

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

DECISÃO PENAL
INCURSÕES JURÍDICAS PELA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA
DO PROCESSO

Letícia Lacerda de Castro

Belo Horizonte

2014

Letícia Lacerda de Castro

DECISÃO PENAL
INCURSÕES JURÍDICAS PELA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA
DO PROCESSO

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques

Belo Horizonte
2014

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C355d Castro, Leticia Lacerda de
Decisão penal incursões jurídicas pela teoria neoinstitucionalista do processo / Leticia Lacerda de Castro, 2014.
109f.

Orientador: Leonardo Augusto Marinho Marques
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Decisão (Direito). 2. Processo penal. 3. Democracia. 4. Ciência política. I. Marques, Leonardo Augusto Marinho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.95

Letícia Lacerda de Castro

DECISÃO PENAL

Incursões jurídicas pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques (Orientador) – PUC Minas

Professor Doutor Felipe Martins Pinto – UFMG

Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal – PUC Minas

Belo Horizonte, 19 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmãs e sobrinhos, por tornarem minha vida feliz.

Ao Professor Leonardo Marinho, por me fazer acreditar no Direito. Hoje sei que o estudo científico compensa e que vale a pena lutar pela construção do Estado Democrático de Direito. Se não fosse pela sensibilidade de suas interlocuções, não teria chegado até aqui.

Ao Professor Rosemiro Pereira Leal, por cada uma de suas aulas. Por cada um de seus livros e artigos científicos. Por ter me apresentado Karl Popper e a Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Grande mestre que me fez revisitar e refutar a ciência dogmática do direito.

Aos colegas de pesquisa científica Filipe, Vinícius, Richard e Júlio, pelos estudos compartilhados que minimizaram minha angústia quanto à democracia ainda pendente de implantação.

RESUMO

O presente trabalho promove análise crítica da construção da decisão jurídica penal na perspectiva da Teoria Neoinstitucionalista do Processo. Na pós-modernidade, a decisão jurídica deve ser construída na e pela linguagem, mediante a opção por uma epistemologia linguístico-crítica, cuja problematização e falseamento teórico seja um trabalho incessante do cientista jurídico, em busca de um conhecimento objetivo encampado no ato decisório, livre de ideologias, mitos, crenças ou saber pressuposto, rompendo-se, definitivamente, com o decisionismo e a filosofia da consciência. Cotejando essa premissa central com teorias contemporâneas que tratam da construção da decisão, será identificado o caráter violento e autoritário que de forma perene reafirma uma sociedade pressuposta, protegida pelo esquecimento do nível instituinte da lei, só decifrável pelo neoinstitucionalismo processual.

Palavras-chave: Decisão jurídica. Processo penal. Democracia. Teoria neoinstitucionalista.

ABSTRACT

This work intends to propose a critical analysis of the criminal decision's construction based on the Neo-Institutionalism's Procedure Theory. Over post-modernity, the law and court decisions must be built by the use of language, choosing a linguistically-critical epistemology, whose research and theoretical distortion are based on uninterrupted investigation by the jurist, pursuing an objective knowledge – backed on only at the court decision – absent of fake beliefs, ideologies or prejudgments, representing the disruption from the *decisionismo* and the consciousness' philosophy. From this beginning point, will be revealed the violent and overbearing that restates a presupposed society, protected by the oblivion of the law's instituting level, which is only decoded by the Neo-Institutionalism's Procedure Theory.

Keywords: Court decision. Criminal procedure. Democracy. Neo-Institutionalism Theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 APONTAMENTOS TEÓRICOS-CRÍTICOS DA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA	13
2.1 DECISÃO JURÍDICA: A BRICOLAGEM DE SIGNIFICANTES.....	13
2.2 INTERLOCUÇÕES PRELIMINARES ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE	15
2.3 O SALTO EPISTEMOLÓGICO PELA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO	22
2.4 A DECISÃO CONSTRUÍDA PELA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS	27
2.5 A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COMO BRICOLAGEM DE SIGNIFICANTES ROMPE COM O DECISIONISMO?.....	37
2.6 DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE ROMPIMENTO COM O PARADIGMA CARTESIANO	43
2.7 SUPERAÇÃO DO DOGMA DA COMPLETUDE JURÍDICA.....	45
2.8 DECISÃO JURÍDICA E O <i>SENTIRE</i> DO JUIZ.....	50
3 A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL	58
3.1 A INÉDITA TEORIZAÇÃO DO NÍVEL INSTITUINTE DA LEI PELA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO	58
3.2 A INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO PARA ALCANCE DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA. PELO FIM DO DECISIONISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	64
3.3 APONTAMENTOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DO DECISIONISMO JUDICIAL	71
3.4 TEORIA PROCESSUAL DA DECISÃO JURÍDICA.....	76
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
5 REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

As teorias devem morrer no lugar dos homens. Este é um enunciado de Karl Popper, ao defender que as teorias construídas pela ciência jurídica devem ser postas numa situação concorrencial, como teorias rivais, prevalecendo aquela mais resistente, até que outra, legitimada por um discurso de testificação e falseabilidade, a substitua, demarcando uma verdade provisória ou um conhecimento objetivo.

O presente trabalho não tem a pretensão de criar uma teoria da decisão jurídica. Sabemos da complexidade do tema. O objetivo que pretendemos alcançar é a problematização, de forma crítica, de determinadas premissas da teoria da decisão jurídica sustentadas por alguns autores contemporâneos.

Dentre esses autores está Rosemiro Pereira Leal, cuja Teoria Neoinstitucionalista do Processo foi adotada como marco teórico com matrizes popperianas. Entendemos que na pós-modernidade somente a opção epistemológica do neoinstitucionalismo é que conduzirá efetivamente à construção de uma decisão penal democrática, entendida como não dogmática.

Em confronto à teoria neoinstitucionalista e suas matrizes popperianas, elegemos as teorias decisórias de Alexandre Morais da Rosa e de Aury Lopes Junior e, de forma acessória, fazemos incursões na teoria proceduralista de Habermas. É certo que outras poderiam ser abordadas, como as de Taruffo, Ferrajoli e Cordero. Todavia, por opção epistemológica clara preferimos identificar a lógica teórica desses dois autores que tanto repercutem na atualidade na ciência processual penal. A rigor, tanto Aury quanto Alexandre vêm se despontando como referências no processo penal, o que de certa forma orientou nossa eleição por um estudo mais profícuo do entendimento desses autores acerca do tormentoso tema da construção da decisão jurídica.

Também empreendemos apontamentos críticos sobre a decisão jurídica demarcada pela teoria do processo constitucionalizado, cotejando-a com o marco da neoinstitucionalidade processual.

A tentativa deste estudo é de se alcançar uma aproximação da construção da decisão jurídica, notadamente da decisão penal, com o direito democrático, pela via do devido processo constitucional. A rigor, com o advento da Constituição Federal

de 1988, o direito dogmático (entendido como não democrático) (LEAL, 2013, p. 3), e seu sedutor discurso de decidibilidade com base em um senso comum de justiça do juiz solipsista, preso à filosofia da consciência, deve ser substituído por uma ciência jurídica problematizada em testificações, que conduza à construção, efetivamente democrática, da decisão penal.

Na pós-modernidade, percebe-se uma tentativa declarada de rompimento com teorias da decisão que negam aos legitimados do processo o protagonismo da construção do provimento judicial. A instrumentalidade processual, até pouco tempo inquestionada pela ciência dogmática do direito, começa a ser fundamentadamente rechaçada, decerto diante do sofrimento causado pela sua aplicação acrítica no Judiciário brasileiro.

Depositar na figura do “humano” juiz a confiança do acerto da justiça, achado num senso comum da sociedade, e ainda confiar-lhe a tarefa da manutenção da paz social, da ordem política e econômica, como fazem os instrumentalistas, já deu mostras de tratar-se de uma lógica perversa e falida, dado o estado de indignação dos verdadeiros legitimados ao processo, que sofrem, passivamente, os efeitos da decisão solipsista de um juiz, tido por um julgador iluminado.

É preciso teorizar, visando à *“destruição do fetiche do Estado de Justiça, que está a emperrar a transição para a pós-modernidade”* (LEAL, 2002, p. 30). Nesse sentido, é necessário autoproblematizar a proposição teórica que coloca a jurisdição no centro do sistema jurídico, e não o processo. Afinal, a enunciada passagem para a pós-modernidade *“sempre será uma tarefa inalcançável quando se põe o decididor talentoso ou de bom-senso no centro produtor de justiça”* (LEAL, 2002, p. 83).

Nesse sentido, será enfrentado um estudo da decisão jurídica como bricolagem dos significantes, em que destacaremos a enorme contribuição teórica de aproximação do Direito com a Psicanálise. No entanto, entendemos que a decisão propagada ainda se encontra presa no solipsismo, porquanto Alexandre Morais da Rosa (2004) defende que o juiz deva manejar a construção dos significantes probatórios, produzidos pelos sujeitos processuais em contraditório, mediante a adoção de um critério ético.

Também constataremos que a concepção da decisão jurídica de Aury Lopes Junior (2013) ainda encontra-se presa na lógica do decisionismo, já que

declaradamente revela o *sentire* do juiz, sobre a melhor versão dos fatos reconstruídos no processo.

Em Fazzalari perceberemos um inegável salto epistemológico na teoria do processo, que passou a ser compreendido como um procedimento em contraditório, em que a construção do provimento dá-se de forma participada entre as partes, e não pela esfera individualista do juiz, destarte, centrando-se no desenvolvimento de um devido processo legal.

A teoria constitucionalista do processo, cogitada, inicialmente, por Hector Fix-Zamudio, no México, sistematizada por Baracho, no Brasil, e retomada por Andolina e Vignera, na Itália (BRÊTAS, 2010, p. 35), constitui-se, portanto, em um marco na ciência do Direito Processual, por introduzir uma reflexão constitucional na teoria do processo de Fazzalari,¹ complementando-a.

Nessa linha de raciocínio, desde já se levanta a crítica à teoria constitucionalista do processo, notadamente ao “*esquecido nível instituinte da lei*” de seus defensores (LEAL, 2013, p. 5). Uma vez que os fundamentos teóricos de sua construção pautam-se nos direitos e garantias processuais,² dever-se-ia enfrentar a “*gênese teórica do direito instituído e constituído*” (LEAL, 2013, p. 6), notadamente os direitos e garantias processuais instituídos na Constituição Federal de 1988. Afinal, ter-se como *garantido* o contraditório, a ampla defesa (ou argumentação) e a isonomia, num já instituído – pela promulgação da Constituição Federal de 1988 – devido processo constitucional, seria suficiente para estancar qualquer protagonismo judicial na construção da decisão jurídica? Não se estaria legitimando o ativismo judicial na interpretação da norma constitucional para a construção e aplicação do direito?

Na contemporaneidade, a questão suscitada pode ser debatida na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual, em bases epistemológicas, investiga-se os três níveis do direito – instituinte, constituinte e constituído, autorizando, numa linguagem jurídica-autocrítica, uma “*hermenêutica*

¹ Ao defender a complementaridade da teoria do processo constitucional à teoria do processo como procedimento em contraditório (Fazzalari), Brêtas defende que a “*inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional do da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada*” (BRÊTAS, 2010, p. 91).

² É o processo nessa teoria garantia constitutiva de direitos fundamentais (BRÊTAS, 2010, p. 75).

isomênica” (direito igual de interpretar a lei) na construção de uma teoria da decisão jurídica (LEAL, 2010, p. 60). Nesse sentido:

A originalidade da *teoria neoinstitucionalista do processo* tem *locus* no nível instituinte da Lei, porque o direito vem sendo estudado e repetido por milênios com esquecimento (propositada opacidade?) dos fundamentos teóricos de sua construção, ao relegarem às ideologias dos legisladores (saber aristotélico-platônico) e ao tempo taumaturgo os anseios dos destinatários normativos, atribuindo a estes uma fantasiosa coautoria dos direitos legislados (Habermas) sem qualquer compreensão da gênese teórica do direito instituído e constituído. A Constituição, nessa perspectiva, transforma-se em Escritura Sagrada só decifrável pelas autoridades investidas numa escuta sobrenatural restrita ao Estado-juiz. Cria-se o mito do primado da constituição muito além do sentido da crueldade silenciosa e carcerária do saber popular advindo dos usos e costumes e dos atos seculares de fala (contexto cultural), embora também as máximas (doxas e endoxas como jogos de linguagem) sejam auxiliares profícuas da realização magistral da “Justiça” pelos predestinados intérpretes e aplicadores da lei. (LEAL, 2010, p. 6, grifos do original)

Nessa linha de raciocínio, destaca-se a indagação de Aury Lopes Junior, na última edição de sua obra *Direito Processual Penal*, em tópico dedicado à decisão jurídica:

A questão perene passa a ser: assumir a subjetividade e superar o dogma da completude lógica, de um lado, e, de outro, não cair no outro extremo, no decisionismo, em que o juiz julgue como bem entender, com incontrolável subjetividade. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1086)

Com efeito, tratar a sentença como “*fruto do convencimento do juiz, formado em contraditório no processo e segundo suas regras*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1082), não retira da sua construção a subjetividade do juiz. A questão, como bem colocada pelo autor, é o “controle” dessa subjetividade, no ato decisório, visando à democratização do provimento.

Em sua *A lógica das ciências sociais*, Karl Popper enuncia que a ciência, ou o conhecimento, inicia-se, mais propriamente, por problemas:

Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento; mas, também, não há nenhum problema sem ignorância. Pois cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; ou, examinado logicamente, da descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos; ou, declarado talvez mais corretamente, da descoberta de uma contradição

aparente entre nosso suposto conhecimento e os supostos fatos. (POPPER, 1978, p. 14-15)

Está-se diante de um grande problema: a construção da decisão jurídica invariavelmente estaria refém do subjetivismo do juiz? Tem-se por democrática uma decisão nessa perspectiva?

Esse problema deve ser encarado, continuamente, na busca de uma teoria satisfatória, ao menos provisoriamente, afinal, “*ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continua massacrando o homem*” (LEAL, 2013, p. 6).

Partimos, portanto, sem qualquer pretensão de construção de uma teoria da decisão penal, à explicitação do conhecimento de proposições que fazem uma aproximação, efetiva, da decisão penal e do Estado Democrático de Direito, mesmo que provisória, reportando-nos a Popper.

2 APONTAMENTOS TEÓRICOS-CRÍTICOS DA CONSTRUÇÃO

2.1 DECISÃO JURÍDICA: A BRICOLAGEM DE SIGNIFICANTES

A proposta de construção da decisão penal como bricolagem de significantes – tese de doutorado de Alexandre Morais da Rosa (2004) – discute a epistemologia aplicada às decisões penais, partindo de uma concepção dos sujeitos envolvidos no processo, numa tentativa de rompimento com o “*mito da modernidade*” acerca da consciência plena, “*pois esses sujeitos, além do consciente, operam com uma ‘outra cena’ (Freud), um capítulo censurado: o inconsciente*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 387).³

Partindo-se de uma interlocução com a Psicanálise⁴ e estabelecendo a estrutura do inconsciente dos atores jurídicos envolvidos no processo, defende-se que a construção da decisão deve se dar em face de significantes, rompendo com a tradição do silogismo, numa visão aproximativa da bricolagem⁵ (Lévi-Strauss) (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 1).

Com efeito, o ato decisório do “*um-julgador*” encontra-se adstrito a condicionantes inconscientes, culturais, ideológicos, midiáticos, sem que qualquer teoria jurídica seja demarcada no momento do ato de julgar do juiz. Alia-se a esse quadro encontrar-se o direito envolto num “*enigma*”, sendo o juiz um sujeito

³ A tese formulada não escapa ao ceticismo do autor de ter alcançado uma teoria efetivamente democrática da construção da decisão. Assim, o que restaria seria “*um sendero, um caminho sinuoso na e pela linguagem, por seus significantes, deslizando...*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 387).

⁴ A aproximação do Direito com a Psicanálise é feita com a ressalva de Miranda Coutinho: “*Ficou patente, por exemplo, que se não pode fazer um discurso psicanalítico do direito e muito menos um discurso jurídico da psicanálise [...] Os elementos dos campos (direito e psicanálise), por outro lado, não têm a mesma estrutura e não podem ser tomados como lugar-comum. Arriscar a identidade é ceder à comodidade, mas incorreto, para não dizer falso. Atitude empulhadora, deslumbra na primeira aparência pelas fórmulas fáceis, mas oferece o cadasfalso no momento seguinte.*” (MIRANDA COUTINHO, 1996, p. 41-42).

⁵ Para Morais da Rosa, “*atualmente a atividade do bricoler é o daquele que executa um trabalho sem que exista um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando, integrando, com o material disponível. Comparada a atividade do engenheiro com a do bricoler, o primeiro possui um projeto a ser cumprido, enquanto o bricoler cola os fragmentos que aparecem [...] Segundo, ainda, o autor, nenhum significante pode ser desconsiderado pelo juiz, validamente produzido na instrução processual, não podendo descartar os significantes que não se ajustarem em sua ideia prévia, diversamente do engenheiro que está encerrado nos limites de seu projeto*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 367-368).

“especialista” e habilitado a interpretar corretamente a lei, buscando a sua verdade, a par do “*senso comum teórico dos juristas*”, preso na lógica posta pela “*filosofia da consciência*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 361). Nesse sentido, seria a decisão encontrada num ato lógico, de um sujeito consciente, na maioria das vezes bem intencionado, mas que julga fortemente influenciado pelos condicionantes que decerto ignora (in)conscientemente.

Daí a necessidade de se estabelecer um processo democrático, imprescindindo, para sua caracterização, de um processo penal desenvolvido em contraditório (Cordero e Fazzalari), a partir do “*sistema garantista*”⁶ e próximo ao *sistema acusatório* (Cordero).

A par do desenvolvimento desse processo democrático proposto, adquire-se, no seu curso, “*significantes*” que ao final, devem ser “*selecionados, simplificados, articulados, organizados, para que somente então sentido advenha, num processo de ‘bricolagem jurídica’*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 388). Assim, seria o juiz, o acertador de significantes, conclusivamente. A ele caberia o papel de escolha desses significantes, sem pretensão de certeza ou encontro com a verdade, mas com ética (Dussel)⁷ (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 371).

⁶ A epistemologia garantista de Ferrajoli baseia-se nos direitos individuais, com a finalidade de articular a limitação do poder do Estado (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 92). Pelo sistema garantista, Ferrajoli preconiza onze princípios necessários e sucessivos de legitimidade do sistema penal, sendo eles: *pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa*. A ausência de qualquer um deles torna a ação estatal ilegítima. A classificação se divide em (i) garantias penais: delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade e (ii) garantias processuais: jurisdição, acusação, prova e defesa. Tais princípios seriam articulados por axiomas (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 127-129). Observa-se que a opção de Ferrajoli, no que se refere à categoria “garantias processuais”, fora pela jurisdição e não pelo processo, nesse trabalho reconhecido como instituto que constitui direitos fundamentais, sendo que essa eleição da jurisdição no centro do sistema jurídico reafirma a figura central do juiz, solipsista, como protagonista da decisão a ser construída.

⁷ Dussel tem na vida humana o fundamento para reconstrução do sistema. Segundo Morais da Rosa, “*vida do ser vivente que possui limites físicos, necessidades inafastáveis, sob pena de fenecer: comida, moradia, liberdade, etc. A vida do homem é o modo de realidade do sujeito ético, funcionando como critério do enunciado (de obrigação) ético*”. Dussel, ainda, enuncia um “*princípio material ético, indicando do Enunciado do Princípio Material Universal*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 50). Para ele, “*aquele que atua eticamente deve (como obrigação) produzir, reproduzir e desenvolver auto-responsavelmente a vida concreta de cada sujeito humano, numa comunidade de vida, a partir de uma ‘vida boa’ cultural e histórica (seu modo de conceber a felicidade, com uma certa referência aos valores e a uma maneira fundamental de compreender o ser como dever-ser, por isso também com pretensão de retidão) que se compartilha pulsional e solidariamente, tendo como referência última toda a humanidade, isto é, é um enunciado normativo com pretensão de verdade prática e, em além disso, com pretensão de universalidade*” (DUSSEL apud MORAIS DA ROSA, 2004, p. 143).

Nessa linha de raciocínio, a escolha dos significantes consoante Morais da Rosa jamais poderia pretender a reconstrução dos fatos, da forma como ocorreram, visto que:

A escolha de um modelo de Direito Penal, de interpretação, a relevância de um fato, de uma testemunha, uma prova, enfim, depende da escolha do narrador e são sempre subjetivas, movidas por fatores que refogem, demonstrou-se, da consciência plena (Cap. 9º). (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 389)

Os significantes produzidos no processo penal, tais como a prova testemunhal, pericial, documental, *“apresentam fragmentos de sentido – significantes – produzidos validamente e por iniciativa das partes”* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 389). A rigor, muitas são as versões daí decorrentes, pelo que o ato decisório, *“para além da lógica, precisa atender às regras do jogo processual – fair play – e estar permeado por uma ‘ética material’ (Dussel) capaz de temperar a lógica dedutiva leguleira”* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 389).

Para melhor exposição da teoria da decisão jurídica como bricolagem de significantes, demarcaremos no presente trabalho os seguintes temas – sem a pretensão de esgotá-los –, conquanto muitos outros tenham sido trabalhados pelo autor da teoria. São eles: A Psicanálise e o Direito e alguns apontamentos críticos do Processo na bricolagem. Ao final, feita a interlocução desses temas, será melhor destacada a decisão como bricolagem de significantes.

2.2 INTERLOCUÇÕES PRELIMINARES ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE

A análise proposta tem a pretensão única de evidenciar a necessidade de o Direito aproximar-se da Psicanálise, porquanto, enquanto ciência jurídica, é tempo de se desmistificar o domínio total de seus institutos pela racionalidade consciente. Miranda Coutinho (1998, p. 139-140) é incisivo para que a Psicanálise penetre *“definitivamente no processo penal, para cumprir uma missão fundamental”*. Ainda segundo o autor, *“não tem sentido manter uma venda nos olhos para fazer de conta que o problema não existe”* (MIRANDA COUTINHO, 1998, p. 143).

Segundo Rosemiro Pereira Leal:

A psicanálise, entretanto, não obstante sua ética nulificante de perspectivas para a autoafirmação da humanidade, não pode ser descurada para os estudos jurídicos da atualidade, porque, mesmo se concentrando nessa “negatividade”, a psicanálise dispara um alerta para os pseudo-cientistas sociais, políticos e jurídicos, da impossibilidade de consistentes realizações humanas sem um bem estruturado programa de auto-ilustração do homem quanto aos fundamentos de suas próprias “formas de vida” que, se se construírem nos níveis historicistas do imaginário ou (e) do simbólico, agravam a carga mítica dos “destinos” dos sujeitos delirantemente desejanter. A obviedade do *inconsciente* para os psicanalistas é flagrante não por uma demonstração de sua descoberta incontroversa, mas pela acessível percepção de ausência da formação de uma “consciência” como *teoria* da existência humana em termos proposicionais discursivos e auto-crítico-jurídicos. (LEAL, 2010, p. 144-145)

Dessa “ausência da formação de uma consciência”, “novidade” trazida pela Psicanálise, tem-se, numa análise prefacial, uma crítica ao controle de racionalidade da construção da decisão penal pretendida por teorias do processo que se fundam na confiança (ilusória e delirante) da realização da justiça pelas mãos de um juiz investido de sabedoria e de quase poderes divinatórios, como parece pretender os instrumentalistas; ou mesmo daquelas que refutam o solipsismo judicial, sustentados em uma principiologia constitucional já instituída com a promulgação da Constituição Federal, a ser implementada no processo, o qual se constituiria em garantia efetiva de direitos fundamentais, como defendem os adeptos da teoria constitucionalista do processo.

Com efeito, a constatação que se tem é que o “*um-juiz*” humano é portador nato de uma subjetividade (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 281), que invariavelmente influenciará o ato decisório:

Acidentes desagradáveis (acidentes de trânsito onde não se tem culpa e se sai ferido, portando cicatrizes para o resto da vida ou perdendo pessoa íntima, querida; casa arrombada por ladrão; seqüestro para fins de extorsão; violências sexuais; experiência com familiar toxicômano; fatos externos os mais variados), levam ao inconsciente um traço negativo que, de retorno ao consciente tende a involuntariamente ser projetado às outras pessoas (MIRANDA DE COUTINHO, 1998, p. 143)

Nessa linha de pensamento, importante considerar que em se tratando o inconsciente, para Moraes da Rosa, de um condicionante do significante a ser produzido pelos sujeitos processuais e que irá influenciar na formação da decisão

que, por sua vez, é estruturada em linguagem⁸ e, reportando-nos ao que ensina Lacan, que também o *“inconsciente é estruturado como uma linguagem”* (LACAN, 1998, p. 25), poder-se-ia cogitar que a estruturação de uma teoria democrática da decisão jurídica não pode prescindir pela opção da linguisticidade⁹ como uma de suas proposições.¹⁰ Sobre a linguagem em Lacan:

E (d)ela (não se) escapa, dado que o mundo é o mundo da linguagem, inexistindo o recurso da *metalinguagem*, isto é, para *aquém/além* da linguagem, a qual, por sua vez, opera por *deslocamento/condensação* (Freud) ou *metáfora/metonímia* (Lacan). (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 6, grifos do original)

Lado outro, é também na linguagem que se possibilita a busca que Popper intitula de *“conhecimento objetivo”*, a par das suas principais funções: descritiva e argumentativa:

A linguagem, a formulação de problemas, a emersão de novas situações de problemas, teorias concorrentes, crítica mútua por meio de argumentação, tudo isto são os meios indispensáveis do crescimento científico. As funções ou dimensões mais importantes da linguagem humana (que as linguagens animais não possuem) são as funções descritiva e argumentativa. O crescimento dessas funções é, naturalmente, obra nossa, embora elas sejam consequências não pretendidas de nossas ações. Só dentro de uma linguagem assim enriquecida é que a argumentação crítica e o conhecimento no sentido objetivo se tornam possíveis. (POPPER, 1999, p. 123)

A interlocução feita até aqui se justifica para reafirmar que apenas com a demarcação de uma epistemologia linguístico-crítica é que se pode, ao menos provisoriamente, alcançar a democracia do ato decisório. Em sendo o inconsciente

⁸ Para Popper, *“as mais importantes criações humanas, com os mais importantes efeitos de retrocarga sobre nós mesmos e especialmente sobre nossos cérebros, são as funções mais altas da linguagem humana; mais especialmente, a função descritiva e a função argumentativa. A função descritiva seria a reguladora de verdade”*, ou seja, de uma descrição que se ajusta aos fatos. Já a argumentativa pressupõe a descritiva, uma vez que possibilita a crítica das descrições dos pontos de vista das ideias reguladoras da verdade. Essas seriam as linguagens humanas, que compartilham com os animais as duas funções inferiores da linguagem, isto é, a autoexpressão e a sinalização (POPPER, 1999, p. 121).

⁹ Conforme adiante será demonstrado, a opção pela Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, como aquela que demarca a construção de um processo efetivamente democrático, por se tratar de uma proposição epistemológico-linguístico-autocrítica.

¹⁰ Em razão do escopo restrito e específico desta pesquisa, não adentramos ao complexo estudo da linguagem e da Filosofia que ampara sua introdução na ciência jurídica.

uma esfera incontrolável¹¹ e que invariavelmente interfere na construção do ato decisório, mas que no processo (na acepção de um processo constitucionalizado) é vertido em linguagem, pode-se admitir a construção de uma decisão jurídica que encampe um “*conhecimento objetivo*”, numa concepção popperiana, mediante um trabalho incessante de falseabilidade da linguagem processual.

Do contrário, o direito até então sedimentado pelos doutrinadores de ser o magistrado o porta-voz da justiça, o eleito para dissipar conflitos e fazer operar o direito, persistirá indefinidamente a remeter o ato decisório a noções de moral,¹² bem *versus* mal,¹³ padronização do “*homem médio*”,¹⁴ sendo certo que aquele que se encontrar fora desse padrão (in)conscientemente estabelecido pelo julgador (instância incontrolável), sofrerá a pena do direito posto e interpretado pelo “*senso comum dos juristas*”.

O que se denomina por *regras do jogo*, entendidas como os irrenunciáveis direitos e garantias constitucionais do processo, são facilmente maleáveis em nome de um discurso dos bons, sabedores do que é bom para a sociedade¹⁵ (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 275-276). Nesse sentido:

¹¹ Conforme aponta Žižek, a partir de sua leitura de Lacan: “*o inconsciente freudiano causou tamanho escândalo não por afirmar que o eu racional está subordinado ao domínio muito mais vasto dos instintos irracionais cegos, mas porque demonstrou como o próprio inconsciente obedece à sua própria gramática e lógica: o inconsciente fala e pensa. O inconsciente não é terreno exclusivo de pulsões violentas que devem ser domadas pelo eu, mas o lugar onde uma verdade traumática fala abertamente. Ai reside a versão de Lacan do moto de Freud Wo es war, sol ich werde (Onde isso estava, devo advir): não “O eu deveria conquistar o isso”, o lugar das pulsões inconscientes, mas “Eu deveria ousar me aproximar do lugar da minha verdade”. O que me espera “ali” não é uma Verdade profunda com a qual devo me identificar, mas uma verdade insuportável com a qual devo aprender a viver.*” (ŽIŽEK, 2008, p. 9).

¹² Para Morais da Rosa, o discurso moral é um dos condicionantes no processo decisório: “*Conquanto o juiz deva fundamentar a decisão com base nas provas coletadas, há imenso espaço para escolha discricionária das condicionantes, isto é, do modelo de Direito Penal acolhido, a estrutura do bem jurídico, a compreensão da conduta, culpabilidade (para ficar somente nesses campos de poder). Logo, o que era em teoria, pretensamente seguro, torna-se, na prática, mero legitimador da sanção. Decorre daí o papel de relevante exercido pelos juízes na construção do Simbólico da consciência moral culposa*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 291).

¹³ Segundo Cordero, os portadores do bem se unem para combater o *mala in si*: “*Nasce uma mística: descobrir e eliminar heresias ou delitos, combater potenciais malfetorias em uma cruzada cotidiana; é seu mérito que o mundo não termine devorado pelo diabo; se fosse neutro, seria cúmplice do inferno e os escrúpulos são covardia*” (CORDERO, 2000, p. 21, tradução nossa).

¹⁴ “*O ‘homem médio’ é construído pelo senso comum teórico como ‘ideal do eu’, difuso e perfeito, nomeado pelo Outro. A análise da conduta, pois, parte de um pastoso e incontrolável ‘ideal do eu’ que assume as feições de fiel cumpridor das regras do Outro, enquanto o outro julgado, contudo, não o faz*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 340).

¹⁵ Nesse sentido: *Uma vez perguntei: quem nos protege da bondade dos bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, ‘a priori’, que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas [...] Enfim, é necessário, parece-me, que a sociedade, na medida em que o lugar do Juiz é um lugar que aponta para o grande Outro, para o simbólico, para o terceiro*” (MARQUES NETO, 1994, p. 50).

O enunciado da “bondade da escolha” provoca arrepios em qualquer operador do direito que frequenta o foro e convive com as decisões. Afinal, com uma base de sustentação tão débil, é sintomático prevalecer a “bondade” do órgão julgador. O problema é saber, simplesmente, qual é o critério, ou seja, o que é a “bondade” para ele. Um nazista tinha por decisão boa ordenar a morte de inocentes; e nesse diapasão os exemplos multiplicam-se. Em um lugar tão vago, por outro lado, aparecem facilmente os conhecidos “justiceiros”, sempre lotados de “bondade”, em geral querendo o “bem” dos condenados e, antes, o da sociedade. Em realidade, há aí puro narcisismo; gente lutando contra seus próprios fantasmas. Nada garante, então, que a “sua bondade” responde à exigência de legitimidade que deve fluir do interesse da maioria. Neste momento, por elementar, é possível indagar, também aqui, dependendo da hipótese, “quem nos salva da bondade dos bons?”, na feliz conclusão, algures, de Agostinho Ramalho Marques Neto. (MIRANDA COUTINHO, 2002, p. 188).

Nessa linha de raciocínio, o juiz, que ocupa um lugar de “*portador da palavra do Outro*”,¹⁶ ainda na intitulada pós-modernidade, assume o papel de “inquisidor” na gestão da prova e na busca de uma verdade real que deve ser por ele encontrada. Dessa análise, destaca-se a genialidade da definição de Cordero, de que preso nessa lógica, o juiz partiria do primado da hipótese sobre os fatos, mediante a promoção de induções e atuando em um quadro mental paranoico:¹⁷

O inquisidor trabalha enquanto quer, trabalhando em segredo sobre os animais que confessam; concebida uma hipótese, sobre ela constroem-se conjecturas indutivas; a falta do debate em contraditório abre uma passagem lógica ao pensamento paranoico; tramas sofisticadas eclipsam os fatos. Dono do tabuleiro, ele dispõe de peças como lhe convém: a inquisição é um mundo

¹⁶ Segundo Morais da Rosa: “Lacan propõe que o inconsciente é o capítulo censurado, mas não apagado, marcado por um branco e ocupado por uma mentira, o qual irrompe no Simbólico, e a função do analista é a de decifrador do sintoma que está na linguagem. O inconsciente do sujeito clivado, pois, é o Outro, como se linguagem fosse, ou seja, o ‘tesouro de significantes’. Desta forma, o sujeito do inconsciente é movido por um desejo que é antes de tudo um desejo de reconhecimento (Legendre – Amor), e como o desejo é o desejo do Outro, situado no Real, de impossível acesso, o sujeito resta cindido e não pode conseguir a unidade. Está condenado a isso” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 7).

¹⁷ Consoante Alexandre Morais da Rosa: “Esse quadro mental paranoid ad-hoc (ela, a paranoia como uma das modalidades de psicose) pode apresentar, segundo Lacan, como característica essencial a forclusão do Nome-do-Pai no lugar do Outro (Cap. 1), experimentando-se delírios de interpretação, numa regressão ao narcisismo e concentração no gozo do Outro. Próximo à neurose e diferente da esquizofrenia, o paranóico é a aderência ao significante Um (S1), o significante mestre do qual se encontra preso. Lacan aponta que o mecanismo está retido na forclusão do Nome-do-Pai. Freud já havia afirmado que a paranóia decorre da recriminação à experiência de gozo que ao ser recordada traz consigo um desprazer. O significante do gozo, ‘no neurótico obsessivo’, é seguido por uma auto-recriminação que é recalçada, apresentando o sintoma primário da escrupulosidade, formando o casal gozo-culpa. É eternamente culpado pelo encontro com o gozo, substituído por outros na cadeia de significantes, mas mantendo, contudo, a estrutura. Aparece em consequência da representação no Simbólico da interdição primária, do trilhamento edipiano. Já na paranóia não existe a recriminação, ou seja, não está inscrita a crença no Nome-do-Pai, retornando como uma alucinação sobre o sujeito, dado que preso sob o significante mestre é retido, não deslizando na cadeia de significantes e, então, o foracluído retorna ao Real. O desejo da mãe não é barrado, encontrando-se o sujeito alienado ao significante” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 317-318).

verbal semelhante ao mundo onírico: tempos, lugares, coisas, pessoas, acontecimentos pairam e se movem em quadros manipuláveis [...] Jogo perigoso, pois o escrevente (inquisidor) redige com liberdade, seletivamente atento ou surdo aos dados, de acordo com a convalidação ou não da hipótese; e, sendo as palavras uma matéria plástica (os acusados lançam-nas como torrentes), qualquer conclusão torna-se possível. O ardor poético desencadeia um sentimento narcisista de onipotência, no qual desaparece qualquer cautela de autocrítica”.¹⁸

O juiz inquisidor de Cordero é atual e facilmente encontrado em *terrae brasilis*. Em regra, depreende-se que os magistrados atuam incorporando a “*função da lei do Outro e têm a certeza dessa verdadeira missão, muitas vezes, de extirpar o ‘mal’ da terra, informados pelo discurso positivista e neoliberal reproduzido pela ‘Mídia’ da Lei e Ordem*”¹⁹ (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 319). Interessante notar que a noção do “mal” a ser combatido é fruto do (in)consciente do juiz, somado a convicções de diversas ordens, tais quais morais, midiáticas, criminológicas e ideológicas.

A *enrascada paradoxal* posta pela Psicanálise, que, ao mesmo tempo em que descobriu o sujeito do inconsciente concluiu que este não podia ser fisgado, “*a não ser pela fala do eu paranoico, fabril, culturalizado, delirante e alucinado (atormentado) por certezas (e coerências) a si próprio incorporadas [...]*” (LEAL, 2013, p. 67), local onde habita o desejo do sujeito, reafirma a necessidade de se optar por uma teoria do processo democrática, com base linguístico-jurídico-crítica, com marco epistemológico na falibilidade discursiva de Popper (LEAL, 2013, p. 71).

Na obra *A lógica das ciências sociais*, Popper preconiza que a ciência começa com problemas, que devem ser enfrentados mediante uma falseabilidade incessante,²⁰ sendo “*um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista*”:

¹⁸ El inquisidor labora mientras quiere, trabajando en secreto sobre los animales que confiesan; concebida una hipótesis, sobre ella edifica cábalas inductivas; la falta del debate contradictorio abre un portillo lógico al pensamiento paranoico; tramas alambicadas eclipsan los hechos. Dueño del tablero, dispone las piezas como le conviene: la inquisición es un mundo verbal semeando al onírico; tempos, lugares, cosas, personas, acontecimientos fluctúan y se mueven en cuadros manipulables [...] Juego peligroso, pues el escribiente redacta con libertad, selectivamente atento a sordo a los datos, según que convaliden o no la hipótesis; y siendo las palabras una materia plástica (los acusados las lanzan como torrentes), cualquier conclusión resulta posible; el estro poético desarrolla un sentimiento narcisista de omnipotencia, [el] cual desaparece cualquier cautela de autocrítica.

¹⁹ Sustenta Lacan: “*acreditam nisso para valer, ainda que através de uma consideração superior de seu dever de encarnar uma função na ordem do mundo, pela qual elas assumem bastante bem a imagem da vítima eleita*” (LACAN, 1998, p. 152).

²⁰ A falseabilidade incessante é necessária, sob pena de se cair em um pensamento dogmático: “*Nossa inclinação para procurar regularidades e para impor leis à natureza leva ao fenômeno*

A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual estamos lutando constantemente – e devemos lutar por intermédio da crítica.

Ao formular essa tese eu disse que é, praticamente, impossível conseguir a eliminação dos valores extra-científicos da atividade científica. A situação é semelhante com respeito à objetividade; não podemos roubar o partidário de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valores sem destruí-lo como ser humano e como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca da verdade, estão profundamente enraizados em valorações extra-científicas e, em parte, religiosas. Portanto, ‘o cientista objetivo’ ou ‘isento de valores’ é, dificilmente, o cientista ideal. Sem paixão não se consegue nada – certamente não em ciência pura. A frase ‘a paixão pela verdade’ não é uma mera metáfora. (POPPER, 1978, p. 25)

Está-se diante de um problema, que é a entronização do desejo do inconsciente na formação da decisão jurídica – sim, a rigor, é inafastável a presença do *Outro* na construção da decisão, novidade científica trazida por Freud e discutida por Lacan já no século XX. O cientista de Popper, ao menos neste estudo posto sob refutação, pode ser vertido às figuras dos sujeitos processuais, para enfrentamento desse problema. Feita uma opção por uma ciência jurídica problematizada em testificações, que conduza à construção, efetivamente democrática, da decisão penal, demarcada por uma teoria linguístico-crítica, a pretensão é que o processo alcance um conhecimento objetivo, a despeito da presença inegável de condicionantes (in)conscientes encampados nos “cientistas processuais”. Afinal, reportando-nos novamente a Popper:

Portanto, não é que, apenas, a objetividade e a liberdade de envolvimento com valores (isenção de valores) sejam inalcançáveis na prática, pelo cientista individual, porém, mais adequadamente, que a objetividade e a liberdade em relação a tais dependências, são valores em si mesmos. E, desde que a liberdade de valores é, ela própria, um valor, a exigência incondicional de liberdade em relação a qualquer ligação a valores é paradoxal. Não considero este argumento como muito importante; mas deveria ser notado que o paradoxo desaparece, totalmente, por sua própria iniciativa, se substituirmos a exigência pela liberdade de dependência a todos os valores pela exigência de que deveria ser uma das tarefas do criticismo científico, apontar as confusões de valores e separar os problemas de valores puramente científicos como verdade, relevância, simplicidade, etc., dos problemas extra-científicos. (POPPER, 1978, p. 25)

psicológico do pensamento dogmático ou, de modo geral, do comportamento dogmático: esperamos encontrar regularidades em toda parte e tentamos descobri-las mesmo onde elas não existem: os eventos que resistem a essas tentativas são considerados como ‘ruídos de fundo’; somos fiéis a nossas expectativas mesmo quando elas são inadequadas – e deveríamos reconhecer a derrota” (POPPER, 1978, p. 78).

Portanto, o caminho a trilhar passa pela demarcação do cientista jurídico que irá enfrentar o problema da construção da decisão penal, mediante a opção pelo *criticismo científico* teórico, que à primeira vista não pode se afastar de um paradigma linguístico, na tentativa de se buscar a democratização da solução encontrada ao final do processo, ou seja, a derradeira decisão jurídica.

Sem dúvidas, a teoria da decisão jurídica como bricolagem de significantes, ao sustentar uma epistemologia psicanalítica nesse tema tormentoso da construção da decisão penal, contribuiu, e muito, no alcance de uma democratização do processo no Estado Democrático de Direito.

2.3 O SALTO EPISTEMOLÓGICO PELA TEORIA DO PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

A existência efetiva do contraditório afigura-se em uma característica fundamental de qualquer teoria do processo²¹ democrático. A contribuição de Aroldo Plínio Gonçalves, quanto a esse aspecto, em sua *Técnica Processual e Teoria do Processo*,²² é um marco na ciência jurídica brasileira.

Consoante Moraes da Rosa, e reportando-nos a Aroldo Plínio, é necessária a revisitação do contraditório, “*uma vez que não significa apenas ouvir as alegações das partes mas a efetiva participação, com paridade de armas, sem a existência de privilégios, estabelecendo-se uma comunicação entre os envolvidos, mediada pelo Estado*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 267). Eis, portanto, a materialização do princípio da influência no provimento jurisdicional. O contraditório, em Fazzalari, constitui:

[...] fenômeno da participação dos interessados no iter de formação dos provimentos (entendendo-se como tais, aqueles em cuja esfera o ato é

²¹ Para Aroldo Plínio Gonçalves, “[h]á processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na ‘simétrica paridade’ da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (GONÇALVES, 2001, p. 115).

²² Verificou-se grandes avanços da ciência do Direito Processual com a obra de Aroldo Plínio Gonçalves, que introduziu os estudos de Elio Fazzalari no Brasil, a par da concepção do efetivo exercício do contraditório judicial, que demarca a existência do processo.

destinado a incidir) – mais precisamente, o fenômeno da participação dos interessados na fase de reconhecimento dos pressupostos do provimento. (FAZZALARI, 2006, p. 861-862)

Com efeito, a teoria do processo como procedimento em contraditório rompe com a teoria do instrumentalismo processual, doutrinada de forma mais incisiva no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco,²³ porquanto destitui o juiz de sua posição privilegiada defronte uma imaginária relação processual entre as partes envolvidas no processo. A decisão deverá ser, portanto, construída por aqueles que sofrerão seus efeitos, mediante efetivação do contraditório judicial.

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 26-27), em Fazzalari foi possível a retirada da decisão da esfera instrumental da razão do decisor (marca da instrumentalidade) a partir do enquadramento teórico da decisão no conceito de provimento, “*significando julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes*”, adquirindo conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento.

A teoria da decisão como bricolagem dos significantes trilha pela tentativa de rompimento com os instrumentalistas, os quais se encontrariam pautados pelo *senso comum teórico dos juristas*, preso numa lógica ditada pela “Filosofia da Consciência”. Morais da Rosa assevera:

Partindo da autonomia do Direito Processual, Dinamarco indica a necessidade de, a partir da razão, ter-se a consciência da *instrumentalidade* do processo em face da conjuntura social e política do seu tempo, demandando um “aspecto ético do processo, sua conotação deontológica”. Esse chamado exige que o juiz tenha os predicados de um homem do seu tempo, imbuído em reduzir as desigualdades sociais e cumprir os postulados processuais constitucionais, vinculando-se aos *valores constitucionais*, em especial o valor *Justiça*. A proposta está baseada nas modificações do *Estado Liberal* rumo ao *Estado Social*, mas vinculada a uma posição especial do juiz no contexto democrático, dando-lhe poderes sobre-humanos, na linha de realização dos ‘escopos processuais’, com forte influência da ‘Filosofia da Consciência’.

²³ Sustenta Rosemiro Pereira Leal: “Quando Cândido Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos ‘é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema’ enquanto a proposta é que ‘ali se ponha a jurisdição’, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda não fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ser ainda ser o plano da DECISÃO exclusivo do decisor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação” (LEAL, 2002, p. 68-69).

Entretanto, este paradigma, informado pelo modelo do *Bem Estar Social* e da *jurisprudência de valores*, não mais se sustenta, como bem afirma Cattoni, mormente em face do paradigma *habermasiano*, acolhido de forma parcial. Não se trata mais de realizar os *valores sociais*, quer via escopos (Dinamarca) ou essencialismos dicotômicos, que em certa medida concedem um conforto *Metafísico*, mas acolher no campo das práticas jurídicas a *viragem linguística*, cujos efeitos retiram a carga axiológica do processo. A pretensão de Dinamarca de que o juiz deve aspirar os anseios sociais ou mesmo o espírito das leis, tendo em vista uma vinculação axiológica, moralizante do jurídico, com o objetivo de realizar o sentimento de justiça do seu tempo, não mais pode ser acolhida democraticamente. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 269-270, grifos do original)

No fluir de sua teoria, Moraes da Rosa acolhe a proposição de tratar o processo como um procedimento em contraditório, na produção de significantes, no encontro com a verdade processual, que não se confunde com a realidade, por ser impossível, porquanto *a atividade cognitiva avivada no Processo é um mecanismo de “bricolage singular”, entendido, como em francês, como fazer o possível, mesmo que o resultado não seja perfeito* (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 167).

Nesse sentido, admite que a resposta a ser dada pelo julgador, *“na e pela linguagem”*, no curso da instrução processual, *“por seus significantes, sempre autoriza diversas compreensões”* (MORAIS DA ROSA, 2013, p. 167):

Lançando mão do arsenal de significantes, o ‘um-juiz’ pode, desde que assumido ideologicamente (Miranda Coutinho), propor uma atuação diversa no mundo da vida, redefinindo os ‘tipos’, articulando os significantes, para – repita-se – ideologicamente modificar a sociedade, aliás, como sempre se faz, procedendo conforme o seu desejo [...] (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 339)

Além disso, o autor pontua a vinculação dos condicionantes (ideológicos, midiáticos, criminológicos, éticos, dentre outros) na produção dos significantes, que influirá na construção da decisão jurídica, somados, sobretudo, à condicionante que seria o inconsciente do um-julgador. A decisão, por sua vez, impõe-se que seja motivada, não podendo ocorrer a simples adequação dedutiva da conduta aos significantes probatórios produzidos no processo (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 366).

No que se refere aos protagonistas do processo de bricolagem, afirma que são as partes que produzirão as pretensões de validade no processo, bem como o um-juiz que proferirá a decisão (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 373). Segue advertindo que a *“união, reunião, desfazimento, ordenação dos significantes se dá*

pelo processo de ligação destes sem que o controle semântico possa conferir a segurança ilusoriamente prometida” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 374).

Portanto, vê-se que Moraes da Rosa, conquanto recepcione a indispensável presença do contraditório que demarca a existência do processo judicial, especialmente numa perspectiva do garantismo jurídico de Ferrajoli, trabalha em sua teoria mais o instituto da jurisdição do que do processo, mormente daquele processo de Fazzalari compreendido como procedimento em contraditório.

É que a lógica da teoria da decisão jurídica como bricolagem de significantes seria a produção, em contraditório, desses significantes que, por sua vez, seriam “associados” pelo juiz, mediante a adoção de um critério ético:

Destruído o mundo das essências, uma nova maneira de ver as coisas se descortina, não mais fechada na lógica formal, mas somente deslizamentos fundados na linguagem. Toda interpretação essencialista vaza! Não é mais o descobridor de verdades, mas o inventor de associações de significantes. O discurso jurídico está inserido na linguagem sem os totalitarismos anteriores e a linguagem, pela mão do ator jurídico, rediz, refaz ou se cala; desliza em uma cadeia escolhida com responsabilidade ética por ele. No processo judicial é do entrecruzamento de diversos discursos, da fusão de horizontes (Gadamer), realizados num processo intersubjetivo válido de encontro, que se constroem verdades possíveis. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 374-375)

Com efeito, o salto epistemológico havido em Fazzalari, que retira, em tese, da figura do juiz solipsista a construção da decisão jurídica, atribuindo-a às partes que serão afetadas pelos seus efeitos – em decorrência da efetivação do contraditório processual –, fora implementado (em uma análise posta à refutação), de modo tímido, na teoria de Moraes da Rosa. Do estudo de sua teoria depreende-se que o eixo estabilizador da construção da decisão jurídica estaria nas mãos do juiz. A ele competiria a eleição, a escolha de qual caminho trilhar, de qual horizonte tomar na busca da “verdade processual”. O processo de escolha dos significantes que norteará a produção da decisão jurídica ao juiz é atribuído, sendo o critério “ética” um pretense legitimador dessa eleição.

É verdade que pela teoria da decisão jurídica como bricolagem fica vedado ao juiz descartar qualquer significante validamente construído. As regras do jogo, do *fair play*, para Moraes da Rosa, não de ser respeitadas, especialmente o contraditório no momento da formação do significante. Fazendo-se um paralelo com o juiz de Cordero, que elege sua hipótese para depois ir de encontro aos fatos, na bricolagem

de significantes a atividade jurisdicional deve trilhar pelo recolhimento de todos os significantes produzidos pelas partes, para depois os alinhar ao ato decisório (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 368). Ou seja, “*o jurista-bricoler’ aceita deslizar/ousar com e nos significantes, num processo ético (Dussel) de atribuição de sentido realizado com os ‘outros’, partes no processo, e o Outro*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 370).

Mas a sensibilidade do tema é evidente. Esse alinhamento dos significantes será um trabalho para reconhecimento da “verdade processual” – por que não solipsista – do um-juiz da atividade de bricolagem. E conforme adiante será melhor explicitado, legitimado estaria o magistrado a essa eleição, desde que investido por uma responsabilidade ética.

Rosemiro Pereira Leal, em sua *Teoria processual da decisão jurídica* (2002), traça um interessante paralelo do critério da sacralidade ética a nortear os juristas do século XX até os atuais instrumentalistas, que sustentam ser o processo instrumento de jurisdição:

Carnelutti, que entendia existir uma ética subjacente ao direito escrito, a qual, na falta do direito, era fonte de composição dos conflitos e de pacificação social, afirmava, em sua estridente vocação para as metáforas, que, quando a ética se manifestava débil à composição espontânea dos contrastes e das disputas, seria necessário um “alto falante para fazer ecoar” (*sic*) a voz da ética. Entretanto, para ele, a “voz da ética” (*sic*) não era o direito, mas alguém a cuja consciência falasse a “regra ética” (*sic*) oracular e que ditasse o “preceito” (*sic*) para ser traduzido numa “fórmula”, que seria a sentença. Esta, portanto, seria proferida por um especialíssimo achador (*finder*).

Eis por que Carnelutti diz que o decididor (juiz) não é o achador de um preceito de direito (*Rechtsfinder*), mas um achador (descobridor) de um preceito ético diluído na névoa dos tempos só sensibilizável por um *sentire* divinatório do descobridor da sentença (*Urteilsfinder*), que é a “fórmula” que reúne, por essa catarse pitônica do decididor, o preceito e a sanção.

Portanto, em Carnelutti, a sentença é a expressão formular conjuntiva do preceito e a sanção é que é constitutiva de um direito equiparado ao direito legislado. O descobridor-decisor é nesse ensino “aquele que escuta a voz de Deus” (*sic*) emanante de regras éticas de validade universal. (LEAL, 2002, p. 19)

Ao conferir um critério ético para a escolha da cadeia de significantes pelo julgador, a teoria da bricolagem aproxima-se, salvo ressalvas, da instrumentalidade processual, que tem justamente na ética dita universal a legitimidade da decisão jurídica. Mais uma vez, ressalvado entendimento crítico diverso, Morais da Rosa

centraliza em sua teoria da decisão a jurisdição, em detrimento do processo, cujo contraditório seria elementar, no sentido fazzalariano.

Não se olvide que o processo, no Estado de Direito Democrático, suplica o alcance de uma teoria que possibilite o exaurimento, pleno, do contraditório, não apenas na formação dos “significantes probatórios”, mas na produção do provimento. Tal acesso atrelado está na via da linguagem. Assim, a passagem da consciência para a linguagem pela via da cognição não pode ser concebida como atividade da jurisdição, e sim da instituição como processo demarcado por uma teoria da linguagem, motivo pelo qual este estudo opta como referência a Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Justamente por esse viés se sustenta estar a teoria da bricolagem dos significantes presa na lógica da jurisdição, e não da existência de um processo como paradigma linguístico-crítico para construção de uma decisão democrática. E o perigo seria cair na mitológica confiança de construção democrática da decisão jurídica mediante o ativismo de um juiz “ético”, como pretende trilhar a teoria decisional de Alexandre Morais da Rosa.

2.4 A DECISÃO CONSTRUÍDA PELA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

A compreensão do processo como um procedimento em contraditório (Fazzalari), que demarca o protagonismo das partes na construção do provimento, conduz à necessidade de se conhecer quais bases discursivas norteará a produção participada da decisão jurídica. Afinal, “*à medida que se entenda dis-curso, há de se indagar sobre a teoria encaminhadora desse discurso para enunciar as pretensões de validade de nossas falas, opiniões e vontades*” (LEAL, 2008, p. 159).

Nesse ponto, elegemos a interlocução com a teoria da ação comunicativa,²⁴ de Habermas, porquanto acolhida em parte na teoria de Morais da Rosa, uma vez

²⁴ A teoria da ação comunicativa, para Morais da Rosa, cuja comunicação não pode ser distorcida, “*parte da estrutura de que quem argumenta presume que ela pode ser justificada em quatro níveis: a) o que é dito é inteligível, por regras semânticas compartilhadas; b) o conteúdo do que é dito é*

que partindo da proposição de o Direito Processual fundar-se em balizas democráticas, denota-se que a decisão penal necessariamente deva considerar “*pretensões de validade enunciadas pelas partes no discurso comunicativo instaurado*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 271).

Especialmente, sobre o princípio do discurso, em Habermas:

O predicado ‘válido’ se refere às normas de ação e aos correspondentes enunciados normativos gerais ou universais; expressa um sentido inespecífico de validade normativa, que ainda é indiferente frente à distinção entre moralidade e legitimidade. Por “normas de ação” entendo as expectativas de comportamento generalizadas nas dimensões temporal, social e de conteúdo. “Afetado’ chamo qualquer um a quem possam referir-se em seus interesses as conseqüências a que presumivelmente possa dar lugar uma prática regulada por normas. E por ‘discurso racional’ entendo toda tentativa de entendimento acerca de pretensões de validade que tenham se tornado problemáticas, na medida em que essa tentativa tenha lugar sob condições de comunicação que dentro de um âmbito público constituído e estruturado por deveres ilocucionários possibilitem o livre processamento de temas e contribuições, de informações e razões. (HABERMAS, 2005, p. 172-173, tradução nossa)²⁵

Voltado à discursividade, Habermas propõe que todos os sujeitos busquem um entendimento, um acordo racional intersubjetivo para os diversos projetos de vida submetidos ao Direito. Assim, verifica-se um grande salto conferido por esse modelo de racionalidade: “*a negativa da perspectiva kantiana de um sujeito singular autossuficiente e onisciente ter acesso ao conhecimento determinado anterior ao intérprete, dando lugar, assim, a uma racionalidade construtiva e intersubjetiva [...]*”. Portanto, “*o debate entre os atores livres é o substrato de formação dos conteúdos jurídicos*” (OLIVEIRA, 2011, p. 13-14).

Partindo da noção de uma “*equiprimordialidade*” entre as esferas públicas e privadas, Habermas em sua teoria trabalha por uma ideia de democracia genuína,

verdadeiro; c) o emissor justifica-se por certos direitos sociais ou normas que são invocadas no uso do idioma; d) o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor” (2004, p. 271).

²⁵ El predicado “válido” se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; expresa un sentido inespecífico de validez normativa, que es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad. Por “normas de acción” entiendo las expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. “Afectado” llamo cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Y por “discurso racional” entiendo toda tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituído y estructurado por deberes ilocucionarios possibilitem el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones.

em que os participantes afetados pelo Direito terão acesso ao debate sobre as normas que lhes serão impostas:

Afinal, particular e Estado, agora de mãos dadas, detêm não apenas a mesma importância, mas também (por que não dizer?) os mesmos anseios! Afinal, a construção da vontade estatal passa pela atuação participativa dos particulares envolvidos em suas vontades, fazendo com que o diálogo entre Estado e sociedade se torne intenso. (OLIVEIRA, 2011, p. 14)

O consenso na perspectiva do debate habermasiano decorre, em síntese, do melhor argumento e da sinceridade dos participantes. Nesse sentido, a construção jurídica dá-se de forma intersubjetiva, a par da fundamentação vencedora. Além disso, não se prescinde de certas “condições ideais de fala” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 272):

O discurso pressupõe uma ‘situação ideal de fala’ que, sinteticamente, exige como pré-requisitos contra-factuais imanentes à própria linguagem: a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala; a ideia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo); o *medium* lingüístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática [...] ilimitação de tempo para se obter o acordo; e a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso. (CRUZ *apud* OLIVEIRA, 2011, p. 15)

Com efeito, Habermas defende a racionalidade do debate comprometida com a legitimidade normativa²⁶ e a democracia. O princípio do discurso em Habermas, que preconiza a legitimidade normativa mediante o consentimento dos participantes, também decorre na instituição de um princípio democrático:

A ideia da auto-legislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da auto-legislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. (HABERMAS, 2003, p. 158)

²⁶ Para Habermas, “o direito não consegue seu sentido normativo pleno por se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade” (HABERMAS, 2003, p. 172).

Nessa trilha, se reconhece ser impraticável qualquer discurso democrático que vede o acesso aos sujeitos, indistintamente, de debater suas razões argumentativas. Eis a concretização do princípio democrático, para Habermas: instituição de um processo que garanta a irrestrita argumentação de todos na formulação das normas jurídicas.

Interessante notar que na teoria habermasiana não se fala em direitos fundamentais predeterminados, a não ser o direito à participação efetiva nos debates tendentes à concretização desses direitos:

Ora, se assim o é, uma primeira aceção acerca do que sejam direitos fundamentais neste novo paradigma já se torna clara: são direitos fundamentais aqueles necessários para a garantia de participação efetiva nos debates e argumentações jurídico-políticas. Noutros termos, são direitos que, como condição de possibilidade, fornecem ao cidadão os elementos exigidos para ele estar presente e atuante nas esferas públicas discursivas e, uma vez inserido na arena argumentativa, possa, juntamente com os demais membros da sociedade, construir de forma irrestrita – e não coercitiva –, o conteúdo dos direitos que entende adequado. (OLIVEIRA, 2011, p. 17)

Portanto, uma vez garantido àqueles afetados pela norma, “o direito à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (HABERMAS, 2003, p. 159-160), tem-se a efetivação do princípio do discurso, com implementação do princípio democrático.

A teoria de Habermas é um marco significativo na modernidade, pois revela uma tentativa de rompimento com a lógica da construção solipsista do Direito. E, conquanto não seja um processualista, as premissas de sua teoria podem ser vertidas à noção de uma construção, democrática, da decisão jurídica. Não se pode negar essa possibilidade.

Com efeito, arriscamos afirmar que um primeiro passo para a concretização efetiva do contraditório no âmbito processual, visto em bases democráticas, seria a instalação de um amplo discurso entre os sujeitos, aberto à crítica.²⁷ Daí o salto

²⁷ Interessante a crítica de Rosemiro Pereira Leal, sob o enfoque da “teoria do contraditório”, entrelaçada com a “teoria do discurso”: “Afirmar a existência da “teoria do discurso” como se esta fosse uma e única teoria é trabalhar um “decurso” (percurso) e não dis-curso. Para que, como quer Habermas, a legitimidade seja “uma exigência de validade” do ordenamento jurídico, é preciso que essa “exigência” seja de validade contraditória e não “de validade contetável”, porque a contestatio supõe, à sua realização, uma teoria do contraditório (testemunhável, procedimentalizado) para que haja dis-curso, isto é: a possibilidade de desconstrução reconstrutiva (controle pelo processo) dos

epistemológico havido na ciência jurídica pela teoria do discurso, afinal, já é o contraditório um direito constitucional, líquido e certo, reconhecido no Direito; todavia, a questão tormentosa seria a sua aplicação efetiva no processo, de forma a orientar uma decisão jurídica efetivamente construída em termos democráticos. E quanto a essa necessária e urgente teorização, o “cientista” jurídico não pode ficar alheio ao enfrentamento da teoria habermasiana, mesmo que seja para, após incessante trabalho de falsificação (nos moldes popperianos), refutá-la, reconstruí-la ou por que não, adotá-la como marco.

Lado outro, cogita-se, desde já, que para a implementação desse discurso não se prescinde de uma teoria da linguisticidade crítica, demarcando-se a linguagem que se está a trabalhar epistemologicamente.

Não ignoramos que o debate proposto por Habermas seja imune a refutações, às vezes até intransponíveis. Uma delas seria a ausência de cogitação, na teoria habermasiana, do balizamento da linguagem dos atores envolvidos nessa fala que conduza à construção participativa e, portanto, democrática, do Direito (nessa linha de raciocínio compreendida como construção da decisão jurídica).

Mas não se pode olvidar que a intersubjetividade da construção da decisão, em que se funda a teoria habermasiana, poderia ser considerada, repitamos, como uma necessária fase para construção da decisão que se aproxima da democracia. Ora, não se concebe decisão democrática desatrelada de prévio discurso ou debate entre os sujeitos processuais.

Uma crítica interessante que poderia ser trazida ao presente tema, é a formulada por Mathias Kaufmann, no sentido de que aquele que participa do discurso, permeado por uma “*ética do discurso*” e “*com isso ingressa numa comunidade comunicacional, concebida antecipada e inversamente aos fatos*”, não se atendo a essas implicações, “*comete uma contradição performativa e se desqualifica como participante da discussão*” (KAUFMANN, 2003, p. 94).

Para Kaufmann, a ética do discurso, que tem fé numa racionalidade discursiva universal, pode se aproximar do despotismo. Afinal, a pergunta que se segue em seu raciocínio é em “*que medida é possível debates racionais entre participantes não tidos como iguais*” (KAUFMANN, 2003, p. 95). Ademais, o saber

conteúdos da legalidade pela via de argumentos de identificação teórica dos enunciados institutivos dos sentidos de um sistema normativo e sua correlação com a faticidade a que se propõe juridificar ou jurisdicizar (reconhecer)” (LEAL, 2008, p. 159).

dos participantes seria pressuposto e estaria acometido por “intuições”, as quais são poucos confiáveis, e nada precisas:

Diante dos teóricos do discurso poderia alertar para o fato de que o nosso “saber, intuitivo e necessariamente pressuposto, o que significa argumentação com sentido”, poderia conter, respectivamente, várias intuições que precisam ser analisadas e comparadas, e de que se poderiam usar, como fez Essler, os resultados da sua ciência, a lógica formal, para a análise dessas intuições. Além disso, poderia advertir que quem afirmar a necessária falsidade da tese: “as regras da argumentação não valem para mim” estaria precipitadamente pressupondo um conjunto fixo de regras que vigeria para cada argumentação, seja onde for e com quem for travada. (KAUFMANN, 2003, p. 96)

Com efeito, os próprios membros de uma “comunidade de argumentantes” incorrem em autocontradições, na medida em que em face das próprias convicções morais, *“pecados ecológicos são cometidos, quando, ‘no fundo’, nos comportamos anti-socialmente, apesar de pregarmos o contrário [...]”* (KAUFMANN, 2003, p. 98).²⁸

Nessa linha de pensamento, Kaufmann argumenta que no âmbito de uma comunicação racional pode haver uma “prerrogativa de dominação”:

Poderá ainda acontecer que uma classe política dirigente dispõe de um saber discursivo e reivindica para si privilégios dali resultantes, um caso que, como se sabe, de modo algum é raro. Temos boas razões, por que não aceitamos essas reivindicações, só que essas razões não são pressupostas automaticamente nem logicamente implícitas no fato de falarmos um com o outro, elas não são auto-evidentes de modo algum, mas sim o resultado de amargas experiências.

A reivindicação de prerrogativas de dominação, não comprovadas discursivamente e, como tais, de certo modo virtualmente despóticas, através da proximidade com Deus, indica ainda o problema adicional de que a “superação em princípio do egoísmo [...] um certo tipo de auto-sacrifício”, que foi exaltada por Apel é, no discurso, menos ameaçada pelos diabos, sejam ou não racionais, e sim, mais ainda, por uma outra forma de auto-sacrifício, pretensamente superior. Desse modo, é verdade que é correto, quando Habermas considera não realista um abandono completo da “prática comunicativa diária”, só que infelizmente essa prática não é dominada em todas as suas dimensões, nem mesmo no seu âmbito, que é moral, conforme a auto-compreensão dos que nela atuam, pelas pressuposições normativas do discurso racional. (KAUFMANN, 2003, p. 103)

²⁸ De acordo com Kaufmann, *“a característica comum às situações, nas quais alguém se desqualifica moralmente através de autocontradição, consiste no fato de alguém reivindicar alta competência moral, mas em seguida infringir relevantemente as normas, por ele próprio estabelecidas ou, ao menos, reconhecidas expressamente”* (KAUFMANN, 2003, p. 100).

Portanto, “*a argumentação que se refere à formação discursiva de consenso, tida por racional, tal qual o discurso habermasiano, reivindica realmente a) compreensibilidade (e sentido); b) verdade; c) correção moral e d) veracidade*” (KAUFMANN, 2003, p. 104).

A pretensão de racionalidade comunicativa em Habermas baseia-se no princípio de que merecem legitimidade apenas as normas que provêm de um processo discursivo de argumentação de livres e iguais. A lógica, portanto é de pré-existência dessa comunidade de falantes que, segundo a crítica de Kaufmann, não se implementa na realidade.

Numa parte de seu texto, Kaufmann menciona que não “*estaria consumada a aceitação de um sistema de regras que pudéssemos claramente mencionar a todos os participantes da única e grande comunidade de todos os que argumentam racionalmente em todos os tempos*” (KAUFMANN, 2003, p. 102).

Talvez, o caminho a trilhar para a construção dessa comunidade, que não deva ser pressuposta, nem mesmo agir intuitivamente, visando ao alcance desse “sistema de regras”, seja a instituição de um processo de matrizes linguístico-críticas, tendente a uma comunicação democrática.

Rosemiro Pereira Leal, ao apontar que em sua Teoria Neoinstitucionalista do Processo, que será melhor demarcada linhas à frente, há a instalação de um pacto de significância, num paradigma discursivo-linguístico, como teoria da constitucionalidade, habilitada à construção, aplicação e extinção do direito, que reclama “*falantes dialógicos (legitimados ao processo) que adotem princípios autocríticos: contraditório, ampla defesa e isonomia*” (LEAL, 2013, p. 44) e evidencia o caminho desse necessário alcance da democratização do direito.

O autor da teoria neoinstitucionalista também profere uma contundente crítica à teoria da ação comunicativa de Habermas, sob o viés do esquecimento de um “*médium linguístico*” preestabelecido, sendo que a “*virada que sempre propôs não é ‘linguística’, mas pragmático-contextualista-linguageira por um agir (ação) comunicativo sócio-historicista-referencializante*” (LEAL, 2006, p. 44). Para fundamentar sua crítica, transcreve o seguinte excerto da obra de Habermas:

Mas, após a virada linguística, todas as explicações partem do primado de uma linguagem comum. Assim, como a auto-representação das vivências subjetivas a que o sujeito tem acesso privilegiado, a descrição de estados e eventos no mundo objetivo também é dependente do uso interpretativo de

uma linguagem comum. Por isso, a expressão “intersubjetivo” não se refere mais ao resultado de uma convergência *observada* de pensamentos ou representações de diferentes pessoas, mas à comunhão prévia – *pressuposta* da perspectiva dos próprios participantes – de uma pré-compreensão linguística ou de um horizonte do mundo da vida no interior do qual os membros de uma comunidade linguística se encontram antes mesmo de se entender sobre algo no mundo. (HABERMAS *apud* LEAL, 2006, p. 45, grifo do original)

Habermas, portanto, em sua teoria da ação comunicativa, teria por opção epistemológica para estabilização do sentido da intitulada “virada linguística”, o “uso interpretativo de uma linguagem comum” e não uma teoria da linguagem jurídica, pelo que continua Rosemiro Pereira Leal:

Portanto, torna-se consistente a denúncia de Popper (este sim, autor da virada linguística na pós-modernidade, com a qual se afina a teoria neoinstitucionalista), de que Habermas ainda labora o mito do contexto²⁹ a partir do qual retira (justifica) a validade (verdade) de suas pretensões comunicativas pertencentes a um mundo da vida como esfera pública poética a gerar transformações sociais por uma cidadania (agir comunicativo) de uma sociedade civil apta a erradicar a dominação de sistemas jurídico-políticos estrategicamente implantados. Habermas equivocadamente entende que esses “contextos” (jurídico-ético-morais) seriam portadores de uma imanência instrutiva a levar a humanidade a estabelecer consensos para um entendimento progressivo. Ora, esquece-se aqui que, sem um *médium* linguístico pré-escolhido entre “teorias” concorrentes, os “contextos” como concha acústica de saberes historicamente acumulados, não testificados ao longo de suas enunciações, repetiriam catástrofes advindas do inesclarecimento intercorrente de seus fundamentos. (LEAL, 2006, p. 45)

Daí que mais uma vez se reforça a opção por uma teoria do processo em proposições de linguisticidade jurídico-autocrítica, possibilitando-se à fala e escrita processuais, afinal:

A fantasia constitucional positivista do “Estado Democrático de Direito” não se descerra pela utilização da marca trivial e comercial de “democracia” como um agir comunicativo voltado ao entendimento social ou pelo sufrágio

²⁹ O mito do contexto de Popper pode ser assim definido: “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. Tal é o mito que vou criticar. Como já atrás referi, o mito assemelha-se a um discurso moderado ou a uma recomendação sensata que se deve ter em conta por forma a prosseguir uma discussão racional. Alguns podem mesmo pensar que o que descrevo como mito é um princípio lógico ou algo baseado num princípio lógico. Pelo contrario: julgo não se tratar só de uma afirmação falsa, mas também viciada, e que, a ser acolhida de forma generalizada, minará a unidade da humanidade, contribuindo assim para o forte aumento da probabilidade de violência e de Guerra. Esta é a razão principal pela qual desejo combatê-lo e refutá-lo”. (POPPER, 1966, p. 57)

emblemático do voto ou pela ética da cooperação entre os homens. Boas intenções e virtudes naturais já estão reprovadas pela continuada e sangrenta história da humanidade. Ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continua massacrando o homem. (LEAL, 2006, p. 6)

Assim, o intitulado giro linguístico, cuja definição é “formular”, no sentido da passagem da filosofia da consciência à filosofia da linguagem, evento em tese já ocorrido, para sustentar efetivamente uma democracia discursiva, inclusive no âmbito da decisão jurídica, precisa, antes de tudo, precisar sobre qual linguagem está-se falando e significando. Porque, se não, continua-se a emitir “*significados por significantes referidos a um pragma (experiência histórica) de um passado extralinguístico opacamente recebido no presente como dogmas, valores (ética e moral) e saberes [...]*” (LEAL, 2013, p. 46).

Por outro lado a crítica de Alexandre Morais da Rosa passa à teoria habermasiana, mas não menos contundente, uma vez que traz à tona o “Outro”, a figura do inconsciente, esquecida na teoria comunicativa, considerando-a inviável de ser aplicada na prática, *abaixo do Equador*:

[...] mormente numa realidade de exclusão, e, também, por desconsiderar que o inconsciente opera –, sua acolhida pode ocorrer de forma mitigada, sem o universalismo que pretende. No caminho aqui defendido, a razão comunicativa pode ser situada para se fixar o lugar do juiz no processo como sendo aquele que no decorrer dele irá garantir as regras do jogo, sem prejuízo de seu papel específico no ato decisório, o qual deve se fundamentar no critério material proposto por Dussel. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 276-277)

Morais da Rosa prossegue afirmando ser paradoxal o “*devido processo democrático*” proposto por Habermas, já que ao mesmo tempo em que rejeita o “*solipsismo*” do julgador, que agora se encontra envolvido pelo “*médium*” linguístico, considera que este tem como fundamento um discurso consciente. O fundamento dessa crítica é Lacan, uma vez que ao aceitar que a decisão se construa no plano do discurso consciente, Habermas ignora “*mecanismos inconscientes que roubam a cena, conforme deixa evidenciada a psicanálise*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 277).

Portanto, na tese de Morais da Rosa, a proposta habermasiana é acolhida de forma “contingente”, uma vez que “*a racionalidade proposta é suscetível de críticas intransponíveis*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 280). A teoria de Habermas tem o mérito de refutar o solipsismo do julgador, que não se sustenta mais

democraticamente, todavia, “*nem por isso o processo como eixo democrático pode tamponar o que salta do inconsciente das partes nas suas argumentações e do ser-á-julgador*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 280):

De qualquer forma, aproveita-se sua proposta para o encadeamento procedimental necessário à legitimidade da decisão a ser proferida, eis que anteriormente já se agregou ao projeto em construção a ‘viragem lingüística’, com a conseqüente rejeição da *Filosofia da Consciência*. De outra parte, é impossível que a proposta seja ultimada consoante Habermas pretende por desconsiderar fatores intervenientes na prolação da decisão e nos próprios argumentos lançados no processo intersubjetivo. É que a pretensão de *sinceridade consciente* dos argumentos é vazada pelo *inconsciente* que atravessa no *Simbólico*. Enfim, a *psicanálise*, com o desvelar do *inconsciente* deixa a céu aberto a sinceridade pressuposta por Habermas. A *sinceridade*, então, no máximo pode ser vista como objetivo a ser alcançado na corrida, e cuja *verificabilidade* se mostra impossível de a controlar. Esses obstáculos tornam o discurso habermasiano, na sua versão ideal, irrealizável no plano fático, onde o *inconsciente* – repita-se mais uma vez – surge. Por isso a necessidade do reconhecimento parcial do paradigma *habermasiano*, com Fazzalari, na construção da proposta do *processo como tarefa democrática inafastável*, justificando-se o aproximar deste juiz (*in*)*consciente*, ou do *inconsciente do um-juiz* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 280-281, grifos do original).

E, conforme já apontado, sendo o inconsciente, para Morais da Rosa, um condicionante na produção dos significantes a trilhar a construção da decisão, o qual no âmbito processual é vertido em linguagem (Lacan), exsurge que somente pela via da “*processualização do espaço lingüístico*”, com implementação de um discurso de testificação, aberta a todos os envolvidos, que se é possível alcançar um efetivo contraditório na criação do direito à vida (LEAL, 2008, p. 158). Do contrário:

A idéia ainda perseguida pelas convicções sociologistas de que seja possível lidar com “livres e iguais” como portadores naturais de liberdade e igualdade brotadas de um espaço público a partir de acordos firmados que buscam sua força legitimadora numa intersubjetividade de sentidos já historicamente (culturalmente) cristalizados é que multiplica a carga da angústia humana à fundação de uma *sociedade de falantes* e não de falados. A recusa de **processualização** do espaço-lingüístico vem agravando por milênios o padecimento do pensamento humano que se chafurda na **técnica** como forma de auto-esquecimento prazeroso, estrangulando o simbólico pelo imaginário, o enunciativo pelos ditos utópicos dos delírios e alucinações coletivas. As doxas tornam-se apodícticas em seus saberes absolutos, homologando verdades retóricas de que o homem é um ser condenado ao pesadelo trágico do viver minando o seu próprio sonho. O que lhe restaria era colorir o sonho para amenizar a sua fatal e absurda existência. (LEAL, 2008, p. 160, grifos do original)

Encerra-se, pois, esse ponto com a demarcação da contribuição da teoria habermasiana, ressalvados os apontamentos críticos, que cumprem a função de falsificação teórica incessante, na busca de uma teoria provisória no sentido popperiano, que conduza à construção democrática – e não dogmática – da decisão jurídica.

2.5 A TEORIA DA DECISÃO JURÍDICA COMO BRICOLAGEM DE SIGNIFICANTES ROMPE COM O DECISIONISMO?

A partir dos apontamentos críticos feitos nessa pesquisa, a par da teoria de Morais da Rosa, destacamos a necessidade de a ciência jurídica aproximar-se da Psicanálise, de forma a romper com o dogma da racionalidade plena, já que *“não há por completo um sujeito do conhecimento, um sujeito ‘todo consciente’, senão o sujeito clivado, cindido – pelo inconsciente –, sujeito de um saber que não sabe que sabe (tudo)”* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 361).

Nessa linha de raciocínio, importante considerar que em se tratando da ciência jurídica penal, essa interlocução entre disciplinas exige cautela, e incessante teorização, uma vez que a incursão no inconsciente do sujeito poderá conduzir à reafirmação da produção da decisão jurídica a parâmetros morais, midiáticos, ideológicos, dentre outros, tão combatidos na teoria da bricolagem.³⁰

Aqui, considera-se que a tentativa de se problematizar o inconsciente do juiz, que irá materializar a decisão, adstrito aos significantes probatórios, aproximando-a de uma noção efetivamente democrática do provimento, somente poderá ser alcançada mediante a institucionalização de um processo linguístico-crítico. Destarte, não se poderá olvidar do instituto da linguagem.

³⁰ A questão é mais tormentosa ainda quando a análise tem por objeto os sujeitos processuais, ou mesmo se faz incursões à teoria do delito. Salo de Carvalho destaca que todas as teorias do Direito Penal gravitam na tensão entre dois pressupostos da responsabilidade penal: a consciência e a vontade do agente (CARVALHO, 2010, p. 243). A Psicanálise desestabiliza por completo esses pilares, uma vez que *“a inserção da categoria psicanalítica inconsciente no direito penal desencadeia processo de esfacelamento da teoria dogmática do delito análogo ao provocado na filosofia da consciência”* (CARVALHO, 2010, p. 243), e explicita que *“a consciência não é soberana e que o eu não é autônomo”* (BIRMAN apud CARVALHO, 2003, p. 59).

De acordo com Manfredo A. de Oliveira, a *“linguagem se tornou, em nosso século [XX e início do século XXI] a questão central da filosofia”* (OLIVEIRA, 2006, p. 12). Identificando o giro linguístico em dois momentos, num primeiro formou-se uma *“nova maneira de articular as perguntas filosóficas”* (assim, por exemplo, ao invés de se perguntar “pela essência ou conteúdo do conceito “causalidade”, pergunta-se agora pelo “uso da palavra”, “causalidade”) (OLIVEIRA, 2006, p. 12-13).

Essas reflexões tem como consequência a reviravolta linguística, por meio da qual *“a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar”,* o que promove a *“radicalização da crítica do conhecimento, como ela foi articulada nos últimos séculos, pois a pergunta pela verdade dos juízos válidos é precedida pela pergunta pelo sentido, linguisticamente articulado, o que significa dizer que é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem”* (OLIVEIRA, 2006, p. 13).

Portanto, sim, o sujeito cartesiano³¹ morreu. *“O ser consciente pensante feneceu”* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 361). Agora, resta aos cientistas jurídicos buscar o *“sujeito-para-linguagem: no significante, que, [consoante Lacan,] diversamente do signo, é aquilo que representa um sujeito para outro significante. Como nada diz que o outro significante saiba alguma coisa sobre o assunto, fica claro que não se trata de representação, mas de representante”* (LACAN apud MORAIS DA ROSA, 2004, p. 361)

No derradeiro capítulo da tese de Moraes da Rosa, há um alerta providencial sobre o discurso da ciência jurídica difundido pelo *senso comum teórico*, mascarado pela tentativa – e êxito na contemporaneidade – de o Estado controlar as enunciações de pretensão de verdades.

A perversidade desse discurso é tamanha, pois sob a pecha de cientificidade,³² *lugar do mito – lógico* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 362), a perpetuidade da ciência política e econômica é despida de percalços. Citando Warat, Moraes da Rosa afirma: *“a meu juízo estamos diante de uma racionalidade*

³¹ Constituído a partir da *“crença no poder crítico da razão humana individual”*, o pensamento cartesiano é um dos pilares do racionalismo, ao propor um método claro, simples e objetivo para fundamentar uma proposta de ciência (MARCONDES, 2010, 164-174).

³² Para Feyerabend, *“a ciência aproxima-se do mito, muito mais do que uma filosofia científica se inclinaria a admitir [...] Como a aceitação e a rejeição de ideologias devem caber ao indivíduo, segue-se que a separação entre Estado e a Igreja há de ser complementada por uma separação entre o Estado e a ciência, mais recente, mais agressiva e mais dogmática instituição religiosa, Tal superação sera, talvez, a única forma de alcançarmos a humanidade de que somos capazes, mas que jamais concretizamos”* (FEYERABEND apud MORAIS DA ROSA, 2004, p. 365).

mitológica que legitima politicamente uma doxa dissimulada como episteme” (WARAT *apud* MORAIS DA ROSA, 2004, p. 362). Eis, portanto, a fachada da objetividade de um discurso jurídico o qual, conquanto amparado em uma ciência, fora produzido em dissonância de uma teoria linguístico-crítica. Somente fachada, uma vez que o discurso com base no *senso comum dos juristas* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 363) é subjetivo, é ideológico. Nesse sentido, pequenos grupos opressores, melhor articulados, “*conseguem impor sob a máscara da neutralidade do discurso jurídico as pretensões próprias, sem que o poder de imposição, todavia, desvele-se*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 363).

A despeito da propagada *laicização científica* – e da conclusão daí advinda, que o “*que resta, pois, é o ‘gume da linguagem’ e suas artimanhas retóricas (Brum), pelas quais apenas se pode cercar, sem nunca prender, a pletora de significantes*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 365-366) –, o ensino de Rosemiro Pereira Leal, extraído já em sua *Teoria Geral do Processo*, é referencial, porquanto há o esclarecimento acerca da indispensabilidade de os institutos da técnica jurídica, ciência jurídica, teorias jurídicas e crítica jurídico-científica serem entendidas como pilares da epistemologia do Direito Processual (LEAL, 2012, p. 33-38). Especialmente sobre a ciência jurídica:

Portanto, a ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é a atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos. Popper arremata que “*embora não possamos justificar nossas teorias racionalmente e não possamos, nem mesmo, provar que são prováveis, podemos criticá-las racionalmente. E podemos, constantemente, distingui-las de teorias piores*”. (LEAL, 2012, p. 37)

Com efeito, a linguagem processual deve ter como referencial a epistemologia jurídica traçada pelo processualista mineiro, permitindo que toda a produção de significantes enfrente uma técnica jurídica, ciência jurídica, teorias jurídicas e críticas jurídico-científicas, legitimando-se em bases amplamente contraditórias.

Conforme já exposto linhas atrás, pela teoria da bricolagem do significante, o juiz seria um ordenador de significantes. Não poderia, ainda, desprezar, além das regras do jogo, qualquer significante validamente produzido na instrução processual.

Esse juiz, desapegado de qualquer prévia ideia ou hipótese, está em consonância com o juiz do sistema acusatório e *“sua posição na ‘gestão da prova’, isto é, na instrução processual, uma vez que não há vinculação à acusação, devendo construir sua decisão consoante o que lhe for trazido pelas partes”* (MORAIS DA ROSA, 2012, p. 368).

Segundo Morais da Rosa, uma vez montado “o palco processual”, e produzidos os significantes probatórios no espaço processual, fica o julgamento suspenso, assumindo-se uma posição acusatória. Sobre o ato decisório, que encaparia uma “verdade processual”:

É o um-magistrado que(m) monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes (Cap. 7), o que se chama de ‘verdade processual’, lançando mão das provas, dos significantes produzidos validamente, manejando a técnica de ‘bricolage jurídica’, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total. Existe uma compulsão de dizer o indizível, onde a palavra falha: o espelho da realidade na escrita que insiste em nomear, em reduzir, em racionalizar. Logo, não há escrita espelho da realidade, pois não se pode aprisionar a realidade na dimensão da escrita por ser absolutamente incomensurável e inapreensível (Barthes). Sobre o poder e seus lugares fugidos e é preciso dar-se conta desse processo. Disso somente se pode escapar à custa de muita ingenuidade ou deslizamento no Imaginário. Lacan indica nesta direção ao asseverar que: “Digo sempre a verdade: não toda, porque dizê-la toda não se consegue. Dizê-la toda é impossível, materialmente: faltam as palavras. É justamente por esse impossível que a palavra provém do real. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 369)

Defendendo a ocorrência de uma “verdade processual”, para Morais da Rosa esta se daria com o *“imbricamento do manancial de significantes [...] articulados com o inconsciente do um-juiz”* (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 370), o qual, consoante Miranda Coutinho, deve assumir-se “ideologicamente”, ao analisar esse “mar de significantes”, e demonstrar a teoria que lhe serve de fundamento (MIRANDA COUTINHO *apud* MORAIS DA ROSA, 2004, p. 370), no momento da prática de seu ato decisório. Age, ainda, tal qual numa “luta de boxe”:

Dividindo-se em duas fases, pode-se perceber que existe um juiz responsável pela produção dos significantes. É ele que garante o cumprimento das regras do jogo – fair play –, evitando a chicana, punindo os que dão golpes ilegais, levando a ‘instrução’ até que a luta termine. Finalizados os ‘rounds’ a tarefa do árbitro de significantes se finaliza. O julgamento, todavia, fica a cargo de um segundo momento, no qual há a ordenação desses significantes imbricados com os do próprio um-julgador. Esta tosca aproximação do ‘Processo Penal’ com o ‘boxe’ deixa antever, todavia, que se utilizada essa metáfora, muita coisa poderia ser modificada,

excluindo-se o juiz do papel ativo na produção da prova, restringindo-o ao papel de 'árbitro probatório', sem que sua tarefa de catalisador de sentido se esvaia, num segundo momento, isto é, ao proferir a decisão, informado, todavia, por ética. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 371)

A resposta que o um-juiz de Moraes da Rosa deva dar está atrelada a uma opção (in)conscientemente ética. Ou seja, dentre os vários significantes produzidos na instrução processual, que autorizam diversas soluções, o juiz deve buscar uma legitimidade decisória, pautada na ética. No exemplo do boxe, as partes estão a se digladiar, seguindo uma regra do jogo, é certo. Todavia, é do juiz a prerrogativa de julgar, pior, a par de uma “ordenação dos significantes”, a seu critério (ético?). É bem verdade que ao juiz não compete a produção da prova. Mas a extração dos significantes das provas produzidas pelas partes é extraída da sua “racionalidade”.

Importante ressaltar que Moraes da Rosa não faz maiores incursões acerca do balizamento teórico que conduziria a “ética” à democratização decisória.

Por outro lado, adverte sobre as condições extradiscursivas, “*que co-determinam o discurso jurídico, como efeitos da política, ideologia³³ e pré-conceitos pessoais (in)conscientes*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 379) e que também influirão na decisão jurídica. Assim, a decisão equipararia a um “evento semântico”, um acontecer no tempo, espaço e lugar, em que ocorreria um acertamento de significantes. Daí a “*importância do desvelar do ‘giro da linguagem’, no enleio das significações, numa perspectiva democrática*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 379). Nesse sentido, para o autor:

Com efeito, a busca do ‘grau zero’ na escrita faz aparecer palavras vedetes capazes de serem tudo e nada ao mesmo tempo, prenhes de significância, com seus sentidos suspensos no eterno jogo social do poder (violência simbólica dos estereótipos – Bourdieu), aparentemente dissociadas dessas discussões de interesses, mas confortando, astutamente, os discursos que nega/esconde. Inaugurada a cadeia de significantes, desliza-se... Nesse lugar indireto, fragmentário, suspenso de sentidos projetados, o escritor/jurista deve deslocar estrategicamente, na condição de ‘bricoleur’, o jogo dos significantes, diante das pretensões de validade pelos outros e do Outro, subornando as possibilidades de sentido na busca da realização do critério material de Dussel. As suspensões são atiradas no ‘mar de

³³ “*Há algum tempo, um juiz francês veio dar uma palestra em São Paulo. Depois dela, naquele clima descontraído do jantar, regado a vinho evidentemente, disse ele que pertencia a um sindicato de juizes de esquerda. O idiota aqui mostrou ar de espanto. E ele: ‘Lá, nós juizes, temos três sindicatos: um de esquerda, um de direita e um dos que não estão lá nem cá’. ‘E na hora da decisão de um processo?’, volta à carga a anta que vos escreve. O espanto agora é dele: ‘Ué, cada um decide de acordo com sua ideologia’. Cobri a tanga envergonhadamente e fui pentear minha macaca de estimação*” (SUANNES, 2003, p. 81).

significantes' tal qual uma isca para peixe. O sucesso da pescaria depende da existência de quem segura a vara e da fome dos peixes..., sem esses elementos não se completa o processo. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 381-382)

Decerto, a busca de citado “grau zero” na escrita é um sendeiro perigoso, justamente porque diante de sua dificuldade pode-se chegar ao mito. Procedendo-se a uma correlação com o problema da análise, na filosofia analítica,³⁴ em que conhecer a realidade consiste em examiná-la em suas partes constitutivas:

O processo de conhecimento caracteriza-se assim, ao menos em parte, como um processo de análise no sentido de decomposição de um complexo em suas partes simples constitutivas. Esse processo chega a seu limite precisamente quando determinamos as partes simples, aquelas que não podem mais ser decompostas e, portanto, conhecidas. (MARCONDES, 2004, p. 15)

Assim, o conhecimento teria por base algo que não poderia ser conhecido, porquanto não pode ser analisado. Eis o “paradoxo do Teeteto”, diálogo de Platão que aborda a questão, de ser incognoscível o simples, por não poder mais ser decomposto.

E daí surge a questão de ser a definição discursiva composta por palavras, que remetem a outras palavras, provocando a circularidade linguística: “*Se analisar é traduzir uma proposição por outra ou reduzi-la a outras, isso não nos levaria a uma circularidade ou a uma regressão ao infinito?*” (MARCONDES, 2004, p. 16).

Do “problema” do “simples” surgem as questões da ausência de conhecimento, mas a possibilidade de compreensão, ou, pior, de uma pré-compreensão existente no sistema jurídico. Daí, também, seria fértil o terreno para concepções de fé, moral, e por que não, ética. Surgem também os “*cavaleiros da fé*”, “*super-homens*”, “*Juízes-Hércules*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 383).

³⁴ Segundo Danilo Marcondes, a “filosofia analítica” significa uma maneira de se fazer filosofia recorrendo-se ao método analítico para tratamento das questões filosóficas. Num sentido mais estrito e historicamente demarcado, “*a filosofia analítica é uma corrente filosófica que adota o método analítico e surge ao final do século XIX, desenvolvendo-se ao longo do século XX até os tempos atuais, caracterizando-se assim como uma das principais correntes do pensamento contemporâneo. Mas, mesmo neste sentido mais específico, a filosofia analítica inclui também diferentes tendências, desde as suas origens no contexto da crítica ao idealismo então dominante até as várias linhas do pensamento contemporâneo. O método a analítico pode se desdobrar, por sua vez, em diferentes modos de se interpretar o que vem a ser “análise” em um sentido filosófico*” (MARCONDES, 2004, p. 1)

A teoria da decisão jurídica como bricolagem dos significantes é um destaque na contemporaneidade, diante da introdução de uma via epistemológica psicanalítica da construção da decisão jurídica. Todavia, entregar à ética a estabilização do sistema de escolha dos significantes a operar pelo juiz não se sustenta numa crítica científica cuja premissa é a efetivação de bases democráticas da decisão jurídica.

2.6 DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DE ROMPIMENTO COM O PARADIGMA CARTESIANO

A proposta de compreensão da epistemologia adotada por Aury Lopes Junior acerca da decisão judicial decorre, primordialmente, por na contemporaneidade seus estudos tratarem-se de verdadeira referência na dogmática jurídica. Pretendemos, portanto, conhecer e proceder à uma crítica jurídico-científica sobre os postulados em que se funda sua concepção decisória.

Em 2013, Aury Lopes Junior publicou seu *Direito Processual Penal*, cujo capítulo dedicado às “Decisões judiciais e sua (necessária) motivação. Superando o paradigma cartesiano. Princípio da correlação (congruência). Coisa julgada” será objeto de conhecimento e crítica, conquanto outras obras já publicadas pelo autor sobre a temática proposta também o serão.

Contextualizando o estudo de Werner Goldschmidt, *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*,³⁵ que traz a justiça como uma ciência própria, Lopes Junior traz a

³⁵ Segundo Lopes Junior, Werner Goldschmidt trabalha diferentes formas de “reparto”, sem se descuidar do princípio da justiça, “*el principio supremo de la justicia estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad*”, e, ainda, “*la justicia protege al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su leberdad de desarrollar su personalidad*”. O autor explica, ainda, que Diké seria a deusa da justiça do caso concreto. Por isso a prevalência desse nome, ao da Themis, deusa da justiça: “*Na mitologia Greco-romana OST, Zeus sobrevive à ira de seu pai Kronos (Deus-tempo) graças à esperteza de Reia, sua mãe, que o esconde numa gruta para não ser devorado como seus irmãos, pois Kronos, após tomar o lugar de seu pai, tratou de fugir da profecia de que um dos seus filhos o destronaria (como ele tinha feito anteriormente, cortando os testículos de seu pai com uma foice), tendo o cuidado de devorá-los assim que sua mulher Reia os punha no mundo. Dessa vez, para salvar a cria, Reia entrega ao esposo uma pedra envolta em faixas, para que ele a devore. Chegando à idade adulta, Zeus encabeçou uma revolta e pôs fim ao reino de Kronos, enviando-o para o Tártaro. As filhas de Zeus e Têmis (também se encontra com a grafia Têmis ou Themis) chamavam-se Thallô, Auxô e Carpô, três nomes que evocam as ideias de germinar, crescer e fortificar. Mas, na vertente política, denominavam-se Eunomia, Diké e Eirênè, isto é, a disciplina, a justiça e a paz.*” (LOPES JUNIOR, 2013, 1.071-1.072).

advertência da necessidade de o Direito dialogar com a Filosofia, Antropologia (já que o juiz seria um ser-no-mundo, que não parte de um grau zero de compreensão), a Psicanálise (por se estar acima de tudo relacionada a um *sentire* de um juiz-no-mundo, que precisa julgar outro sujeito e o faz através da linguagem) e a Neurociência (pois já não se pode insistir no “erro de Descartes” – reportando-nos a António Damásio). Portanto, a expressão *Dikelogía*, para Lopes Junior, “*bem expressa a ‘ciência da justiça’*”,³⁶ que pela via da interdisciplinaridade poderia ter alcançado um grau mínimo de compreensão (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1071-1072).

O eixo da racionalidade decisória, para Lopes Junior, estaria na motivação das decisões: “*Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, premissa fundante de um processo penal democrático*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1072).³⁷

Em relação ao processo, Lopes Junior destaca:

O processo está destinado a comprovar se um determinado ato humano ocorreu na realidade empírica. Com isso, o saber – enquanto obtenção de conhecimento – sobre o fato é o fim a que se destina o processo, que deverá ser um instrumento eficaz para sua obtenção. Claro, tudo isso sem incorrer no erro de crer na mitologia da verdade real... (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1072-1073)

Ou, ainda, o “*processo é construção aproximativa de um determinado fato histórico*” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 517), sendo que a sentença seria resultado de um ato de crença, resultante do convencimento do juiz (LOPES JUNIOR, 2010, p. 269):

[...] o papel do sentimento do juiz é fundamental e isso fica evidenciado até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, ensejando a idéia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente. (LOPES JUNIOR, 2010, p. 271)

³⁶ Consoante Rosemiro Pereira Leal: “*Dworkin, Larenz, Rawls, Alexy, Guinther e muitos outros que trabalharam uma teoria da justiça se enredaram em ginásticas mentais para que, evitando transformar o juiz em pitonisa, lhe fosse possível ser um descobridor da melhor decisão por metodologias complexas (jogos de linguagem) neutralizadas de qualquer suspeita sentimentalista ou ideológica. Essa foi e será sempre uma tarefa inalcançável quando se põe o decididor talentoso ou de bom-senso no centro produtor de justiça (o dono normatizador da jurisdição)*.” (LEAL, 2002, p. 83).

³⁷ Nesse sentido caminha Ferrajoli: “[...] o modelo penal garantista equivale a um sistema que minimiza o poder e a maximização do saber judicial, condicionando a validade das decisões jurídicas à verdade empírica e logicamente controlável pela motivação” (FERRAJOLI, 2006, p. 22).

Portanto, há uma clara opção pela noção da instituição de um processo numa concepção historicista, visando à reconstrução de um fato histórico. Nesse processo, orientado por uma matriz constitucionalizada, a produção da prova, a cargo exclusivo das partes, prevalecerá a versão que melhor captar o “sentimento”, a “fé” do juiz. Mais uma vez a celeuma da construção da decisão está nas mãos do um-julgador.

Para melhor compreensão da lógica de construção da decisão de Lopes Junior, passamos à exposição de dois temas centrais de seus estudos: a superação do dogma de completude jurídica e o rompimento com o paradigma cartesiano.

2.7 SUPERAÇÃO DO DOGMA DA COMPLETUE JURÍDICA

Consoante Lopes Junior, há muito tempo o dogma da completude jurídica está superado: “*o dogma da completude cai por terra quando verificamos que o sistema está eivado de lacunas e de conflitos internos (antinomias)*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1078).

O autor prossegue afirmando que a possibilidade do “direito inválido” ou “lacunoso” é condição prévia do próprio Estado Democrático de Direito e da democracia, assim como a da superação do papel do juiz como mero aplicador da lei:

O papel do juiz no processo penal constitucional é o de alguém que deve fazer a filtragem constitucional e eleger os significados válidos da norma e das versões trazidas pelas partes, fazendo constantemente juízos de valor.

[...]

Nessa linha, compreende-se que o objeto de amor (submissão e obediência), portanto, além da lei, passa pelo pai-tribunal e ainda, à palavra autorizada, lugar historicamente ocupado pelo senso comum teórico, não raras vezes autênticos cavaleiros da prometida (e desejada) plenitude. Essa ambição (quase infantil) por “segurança” e “plenitude” contribui para a constituição do juiz infalível como substituto do pai, capaz de determinar com pleno acerto o que é justo e o que é injusto. Mas também, por outro lado, cria todas as condições necessárias para o desenvolvimento de patologias judiciais, pois empurra o juiz para o lugar de semideus, com a agravante da crença na “bondade dos bons”. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1078-1079)

Rosemiro Pereira Leal, em sua teoria processual da decisão jurídica, adverte que na intitulada pós-modernidade, em que o direito é posto pelo discurso da lei, ainda acredita-se que a lei, “*como instrumento formal do direito, apresenta lacunas que são inerentes ao sistema jurídico e, como tal, a atividade jurisdicional será sempre supletiva ou salvadora do vazio horrorizante da lei*” (LEAL, 2002, p. 37-38).³⁸

Para Leal, esse discurso de salvação da incompletude da lei pelas mãos do juiz adia indefinidamente, ou suprime, a atuação da vontade popular de legislar, em detrimento de se erigir a fiscalidade processual dos critérios legislativos já instituídos na Constituição Federal. Ou, até mesmo, autoriza o entendimento de ser o sistema legal uma “*caixa mágica de normas milagrosas e automultiplicadoras que, pelo talento de um intérprete clarividente, se abriria pela fusão de elementos dos subsistemas fático e valorativo [...]*”³⁹ (LEAL, 2002, p. 38).

Leal prossegue sustentando que nas democracias, para a norma ser exigível a seu destinatário, este deve ser o seu próprio autor (Habermas), sendo que na ausência de norma o direito não existiria:

Não há indagar se o que não é proibido é permitido, se o sistema é aberto ou fechado, mas, no direito democrático, o que não é proibido pelo devido processo legislativo fiscalizável processualmente por todos (devido processo legal) não é juridicamente existente.

Na democracia, o direito é um campo de existência posta pela lei processualmente produzida, não podendo haver realidade jurídica fora da existência suscetível de constante testificação processual. No direito democrático, se a lei, em qualquer nível, é obscura, ininteligível, lacunosa, ambígua, antagônica, inadequada, por anomia ou antinomia, caberia ao juiz decidir segundo os conteúdos paradigmáticos da teoria do Estado democrático de direito em suas bases de fundamentalidade jurídica (direitos humanos) já pré-julgados na instância constituinte da institucionalização de direitos. (LEAL, 2002, p. 39)

Nessa esteira, o direito, num paradigma democrático, exige a aplicação da norma pelos argumentos dos legitimados ao processo e não por um critério de saber do decisor, sob pena de se cair num decisionismo autocrático (LEAL, 2002, p. 44-46).

³⁸ Esse entendimento de atribuição de ‘sentido’ da lei pelo juiz, além de guardar identidade com os instrumentalistas, coaduna-se com o ensino de Lopes Junior, conforme adiante se exporá.

³⁹ Segue na linha de raciocínio do autor, citação de Maria Helena Diniz, para quem bastaria *correlacionar as normas entre si, bem como o subsistema de valores e de fatos a ele correspondente, não devendo ter o juiz um critério puramente normativo; deve, sim, dar lugar a uma compreensão dos sistemas normativos em relação ao fato e valores que os informam.* (1995, p. 400)

Com efeito, a interpretação do direito tem balizamento na *teoria institucional de produção processual do direito e não numa norma fundamental*, buscada no imaginário coletivo (LEAL, 2002, p. 51). Eis, portanto, a instituição de uma teoria democrática, que nega a atribuição de sentido do sistema jurídico por “*uma ideologia, que habilita ao intérprete-aplicador manejar o direito a serviço de um discurso prescritivo acertado pela classe dominante de um país*” (LEAL, 2002, p. 52):

Esse evitar ou contornar as aporias (lacunas) jurídicas, como preocupação central do Estado burguês e social, é que requer inteligências especializadas comprometidas com a ideologia dos sistemas jurídicos adotados para um pensar em prol de soluções de preservação ou reprodução permanente desses sistemas. Nunca essas aporias podem ser consideradas como falibilidades normativas que devam ser corrigidas pela atuação do devido processo constitucional, porque a tópica é uma técnica de salvação das aparências do justo, do bom, do certo a ser empregado por uma jurisdição malabarista e tutora da ordem ideologizada pelas classes determinantes de formação liberal-clássica ou social-liberal. (LEAL, 2002, p. 52-53)

Está-se, pois, a denunciar que, ao preconizar a proibição do *non liquet*, maneja-se, ideologicamente, a preservação do Estado liberal e do estado do bem-estar social, mantendo-se perene a utilização de uma linguagem estratégica e racional. O desespero ante o “*vazio horrorizante*” (LEAL, 2002, p. 38) da lei pela dogmática jurídica faz surgir o mito⁴⁰ da salvação pelo decididor do sistema jurídico. Assim, os “doutrinadores” ou o “senso comum teórico”,⁴¹ são diretamente influenciados por esse mito, fundamentando-se em um determinado modelo de discurso considerado legítimo conforme uma ideologia, por evidente, preestabelecida. Afinal, “*o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia*” (WARAT, 1994, p. 104).

É justamente nesse contexto de ideologização da proibição do *non liquet* que caminha o direito brasileiro. Para Rosemiro Pereira Leal, “*o mais grave vandalismo sistêmico sofrido pelo País, após a CF/88, é a continuidade da vigência da chamada*

⁴⁰ Para Warat, “*um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conforme com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como veneram as formas de poder que engendraram essa situação [...] sendo que a função básica dos mitos é a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística*” (WARAT, 1994, p. 105).

⁴¹ Ainda segundo Warat: “*no discurso mítico, como no raciocínio dos juristas, produz-se um entendimento que não exige explicações. Em ambos produz-se uma clareza de constatação, não de explicação*” (WARAT, 1994, p. 111).

LICC [...]”, lei que se reporta aos tempos da ditadura em Vargas, que mostra a “*indulgência científico-jurídica do Congresso Nacional*”. Recentemente tal decreto foi intitulado “Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro”, sendo mantida as normas do decreto ditatorial anterior. A estabelecida “*vontade legítima do judiciário*” assim dispõe (LEAL, 2012, p. 185):

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1942, s/p)

A lógica do direito brasileiro pauta-se na reafirmação da delegação ao Judiciário *do messianismo do “fazer justiça”* (LEAL, 2012, p. 186). Estatui, a rigor, o *dogma da compulsoriedade das decisões*, mesmo em face de evidente lacuna legislativa. Há uma clara violação ao paradigma estabelecido com o advento do Estado Democrático de Direito, já que:

O direito a que se refere a Constituição não é aquele advindo de qualquer fonte (usos e costumes, consciência do juiz, princípios gerais, constantes do ex-Dec. Lei da Ditadura Vargas), uma vez que a LEI (ato jurídico provimental) aludida no inciso constitucional (art. 5º, II) é a produzida e vinculada pelo DEVIDO PROCESSO como instituição constitucionalizante e operadora de direitos fundamentais do processo, líquidos e certos, entre os quais o da isonomia que põe todos os integrantes da comunidade jurídica constitucionalizada em isotopia compreensiva (ante uma língua comum a partir da escritura legal), quanto ao exercício de direito igual de interpretação normativa, não incluídas aqui, por óbvio, normas morais, éticas ou consuetudinárias, do pragmatismo linguístico da fala coloquial ou tecnológicas do decisor dogmático (mítico). (LEAL, 2012, p. 186-187)

Disso decorre o “caráter oculto do sentido normativo”, referido por Leal: preservação da ideologia dos estados liberal e social de direito, mantendo-se a ordem de uma sociedade pressuposta. Retira-se, assim, da esfera dos legitimados ao processo, o direito constitucional de instituição e constituição do direito, bem como o direito de interpretação normativa, que deva ser implementado no marco do direito democrático pela instituição do devido processo.

O que se testemunha é o ativismo-garantismo de um direito homologatório de realidades políticas miticamente implantadas em que decisores (autoridades) já pertencem a uma sociedade pressuposta antes mesmo de se considerarem integrantes de um projeto de uma Sociedade Democrática

de Direito Constitucionalizado, negando a esta existência real e atribuindo àquela uma existência verdadeira e portadora de valores aos quais historicamente aderiram sem qualquer reflexão sobre suas bases fundantes e operacionais. É essa mesma sociedade pressuposta, denominada civil em suas camufladas origens, que torna indiscerníveis tirania e democracia em que democracia é a promessa realizada da tirania e esta a necessária condição para restabelecer a democracia. (LEAL, 2012, p. 188)

A construção do Estado Democrático de Direito é obstada pela violência da própria lei, a exemplo da contemporânea Lei n. 12.376, de 30 de dezembro 2010, tida por democrática, que pretere o devido processo na base de instituição e constituição de direitos, reforçando a noção de existência de valores ou razão universal, ainda preso numa lógica kelseneana,⁴² e achados pelas mãos de um decisor prudente e iluminado.

Lopes Junior trilha a crítica de que o dogma da completude jurídica pretende legitimar a constituição de um *juiz infalível*, advertindo sobre o surgimento de um autoritarismo decorrente da “bondade do julgador” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1080). Utiliza de forma emprestada em sua retórica a enigmática pergunta de Agostinho Ramalho Marques Neto: “Quem nos protege da bondade dos bons?”, prosseguindo na assertiva de ser elementar que a justiça não deva depender da bondade ou bom senso, ou qualquer abertura axiológica desse estilo, na legitimação do poder estatal. Para o autor, *“novamente despontam as regras do devido processo como ponto crucial da discussão, especialmente no que tange à legitimação do poder exercido em tão complexo ritual”* (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1079).

Todavia, o paradigma de Lopes Junior seria um pretense modelo constitucional, em que a validade da norma não dependeria apenas da sua existência formal, *“senão uma qualidade contingente da mesma, ligada à coerência de seus significados com a Constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz”* (LOPES JUNIOR 2013, p. 1077). Eis o conclusivo entendimento do autor. Nas mãos do juiz a lei deve ser interpretada e valorada, em estrita compatibilidade com a norma constitucional.

⁴² Consoante Leal, *“a norma fundamental de Kelsen é exemplo que abona o artifício autoritário de se colocar fora do sistema jurisdicionado a norma primeiro-última (hipotética), que é fundamentante de todo o Sistema Jurídico a ser extraída de um mundo não primariamente legiferado e que se expressa em forças éticos-morais ou sociais (grundnorm) que se integram como precedente ideológico da coesão normativo-jurídico de um sistema a ser legiferativamente constitucionalizado (direito pós ativo retoricamente denominado direito positivo). A completude do sistema jurídico em Kelsen é assegurada por normas já postas por uma pauta de crenças e valores primordiais (direito ativo) só acessível ao decisor investido de autoridade”* (LEAL, 2012, p. 187).

Vê-se que Lopes Junior trabalha a concepção de jurisdição e não processo. A lei, para o autor, não deve ser interpretada a par de usos e costumes, valores, ou qualquer semântica que decorra na “bondade dos bons”. Deverá passar pelo crivo constitucional. Só que o nível instituinte da lei é esquecido por Lopes Junior, não é falseável, nem testificado, encaixando-se à noção de norma preexistente, universal. A instituição dessa lei, assim como sua aplicação e por que não interpretação, são excluídas do espaço linguístico processual e vertido ao saber do decisor.

E mais uma vez, reportando-se a Leal, se esquece o autor que “*normas interpretativas são de índole sistêmico-operacional, logo pertencem ao âmbito de reflexão do Direito Processual que não é mais, por estudos avançados, instrumento da jurisdição*” (LEAL, 2012, p. 185).

A euforia na contemporaneidade decorrente do constitucionalismo processual, já em estágio avançado, a provocar a teorização do neoconstitucionalismo, deve ser objeto de estudo científico crítico, especialmente no que se refere a seu eixo estabilizador teórico, ou seja, se se está a instituir o processo ou a jurisdição no centro do sistema jurídico. Pois antes de revelar um rompimento com o decisionismo, ao sustentar a aplicação irrestrita de direitos e garantias processuais, só que pelas mãos de um decisor conhecedor das normas constitucionais, corre-se o risco de se promover a reafirmação, por uma roupagem mais sofisticada, do solipsismo tão combatido pela comunidade jurídica.

2.8 DECISÃO JURÍDICA E O SENTIRE DO JUIZ

A motivação, premissa fundante de um processo, consoante Lopes Junior, seria o eixo de controle racional da decisão jurídica (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1072-1073). A racionalidade em questão não seria aquela da lógica cartesiana, que separa a mente do cérebro e do corpo, e que sustenta o “penso, logo existo”, “*pilar de toda uma noção de superioridade da racionalidade e do sentimento consciente sobre a emoção*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1073). Consoante António Damásio, o

erro está “na separação abissal entre o corpo e a mente”⁴³ (DAMÁSIO, 2012, p. 279).

Na obra *O erro de Descartes*, a que Lopes Junior se reporta, o neurologista António Damásio demonstrou, após a observação de pacientes que tiveram partes do cérebro removidas, responsáveis pelo sentimento e pela emoção, que a racionalidade fora considerada incompleta e prejudicada, diante da ausência de ligação com o sentimento. Com base nessa constatação, verificou-se que a relação mente, cérebro e corpo é exatamente o contrário do sugerido por Descartes: “*existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser*” (DAMÁSIO, 2012, p. 282).

Dessa interlocução, Lopes Junior ressalta:

Não existe racionalidade sem sentimento, sem emoção, daí a importância de assumir a parcela inegável de subjetividade do ato decisório. Também isso contribui para desvelar a hipocrisia do discurso (paleo) positivista da “neutralidade do juiz”, além de evidenciar que o enfoque legalista (paleopositivismo) não é outra coisa que um mecanismo de defesa que o julgador lança mão para não introjetar sua sombra. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1074)

Portanto, para Lopes Junior, é tempo de assumir a subjetividade, na medida em que a “*racionalidade é incompleta e resulta seriamente prejudicada quando não existe nenhuma ligação com o sentimento*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1082).

A seguir, para frear a subjetividade decisória defendida, o autor traça os limites constitucionais e processuais para a construção decisória. Reportando-se a Streck, sustenta que não se pode, jamais, “*permitir que o juiz possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, ou seja, há limites na formação da decisão e no espaço constitucional de interpretação*” (STRECK *apud* LOPES JUNIOR, 2013, p. 1083).

Lopes Junior prossegue afirmando que a sentença, construída em contraditório no processo e segundo suas regras, é fruto do convencimento do juiz. E, ainda, manejando uma regra semântica, aduz:

⁴³ Segundo António Damásio: “*É este o erro de Descartes: a separação abyssal entre o corpo e a mente, entre a substância corporal, infinitamente divisível, com volume, com dimensões e com um funcionamento mecânico, de um lado, e a substância mental, indivisível, sem volume, sem dimensões e intangível, de outro; a sugestão de que o raciocínio, o juízo moral e o sofrimento adveniente da dor física ou agitação emocional poderiam existir independente do corpo. Especificamente: a separação das operações mais refinadas da mente, por um lado, e da estrutura e funcionamento do organismo biológico, para o outro.*” (DAMÁSIO, 2012, p. 219).

Não se desconhece, portanto, que “sentença” venha de *sententia*, que, por sua vez, vem de *sententiando*, gerúndio do verbo *sentire*, ensejando a ideia de que, por meio dela, o juiz experimente uma emoção, uma intuição emocional. Mais do que isso, ele sente e declara o que sente. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1083)

Quanto à interpretação de uma norma, Lopes Junior defende a ocorrência de uma circularidade no processo hermenêutico, em que haja uma mútua referência entre o texto e o intérprete, juiz, sendo que:

Toda e qualquer eleição dos significados da lei, ou das teses apresentadas no processo, está inserida na circularidade hermenêutica, no sentido de que o juiz jamais fará uma eleição neutra. Todo o oposto. A interpretação será sempre fruto de uma complexa gama de pré-compreensões, de “pré-juízos”, pois o “intérprete sempre leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender quando empreende a leitura do texto”. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1084)

Reproduzindo excerto da obra de Paulo Queiroz, “[a] interpretação é uma fotografia da alma do intérprete” (QUEIROZ *apud* LOPES JUNIOR, 2013, p. 1085), Aury Lopes Junior destaca, entre colchetes, exatamente após essa citação: “(sem que isso signifique um retorno à equivocada filosofia da consciência, sublinhe-se)” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1085).

Nessa linha de raciocínio, indagamos: mas fundado em qual premissa estaria amparado Lopes Junior, a sustentar que a sentença compreendida como expressão do sentimento do juiz – ou como resultado de seu convencimento acerca da melhor versão dos fatos reproduzidos no processo – não estaria vincada à afirmação da lógica da filosofia da consciência?

Ao que parece, o processualista ampara-se em Canotilho, e seu preconizado princípio da prevalência da Constituição. Sustenta, ainda, que “*tudo deve se conformar à Constituição. Os princípios [...] são normas fundamentais ou gerais do sistema. São a essência da norma, eis que dela emergem. São frutos de uma generalização sucessiva*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1085). E continua afirmando a necessidade de “tudo” dever se conformar à Constituição e aos próprios limites semânticos da reserva legal (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1086).

Em tom conclusivo, propaga ser necessário “*assumir a subjetividade e superar o dogma da completude lógica, de um lado, e, de outro, não cair no outro extremo do decisionismo, em que o juiz julgue como bem entender, com*

incontrolável discricionariedade” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1086). Para tanto, mais uma vez eis a “solução” do autor para o problema que enfrenta:

Isso não significa um retorno ao paleopositivismo e o amor incondicional à letra da lei. Nada disso. Há que se buscar na hermenêutica constitucional os instrumentos necessários para efetivar a filtragem constitucional, a conformidade da lei ordinária à Constituição, mas sem que isso descambe para o decisionismo ou o relativismo absurdo.

É inafastável que o juiz “elege” versões (entre os elementos fáticos apresentados) e o significado (justo) da norma. Não se pode esquecer que a “consciência plena é ilusória”, e que a influência do inconsciente do julgador, no momento do ato decisório, perpassa a decisão, e “não tem sentido manter uma venda nos autos para fazer de conta que o problema não existe”.

Mas isso não autoriza o decisionismo, com o juiz dizendo o que bem entende da norma ou da prova (o espelho, de TRIBE e DORF), ou o juiz dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa (STRECK). (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1086)

E como último argumento defensivo de que o ato decisório visto nessa perspectiva de *sentire* não se ajusta à filosofia da consciência, Lopes Junior defende que o juiz não pode decidir em desacordo com as regras do devido processo e de toda principiologia aplicável ao processo. Arremata, ainda, seu raciocínio, com a seguinte citação de Rosemiro Pereira Leal, extraída da obra *Teoria processual da decisão jurídica*:

[...] nenhuma decisão seria constitucionalmente válida e eficaz se não preparada em *status de devido processo legal*, porquanto, uma vez produzida em âmbito de exclusivo juízo judicial, não poderia se garantir em validade e eficácia pela condição estatal do direito democrático. A legitimidade da *decisão* só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o PROCESSO como direito de primeira geração (instituição jurídica constituinte e constituída de produção de direitos subseqüentes) é direito fundamental de eficiência auto-determinativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da *isonomia*, *ampla defesa* e *contraditório*, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não sejam pretendidas resoluções de conflitos. (LOPES JUNIOR *apud* LEAL, 2013, p. 1089, grifos do original)

Com efeito, definitivamente Lopes Junior não alcançou em sua obra a perspectiva teórica de Leal, que coloca, a rigor, o processo no centro do sistema, e não a jurisdição, repita-se. A construção decisional na pós-modernidade deve estabelecer-se num recinto linguístico argumentativo (por uma linguagem não

dogmática), amplamente problematizada (Popper), mediante a instituição de um devido processo constitucional.

Nesse sentido, Lopes Junior trabalha com a concepção de um conhecimento subjetivo,⁴⁴ extraído do seu um-julgador, que sente e declara, portanto, o que sente, no ato decisório. O limite – para não cair no decisionismo (!) – estaria na obediência à Constituição e também à principiologia constitucional.

É verdade que Lopes Junior fala em respeito ao devido processo. Mas o processo, para o autor, “*não deixa de ser um método limitador e caminho necessário para a decisão*” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1089).

O ato de decisão, portanto, faz-se por um juízo solipsista, legitimado pela filosofia da consciência, sendo que a noção de processo, para o processualista, longe de ser uma instituição constitucionalizada, que demarca a instalação de um discurso entre os sujeitos processuais, “[n]ão deixa de ser um método [...]”, reitera-se, ou seja, por que não afirmar, seria um instrumento de jurisdição, como defende os instrumentalistas. Nessa senda, interessante é a possível associação do “método limitador” adotado por Lopes Junior com a noção de “procedimento” de Leonardo Marinho Marques:

O procedimento pode se traduzir em mero instrumento de jurisdição, limitando assim a atividade decisória à consciência do julgador ou à forma como ele supostamente interpreta o fato, apreende os valores sociais e passa a adequar o direito à realidade, perpetuando a mentalidade inquisitória e o instrumentalismo processual idealizado por Bullow no final do século XIX.

Ou, então, pode assumir o papel discursivo e viabilizar a participação dos interessados, permitindo que eles interfiram ativamente na construção dos provimentos judiciais, em afirmação ao ideal democrático de poder descentralizado e controlado pelos destinatários. Nesta realidade, os próprios destinatários se tornam co-constructores do provimento estatal. (MARQUES, 2011, p. 478)

Outra premissa que se entende equivocada é que Aury Lopes Junior centra na “motivação” o eixo de controle racional da decisão jurídica (motivação = atividade

⁴⁴ Para Popper, o conhecimento subjetivo consiste de *certas disposições inatas para agir e de suas modificações adquiridas*. Em contraposição, é o conhecimento objetivo, “*que consiste de teorias conjecturais, problemas abertos, situações de problemas, e argumentos*” (POPPER, 1999, p. 122). O autor diz, ainda, que em oposição ao conhecimento objetivo, “*a epistemologia tradicional se interessa pelo segundo mundo: pelo conhecimento como uma espécie de crença – crença justificável, tal como a crença baseada em percepção. Em conseqüência, este tipo de filosofia da crença não pode explicar (e nem mesmo tenta explicar) o fenômeno decisivo de que os cientistas criticam suas teorias e assim as matam. Os cientistas tentam eliminar suas teorias falsas, tentam deixar que elas morram em lugar deles. O crente – seja animal ou homem – perece com suas crenças falsas*” (POPPER, 1999, p. 123).

do juiz). Mas a questão mais sensível seria a ausência de qualquer incursão do contraditório judicial, e das teorias contemporâneas que o circundam, no contexto da motivação do ato decisório. Destarte, não se implementou em seu estudo a discursividade inerente a um processo que conduza a uma democratização decisória.

Ademais, quanto à racionalidade do decisor propagada por Lopes Junior, esta remonta a Freud a quebra do paradigma da racionalidade plena (terceira figura narcísica da humanidade).⁴⁵ Portanto, trata-se de uma premissa tida por resistente a incessante falsificação aquela que desvela o mito da racionalidade plena. E, outrossim, não se refuta o subjetivismo que habita o juiz, enquanto “ser-no-mundo”.

O grande salto da ruptura do método cartesiano⁴⁶ – considerado um dos fundamentos do racionalismo, que propõe um método claro, simples e objetivo capaz de sustentar uma proposta de ciência (MARCONDES, 2010, p. 164-165) –, ao menos para o tema ora em exposição, é o desvelamento da lógica da filosofia da consciência, que tem justamente como “*principal referência o método cartesiano de busca da verdade*” (MARQUES, 2011, p. 479).

Com efeito, “*a crença no poder crítico da razão humana individual*” (MARCONDES, 2010, 164) reforça o dualismo corpo/mente ou subjetivo/objetivo, paradigma da filosofia da mente, também denominada filosofia da consciência:

O cogito, portanto, nos revela apenas isso: a existência do pensamento puro, o que é possível pela evidência do próprio ato de pensar. Do *cogito* extrai-se o solipsismo cartesiano, o isolamento do eu em relação a tudo mais: ao mundo exterior e ao próprio corpo, que também é um elemento externo. O solipsismo é resultado da evidência do *cogito*, uma certeza tão forte que exige critérios tais que não são aplicáveis a nada mais. (MARCONDES, 2010, p. 174)

Nesse sentido, para Karl Popper a teoria do conhecimento subjetivo seria antiga, tornando-se explícita em Descartes: “*‘conhecer’ é uma atividade e pressupõe*

⁴⁵ Freud fala das três feridas narcísicas da humanidade. A primeira ferida foi causada por Galileu Galilei, ao formular sua teoria heliocêntrica e deslocar o homem como centro do universo; a segunda ferida narcísica foi causada por Charles Darwin com a teoria da evolução, a qual defendia que o homem descendia do macaco e não de Deus, e a terceira ferida narcísica foi causada pelo próprio Freud e a formulação do inconsciente, o qual rompe com a ideia de homem racional, senhor de seus atos (conforme aula de Rosemiro Pereira Leal, em 2012, na PUC Minas).

⁴⁶ Conforme aponta Kwame Anthony Appiah, Descartes apresenta uma proposta dualista, crendo que “mente e corpo são dois tipos de coisas bastante diferentes, dois tipos daquilo que ele chama de substância” (2006, p. 21)

a existência de um sujeito conhecedor. É o ser subjetivo quem conhece” (POPPER, 1999, p. 77). E, quanto a esse conhecimento integralmente capturado pela razão, para Leonardo Marinho Marques:

Nesse contexto, o solipsismo metodológico exsurge como autossuficiente na teoria do conhecimento. O saber é obtido isoladamente pelo sujeito cognoscente, por meio de sua razão solitária e soberana, que se manifesta desconectada da linguagem, da história, da tradição, da experiência, da intersubjetividade, da intuição e do inconsciente. A razão pura sobrepõe ao mundo, e ignora os modos diferentes de vida e o encobrimento do desejo. Como unidade isolada, o indivíduo pode arbitrariamente representar o mundo. O conhecimento que ele adquire tem como única fonte de legitimidade o próprio horizonte, ou seja, aquele olhar peculiar que ele lança sobre os inúmeros fenômenos da vida. (MARQUES, 2011, p. 480)

Segundo, ainda, Leonardo Marinho Marques, da filosofia da consciência decorre um ambiente antidemocrático, *“dominado por uma razão superior e excludente, que a um só tempo se funda e se legitima, desconhecendo os pontos de vista em contrário”* (MARQUES, 2011, p. 480).

Portanto, a revisitação ao tema é interessante, porquanto contribui para a compreensão e construção de uma teoria da decisão jurídica divorciada da lógica do sujeito cartesiano, destarte, da filosofia da consciência.

A questão fundamental não parece ser aquela colocada por Aury Lopes Junior, ao menos numa perspectiva de ruptura com o decisionismo: de se *“assumir a subjetividade e superar o dogma da completude lógica”* (LOPES JUNIOR, 2013, p. 1086).

O cientista, reconhecidamente subjetivo em Popper, deve atuar na busca de um conhecimento objetivo. Já mencionamos neste estudo e, por relevante, reiteremos: é *“um erro admitir que a objetividade de uma ciência dependa da objetividade do cientista”* (POPPER, 1999, p. 25).

Portanto, a questão relevante de que devem se ocupar os cientistas jurídicos seria a da instituição de um paradigma que deva ser adotado para construção de uma decisão democrática, sabedores da inalcançabilidade da racionalidade plena e de se trabalhar com um juiz, por natureza, “subjetivo”.

A opção epistemológica eleita neste estudo, conforme adiante se verá, é da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, cujas balizas se encontram num *“médium lingüístico procedimental, regido por um DEVIDO*

PROCESSO CONSTITUCIONAL” (LEAL, 2002, p. 110). Nesse processo trabalham-se os planos instituinte, constituinte e constituído do Direito. Nele, possibilita-se a revisitação dos “milagrosos” princípios constitucionais, sendo que sua aplicação decorre da instituição teorizada do *médium lingüístico* processual, e não da esfera cognitiva e racional do juiz.

3 A CONSTRUÇÃO DA DECISÃO JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL

3.1 A INÉDITA TEORIZAÇÃO DO NÍVEL INSTITUINTE DA LEI PELA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

O estudo que ora vem sendo desenvolvido tem como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, de Rosemiro Pereira Leal, por representar uma inédita proposta de teorização do direito processual emancipatória e libertária, em consonância com o franco desenvolvido do Estado Democrático de Direito.

Na perspectiva da teoria neoinstitucionalista, é o processo que “*institui o sistema jurídico-democrático*” (LEAL, 2010, p. 71) e não a jurisdição,⁴⁷ mesmo que compreendida como constitucional.⁴⁸ Este é um grande salto teórico, em conformidade com a epistemologia que se entende adequada do Direito Processual, concebida pela técnica jurídica, ciência jurídica, teoria jurídico-científica e crítica jurídico-científica (LEAL, 2012, p. 38).

Assim, estabelece-se na pós-modernidade⁴⁹ a ruptura com a ciência dogmática do direito,⁵⁰ que nada investiga e muito menos falseia as crenças de

⁴⁷ Na perspectiva da jurisdição, Leal adverte que “*preconizar a completude ou incompletude da lei é fenômeno acessível ao senso comum do conhecimento, mas dizê-las fatais como justificação de lhes sobrepor a soberania da vontade da autoridade judicante é desistir de pensar, conjecturar, teorizar. É render-se à tirania da jurisdição positivista que hoje já se julga altaneira e intocável sob rótulos de tribunais excelsos que acintosamente jurisprudencializam a priori o direito em flagrante substituição ao processo jurídico-legiferativo*” (LEAL, 2013, p. 3).

⁴⁸ Em consonância com Rosemiro Pereira Leal, a intitulada jurisdição constitucional pode ser identificada com a condução das normas constitucionais pelo saber do juiz, concebendo o processo como um “*instrumento realizador do mito da justiça, do bem comum e dos fins sociais (metajurídico) aos moldes da teoria bulowiana alçada ao nível da operacionalização da ‘Lei Magna’*” (LEAL, 2013, p. 5).

⁴⁹ Para Rosemiro Pereira Leal, “*inaugura-se com a pós-modernidade assim um ‘pensar falível’ (racionalismo crítico) pelo filosofar popperiano que sustenta a impossibilidade do conhecimento científico pela via do empirismo-positivismo lógico [esse suposto contato realístico do homem com o todo natural, orgânico e inorgânico, que o contém e suscetível de gerar enunciações de integração lingüístico-estrutural absolutamente rigorosas e precisas dos objetos (meios) examinados]. Aliás, Popper busca em Protágoras as origens de sua asserção que vai preconizar a existência de ‘teorias’ (FHM) como médium instrutivo (fora dos parâmetros geométricos e cronológicos do espaço-tempo-forma) do que se oferece à observação e ao esclarecimento. Certamente essas ‘teorias’ assumiram, a*

coerência, plenitude, certeza racional, para desvelar as ideologias que encampam a doutrina jurídica, mediante a instituição de um espaço normativo processualizado, com base numa linguisticidade autocrítica.

A rigor, a teoria neoinstitucionalista constitui-se uma ciência do direito processual (na acepção popperiana),⁵¹ caracterizando uma conquista teórica dessa pós-modernidade que se busca efetivamente implementar, mediante a refutação de teorias que nada problematizam, “*com propósitos de manutenção dos privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos*” (LEAL, 2010, p. 5), posto que:

[...] após séculos de dominação da técnica e das diversas teorias da técnica que prevaleceram e prevalecem por várias gerações para a sobrevivência, controle, subjugo de classes, raças, nações, pela criação de utilidades, artefatos, mitos, fetiches, ritos, dogmas, cânones, costumes, leis, métodos, sistemas, de extrema eficiência governativa ou opressora, como se vê da história dos povos antigos, considerados modelos de civilização, como gregos e romanos, pelo laborioso trabalho que hoje se chama mídia que nada mais é do que ideologias das técnicas agrupadas e direcionadas para disciplinarização jurídico-política e, conseqüentemente, econômica, mercadológica e de dominação cultural. (LEAL, 2011, p. 36)

Assim, almeja-se buscar a criação efetiva da democracia,⁵² compreendida na acepção de instituição de um Estado que seja democrático, “*porque gestado (emerso) e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alíbia ciência dogmática do direito, logo é concebido como Estado não Dogmático*” (LEAL, 2013, p. 3). Busca-se, igualmente, a interrogação de

princípio, nomes como ritos, doutrinas, axiomas, instituições, ideologias, uma vez que, para Popper, o avanço do pensamento crítico-conjectural-falibilista iria depender da complexificação dos enunciados teóricos a tal ponto de ‘teorias’ testarem ‘teorias’, reduzindo os graus de dogmatização (crença) da linguagem” (LEAL, 2010, p. 20).

⁵⁰ Segundo Rosemiro Pereira Leal, “A DOGMÁTICA JURÍDICA apropriada, nas ideologias, o lugar de uma Ciência Jurídica Epistemológica destinada ao discernimento dos enunciados normativos por uma conjectura autocrítico-jurídico-processual, vedando, assim, ao homem uma decidibilidade processualizada (teórico-proposicional) na base de aquisição dos objetos de sua autoprodução existencial” (LEAL, 2010, p. 167).

⁵¹ “[N]osso interesse é criticá-las e testá-las, na esperança de descobrir onde erramos, aprender com os erros e, se tivermos sorte, conceber teorias melhores” (POPPER, 2010, p. 168).

⁵² Pela perspectiva neoinstitucionalista torna-se possível a criação da democracia, “*pela implantação de um sistema em bases constituintes e constituídas, que ofereça a todos uma testabilidade processual incenssante (controle difuso, amplo e irrestrito da legalidade) dos fundamentos jurídicos de sua produção, atuação, aplicação (cumprimento), modificação ou extinção*” (LEAL, 2010, p. 71). Andréia Alves de Almeida entende que “[n]ão se exercita a democracia por meio de movimentos sociais, lutas de classes, pois a democracia não se define pela vontade da maioria, é exercitada e construída incessantemente, continuamente por meio da discursividade (dialogicidade) balizada pela processualidade (isonomia, contraditório, ampla defesa)” (ALMEIDA, 2005, p. 116).

todo um conhecimento pressuposto, na tentativa de se libertar a vida humana – que se impõe seja digna – do obscurantismo que de forma perenizada situa o Estado numa concepção violenta, excludente e perversa:

A fantasia constitucional positivista do “Estado Democrático de Direito” não se descerra pela utilização da marca trivial e comercial de “democracia” como um agir comunicativo voltado ao entendimento social ou pelo sufrágio emblemático do voto ou pela ética da cooperação entre os homens. Boas intenções e virtudes naturais já estão reprovadas pela continuada e sangrenta história da humanidade. Ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continua massacrando o homem. (LEAL, 2013, p. 6)

Nessa linha de raciocínio, se constitui a “crítica” elementar na concepção neoinstitucionalista, a par das reflexões popperianas que autorizam a incessante falseação teórica, e se viabiliza a identificação das teorias melhores e piores. Assim seria o processo o paradigma dialógico do Estado Democrático de Direito, constituindo-se em:

Uma teoria lingüístico-jurídica (médium-lingüístico já constitucionalizado no Brasil) que se distingue por proposições (teorias) que lhe são próprias, impondo, como *conditio* para a enunciação do *melhor argumento* no Estado Democrático, uma escolha paradigmática de maior teor autocrítico-lingüístico-problematizante entre as proposições (teorias) do processo e não entre as várias e infinitas teorias sociais e culturais, paradigmas históricos, ideologias e filosofias do direito. Com efeito, o melhor argumento no Estado Democrático de Direito deriva de escolha teórico-proposicional no âmago do paradigma lingüístico-jurídico denominado PROCESSO, o que, a nosso juízo, recai sobre a *teoria neoinstitucionalista*. (LEAL, 2010, p. 54-55, grifos do original)

Quanto à criação, fiscalização, modificação, extinção das teorias jurídicas, a teoria neoinstitucionalista trabalha com a noção popperiana de existência de uma sociedade aberta, por meio do paradigma processual lingüístico-crítico, em um trabalho incessante de falseabilidade tendente à fruição efetiva dos direitos fundamentais à vida, liberdade e dignidade, já líquidos e certos nessa quadra da pós-modernidade. Essa teoria constrói-se do cotejo com teorias rivais, que devam ser problematizadas. Mediante um discurso de testificação, elege-se a teoria mais resistente, tornando constitucionalmente disponível, para todos, argumentações falseabilizantes, “*com o fim de instituir e constituir juridicamente (estabilizar) uma*

forma linguística de compartilhamento de sentidos de vida, liberdade e dignidade
(LEAL, 2010, p. 58):

O que Popper vai dizer de interessante nessa jornada penosa e secular é que, invés de o homem impor a si e a outrem verdades absolutas a partir do exercício desses lenitivos, como se fosse descobridor do *remedium* filosófico para extirpar as suas tormentas e de todos, poderia, ao contrário, desistir da busca dessa secular e inócua luta narcísica por auto-reconhecimento e instalar uma concorrência de teorias onde as vitoriosas fossem as mais resistentes às críticas, criando assim um sistema aberto em que, mesmo com a escolha da melhor teoria a operar o sistema, esta ainda se ofertaria por seus próprios conteúdos a uma testabilidade geral e continuada para legitimar a sua primazia.

Essa é a hipótese de uma Sociedade Aberta onde, segundo Popper, as ideias morrem no lugar dos homens, ninguém morreria por suas ideias ou ao longo delas e, por isso, seria possível extirpar o mito dos poderes individuais e coletivos encarnados em líderes carismáticos ou em pessoas físicas ou morais salvacionistas com suas engenhosas explicações primeiras e últimas para a humanidade. (LEAL, 2010, p. 70-71, grifo do original)

Da concepção de uma sociedade aberta, decorre a soberania popular da comunidade jurídica, compreendida, na perspectiva neoinstitucionalista, como o conjunto de legitimados ao processo, rompendo, a partir da criação e recriação da sociedade oferecida teoricamente pelo processo, com a mitificação do Estado de direito concebido por um ordenamento político dissonante da juridicidade processual-constitucionalizado (LEAL, 2010, p. 59-60).

A estabilização pela comunidade jurídica dos sentidos de vida, liberdade e dignidade dá-se mediante a instituição constitucional de um processo teórico-jurídico-linguístico-autocrítico, atuando na desconstrução de concepções subjetivistas de origem mítico-dogmáticas. No viés da epistemologia neoinstitucionalista, não há o falar em direito homologador de direitos pressupostos, mas sim em construtor de “*existências jurídicas*” de toda uma comunidade jurídica, incluídos nela os “*despatrimonializados, os fora-da-lei*” (LEAL, 2005, p. 3). Nesse sentido, a vida, a liberdade e a dignidade são preconizadas pelo “*devir a ser*” do direito pela *biunivocidade contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade*.⁵³ Ou seja, busca-se pelo devido processo “*a construção de um modelo de*

⁵³ “O Estado Democrático, ao se desligar da *paidéia* grega e do decurso *jusnaturalista, neopositivista, histórico-historicista*, e se tipificando pelo *paradigma do PROCESSO*, despoja-se da *mítica reificante do Estado hegeliano (dotado de uma ética imanente)* para assumir o *status (lugar topológico)* de estruturas legais da *constitucionalidade processualmente construídas como projeto de vida advinda do direito fundamental do contraditório (inclusão de todos numa fala teórico-construtiva de integração*

vida como direito fundamental ao contraditório, liberdade como direito fundamental à ampla defesa e dignidade como direito fundamental à isonomia” (LEAL, 2010, p. 48).

Na teoria neoinstitucionalista, o contraditório é *“instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional”* (LEAL, 2012, p. 83). Portanto, não é o contraditório garantido pelo juiz (como em Fazzalari),⁵⁴ e sim pela concepção da lei democrática. *“É o contraditório conquista teórica juridicamente constitucionalizada em direito garantia que se impõe como instituto legitimador da atividade jurisdicional no Processo.”* (LEAL, 2012, p. 83-84).

Quanto à isonomia, pela epistemologia neoinstitucionalista, ela *“não significa somente simétrica paridade de tempo (prazo) de fala entre as partes”* (LEAL, 2013, p. 11), decompondo-se nos direitos à isotopia (decisões em língua compreensível por todos os sujeitos do procedimento); à isonomia (direito igual de interpretação a todos); e à isocrítica (direito de propugnar a modificação ou extinção de normas) (LEAL, 2013, p. 11).

Já a ampla defesa deve ser compreendida como coextensa ao contraditório e à isonomia, *“porque a amplitude da defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório”* (LEAL, 2012, p. 100). Consoante Rosemiro Pereira Leal, a defesa há de ser ampla, não podendo ser *“estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente”* (LEAL, 2012, p. 100). O autor preconiza, ainda, que a ampla defesa, num Estado Democrático de Direito,

[...] envolve a cláusula do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process*), equivalente ao velho e cognominado direito material, mas já em concepções atualizadas, de garantias fundamentais do cidadão, como a do devido processo em sentido processual (*procedural due process*), em perspectivas de direito democrático, traduzindo a garantia da plenitude da defesa em tempo e modo suficiente para sustentá-la. (LEAL, 2012, p. 100, grifos do original)

social), de liberdade relacionada ao exercício da ampla defesa a permitir a plenitude discursiva (proposicional) de auto-ilustração sobre os fundamentos da fala defensiva de direitos e da dignidade a significar a isonomia de igualdade de tempo de fala e simétrica paridade na fundamentalidade de direitos iguais de vida e liberdade a ensejar transações jurídicas autocompositivas não suscetíveis à transigência em direitos por premissas vitais”. (LEAL, 2010, p. 41-42).

⁵⁴ *“O que seria de anotar na teoria fazzalariana do Processo, ponto fulgurante, neste século, do estudo do Direito Processual, é que, Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional do direito-garantia.”* (LEAL, 2012, p. 53)

Nesse sentido, a teoria neoinstitucionalista acrescenta:

Ora, o paradigma do Estado Democrático de Direito, na teoria processual da constitucionalidade brasileira, é o “DEVIDO PROCESSO” no sentido de que o discurso constitucional se desenvolve e se legitima pelas co-instituições (estado, procedimentos, povo, propriedade, mercado, ministério público, governo, funções administrativa, legislativa e judiciária) por ele criadas nos planos instituintes e constituintes (*devir normativo processual*) dos direitos constituídos. O “DEVIDO PROCESSO”, como paradigma meta-lingüístico a ser constitucionalmente adotado para nomear o Estado Democrático de Direito, tem sua compreensão na virada lingüística popperiana que impõe uma fiscalidade incessante (crítico-discursivo), por uma linha de problematização constante e aberta processualmente a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade teoricamente escolhida a reger o *advir* de uma Sociedade que, assim delineada e construível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique Democrática. (LEAL, 2010, p. 28-29)

A teoria neoinstitucionalista é inédita, emancipatória e libertária, porquanto se traduz em um modelo genuinamente democrático, sendo que a própria instituição do sistema jurídico legitima-se pela via do processo como teoria linguístico-autocrítico-jurídica, demarcando o surgimento de uma ciência não dogmática. Decerto, a implementação da Teoria Neoinstitucionalista do Processo colocará fim ao obscurantismo da ciência dogmática do direito, destruindo o fetiche do estado de justiça e o mito da ideologia do poder.

A seguir, passamos à exposição da construção da decisão jurídica pela epistemologia da teoria neoinstitucionalista, marco teórico adotado neste estudo. Antes, é importante apontar alguns aspectos da teoria do processo constitucionalizado, cotejando-os com a teoria neoinstitucionalista, para melhor aclararmos a opção epistemológica adotada, que se entende em franca consonância com o estabelecimento e desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

3.2 A INSUFICIÊNCIA TEÓRICA DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO PARA ALCANCE DA DECISÃO JURÍDICA DEMOCRÁTICA. PELO FIM DO DECISIONISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O plano instituinte da lei não fora esquecido na Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal.⁵⁵ Daí mais um aspecto genial da teoria do processualista mineiro, na medida em que o direito vem sendo repetido sem qualquer interrogação sobre os fundamentos teóricos de sua construção. Dessa forma:

A Constituição, nessa perspectiva, transforma-se em Escritura Sagrada só decifrável pelas autoridades investidas numa escuta sobrenatural restrita ao Estado-juiz. Cria-se o mito do primado da constituição muito além do sentido da crueldade silenciosa e carcerária do saber popular advindo dos usos e costumes e dos atos seculares de fala (contexto cultural), embora também as máximas (doxas e endoxas como jogos de linguagem) sejam auxiliares profícuas da realização magistral da “Justiça” pelos predestinados intérpretes e aplicadores da lei. (LEAL, 2013, p. 6)

Quando a lei é vazia teoricamente, ela é fabricada a despeito de um processo administrativo em contraditório, tido por regular, todavia, sem se conhecer qual a teoria da linguagem adotada. Pela teoria neoinstitucionalista, a via da linguisticidade processual autoriza um espaço procedimental jurídico-discursivo para a institucionalização da linguagem jurídica contraditável pelo discurso teórico de argumentos suscetíveis à crítica e fiscalização constante pelo processo, já no nível instituinte da lei.

Portanto, a garantia de direitos pela instituição do processo não decorre mais da autoridade do Poder Legislativo ou Judiciário, por uma “*administração pública de uma realidade econômico-social extraordenamental*”, mas de uma teorização

⁵⁵ Já no primeiro capítulo de sua obra *Processo como Teoria da Lei Democrática*, Rosemiro Pereira Leal adverte que “*ainda hoje, interrogar as origens do poder constituinte originário é uma tarefa radicalmente censurada. Para suprir tais curiosidades, os chamados humanistas-estatalistas apelam, por filosofias dogmatizantes, aos mitos e utopias, às tradições, aos valores e à razão natural, como formas culturalmente cristalizadas (inexpugnáveis) que plantam marcos (axiomas) ideológicos de indiferença generalizada pela recusa estratégica de disponibilizarem teorias arguintes desses módulos complexos do existir humano: uma aliança continuamente celebrada entre as ideologias da ensinança mitificante. O Estado hoje, como aprisco fático do fanatasístico e alegórico, é ainda considerado o horizonte catártico dos vínculos de nacionalidade, internacionalidade e supranacionalidade pela mídia ortodoxa e alienante da sociedade civil*” (LEAL, 2010, p. 19).

jurídico-crítica, pela comunidade política, “*que não mais permitiria retrocessos em seus fundamentos constitucionais de processualização da atividade jurídico-procedimental*” (LEAL, 2012, p. 91).

Este é um grande salto teórico, que legitima e conforma a lei a premissas democráticas. Não se tem pelo neoinstitucionalismo processual, portanto, remissão a sociedades pressupostas, ou normas eternas e universais, para ancoragem do direito democrático. Com efeito, é original a teoria neoinstitucionalista, por ter *locus* no nível instituinte da lei, “*porque o direito vem sendo estudado e repetido por milênios com esquecimento (propositada opacidade?) dos fundamentos teóricos de sua construção*” (LEAL, 2013, p. 5).

Portanto, está-se a divorciar do sincretismo jurídico (forma de dominação em Weber)⁵⁶ para a construção de uma lei processualmente teorizada, logo por meio da instituição de um processo como teoria linguístico-jurídica, cujo discurso (teoria) será submetido a incessante problematização e crítica.

É corrente o entendimento doutrinário contemporâneo de que com o advento da Constituição Federal os direitos e garantias fundamentais ali preconizados amparam a implementação do Estado Democrático de Direito, sendo o processo, nesse viés, constitutivo desses direitos fundamentais, líquidos, certos e exigíveis. Outrossim, preconiza-se que a norma constitucional seria limitadora do “poder” estatal.

Nesse ponto, faz-se uma interlocução com a teoria do processo constitucional ou do modelo constitucional do processo,⁵⁷ que se assenta, necessariamente, na supremacia das normas constitucionais sob as normas processuais,⁵⁸ bem como na premissa de que é o processo uma garantia constitucional (BRÊTAS, 2010, p. 92), e não um mero instrumento de resolução de conflitos. Nesse sentido, Baracho, ao destacar as deduções de Fix-Zamudio, tem a concepção do processo constitucional como instrumento ou meio de tutela dos direitos fundamentais consagrados

⁵⁶ Pela “*Teoria do sincretismo em Max Weber*”: o direito, como “*forma pura de dominação*”, visa a um embaraço do *direito racional e irracional* para ocultar privilégios de grupos dominantes e mascarar ideologias de *justiça e paz social*. (WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima, p. 128-141)

⁵⁷ Parte-se da concepção da similitude da noção de processo nas teorias do Processo Constitucional, teoria constitucionalista do processo ou modelo constitucional do processo.

⁵⁸ Como acentua Luis Roberto Barroso, a supremacia da constituição afigura-se em um princípio, sendo que toda interpretação constitucional se assenta na superioridade da Constituição sobre os demais atos normativos, inclusive sobre as leis processuais, uma vez que “*por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental*”. (BARROSO, p. 165).

constitucionalmente. Em Brêtas, também se clarifica a viga-mestra do processo constitucional como o devido processo legal (BRÊTAS, 2010, p. 75).

O modelo constitucional do processo⁵⁹ proposto por Andolina e Vignera (1997) fora concebido por uma base uníssona de princípios processuais que sustenta a noção de processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais, próprias do marco do Estado Democrático de Direito.⁶⁰

Depreende-se, destarte, uma relação teórica entre processo e constituição, conferindo-se concretude à tutela que é feita por meio do processo constitucionalizado

⁵⁹ Para Rosemiro Pereira Leal, “A expressão ‘modelo constitucional do processo’ vem firmando uma convicção inabalável, por força de mal-entendidos já assentados em obras e artigos jurídicos, de que uma constituição (ou teoria constitucional) que acolha em seu âmago os princípios do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) e da soberania popular para o manejo dos conteúdos de um ordenamento jurídico já seria apontadora de um Estado Democrático de Direito tal qual instituído no Brasil pela Constituição de 1988 (art. 1º). É exatamente essa versão (compreensão) errônea do constitucionalismo brasileiro que deve ser discutida [...] Confundir (a) instituição do processo como paradigma linguístico-autodiscursivo (teórico-fundante-operacional) de um sistema jurídico co-institucionalizado (constitucionalizado) com ‘o modelo constitucional de processo’ aos moldes aludidos por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, que claramente recepcionam, em obra-guia de seu ensino, ‘Os Fundamentos Constitucionais da Justiça Civil’ a abrigarem ‘o modelo constitucional do processo civil italiano’, é excluir o estudo do que é civil nesse ‘processo’ que tanto pode servir, com êxito, ao estado liberal quanto ao estado social de direito em suas múltiplas tiranias. No estado procedimentalista (proceduralista) habermaseano essa ‘sociedade civil’ pressuposta não desaparece, uma vez que lhe é reservada uma residência fantasística com uma o nome de ‘esfera pública’ (locus dos ativistas criativos e aperfeiçoadores do mundo jurisdicalizado). Note-se que o processo é por ensino de Andolina e Vignera, ‘espécie de procedimento instrumental de atuação da jurisdição civil, entendendo-se esta como atividade desenvolvida pelo órgão judicial institucionalmente destinado à tutela dos direitos, subjetivos’. Portanto, há de se compreender em Andolina e Vignera uma jurisdição civil de juízes histórica e subjetivamente tutores e tutelares (pouco importando a especialidade competencial) comprometidos com a resolução de conflitos de direitos subjetivos alegadamente lesados ou ameaçados (inerentes aos sujeitos já objetiva e socialmente portadores de direitos intersubjetivos, apesar das constitucionalizações e das leis escritas) e não uma ‘jurisdição’ democraticamente expressa e advinda dos conteúdos normativos criadores de direitos para os que nada tinham e (ou) nada teriam e já constitucionalmente antecipados e tutelados a exigirem pronto cumprimento (satisfação). Quando falamos que ‘ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como instituição constitucionalizada’, não se afirmou que Andolina e seus seguidores trabalham processo como instituição, mas que, ao sustentar o processo como ‘modelo’, Andolina faz uma desenvoltura ainda deficiente a exigir uma enunciação institucionalista do processo fora das concepções de ‘Justiça Civil’, o que se oferece na teoria neoinstitucionalista do processo” (LEAL, 2012, p. 73, 77-78).

⁶⁰ Segundo Andolina e Vignera, a difusão da proposta tem fundamento em três características básicas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade: “[...] a) na expansividade [do modelo], consistente na sua idoneidade (derivada da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais comuns concebidos pelo legislador ordinário, fisionomia essa que deverá ser compatível com aquele modelo (o constitucional); b) na variabilidade, consistente na possibilidade de assumir [o procedimento] formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possa ocorrer segundo várias modalidades, de acordo com os escopos particularmente perseguidos; c) na perfectibilidade, consistente na idoneidade [do modelo constitucion] de ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, a qual (no próprio respeito daquele modelo e em função de alcançar objetivos particulares) pode mesmo construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (novas) garantias e institutos desconhecidos pelo modelo constitucional” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 90, tradução nossa).

dos direitos consagrados no texto da norma constitucional. Aliás, *o processo constitucional é metodologia dos direitos fundamentais*, “fórmula lapidar” de Baracho, conforme ressaltado por Brêtas em algumas passagens de sua obra (BRÊTAS, 2010, p. 73).

A teoria do processo constitucional também recepiona em sua epistemologia a teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, proposta por Elio Fazzalari e propagada no Brasil por Aroldo Plínio,⁶¹ já objeto de apreciação neste estudo. Essa aderência dá-se em razão da possibilidade teórica levantada pelos cientistas jurídicos de se romper com a lógica da teoria do processo como relação jurídica,⁶² que define o processo como uma relação jurídica autônoma, singular e unitária, embora complexa, vinculando partes e juiz, definindo-lhes sujeições, poderes, direitos e obrigações. Portanto, decorre da noção de vínculo pessoal, sujeição e subordinação entre os sujeitos (BRÊTAS, 2010, p. 86). Além disso, a teoria da relação jurídica fora delineada principalmente na figura do juiz, porque as partes se apresentam como meros colaboradores (NUNES, 2008, p. 100), tendo sua viga-mestra, portanto, no protagonismo judicial. Nesse sentido, “*o juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem*” (BRÊTAS, 2010, p. 102).

Percebe-se claramente que a teoria da relação jurídica tem suas raízes fincadas em uma premissa central, que é o ativismo judicial, já que o juiz, titular de uma posição jurídica superior em relação às partes, em decorrência de sua pretensa sensibilidade nata, seria o legitimado a aplicar o direito, provendo a sociedade da paz social (escopos metajurídicos). Daí a afirmação de que:

⁶¹ Como se verá adiante, a teoria do processo como relação jurídica, adotada por renomados doutrinadores, divorcia-se da teoria do processo constitucional, motivo pelo qual é evidenciada neste trabalho. Já em relação à teoria do processo como um procedimento em contraditório, a teoria do processo constitucional aproxima-se dela, ao conferir-lhe a constitucionalidade que originalmente fora ocupada por um embasamento puramente técnico.

⁶² A doutrina dominante no Brasil ainda se sustenta na concepção do processo como relação jurídica, especialmente pela conhecida obra *Instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, publicada, em sua primeira edição, em 1987. Nesta obra, o autor confere à teoria do processo a centralidade da jurisdição, a defesa de uma instrumentalidade positiva, com um processo perseguidor da realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos), mediante a intervenção do juiz. Defende o autor, no plano ideológico, a função jurisdicional como papel-missão de busca da aplicação dos valores sociais, conforme excerto de sua obra: “[...] *incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, 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 até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências de justiça*” (DINAMARCO, 1994, p. 65).

[...] a relação jurídica que se estabelece no processo não é uma relação de coordenação, mas, como já vimos, de poder e sujeição, predominando sobre os interesses divergentes dos litigantes o interesse público na resolução (processual e, pois, pacífica) dos conflitos e controvérsias. (BRÊTAS, 2010, p. 140)

Em um primeiro momento, depreende-se uma clara dissonância da teoria da relação jurídica com o processo constitucionalizado: naquela, o juiz ocupa o espaço conferido à Constituição no desenvolvimento do processo democrático, aliciado na falaciosa premissa de que ao juiz se confere superpoderes, por se tratar de sujeito apto a praticar a justiça social. Já pela teoria do processo constitucionalizado, o processo é reconhecido como garantidor dos direitos fundamentais, encontrando-se a atividade jurisdicional limitada a tutelar o princípio da supremacia da Constituição, visando à proteção dos “*direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos*” (BRÊTAS, 2010, p. 44). Ou seja, nessa perspectiva, “*a Constituição é garantida por meio de um processo constitucionalizado*” (CANOTILHO, 2010, p. 969).

Nessa mesma esteira, André Del Negri, ao indagar “*até quando os adeptos da Escola da Relação Jurídica (Escola da Instrumentalidade) continuarão nesse profundo sono dogmático*” (DEL NEGRI, 2008, p. 94), salienta o abismo existente entre a teoria da instrumentalidade e aquela proposta por Fazzalari, considerando-as excludentes e contraditórias, dada a função confinada à autonomia do juiz, transformando-se em mero instrumento de jurisdição. Registramos, ainda, menção A Del Negri para nos reportarmos ao trabalho de André Leal referente à reconstrução da jurisdição a partir do Direito Processual democrático, que detecta que somente com a leitura de *Gesetz und Richteramt* (“Lei e magistratura”), obra de 1885 de autoria de Büllow, é que se compreende as suas cogitações, já que se constata que “*o Processo de Büllow fora concebido não como meio de controle judicial, mas como técnica de atuação de juízes ao reforço de convicções nacionais alemãs*” (DEL NEGRI, 2008, p. 94-95).

Mas o raciocínio que ora se enfrenta é o seguinte: a teoria do processo constitucionalizado rompe, efetivamente, com a jurisdição como centro do sistema jurídico? A quem competiria a constituição do direito, materializada na decisão jurídica? Haveria o fim do decisionismo pela proposta teórica do processo constitucionalizado?

Este estudo parte da proposição de que na pós-modernidade a epistemologia neoinstitucionalista é a que estaria habilitada a pôr fim à autoridade do juiz (autoridade no sentido de ele, juiz, de forma solipsista, aplicar o direito, materializado no ato decisório). Conquanto se reconheça ser evolucionária a teoria do processo constitucionalizado, ainda se mantém, mesmo que de forma recalcada, o decisionismo, que remete, decerto, à lógica da filosofia da consciência.

Com efeito, a teoria do processo constitucionalizado tem relação direta com a implementação da chamada “jurisdição constitucional”, que se remete a um respeito irrestrito às normas constitucionais (não interrogadas) pelo juiz na construção do direito, no âmbito do processo jurídico constitucionalmente recepcionado.

A Constituição de 1988 transformou-se em uma “Escritura Sagrada”, sendo que os pressupostos de sua constituição são inquestionáveis pelos cientistas jurídicos adeptos da teoria constitucionalista.

Assim, a teoria do processo constitucionalizado teria a jurisdição constitucional como eixo-estabilizador, enquanto a teoria neoinstitucionalista teria a instituição teórica do processo:

A Jurisdição Constitucional, na escola Constitucionalista do Processo, considerada atividade tutelar dos juízes e demais decisores provimentais, é instituto da condução de um processo instrumentador da autoridade jurisdicional, enquanto, na escola neoinstitucionalista, o devido processo constitucional é instituto de problematização e testabilidade da deontologia positivista do discurso jurídico-político e não um modelo constitucional de processo garantista a partir da base constituída do direito a ser ainda acertado pela autoridade jurisdicional como se lê na Escola Constitucionalista do Processo. (LEAL, 2012, p. 94)

Nessa perspectiva, preceitua Rosemiro Pereira Leal:

O que distingue a teoria neoinstitucionalista do processo, que criei, da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembleia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da Comunidade Política é, por direito de ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. (LEAL, 2012, p. 90)

Nessa senda, refuta-se desde já a eventual argumentação de que o contraditório na perspectiva fazzalariana romperia com o decisionismo,

implementando uma construção participada da decisão jurídica. “*É que em Fazzalari não é o contraditório um dos elementos institutivos do processo, mas o processo é que seria aristotelicamente uma qualidade do procedimento (gênero) que se transmutava em processo (espécie)*” (LEAL, 2013, p. 39).⁶³ Ademais, repitamos, pela opção da “Jurisdição Constitucional”, a decidibilidade ficaria vincada ao juiz (a despeito da construção participada da prova pelos afetados pelo provimento), competindo a este a aplicação de direitos e garantias constitucionais não revisitadas por um processo democrático, especialmente no nível instituinte do direito.

Não se pode perder de vista a ausência de incursão, pela teoria constitucionalista, na epistemologia psicanalítica, que conforme já apontado, interfere na construção do ato decisório. Nesse sentido, é interessante a crítica de Morais da Rosa, ao adotar, com ressalvas, a teoria de Fazzalari:

De outro lado, o ‘processo como procedimento em contraditório’ (Cordero – Fazzalari) e o recorte discursivo comunicativo de Habermas demonstram que as pretensões de validade emitidas pelas partes devem ser analisadas fundamentadamente pelo um-juiz, sem que este possa se esconder por detrás da ‘liberdade de convencimento’, democratizando, por assim dizer, a decisão (Cap. 7º). Esta decisão, todavia, longe de ser um mero aplicar de lógica dedutiva, além das razões instrumentais lançadas pelas partes ‘intra-autos’, está condicionada, dentre outros fatores, às concepções ideológicas, midiáticas, criminológicas (Cap. 6º) e inconscientes (Cap. 1º) dos atores jurídicos vinculados ao desenrolar processual. (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 361)

No neoinstitucionalismo, o processo é uma teoria linguístico-crítica que conduz, portanto, à democratização decisória, a despeito da existência dos condicionantes decisórios denunciados por Morais da Rosa. A opção pela teoria da linguagem na instituição do processo demarca a pós-modernidade, que é construída através da linguagem. Assim, o “devir a ser” é extraído a partir da fala compartilhada no recinto fixado pelo “*pacto sígnico*” linguístico-crítico de falibilidade do conhecimento. Com essa demarcação teórica possibilita-se à comunidade jurídica “*aprender com os nossos erros*”, na medida em que “*devemos tentar criticar nossas teorias*”, pois, conforme Popper, “*os exemplos conhecidos de erros judiciários – são*

⁶³ Em Fazzalari, “*o processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento, é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos*” (GONÇALVES, 1992, p. 68).

exemplos do avanço de nosso conhecimento” (POPPER, 1987, p. 396). Quanto ao citado “*pacto sÍgnico*”, apreende-se em Rosemiro Pereira Leal:

[...] a conjectura de uma nova teoria da linguagem jurídica pela possibilidade de o homem firmar um PACTO SÍGNICO como devido processo na base de uma co-institucionalidade de direitos (textual-intra-discursiva), que para si mesmo vigoraria, inaugura uma DEMOCRACIA consentânea com a pós-modernidade que não mais tem seus fundamentos fincados nas vidas indiscerníveis e sacrificiais de heróis patrióticos, de tradições ordálias, de reinados ou governos alegóricos assentados na história icônica de um imaginário coletivo delirante e alucinatório. Afastam-se, portanto, na pós-modernidade democrática de configuração não paidéica, a “Ciência Dogmática do Direito” e seus “doutrinadores” como doadores de sentido para a co-institucionalidade jurídico-normativa, uma vez que esta já teria, em seus fundamentos co-institucionais (constitucionais), estabelecido os critérios de liquidez, certeza e exigibilidade de direitos, de tal sorte a dispensar o talento prodigioso de inteligências clarividentes e onipotentes (autoritárias) na atuação e cumprimento do sistema adotado desde o nível instituinte das normas ao nível constituído. A hermenêutica jurídica, nessa hipótese democrática, exibiria uma propedêutica de imediatividade de direitos no cerne dos fundamentos do sistema a partir de prévios esclarecimentos em preâmbulos e exposição de motivos das LEIS. (LEAL, 2010, p. 253)

Nessa perspectiva da pós-modernidade, o direito é linguisticamente criado. Entendemos, portanto, que a epistemologia da Teoria Neoinstitucionalista do Processo é que conduz a decisão jurídica, no entrelaço de teorias linguístico-críticas balizadas pelos legitimados ao processo, a um conhecimento objetivo, aproximando-se da demarcação democrática almejada e do fim do solipsismo nessa quadra da história da humanidade.

3.3 APONTAMENTOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DO DECISIONISMO JUDICIAL

O processo penal carece de uma teorização crítica de seus institutos para compatibilização com as diretrizes do Estado Democrático de Direito. Na pós-modernidade, a ciência jurídica penal ainda está presa à lógica da autoridade e decisionismo.

Com efeito, evidencia-se uma tentativa de ruptura do processo penal com o sistema inquisitório,⁶⁴ cuja característica fundante é a gestão da prova pelo juiz (JACINTO, 2009, p. 175), o qual se vê em um quadro mental paranoico descrito por Cordero (2000, p. 43), na busca da verdade, para a realização da justiça. Outrossim, já se propaga superada a noção de verdade real buscada no processo, prevalecendo a intitulada verdade processual (TARUFFO, 2002, p. 80-87), ou mesmo definindo-a como contingencial e não fundante no processo penal, tratando-a como um mito (LOPES JUNIOR, 2010, p. 270), destarte, rompendo com a função do processo como captura de qualquer verdade.

Todavia, ainda é corrente na doutrina processual penal que o *“processo é construção aproximativa de um determinado fato histórico”* (LOPES JUNIOR, 2011, p. 517), sendo a atividade do juiz recognitiva, competindo-lhe escolher a hipótese mais provável para formular sua decisão (CORDERO, 2000, p. 3). Para Miranda Coutinho, *“cometido o crime, a sanção só será executada a partir da decisão jurisdicional, presa a um pressuposto: a reconstrução de um fato pretérito, o crime, na medida de uma verdade processualmente válida”* (MIRANDA COUTINHO, 1998, p. 137).

Nesse sentido, é clarividente que o processo penal não optou ainda pelo estudo do direito democrático, ficando sua proposta no instrumentalismo, na medida em que a construção do direito (decisão) centra-se na figura central do juiz, solipsista, que diante das provas produzidas no processo, contraditoriamente, tem condições de escolher a melhor versão dos fatos, para aplicar o direito, olvidando-se em demarcar sequer uma teoria que ampare a construção decisional.

⁶⁴ Jacinto Nelson Coutinho (2009) aponta que as inúmeras reformas do Código de Processo Penal brasileiro desde sua promulgação na ditadura de Vargas foram incapazes de recepcionar a totalidade dos ganhos teóricos processuais presentes na Constituição de 1988, constituindo mudanças que nada alteram, ineficazes para retirar a característica inquisitória nevrálgica desse sistema: um princípio da verdade real que entrega e impõe a gestão da prova ao julgador. Já Para Aury Lopes Junior, o modelo processual penal brasileiro pode ser classificado como neoinquisitório, tratando-se o difundido sistema processual misto de uma construção jurídica falaciosa (2011, p.70-71). Conforme o processualista gaúcho, o engodo do sistema misto (bifásico) *“reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão [...] mesmo que [o julgador] não faça menção expressa a algum elemento do inquérito, quem garante que a decisão não foi tomada com base nele?”* (LOPES JUNIOR, 2011, p.70-71). Nesse sentido, Lopes Junior entende que a previsão no Código de Processo Penal de normas como *“o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo”*. (LOPES JUNIOR, 2011, p.75).

É importante ressaltar que a doutrina processual penal, especialmente a de Aury Lopes Junior, no Brasil, e de Ferrajoli,⁶⁵ na Itália, tem sustentado a instituição de um processo de cunho constitucional, pautado em uma nova posição do juiz no processo, cuja legitimidade dá-se não por sua atuação política, mas sobretudo constitucional, “*consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria*” (LOPES JUNIOR, 2010, p. 281), assim como na necessária sujeição do julgador não apenas à lei, como no velho paradigma positivista, “*mas sim à lei enquanto válida, isto é, coerente com a Constituição*” (FERRAJOLI, 2006, p. 26).

No entanto, mesmo à vista da tentativa malsucedida de aderência a um processo constitucionalizado, depreende-se uma clara opção do processo penal pelo instrumentalismo, vez que ao se negar a obtenção da verdade como função do processo ou adjetivo da sentença, reforça-se que o processo assume a sentença como ato de crença, deveras resultante do convencimento do juiz (LOPES JUNIOR, 2010, p. 269).

Nessa esteira, acerca da função das provas colhidas no processo, direcionadas ao juiz, Cordero (2000, p. 3-11) aponta para uma palavra-chave: fé. A rigor, o discurso travado pelas partes em torno das provas colhidas tem para o autor a finalidade de convencimento do juiz, aliás, de uma verdadeira função persuasiva. Isso porque os interlocutores do processo pretendem ser acreditados, ao passo que

⁶⁵ Segundo Morais da Rosa, a construção da decisão em Ferrajoli, rompe com a postura paranóica, a par da adoção do modelo de tripla inferência proposto pelo sistema garantista: “*a primeira etapa do raciocínio jurídico tendente à sentença é composta pela verificação empírica da acusação, em procedimento contraditório, no qual as garantias penais e processuais estejam satisfeitas, postando-se, ademais, o juiz como árbitro – sistema acusatório – na ‘gestão da prova’ e não como seu produtor. Invocando a contribuição de Hume e Popper, Ferrajoli irá apontar que no momento da ‘interferência indutiva’, probatória, a ser construída no decorrer da instrução processual, sem que se saiba, de antemão, como antecede na dedução, a veracidade da premissa. A conclusão, portanto, é apenas uma das hipóteses explicativas possíveis, decorrentes de um procedimento jurisdicionalizado e, desta feita, diferente do científico em geral, balizado por restrições, limites e tempo. Porém, caso o raciocínio jurídico se apodere de um ‘indutivismo ingênuo’, advindo de generalizações causais, a conclusão das premissas é mascarada. Na lógica da causa-efeito, nem sempre o efeito decorre da mesma causa, deslegitimando, assim, as generalizações universais. A singularidade do caso, especialmente o conteúdo probatório, é que pode gerar hipóteses mais ou menos comprováveis, rejeitando-se a causalidade extrema entre as hipóteses de fato e as conclusões, como se verifica, por exemplo, na ‘presunção’ jurisprudencialmente construída de que ‘quem está com o produto do furto, presume-se o seu autor’; para além da ingenuidade, essa verdadeira ‘inversão do ônus da prova’, como se costuma afirmar, fere de morte a lógica do Processo Penal democrático. Toda conduta resta sub-repticialmente escamoteada – satisfazendo-se, em regra, o acusador, o defensor e o juiz com essa ‘presunção’ inconstitucional -, acolhida, é certo, pelo manancial jurisprudencial editado pelo senso comum teórico e pela ignorância dos atores jurídicos.*” (MORAIS DA ROSA, 2004, p. 321-322).

o resultado depende de variáveis relacionadas aos aspectos subjetivos e emocionais do ato de julgar. Nesse desiderato, as provas criam atrativos para tentar uma captura psíquica do juiz.

Morais da Rosa, como visto em capítulo dedicado a sua teoria, ao defender a construção da decisão jurídica por meio de uma bricolagem de significantes, desde que atendidas “as regras do jogo”, entendidas como o respeito aos direitos e às garantias constitucionais, cai fatalmente no decisionismo, porquanto confere ao juiz o “trabalho” de bricolagem da sentença, desde que aja com “ética”. Quanto a ela (ética), não se encontra em sua obra passagem sobre esse atuar, remetendo o cientista jurídico a noções subjetivas e, por que não, indefinidas, vazias de significado.

Ao propagar que não se pode pretender um juiz “*pasteurizado de valores*”, Morais da Rosa cita Löwy:

Liberar-se por um esforço de objetividade das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue através de um golpe genial, escapar do pântano onde ele e seu cavalo estavam sendo tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas. Para se libertar destes ‘preconceitos’ é necessário, antes de tudo, reconhecê-los como tais: ora, a sua principal característica é que eles não são considerados como tais, mas como verdades evidentes, incontestáveis, indiscutíveis. Ou melhor, em geral eles não são sequer formulados, e permanecem implícitos, subjacentes à investigação científica, às vezes ocultos ao próprio pesquisador [...] Sua pretensão à neutralidade é às vezes um ocultamento deliberado, e, frequentemente, uma mistura bastante complexa dos dois. (LÖWY *apud* MORAIS DA ROSA, 2004, p. 302-303).

Ora, nessa perspectiva do processo penal brasileiro, de subjetividade evidente do juiz (ou mito da neutralidade axiológica do julgador),⁶⁶ de culto à sabedoria, poder e tradição da “justiça”, ao lado do protagonismo decisional, guiado pela lógica da instrumentalidade,⁶⁷ é que, valendo-se de uma verdade pressuposta

⁶⁶ Para Cappelletti: “*Se é verdade que as concepções filosóficas, políticas, culturais e ideológicas penetram, diretamente e por via do direito material, no processo e em sua regulamentação concreta, imprimindo certas direções, significados, desenvolvendo o que a mera letra da norma mal saberia revelar; se isto é verdade, então parece também a insuficiência metodológica de certo formalismo dogmático como surge frequentemente nos estudos de nossos juristas que nos são familiares*” (CAPPELLETTI, 1974, p. 26-27, tradução nossa).

⁶⁷ Segundo Rosemiro Pereira Leal: “*A aceitar irrefletidamente o ensino de Büllow a Liebman e deste aos instrumentalistas de hoje, alojando-se aqui os positivistas e os neopositivistas, adeptos fatalistas*

capturada no processo, o juiz declara, confortavelmente, em um ato de fé, crença e *sentire*, o direito. Com efeito, com toda a dogmática jurídica nesse sentido, inclusive as teorias contemporâneas ora citadas, o decididor age nessa captura com a certeza da legitimidade de sua conduta.

Propaga-se o fim do decisionismo, do relacionismo processual, do solipsismo, todavia, a sentença representa nesse viés um ato de sentimento, de fé. Não vislumbramos muita distância dessa perspectiva quase “religiosa” dos escopos metajurídicos, de paz e bem social de Dinamarca. Ora, apropriação dessas noções subjetivas:

[...] transplantados para o discurso das legislações do Estado laico, de modo inconcluso, dissimulado, anômico e antinômico, é que caracteriza a modernidade não resolvida e exposta a choques de valores (dogmas) que, em face da desintegração social provocada, assumem nomes de violência social, exclusão, marginalidade, fome, miserabilização, terrorismo, criminalidade acentuada. (LEAL, 2002, p. 34)

Em um sem-número de passagens deste estudo afirmamos que a construção da decisão jurídica deve se dar por uma epistemologia linguístico-crítica, problematizada e falseada, no sentido popperiano. Essa premissa novamente é ratificada. A ausência da teorização científica do Direito Processual Penal tem se traduzido na perpetuidade de julgamentos desumanos na seara penal (entendidos como violação explícita do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, em suas acepções científico-críticas já analisadas), na reafirmação do poder e autoridade, na violência do direito, e do Direito Penal do Inimigo, somente para exemplificar.

da necessária garantia, interpretação e aplicação do direito em critérios lato e stricto sensu entregues à justiça civil de portadores natos de saberes oriundos de uma eticidade irretocável e experiência de vida pacífica e respeitosa (consciência moral cristalizada em ideologias apodícticas), não nos é possível excluir os escopos metajurídicos processuais da esfera de uma judicância mítico-clarividente, nem pensar uma aproximação entre CONSTITUIÇÃO-PROCESSO a serviço do direito irrestrito à vida jurídica dos povos que sofreram os horrores da colonização escravagista que, de modo ainda não sofisticado, perdura por ensino de bases alienígenas – e claro que aqui não se compactua com uma xenofobia emocional – e que se recusa ao exame de validade de suas pretensões científicas ou nem sequer se mostra inclinado a leituras de autores que não reforcem a ‘globalização’ ou comunitarização do conhecimento aos moldes perenemente ‘civilizadores’” (LEAL, 2009, p. 289).

3.4 TEORIA PROCESSUAL DA DECISÃO JURÍDICA

O estudo do processo passa necessariamente pela compreensão da instituição de uma estrutura procedimentalizada, regida pelo devido processo constitucional, que propicie a construção participada da decisão, via instauração de um discurso proposicional e não mais autoritário (LEAL, 2002, p. 35).

Para a democratização da decisão jurídica é importante conhecer “o *ciclo histórico do decidir*”, pautado no linguajar que remeta ao “*poder, tradição e autoridade*”,⁶⁸ para empreender um trabalho de falseamento de teorias que encampam uma carga mítica desses conceitos, que “*hermetizaram no transitar dos séculos até que se tornassem, na modernidade, vulneráveis à crítica científica*” (LEAL, 2002, p. 24-25).

Assim, faz-se possível falar num direito processual da pós-modernidade, marcado pela instituição do modelo jurídico do devido processo constitucional, que assuma um compromisso teórico com as respostas a serem direcionadas às “*comunidades jurídicas autoras, simultaneamente destinatárias, confirmadoras, reconstrutoras e operadoras do Estado democrático de direito discursivamente instituído*” (LEAL, 2002, p. 28). Nesse sentido:

O Estado democrático de direito a ser resgatado da *modernidade* para a *pós-modernidade* da sociedade pós-convencional e pós-metafísica (pluralística) não é o lugar do poder inventado para o exercício de expectativas compartilhadas à redução de conflitualidades, mas uma instituição constitucionalizada e juridicamente delimitadora de um espaço condicionante discursivo (*status*) de validação e *eficacização decisória* a ser mantido pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL como referência lógico-jurídico de fiscalização irrestrita, popular e incensante, de execução dos direitos fundamentais (juízos discursivo-normativos analíticos: direitos indivisíveis) positivamente pré-articulados e já decididos pela comunidade jurídica. (LEAL, 2002, p. 138, grifos do original)

⁶⁸ “A *decisão concebida, agarrada às origens da autocracia interdital romana, em que o poder do pretor emergia de sua condição de funcionário de uma sociedade radicada na verdade indiscutível da ancestralidade cultural, ainda hoje permanece armazenada por uma jurisprudência garbosa da realização de uma justiça retórica não testificada pelo devido processo constitucional, a pretexto de assegurar uma flexibilidade de princípios, cuja graduação (proporcionalidade e razoabilidade) é circunscrita ao cérebro do decisor sensível e talentoso (o freirecht dos Tribunais Constitucionais pelo controle corporativista, intrivertista e concentrado de constitucionalidade).*” (LEAL, 2002, p. 32).

Com efeito, a decisão no processo democrático é obtida pela demarcação do *status* da espacialidade procedimental de produção e aplicação do direito (LEAL, 2002, p. 189). Destarte, não se legitima no Estado Democrático de Direito, no contexto da teoria da democracia, uma decisão solipsista, proferida por um juiz detentor de uma inteligência privilegiada ou por um estado poderoso, próprio da lógica instrumentalista:

Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição de 1988, o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultado vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o processo não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre as partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em toda as esferas de atuação no Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional. (LEAL, 2002, p. 69)

Com efeito, entendemos ser compatível com o Processo Penal a construção de uma decisão linguístico-crítica, tal como teorizada pelo neoinstitucionalismo processual, instaurando-se um recinto discursivo definidor dos critérios da produção decisória. Rosemiro Pereira Leal, citando Luiz Moreira, clarifica a questão da discursividade processual:

É por intermédio do Direito que são institucionalizadas as aspirações, vontades e opiniões dos cidadãos. Nessa institucionalização, as razões que guiam as ações individuais, e que são o cerne da razão prática, adquirem a forma de um procedimento democrático, isto é, sua normatividade deixa de ser imediata para tornar-se mediata. Em uma palavra, só adquirem obrigatoriedade as questões que puderem resistir aos questionamentos do processo democrático; segundo, a recusa dessa normatividade procedimental significa que nós não temos uma esfera moral para orientar nossas ações. A resolução de nossos problemas desliga-se da tradição para atrelar-se ao procedimento discursivo, onde apenas a normatividade do melhor argumento adquire obrigatoriedade. Essa reviravolta na concepção sobre a relação entre Direito e Moral significa a secularização do Direito, que passa a obter fundamentação tão-somente através de sua conformidade à opinião e à vontade discursiva dos cidadãos. Sua medida de legitimidade desliga-se de uma esfera moral para fixar-se em procedimentos discursivos. É por isso que a teoria discursiva do Direito é fundamentada a partir da composição entre direitos humanos e soberania do povo. Assim, sua fundamentação, sua medida de legitimidade, é definida pelas razões do melhor argumento, que é sempre passível de problematização. Isto é, o Direito estabiliza a tensão entre facticidade e validade, pois sua validade precisa estar em condições de comprovar-se. (MOREIRA *apud* LEAL, 2002, p. 174-175)

Nessa senda, o devido processo legal é quem vai estabelecer o espaço discursivo legitimador da decisão, que não prescinde de uma epistemologia linguístico-crítica, com balizas falseáveis e problematizadas, em busca de um conhecimento objetivo, afastando-se, assim, julgamentos com base em verossimilhança ou por um jogo de silogismo, próprio de uma lógica cartesiana.

No processo penal, impõe-se assumir o marco da acusatoriedade, entendido como o distanciamento do juiz na produção probatória que, por evidente, influirá na produção do ato decisório. Essa ruptura somente se dará com a institucionalização do processo linguístico-crítico como eixo decisório. Do contrário, mesmo no âmbito de teorias pós-modernas, estará presente, embora de modo tímido, a inquisitoriedade.

Ora, afirmar que o processo penal é uma máquina retrospectiva – competindo às partes a formulação de suas hipóteses e ao juiz escolher a mais provável, trabalhando com base em um conhecimento empírico (CORDERO, 2000, p. 83) – confere ao juiz uma discricionariedade perigosa na interpretação probatória que conduzirá ao ato decisional, abrindo-lhe espaço para decidir conforme a tradição, autoridade e o poder mítico.

Portanto, vê-se que o processo penal tem negado a teorização do processo constitucional democrático, tendo em vista que a decisão que se pretende legitimar destoa de um *“julgamento vinculado ao espaço-técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes”* (LEAL, 2002, p. 69).

Nessa linha de raciocínio, observa-se que com Popper foi possível questionar a certeza do empirismo lógico da ciência indutivista tida como certa (LEAL, 2002, p. 117). Tal ciência ainda vigora na instrumentalidade do processo penal, consoante Leal:

A fórmula procedimental de Popper (P1=TTàEE=P2P3PN...), em que se concebe uma problematização incessante no discurso do conhecer, é que relativizou a certeza de uma razão instrumental como referente infalível de *soluções* verdadeiras e salvadoras em todos os campos do saber. O falibilismo do discurso humano em Popper, como padrão diálogo designante de teorias críticas e criticáveis que se distinguem dos juízos de razoabilidade determinística e enganosa da *ideologia*, exige, para uma compreensão permanente testemunhadora (falseadora) das certezas dos conceitos emitidos, a problematização insistente, por *teorias* (proposições) dadas à crítica, do mundo da realidade fenomênica tensionador da mente

individual e de suas retrocargas recíprocas (LEAL, 2002, p. 117-118, grifos do original)

Nesse sentido, não se admite em Popper uma decisão desacompanhada de um *“questionamento teorizado por uma lógica autoproblematizada em testificações (processualização) abertas a todos para o apontamento de erros (lacunas lógicas na construção do pensamento)”* (LEAL, 2002, p. 118).

A teorização da falibilidade do discurso é essencial para rechaçar a lógica indutiva do decisionismo praticado no âmbito do processo penal. A indução não se abre à crítica, não permite que se verifique o grau de probabilidade da hipótese apresentada e não se sujeita à refutação. Ao contrário, caminha em direção ao dogmatismo, privilegiando o pré-julgamento, as impressões pessoais e os caprichos individuais.

Com efeito, a prova produzida no processo deve criar um conhecimento objetivo, mediante o embate entre teorias construídas pelos sujeitos legitimados ao processo, devendo a decisão do juiz a ela se render. O processo cria um conhecimento objetivo (provisório, como todo o conhecimento jurídico-científico e que fatalmente poderá ser definitivo no âmbito processual em virtude da coisa julgada) e não verdade (real ou processual), que passa a constituir o eixo da racionalidade da decisão, condicionando-a, através da instituição de um discurso democrático.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o pensamento de Popper é aproveitado na busca da decisão compreendida como democrática, porquanto autoriza a implementação no âmbito processual de um espaço estruturante da linguagem jurídica de discussão crítica e *“preparatória de decisões cuja teorização construtiva é aberta a todos os participantes procedimentais habilitados [...] por um direito-de-ação incondicionado (direito de petição) constitucionalmente garantido”* (LEAL, 2002, p. 118-119).

Portanto, a legitimidade da decisão, inclusive da decisão penal, tem sua produção vinculada à instituição do devido processo constitucional, em cujo espaço procedimentalizado delimita-se os limites e condicionantes da decisão. Nesse sentido:

O espaço procedimental institucionalizado constitucionalmente com a denominação de devido processo legal sobre o qual recai a regência principiológica do devido processo constitucional é que vai romper o elo silencioso entre os conceitos arquitetados pela autoridade mitificada (poder) do pensamento clarividente do intérprete e os desígnios da tradição (poder) que impedem a prévia abertura discursivo-procedimental à alteridade destinatária das decisões proferidas. (LEAL, 2002, p. 119)

Nessa perspectiva é que no direito democrático a decisão penal encontra-se condicionada ao discurso instituído no espaço de procedimentalidade, impondo-se ao juiz render-se ao devido processo constitucional. Qualquer decisão que cria e aplica o direito deve ser construída “*como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado*” (LEAL, 2002, p. 69).

Quanto à pertinência da aplicação da teoria processual da decisão jurídica, num marco da neoinstitucionalidade processual ao processo penal, especialmente em virtude de nesse processo estar presente princípios próprios (como o princípio constitucional da inocência, não encontrado no processo civil), não vislumbramos qualquer incompatibilidade.

Embora não tenha sido objeto de profundo estudo, uma possibilidade para essa problematização seria a teorizada por Flaviane Magalhães Barros, que defende a existência de microssistemas processuais (BARROS, 2009, p. 334): há uma teoria geral, com uma base principiológica uníssona, como a isonomia, a ampla defesa e o contraditório, e uma rede de princípios (microssistemas) adequados às particularidades do processo civil, penal, legislativo e administrativo:

[...] Tal compreensão de modelo constitucional de processo, de um modelo único e de tipologia plúrima, se adapta à noção de que na Constituição encontra-se a base uníssona de princípios que definem o processo como garantia, mas que para além de um modelo único ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios-bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo [...] (BARROS, 2009, p. 335)

Portanto, a autora procedeu à identificação dessa base principiológica uníssona ou do esquema geral em que se funda o processo constitucional, formado pelo princípio do contraditório e da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e da participação de um terceiro imparcial. Assim, conclui-se que a Constituição trata o processo penal como um microssistema. Dessa forma, segundo Barros:

[...] a base principiológica uníssona, consolidada pelo contraditório, ampla argumentação, fundamentação da decisão e o terceiro imparcial, precisa ser interpretada sem desconsiderar o princípio constitucional da presunção de inocência e a garantia das liberdades individuais dos sujeitos, justamente em virtude das características do próprio modelo, que são a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade [...] (BARROS, 2009, p. 16)

Desse modo, defendemos a plena compatibilidade da Teoria Neoinstitucionalista do Processo com a pesquisa e recriação da decisão penal na processualidade brasileira, de sua matriz solipsista e instrumental para um modelo genuinamente democrático.

O processo penal compreendido na matriz inquisitorial conduz à violência estatal, tanto no nível instituinte quanto constituinte e constituído do direito. Portanto, entendemos que uma revisitação crítica no tema da construção da decisão jurídica é medida urgente nessa quadra da pós-modernidade que se clama ser definitivamente vivenciada pelo povo.

O pensar livre, não dogmático, em constante revisitação e identificação de eventuais conhecimentos pressupostos, para após uma problematização incessante serem refutados, no caminhar contínuo da democracia, somente é possível, assim pensamos, pela instituição do processo na epistemologia neoinstitucionalista.

Não existem razões melhores ou piores, mais direito ou menos direito; existem teorias. Estas sim devem ser processuais para eleição da melhor teoria, de menores impactos ideológicos e dos mitos que promovem, desde sempre, a exclusão social, a legitimação da existência dos despatrimonializados, que reforçam a guerra e a perseguição do inimigo do Estado, camuflando o discurso que deveria mobilizar o povo: o discurso de implementação dos direitos fundamentais já líquidos e certos, por meio de um sistema linguístico-crítico e de uma teoria de uma sociedade aberta cujos legitimados é toda a comunidade jurídica, discursivamente constitucionalizada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda não se implementou no Direito Processual Penal uma teoria científico-crítica que conduza à construção da decisão jurídica em parâmetros efetivamente democráticos, habilitada a se divorciar da filosofia da consciência, demarcando o paradigma democrático pela teoria da linguagem jurídico-discursiva constitucionalizada.

A teoria da decisão como bricolagem dos significantes afigura-se insuficiente para fazer a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, uma vez que propaga ser o juiz o sujeito apto a fazer um trabalho por bricolagem na escolha dos significantes contraditoriamente produzidos pelos sujeitos processuais. Destarte, legitimado estaria o julgador a decidir de forma solipsista.

Em Aury Lopes Junior e sua decisão na perspectiva de rompimento com o sujeito cartesiano, há uma importante consideração que fortalece a democratização decisória, que é justamente a morte do “eu racional” cartesiano, que sustenta cientificamente a inquisitorialidade. A partir desse rompimento, Lopes Junior sustenta que a ciência jurídica deveria admitir o subjetivismo na construção da sentença, sendo que esta revelaria o *sentire* do juiz. Nessa lógica, o juiz declararia o que sente pelo seu ato decisório, acerca da melhor versão dos fatos apresentados pelos sujeitos processuais. Assim, embora reconheça o necessário desenvolvimento de um processo constitucionalizado, o juiz de Lopes Junior é decisionista e solipsista. Legitimado está a decidir de acordo com seu sentimento.

A teoria do processo constitucionalizado ou do modelo constitucional do processo, que recepiona a teoria de Fazzalari, trazida ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, propaga ser o processo um procedimento em contraditório, o qual, outrossim, seria uma garantia constitutiva de direitos fundamentais. Por essa teoria, embora se afigure em significativo salto na ciência processual, não vislumbramos o fim do decisionismo, especialmente por suas premissas estarem presas a uma jurisdição constitucional. Ademais, prescindiu-se por essa teoria de uma análise científica da linguisticidade.

Pontuamos que quanto ao tema da superação do dogma da completude normativa, Rosemiro Pereira Leal entende que numa pós-modernidade o direito é posto pelo discurso da lei, apenas. Assim, haveria uma violência praticada pela

atividade jurisdicional na atividade supletiva do vazio legiferante (embora a própria recente Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reafirme a autoridade violenta ora denunciada de se permitir ao Judiciário normatizar). Pela proibição do intitulado *non liquet*, há manutenção e preservação dos paradigmas linguísticos dos Estados de Direito Social e Liberal e todo o conhecimento pressuposto, ideológico e mitológico de preservação de poder de forma estratégica e racional.

Na contemporaneidade apenas a teoria neoinstitucionalista recepciona a democracia plena a ser implementada no paradigma do Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma epistemologia processual incrivelmente inovadora e libertária, capaz de romper definitivamente com a ciência dogmática do Direito. Destacamos a genialidade da teoria ao conjecturar o nível instituinte da lei, esquecido pela comunidade jurídica e que de certa forma reforça a existência de uma sociedade pressuposta com normas natas e eternizadas, a serem preservadas indefinidamente.

O neoinstitucionalismo processual trata-se de uma teoria linguístico-jurídico-crítica (há clara opção por um *médium* linguístico) altamente problematizável e falseável (a crítica seria um de seus elementos fundantes), como condição para enunciação da melhor teoria processual a ser constitucionalizante de direitos fundantes do sistema jurídico. A melhor teoria, portanto, será construída do cotejo com teorias rivais, mediante a instituição de um discurso de testificação, traçado já por Popper.

Por essas concepções teórico-críticas, vislumbramos a construção de uma decisão jurídica que encampe um conhecimento objetivo, já que todos os significantes produzidos em contraditório judicial, inclusive aqueles condicionados a fatores (in)conscientes, midiáticos, criminológicos, ideológicos, serão teorizados pela via do devido processo constitucionalizado na perspectiva da teoria neoinstitucionalista.

Nessa linha, pensamos haver um rompimento radical com o decisionismo e a lógica da filosofia da consciência, mediante a instituição de um processo demarcado por um *médium* linguístico-jurídico de direitos estabilizadores de sentidos desde o plano instituinte da constitucionalidade.

O processo penal que se constitui ainda positivamente como uma técnica eficiente de perpetuação do poder jamais interrogado suplica na contemporaneidade de reflexão pela ciência jurídica não dogmática, para a construção efetiva de uma decisão jurídica democrática.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade jurídica e legitimidade normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fundamenti costituzionali della giustizia civili: il modelo costituzionale del processo civile italiano**. 2. ed. ampliada aggiornata. Torino: Giappichelli, 1997.

APPIAH, Kwame Anthony. **Introdução à Filosofia Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Casa Civil. Decreto-Lei n. 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 17 jun. 2014.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução de Santiago Sentís e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORDERO, Franco. **Procedimiento penal**. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso**. 4. ed. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2005.

KAUFMANN, Mathias. Discurso e despotismo. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Coords.). **Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Joaquim Carlos Salgado, por ocasião de seu decanato como professor titular de teoria geral e filosofia do direito da Faculdade de Direito da UFMG**. São Paulo: Landy, 2003. p. 94-106.

LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

LACAN, Jacques. **O seminário: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Tradução de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. livro 11.

LEAL, Rosemiro Pereira. A pricipiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.) **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sistema normativo do CPC. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandora (Coords.). **Direito Processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas / Instituto de Educação Continuada, 2012. p. 185-190.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. **Virtuajus**, Belo Horizonte, ano 7, n. 1, dez. 2008. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2008/Docente/O%20Paradigma%20Processual%20ante%20as%20Sequelas%20Miticadas%20do%20Poder%20Constituinte%20Originario.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, ano 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da Filosofia**: dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. **Revista ANAMATRA**, Brasília, n. 21, 1994.

MARQUES, Leonardo Marinho. A hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). **Processo penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. In: FLORES, Joaquín Herrera; RUBIO, Davis Sánchez; CARVALHO, Salo. **Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Jurisdição, a lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Jurisdição, Psicanálise e o Mundo Neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho; RAMOS FILHO, Wilson (Coords.). **Direito e neoliberalismo**: elementos para uma leitura interdisciplinar. Curitiba: EDIBEJ, 1996.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n. 184, jul.-set. 2009.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. 420 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MOREIRA, Luiz. **A fundamentação do direito em Habermas**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Felipe Faria. A interpretação e construção do Direito na ótica de Jürgen Habermas: novos paradigmas para a atuação do Ministério Público. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, n. 22, 2011. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/34676>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. 3. ed. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. tomo 1, v. 2.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: UnB, 1978.

POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 2008.

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa: Edições 70, 1966.

SUANNES, Adauto. A ideologia e o juiz. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 2, n. 9, p. 80-83, 2003.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madrid: Trotta, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao Direito II: A epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. São Paulo: Boitempo, 2008.