Penal*. Comentários críticos dos artigos modificados pelas leis n. 11.690/08 e n. 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2009 (A).

_____. Investigação policial e direito à ampla defesa. Dificuldades de uma interpretação adequada à Constituição. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). *Constituição e Processo*. A resposta do constitucionalismo à banalização do terror. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 249-274 (B).

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Disponível em http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf, com acesso em 20/07/2015.

BENJAMIN, Walter. *Zur Kritik der Gewalt*. In *Walter Benjamin Gesammelte Schriften*, vol. II.1, herausgegeben von R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1999. P. 179-204. Disponível e acessado aos 19 de outubro de 2011 em <http://musiclanguagethought.files.wordpress.com/2011/02/benjamin-zur-kritik-der-gewalt.pdf>

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de Filosofia Aristotélica – leitura e interpretação do pensamento aristotélico*. São Paulo: Manole, 2003.

BRANDOM, Robert. *Freedom and Constraint by Norms*. In *American Philosophical Quarterly*. Volume 16, Number 3, July, 1979. P. 187-196.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BROCHADO, Mariah. *Resenha: Parmênides, ou das Ideias*. In *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 104, p. 291-312, jan./jul de 2012. Disponível em <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2012v104p291/154>, com acesso em 08 de julho de 2015.

BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005.

CALDWELL, Peter C. *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law – The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. London: Duke University Press, 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. *Coesão interna entre Estado de Direito e Democracia na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesaointerna.pdf, acessado em 1.º de julho de 2015. *Revista Eletrônica da PUC Minas Virtuajus*. Ano 2, n. 2, 2003.

CECCARELI, Paulo Roberto. *A Psicanálise na cena do crime*. Tempo Psicanalítico, Rio de Janeiro, v. 45.2, p. 401-418, 2013. Disponível em <http://ceccarelli.psc.br/pt/wp-content/uploads/artigos/portugues/doc/psicenacrime.pdf>, com acesso em 15 de agosto de 2015.

CORDERO, Franco. *Guida ala procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. (A)

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A contribuição da Constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro*. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e Processo: a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221-231. (B)

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de F. de Abranches Ferrão. Lisboa: Jornal do Foro, 1952.

_____, Eduardo J. *Interpretação das Leis Processuais*. Tradução de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. São Paulo: Max Limonad, 1956.

CUNHA, Rosa Maria Cardoso da. *O Caráter Retórico do Princípio da Legalidade*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

DERRIDA, Jacques. *Estados da Alma da Psicanálise*. Tradução de Antônio Romane e Isabel Marin. São Paulo: Escuta, 2001.

_____. *Without Alibi*. Translated by Peggy Kamuf. Stanford, CA, USA: Stanford University Press, 2002.

_____. *A Farmácia de Platão*. Tradução de Rogério Costa. 1.a Ed. São Paulo: Iluminuras, 2005.

_____. *Força-de-Lei – o “fundamento místico da autoridade”*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DEUS, Denise Carla de. *A Teoria da Proposição Apresentada no Periérmeneias: a divisão das proposições do júzo*. Disponível em http://www.ufsj.edu.br/portal-repositorio/File/lable/revistametanoia_material_revisto/revista03/texto02_perihermeneias_aris_toteles.pdf, com acesso em 08/07/2015. *Μετανόια*. São João del-Rei, n. 3. p. 13-18, jul. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Nova Era do Processo Civil*. 2ª ed. 2ª. tir. Malheiros: São Paulo, 2007.

DUDLEY, Will. *Idealismo Alemão*. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2007.

EAGLETON, Terry. *A ideologia e suas vicissitudes no marxismo ocidental*. In ZIZEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007. P. 179-226.

EINSTEIN, Albert; FREUD, Sigmund. *Porquê a Guerra?* Tradução de Duarte da Costa Cabral. Lisboa: Publicações Europa-América, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8ª. ed. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. (29ª. reimpressão).

_____. *Nascimento da Biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Os Anormais*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Vigiar e Punir – história da violência nas prisões*. 39ª. ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2011.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Pequena coleção das obras de Freud. Livro 8. Tradução de José Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1974.

_____. *Escritores Criativos e Devaneios*. In Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol. IX. Traduzido sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. P. 133-143. (B)

_____. *Notas Psicanalíticas sobre um Relato Autobiográfico de um Caso de Paranoia (Dementia Paranoide)*. In Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol. XII. Traduzido sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. P. 13-90. (A)

_____. *Fetichismo*. In Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Vol. XXI. Traduzido sob a direção de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996. P. 159-164. (C)

FRIEDRICH, Carl J. *Tradição e Autoridade em Ciência Política*. Tradução de Fernando de Castro Ferro. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRESTA, Roberta. *Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

HAACK, Susan. *Filosofia das Lógicas*. Tradução de Cezar Augusto Mortari e Luiz Henrique de Araújo Dutra. São Paulo: UNESP, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como “Ideologia”*. Tradução de Artur Morão da ed. Alemã (Suhrkamp, 1968). Lisboa (POR): Edições 70, 1968.

_____. *Três modelos normativos de democracia*. In *Cadernos da Escola do Legislativo*. Vol. 3. Jan./Jun 1995. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. p. 107-121.

_____. *Discurso Filosófico da Modernidade*. 2ª. ed. Tradução de Ana Maria Bernardo e outros da 2ª. ed. Alemã (Suhrkamp, 1985). Lisboa: Dom Quixote, 1998.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. 2ª. ed. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Unesp, 2009.

JAEGER, Werner. *Paideia – a formação do homem grego*. 5ª. ed. 2ª. tir. Tradução: Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução e posfácio de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. [també disponível em www.libertarianismo.org/livros/fkoprocesso.pdf]

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. 2ª. ed. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Primeira Parte disponível em http://www.ipb.pt/~marcocosta/recursos/005/immanuel_kant_criti_fac_juizo.pdf. Acesso em 12 de julho de 2015.

KANTOROWICZ, German. *La Lucha por la Ciencia del Derecho*. In SAVIGNY, KIRCHMANN, ZITELMANN e KANTOROWICZ. *La Ciencia del Derecho*. Buenos Aires, ARG: Editorial Losada, 1949. P. 327-373.

KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva*. In *Discursos Sediciosos*, ano 1, número 1, primeiro semestre de 1996. Rio de Janeiro: Relume Dumará. P.79-92. [Também disponível em <http://emporiododireito.com.br/a-esquerda-punitiva-por-maria-lucia-karam/>, com acesso em 15 de julho de 2015.]

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à Leitura de Hegel – aulas sobre a Fenomenologia do Espírito ministradas de 1933 a 1939 na École des Hautes Études reunidas e publicadas por Raymond Queneau*. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2014.

KUSH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. Tradução de Dankwart Benschmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

LACAN, Jacques. *O Seminário. Livro 3. As psicoses*. Texto estabelecido por Jacques-Alain Miller [versão brasileira de Aluísio Mendes]. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

LEAL [A. C.], André Cordeiro. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

_____. *Considerações orais na pré-defesa de banca de doutoramento*. PUC Minas. Belo Horizonte. 04 de dezembro de 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. *Comentário de Acórdão do STF*. In Boletim Técnico. Escola Superior da Advocacia OAB/MG. V. 1. N. 1. P. 59-80. Jan a jul./2004.

_____. *Processo Civil e Sociedade Civil*. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>>. Revista Eletrônica da PUC Minas *Virtuajus*, ano 4, n. 2, dezembro de 2005 (A).

_____. *Ausência de Processualidade como Morte pelo Direito*. In *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (B). P. 111-119.

_____. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (C). P. 23-32.

_____. *Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas*. In *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (D). P. 78-87.

_____. *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – Temática Processual e Reflexões Jurídicas*. In *Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005 (E). P. 01-22.

_____. *Direitos fundamentais do processo de desnaturalização dos Direitos Humanos*. In LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); WALTER, Carlos H. (org.) et alii. *Uma pesquisa institucional de Estado, Poder Público e União na Constitucionalidade brasileira: significados equívocos e a interpretação do Direito; busca de um novo médium lingüístico na teoria da constitucionalidade democrática*. Belo Horizonte: Del Rey/FUMEC/FCH, 2008 (A). p. 483-495. [Também disponível em http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf, com acesso em 20/07/2015].

_____. *O Paradigma Processual ante as Sequelas Míticas do poder Constituinte Originário*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 295-316, jul./dez. 2008 (B). Disponível em <http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/download/167/153>, com acesso em 20/07/2015

_____. *Modelos processuais e constituição democrática*. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). *Constituição e Processo – a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. P. 283-292.

_____. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte:

Forum, 2010.

_____. *O due process e o devir processual democrático*. In ROSSI, Fernando *et alii* (coord.). *O futuro do processo civil no Brasil – uma análise crítica ao projeto de novo CPC*. Belo Horizonte: Forum, 2011. P. 581-594.

_____. *Teoria Geral do Processo – primeiros estudos*. 11ª. edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2012 (A).

_____. *O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC*. LIMA CASTRO, Joao Antônio *et ali* (coord.) *Direito Processual – estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas – Instituto de Educação Continuada, 2012. P. 185-190. (B)

_____. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Considerações orais e escritas na defesa de banca de doutoramento*. PUC Minas. Belo Horizonte. 11 de maio de 2016.

LENZI, Eduardo Barbosa; VICENTINI, Max Rogério. *Vico e a história como ciência*. In *Acta Scientiarum* Maringá, v. 24, n. 1, p. 201-210, 2002. Disponível em <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/2436/1707>, acesso em 20 de julho de 2015.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; STRECK, Lênio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação Constitucional e Limites de Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. In *Revista Eletrônica Argumenta*, n. 7, 2013. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em 20/08/2015.

LOPES, Edwar. *Discurso, Texto e Significação*. São Paulo: Cultrix, 1978.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol I. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOSEE, John. *Introdução Histórica à Filosofia da Ciência*. Belo Horizonte: Itatiaia, 2000.

MACHADO, Roberto. *Introdução*. In FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979. (29ª. reimpressão).

MARÇAL, Antonio Cota. *Princípio: estatuto, função e usos no Direito*. In TAVARES, Fernando Horta (org.). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 31-58.

_____. *Pragmatismo e Direito: qual Pragmatismo e o quê interessa no Pragmatismo*. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da PUC Minas, campus Serro*. N. 3. 2011 Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1998/2181>

_____. *Considerações orais na pré-defesa de banca de doutoramento*.

PUC Minas. Belo Horizonte. 04 de dezembro de 2015.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Do julgamento do fato incerto na ação penal condenatória: imposição do ônus da prova para o órgão de acusação*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/ Movimento Editorial, 2006.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. In *Novos Estudos CEBRAP*. N. 58. São Paulo: Fundação Carlos Chagas. novembro de 2000. P. 183-202.

MONTEIRO DE BARROS, Vinícius Diniz. *A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MILLER, David. *Out of Error – Further Essays on Critical Rationalism*. Aldershot (UK): Ashgate, 2006.

_____. *Tomada de Decisões e o Problema da Indução*. Conferência proferida na FMD-PUC Minas, Unidade Coração Eucarístico. *Ciclo de Conferências por ocasião do 20.º aniversário de morte de Karl Popper*. 30 de setembro de 2014. Belo Horizonte, MG. 17 P. (texto de reprodução pública não autorizada, mas gentilmente cedido pelo autor).

OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática na filosofia contemporânea*. 2a. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

ORWELL, George. *A revolução dos bichos*. Tradução de Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. (31ª. reimpressão)

PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. *Fundamentos de Filosofia da Linguagem*. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007.

POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Tomos I e II. 3ª. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

_____. *Conhecimento Objetivo*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. (A)

_____. *O mito do contexto – em defesa da ciência e da racionalidade*. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1999. (B)

_____. *Lógica das Ciências Sociais*. 3ª. ed. Tradução de Estêvão de Rezende Martins e outros. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.

_____. *Conjecturas e Refutações – o progresso do conhecimento científico*. 5ª ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2008. (A)

_____. *Busca Inacabada: Autobiografia Intelectual*. Tradução de João C. S. Espada. Lisboa/POR: Esfera do Caos, 2008. (B)

_____. *A Base Empírica* [1934]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César

Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (A)

_____. *Método científico* [1934]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (B)

_____. *Falsificacionismo versus Convencionalismo* [1934]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (C)

_____. *Historicismo* [1936]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (D)

_____. *Engenharia Social Gradativa* [1944]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (E)

_____. *Os paradoxos da soberania* [1945]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (F)

_____. *A autonomia da sociologia* [1945]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (G)

_____. *Contra a Sociologia do Conhecimento* [1945]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (H)

_____. *O Objetivo da Ciência* [1957]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (I)

_____. *Conhecimento sem autoridade* [1960]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (J)

_____. *O incremento do conhecimento científico* [1960]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (K)

_____. *Verdade e aproximação da verdade* [1960]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (L)

_____. *O princípio da racionalidade* [1967]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (M)

_____. *Realismo* [1970]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (N)

_____. *O problema da demarcação* [1974]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (O)

_____. *O problema corpo-mente* [1977]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (P)

_____. *O Eu* [1977]. In MILLER, David (Organização e Introdução). *Popper – Textos Escolhidos*. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Tradução de César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto (PUC Rio), 2010. (Q)

_____. *Os Dois Problemas Fundamentais da Teoria do Conhecimento*. Tradução de Antonio Ianni Segatto. São Paulo: UNESP, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um Processo Penal Democrático – Crítica à Metástase do Sistema de Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; LINHARES, José Manuel Aronso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSZAK, Theodor. *The Making of a Counter Culture – Reflections on the Technocratic Society and Its Youthful Oposition*. Berkeley and Los Angeles, USA: University of California Press, 1995.

ROUANET, Sérgio Paulo. *A Deusa Razão*. In NOVAES, Adauto. *A Crise da Razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. P. 285-299.

SARTRE, Jean-Paul. *Prefácio*. In FANON, FRANTZ. *Os condenados da terra*. Tradução de José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. P. 03-21.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. *Metodologia Jurídica*. Tradução de Hebe A.M. Caletti Marengo. Campinas: Edicamp, 2001.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEVERINO, Emanuele. *A Filosofia Antiga*. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986. (A)

_____. *A Filosofia Moderna*. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1984.

_____. *A Filosofia Contemporânea*. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70, 1986. (B)

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª. ed. 11ª. tiragem (2002). São Paulo: Saraiva, 1994.

VICO, Giambattista. *Ciência Nova*. Lisboa: Fundação Calouste Goulbekian, 2005.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. 5ª. ed. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A Onda Punitiva]*. 3a. ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEBER, Max. *Os três tipos puros de dominação legítima*. In *Max Weber – Coleção Grandes Cientistas Sociais*. 7.ª ed. 8.ª impressão. São Paulo: Atlas, 2004.

WOLFF, Francis. *Nascimento da razão, origem da crise*. In NOVAES, Adauto (org.). *A crise da razão*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. P. 67-82.