

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

Leonardo Campos Victor Dutra

**O JUÍZO DE DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO
DA CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA**

Belo Horizonte

2012

Leonardo Campos Victor Dutra

**O JUÍZO DE DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO
DA CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA**

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 Orientador: Rosemiro Pereira Leal

Belo Horizonte

2012

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D978j Dutra, Leonardo Campos Victor
O juízo de direito no paradigma jurídico da constitucionalidade brasileira /
Leonardo Campos Victor Dutra. Belo Horizonte, 2012.
112f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Juízo (Lógica). 2. Estado democrático de direito 3. Constituição. I. Leal,
Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Leonardo Campos Victor Dutra

**O JUÍZO DE DIREITO NO PARADIGMA JURÍDICO
DA CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRA**

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.

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

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas

Prof. Dra. Andréa Alves de Almeida - UNIFENN

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares – PUC Minas
(Suplente)

Belo Horizonte, 11 de junho de 2012.

Dedico este trabalho às comunidades da periferia de Belo Horizonte/MG, especialmente aos bairros Santa Terezinha, Serrano, Urca, Confisco, Nova Pampulha, Recanto da Lagoa, Xangrilá, São Mateus, Glória e Novo Glória, que sofrem há anos com o descaso e os desmandos das autoridades sapientes.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer ao professor Rosemiro Pereira Leal por ter acreditado em mim e por ter permitido que eu fosse – orgulhosamente – um de seus pupilos. Agradeço a paciência nas explicações, o cuidado na orientação, as lições acadêmicas e as lições de vida. Agradeço por ter me escolhido como estagiário docente - em turno duplo - e com isso me permitido uma ampliação do prazo de questionamento. Agradeço por compreender a simplicidade e superficialidade dos meus questionamentos. Agradeço pelos sorrisos às 07:00 horas da manhã. Agradeço pelas horas de almoço em que conversamos sobre física, história, filosofia, sociologia, matemática e também direito, dentre tantas outras “trivialidades”. Agradeço por ter me ensinado a qualidade da humildade cognoscente, sem perder a noção do valor próprio. Agradeço pelas lições de independência e pelas lições na pesquisa científica. Agradeço por ajudar-me a enxergar as “amarras invisíveis” que nos comandam. Agradeço por me ajudar a ver o “Outro”. Agradeço por me ajudar a ser um professor melhor. Agradeço pelas lições de gentileza. Agradeço por instigar minha mente a perceber a “gaiola de Weber”, a armadilha do behaviorismo, a crueldade da estética e a inocência de Habermas. Agradeço por ensinar-me a criticar a tradição. Agradeço pelos ensinamentos sobre a Epistemologia Quadripartite. Agradeço por me ensinar que a pesquisa científica requer “estacionamento” para reflexão. Agradeço por ensinar-me que todas as teorias são falhas e, por isso mesmo, provisórias. Agradeço por me ensinar a necessidade da suspensão da crença. Agradeço por me ensinar que não há completude. Agradeço por me ensinar que apenas se é possível diminuir o tamanho da nossa ignorância. Agradeço por ter me ensinado tanto e, mesmo assim, não permitir que eu o visse como um dogma, estimulando os questionamentos contra suas próprias teorias. Agradeço por não permitir que o meu sonho de contribuir para um mundo melhor morresse.

Agradeço ao meu pai Sr. Roberto Eustáquio Victor Dutra que mesmo em cima de uma cama e com as dificuldades da tetraplegia ensinava-me a fazer contas de matemática do ensino médio e mesmo sem poder acompanhar a evolução do filho após os 13 anos de idade, deixou um legado de dedicação, seriedade e comprometimento nos estudos, com diplomas, fotos e livros que ainda hoje se encontram pela casa. Agradeço ainda pela maior das heranças: os 35 livros da

coleção “Os Pensadores”, comprados em 1979, que somente agora, após 32 anos de sua aquisição, ocupam lugar privilegiado na minha estante de livros.

Agradeço a minha mãe Sra. Mary Campos Victor Dutra que apesar das dificuldades materiais sempre primou pelo estudo dos filhos, acompanhando de perto as notas e a conduta do adolescente hiperativo que sempre teve em casa.

Agradeço a minha namorada Jordana Antunes pela persistência e por suportar o sujeito chato que me tornei.

Agradeço a minha avó Sra. Ofélia Campos, que se orgulhava do primeiro neto “dotô”.

Agradeço ao meu tio Sr. Ademar Ferreira Dutra Júnior por sempre ter me ajudado e pelo exemplo de hombridade, seriedade e compaixão.

Agradeço ao tio Sr. Paulo de Tarso Fontoura de Oliveira pelas boas conversas, os bons churrascos, os bons debates e os bons “puxões de orelha”.

Agradeço a Sra. Selme Lúcia Alves Freire pela grata amizade, os bons papos, os cuidados e as ajudas nas áreas profissionais e pessoais.

Agradeço à minha irmã Sra. Leandra Campos Dutra Assunção, ao meu cunhado Daniel Assunção por terem me dado momentos de relaxamento e alegria junto aos meus inestimáveis sobrinhos Letícia e David.

Agradeço a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais pelas oportunidades no magistério superior e pelo ensino e pesquisa diferenciados.

Agradeço aos colegas professores, especialmente àqueles da unidade da PUC Minas – Arcos pelos ricos debates jurídicos e filosóficos que, certamente, estimularam nossa pesquisa.

Agradeço aos diversos bons alunos que sempre me inspiraram a seguir no universo da pesquisa científica.

Agradeço ao meu sócio-amigo-irmão, Ms. Igor de Matos Monteiro, pelo apoio, compreensão, estímulo, companheirismo e pelo contraponto sempre necessário para evolução da investigação científica.

Agradeço ainda aos membros do escritório Monteiro e Dutra Advogados, especialmente à Dra. Bianca Boroni Soares e ao Dr. Eduardo Sampaio pela ajuda e pelo apoio que tornaram menos pesado o fardo das obrigações da pragmática jurídica.

Por fim, agradeço e peço desculpas a todos aqueles que sofreram com a minha ausência nas festas de família, nos bares com os amigos, nos eventos festivos, nas ligações não atendidas, nos e-mails não respondidos, nos debates não iniciados, nos atrasos em compromissos, nos convites negados.

O que terei sido eu, se ao final da minha vida eu nada tiver feito para ajudar a reduzir as atrocidades dominativas elaboradas pela criatividade cruel do ser humano?

(Leonardo Dutra - 2011)

RESUMO

A presente dissertação visou realizar um estudo acerca do instituto denominado juízo de direito. O objetivo do estudo foi contribuir para a compreensão científica da formação do juízo de direito no Estado Democrático de Direito. A pesquisa investigou a evolução das noções de juízo, para tentar compreender a influência das diversas ideias de juízo na formação do juízo de direito, bem como a forma de utilização do juízo de direito nos paradigmas de Estado Liberal e Social de direito, para, após, analisar o papel do juízo de direito no paradigma da constitucionalidade brasileira. Para tanto, realizou-se revisão bibliográfica em diversos livros relacionados ao direito, hermenêutica e filosofia. Iniciou-se a dissertação com a apresentação da evolução da noção do juízo desde a antiguidade, passando pelos juízos ordálicos, juízo final, juízo na Grécia antiga (Aristóteles) até chegar à noção moderna de juízo, representada por Immanuel Kant e seus juízos *a priori*. Apresentamos, ainda, uma análise do juízo de ponderação, noção mais recente de juízo. Após, passamos a investigar a influência das noções de juízo ao longo da história na formação e na operacionalização do juízo de direito no paradigma de Estado Liberal e no paradigma de Estado Social de Direito, para, então, se investigar o juízo de direito dentro do paradigma sincrético do direito que prevalece na prática jurídica da atualidade brasileira. Em seguida, analisou-se o juízo de direito no paradigma da constitucionalidade brasileira, apresentando o tratamento constitucional dado ao tema. Os resultados mostram que o juízo de direito é um órgão judicial reservado pela Constituição de 1988 ao desenvolvimento do Processo, no âmbito da função jurisdicional. É o juízo de direito o local adequado à democraticização processual das decisões judiciais a contribuir para a impessoalidade e a conseqüente demarcação linguística dos conteúdos da legalidade. Contudo, verificou-se, também, que o juízo de direito na prática da atualidade brasileira, apesar da Constituição de 1988, continua reproduzindo os mesmos conteúdos desenvolvidos ao longo dos paradigmas passados.

Palavras chave: Juízo de Direito. Consciência. Linguagem. Paradigma. Constituição. Processo.

SINTESI

Questa tesi l'obiettivo di condurre uno studio dell'istituto chiamato giudizio del diritto. L'obiettivo dello studio è stato quello di contribuire alla comprensione scientifica della formazione dello giudizio del diritto in uno Stato democratico. La ricerca ha indagato lo sviluppo delle nozioni di giudizio, per cercare di comprendere l'influenza delle varie idee della formazione dello giudizio del diritto, così come modalità di utilizzo del giudizio del diritto nei paradigmi dello stato liberale e stato sociale, dopo analizzare il ruolo dello giudizio del diritto in paradigma costituzionale brasiliano. A tale scopo, revisione della letteratura è stata effettuata in diversi libri legati alla legge, l'ermeneutica e filosofia. Ha iniziato la carta con la presentazione dell'evoluzione del concetto di mente dall'antichità, attraverso il calvario giudizio, sentenza, sentenza nella Grecia antica (Aristotele) fino a raggiungere la nozione moderna di giustizia, rappresentata da Immanuel Kant e suoi giudizi a priori. Vi presentiamo anche un'analisi della corte a titolo oneroso, concetto più recente di comprensione. Dopo, abbiamo iniziato a studiare l'influenza dei concetti di mente nel corso della storia nella formazione e il funzionamento del tribunale nel paradigma dello stato liberale e il paradigma dello Stato sociale di diritto, per indagare poi la corte di giustizia all'interno del paradigma sincretico di diritto che prevale in pratica legale oggi in Brasile. Successivamente, abbiamo analizzato il tribunale brasiliano a paradigma costituzionale, al trattamento accordato alla questione costituzionale. I risultati mostrano che il giudice è un organo giudiziario stanziati dalla costituzione del 1988 del processo di sviluppo all'interno della funzione giudiziaria. E 'il tribunale per la procedura appropriata posizione democraticização delle decisioni giudiziarie per contribuire alla impersonale e la conseguente demarcazione linguistica della legalità dei contenuti. Tuttavia, ci fu anche alla corte di studio legale in Brasile di oggi, nonostante la Costituzione del 1988, ancora in gioco gli stessi contenuti sviluppati nel corso degli ultimi paradigmi.

Parole chiave: Giudizio del diritto. Consapevolezza. Lingua. Paradigma. Costituzione. Processo.

LISTA DE ABREVIATURAS

Ag. Reg. – Agravo Regimental

AL - Alagoas

art. – Artigo

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

ex. – Exemplo

LIDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

nº – Número

PB – Paraíba

p. e. – Por exemplo

RESP – Recurso Especial

RO – Recurso Ordinário

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 O JUÍZO NA HISTÓRIA.....	26
2.1 Juízo Ordálico.....	26
2.2 Juízo Final.....	36
2.3 Juízo em Aristóteles.....	38
2.4 Juízo kantiano	40
2.4.1 <i>Breve noção do direito em Kant e o papel do juízo.....</i>	<i>46</i>
2.5 Juízo de Ponderação.....	48
3 O JUÍZO DE DIREITO E O PARADIGMA DE ESTADO.....	53
3.1 O juízo de direito no paradigma do estado liberal	54
3.2 O juízo de direito no paradigma do estado social.....	58
3.3 O sincretismo paradigmático e o juízo de direito como juízo do juiz.....	62
4 VINCULAÇÃO DO JUÍZO DE DIREITO AO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A DEMARCAÇÃO LINGUÍSTICA PELO PROCESSO	83
4.1 Juízo de direito e o paradigma constitucional brasileiro.....	83
4.2 A instrumentalidade dos juízes nos <i>juízos de direito</i> democrático.....	86
4.3 O juízo de direito e a demarcação processual da linguagem como fundamento da legitimidade das decisões judiciais	88
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS.....	108

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988 houve uma ruptura com os paradigmas de Estado até então vigentes no Brasil, inaugurando-se o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Este novo paradigma revolucionou diversas instituições e institutos do direito brasileiro, uma vez que passou a informar, por meio de uma nova principiologia, as relações jurídicas até então existentes. Contudo, embora a Constituição tenha trazido essa nova leitura relacionada ao direito, não é simples a capacitação dos profissionais do direito para correta compreensão do direito democrático.

Essa dificuldade se dá porque, já em 1988, a tradição jurídica brasileira já se encontrava influenciada, de forma quase completa, por um autoritarismo (ausência de democracia) nas práticas jurídicas desses profissionais do direito, de tal sorte que procuradores, delegados, juízes, advogados e promotores não estavam qualificados para operar o novo sistema com a qualidade necessária. Ou seja, havia um déficit de compreensão: os “operadores” do direito não estavam qualificados para gozarem todos os benefícios democráticos do novo paradigma.

Atualmente, houve uma melhora da compreensão desses profissionais do direito quanto à democracia no sistema jurídico, porém, ainda é forte a tradição autoritária na interpretação do direito realizada pela administração pública e pelos particulares, o que demonstra a grande necessidade de revisão dos estudos jurídicos, há décadas, consolidados no Brasil. Essa consolidação parece ter criado alguns dogmas que precisam ser investigados.

A própria compreensão sobre democracia teve que sofrer, após a Constituição vigente, uma alteração para desprender-se das noções de “democracia liberal” e “democracia social” e permitir um avanço para uma democracia emancipatória, de participação efetiva dos interessados na construção dos provimentos estatais que os atingem.

Da mesma forma, diversas são as releituras (interpretações adequadas ao paradigma atual) necessárias a compatibilizar as instituições ¹ e institutos ² jurídicos cujos conteúdos foram herdados de paradigmas anteriores.

¹ Para Teoria Neoinstitucionalista do Processo, instituições são entendidas como “*agrupamentos de institutos jurídicos e estes, por sua vez, reúnem, em classes bem definidas, os princípios, as regras e as normas.*” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial: A crise jurídica das**

Assim, buscou-se investigar um desses institutos que, há muito, é utilizado pela doutrina, pela legislação e pelos tribunais como se já tivesse um conteúdo indevassável, estável e imutável, qual seja, o **juízo de direito**.

Uma das intenções do presente trabalho é suscitar dúvidas acerca do tema que, como tantos outros, parece – para muitos – não necessitar de discussão, face ao fechamento dogmático com que são compreendidos dentro de uma tradição jurídica dominante e dominadora.

Prova disso é que, durante o desenvolvimento da pesquisa, diversos foram os colegas e professores que nos questionaram acerca do tema pesquisado e que se surpreenderam ao saberem que o tema debatido era o **juízo de direito**. Alguns até perguntaram se existiria mesmo alguma controvérsia relevante que envolvesse a temática, outros afirmaram que juízo era o mesmo que julgamento e que não mereceria atenção acadêmica.

A par dessas instigações, visou-se a responder o problema da pesquisa que se cinge a saber quais as matrizes epistemológicas que informam o **juízo de direito** no ordenamento jurídico do Brasil atual para, investigando-as, verificar sua adequação (coerência) ao paradigma constitucional inaugurado com a Constituição de 1988.

Acredita-se que o **juízo de direito** tal como utilizado e aplicado no Brasil teria raízes na epistemologia arcaica ³ (filosofia da consciência) aonde a criação das

economias nacionais. 2. Ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 7). Esclarece Rosemiro Leal que instituição é “conjunto de princípios e (institutos) **jurídicos** reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infra-constitucional por via de **procedimentos** estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 86).

² Segundo Rosemiro Pereira Leal pode-se inserir dentro do termo instituto “*todos os princípios jurídicos, regras, normas, preceitos proposições, teoremas, teorias, idéias, figuras jurídicas, premissas, pressupostos que, de modo convergente e estrutural, entrem na caracterização axiológica específica de um determinado fenômeno jurídico (ato ou fato jurídico). Em corolário, os institutos, assim identificados, ao guardarem afinidades científicas entre si, aglutinam-se para darem nascimento às **instituições jurídicas**.*” (LEAL. Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**: A crise jurídica das economias nacionais, p. 10).

³ Segundo Rosemiro Pereira Leal, epistemologia é o estudo da teoria do conhecimento na busca da certeza, podendo ser subdividida em 3 (três) tipos ao longo da história: epistemologia arcaica 1 que trabalha a relação sujeito-objeto; epistemologia arcaica 2 que trabalha a relação consciência-existência; e, por fim, a epistemologia pós-moderna (contemporânea) que trabalha uma relação linguagem-mundo. Ensina o professor mineiro que os dois primeiros tipos desenvolvem-se a partir de uma morfologia bipartite em que se inter cruzam ciência e técnica. Lado outro, a epistemologia contemporânea desenvolve-se a partir de uma morfologia quadripartite em que técnica, ciência,

certezas se faz a partir da correlação sujeito-objeto, através de convicções intuitivas formadas pelo sujeito julgador.

Essa base epistemológica traria como consequência a possibilidade de o julgador formar juízos subjetivo-arbitrários indemarcados (avessos à democracia), contribuindo para o culto à autoridade salvadora, típica de um direito de Estado Social, em descompasso com a Constituição.

Desse modo, objetiva-se no presente trabalho investigar a evolução das noções de juízo; compreender a influência das diversas ideais de juízo na formação do **juízo de direito**; compreender a forma de utilização do **juízo de direito** nos paradigmas estatais liberal e social de direito e analisar o papel do **juízo de direito** no paradigma da constitucionalidade brasileira.

Cumprir mencionar nessas linhas introdutórias que toda a pesquisa realizada pautou-se pela vinculação às fontes literárias pesquisadas, visando a evitar a apresentação de algum conceito ou debate teórico sem a devida concessão dos respectivos créditos ao autor correspondente que, eventualmente, tenha trabalhado o tema. Contudo, por ter consciência da vastidão do conhecimento científico e da limitação própria a um pesquisador iniciante, não se pretende, de maneira alguma, esgotar o tema ou inserir qualquer certeza inabalável à crítica, compartilhando do pensamento de que se deva escrever com dedicação, demonstrando e defendendo posicionamento, mas:

[...] sempre com *humildade científica*, esta entendida, [...], como a postura ou predisposição de compreender que todos podem nos trazer valiosos ensinamentos e de que nem sempre as melhores idéias surgem da leitura de autores de maior destaque na comunidade acadêmica. (BRÉTAS, 2004, p. 10)

Da mesma forma, ousamos nos utilizar de diversas lições apresentadas por autores que, à primeira vista, poderiam não contribuir com o debate da temática a ser abordada, já que trabalham paradigmas diversos do Estado Democrático de Direito ou partem de bases filosóficas já superadas. Porém, – na verdade – auxiliaram no transcurso do caminho proposto até o capítulo final, ajudando a alcançar as conclusões apresentadas.

Pautando-nos, ainda, nas lições de Popper (1975) no sentido de que toda teoria científica é provisória e sobrevive, tão somente, enquanto não for superada é que tivemos sempre em mente o exercício da crítica ⁴ (apontamento de aporias no discurso científico), para testificar a resistência das teorias ofertadas à construção do instituto do **juízo de direito**.

Cumprе mencionar que a presente pesquisa terá como marco teórico a Teoria Neoinstitucionalista do Processo de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal que tem no Processo uma teoria da linguagem democrática, conformado pelos princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa, a permitir a autoinclusão dos cidadãos no sistema de direitos fundamentais estabelecidos (precógnitos) no plano instituinte do direito e positivados no plano constituído.

Em nossa pesquisa, verificamos que, no sentido mais geral, entende-se por juízo a faculdade de avaliar e escolher, própria aos seres humanos. No entanto, juízo pode significar também opinião, discernimento e julgamento judicial (decisão). Nota-se que a palavra juízo carrega uma polissemia muito grande, mas que, em regra, vincula-se à razão (interna, subjetiva) do sujeito que avalia. Juízo, no cotidiano, na tradição, na cultura e na linguagem natural é dependente apenas da consciência assujeitadora do sujeito pensante.

Assim, iniciamos nossas investigações no capítulo segundo, apresentando algumas noções históricas de juízo, para demonstrar como tais noções vincularam-se inicialmente ao mito da divindade metafísica que tinha na fortuitividade da natureza a expressão dos juízos dos deuses. O juízo final muito presente na cultura religiosa dos cristãos também foi trabalhado com o fim de investigação da co-relação entre julgamento último do julgador divino, onipotente, onividente, onipresente e infalível e a figura do julgamento final, emanado pelo juiz (magistrado – magistral) racional.

Investigou-se ainda o juízo aristotélico vinculado ao pensamento e à busca das verdades das coisas, bem como o juízo kantiano que é responsável pela conexão do conhecimento à razão. Abordamos também o juízo de ponderação que

⁴ Ao tratar sobre a co-relação entre técnica, ciência, teoria e crítica, Rosemiro Pereira Leal afirma que “Entende-se que, na atualidade, uma **teoria científica** há de mostrar, para sua relativa eficácia, antes mesmo de sua final elaboração, uma resistência triunfante a uma **crítica** desenvolvida em constantes e fundamentadas afirmações contrárias.” (**Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 46.)

pretende, por meio do juízo (consciência) do sujeito julgador, a implementação ou não de direitos.

No capítulo terceiro buscou-se investigar a formação do **juízo de direito**, segundo a ideologia vigente nos paradigmas de Estado ao longo da história ocidental recente, buscando identificar a influência ou adaptação das noções de juízo estudadas no capítulo segundo para conformação do **juízo de direito** nos paradigmas do Estado Liberal e Social de Direito.

Escolhemos tratar, junto ao capítulo terceiro, do atual momento paradigmático vivenciado no Brasil, debatendo aquilo que chamamos de sincretismo paradigmático e as razões de sua subsistência mesmo após a Constituição de 1988. Apresentamos várias teorias harmonicamente vigentes e suas convergências ao reforço da autoridade tal qual estudado nos paradigmas liberal e social, sempre em benefício à consciência, justificando a confusão entre **juízo de direito** e juízo subjetivo na pragmática jurídica.

No capítulo quarto buscou-se identificar o tratamento constitucional dado ao **juízo de direito**, a partir do atual paradigma brasileiro, de modo a apresentar o significado do instituto dentro do direito democrático. Do mesmo modo, apresentamos o papel do juiz de direito dentro do **juízo de direito** democrático.

Finalizamos o capítulo debatendo o problema da interpretação do texto jurídico e as soluções doutrinárias tradicionalmente reproduzidas pelos pesquisadores e praticadas pelos profissionais do direito que deixam a cargo da autoridade sapiente a definição do sentido normativo.

Nesse sentido, apresentamos as dificuldades da semântica na aplicação do direito, a partir dos debates da vigência sem significação trazidos por Giorgio Agamben e a necessidade do rompimento com a linguagem natural para demarcação de sentidos legais de forma processualizada, tal como desenvolvido na Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

2 O JUÍZO NA HISTÓRIA

Este capítulo resulta da convicção de que uma abordagem histórica, ainda que mínima, é necessária para permitir ao leitor uma avaliação da evolução e influência de práticas, teorias e institutos que influenciam, até hoje, a formação do **juízo de direito**.

Não se terá por meta esgotar todas as facetas da evolução histórica, mas tão somente a abordagem daquelas passagens que acreditamos auxiliar na compreensão da formação do **juízo de direito** tal como inserido nos paradigmas do Estado moderno e contemporâneo.

2.1 Juízo Ordálico

As ordálias ou ordálios são um modo muito antigo de aquisição de prova por meio da crença de que entidades mítico-metafísicas pudessem dar respostas por meio de sinais físicos-materiais aos homens. Eram uma espécie de prova jurídica usada também sob o nome de juízo de Deus, muito praticada sobretudo na antiga Mesopotâmia (LAFONT, 2010, p. 24), e também durante a Idade Média (ORDÁLIO..., 2011). O ordálio era um julgamento realizado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado era interpretado como um julgo divino.

Milene Chavez Goffar Majzoub, em primoroso trabalho de pesquisa, após apresentar a dificuldade de conceituação dos chamados ordálios na historiografia, menciona textualmente as definições trazidas por alguns autores, senão vejamos:

Ordálio. Procedimento judicial para determinar a verdade de uma acusação. Pode ser unilateral (água fervente, água fria, ferro em brasa) ou bilateral (duelo judicial entre representantes das duas partes). Parece ter existido na maior parte dos povos indo-europeus, mas nas populações germânicas, parece constatada apenas junto aos Burgúndios, dos quais teria passado aos Francos. (DEFLOU-LECA, Noëlle; DUBREUCQ, Alain (Ed.). *Sociétés en Europe: mi VIe- fin IXe siècle*. Paris: Atlande, 2003, p. 564) (DEFLOU-LECA *apud* MAJZOUB, 2005).

Trata-se de um meio sagrado de apuração do direito, baseado na idéia que, sendo Deus o protetor do direito, irá indicar por meio de um sinal a culpa ou inocência da parte no caso de improcedência de uma alegação. (BECKER, Hans-Jürgen. *Gottesurteil*. LexMa IV, col. 1594-5.) (BECKER *apud* MAJZOUB, 2005, p. 39).

Deus é o protetor do direito; Ele não tolera que em um conflito humano o culpado prevaleça e o inocente seja abatido. Na ameaça deste perigo, o próprio Deus revelará – especialmente por invocação – a culpa ou inocência do acusado por meio de um sinal milagroso. (ERLER, Adalbert. *Gottesurteil*. HRG 1, col. 1769-1773.) (ERLER *apud* MAJZOUB, 2005, p. 39).

Chamamos de 'ordálios' certos procedimentos solenes pelos quais consulta-se uma divindade a respeito de uma questão litigiosa vinculando-a a se pronunciar sobre esta questão de uma forma previamente estabelecida. (GRELEWSKI, S. *La réaction contre les ordalies en France depuis le IXe siècle jusqu'au Décret de Gratien*. Rennes: Imprimerie du Nouvelliste, 1924, p.2) (GRELEWSKI *apud* MAJZOUB, 2005, p. 39).

As características marcantes do juízo ordálico, portanto, são a apelação para a intervenção direta de Deus na revelação do bom direito, a revelação visível e incontestante desse juízo divino e a formalidade do procedimento probatório (MAJZOUB, 2005, p. 39).

Não obstante, nem sempre se entendeu ordálio com o sentido com que hoje é empregado, em razão da ausência de rigor terminológico e ausência de literatura erudita para designação dos juízos de Deus. O termo que se aproxima de “ordálio” teria sido cunhado por volta do século VII nas fontes jurídicas anglo-saxãs sob a denominação “*orda*”, enquanto nas fontes continentais, a forma *ordalium* (latinizada a partir do antigo alemão *urtheil*>*urteil*) é atestada apenas na época moderna (MAJZOUB, 2005, p. 36).

A terminologia mais encontrada nos documentos da idade média, segundo nos ensina Majzoub, é *iudicium Dei*⁵, mas que em muitos casos é utilizada como juízo moral, sendo necessária a avaliação do contexto em que se insere o termo para se verificar o sentido ordálico. Lado outro, os termos *iudicium aquae ferventis*⁶, *iudicium aquae frigidae*⁷, *iudicium crucis*⁸, *iudicium panis et casei*⁹ identificam algumas provas ordálicas. Outro termo bastante encontrado é *examination*¹⁰, mas que também deve ser avaliado no contexto para a verificação do sentido

⁵ Julgamento de Deus (Tradução nossa).

⁶ Julgamento da água fervente (Tradução nossa).

⁷ Julgamento da água fria (Tradução nossa).

⁸ Julgamento da cruz (Tradução nossa).

⁹ Julgamento do pão e do queijo (Tradução nossa).

¹⁰ Exame (Tradução nossa).

empregado, como ocorre nas expressões, *examen per eucharistiam*¹¹, *examinatio crucis*¹² (MAJZOUB, 2005, p. 36).

Outras expressões, tal como *purgatio*, também são encontradas como designativas do ordálio:

Para a Patrística, este termo designava em princípio a purificação da alma e mais tarde, liturgicamente, a reconciliação do pecador após a penitência. *Purgatio* é um dos termos que designa com mais freqüência o ordálio a partir do séc. IX, principalmente nos textos teológicos (doutrinários e litúrgicos). Aqui, também dependemos da contextualização do texto ou das locuções (*purgatio per corpus et sanguinem Domini nostri Iesu Christi, purgatio vulgaris*). Há ainda outros termos correntes, como *adiuratio* (*adiuratio ferri, adiuratio aquae ferventis*) e *probatio* para os quais as mesmas observações são válidas. O importante é que fique claro que não há um termo latino que corresponda a nosso conceito de “ordálio”, e sim uma série de expressões que só adquirem sentido no contexto do documento. (MAJZOUB, 2005, p. 37).

Contudo, embora muito praticados durante a Idade Média, a doutrina menciona a existência dos ordálios desde a antiguidade. Nesse sentido, esclarece Majzoub em sua dissertação sobre o tema:

As obras gerais e de referência constataam a ocorrência de usos ordálicos desde a Antigüidade, ainda que se cotejem ritos divinatórios que não possam ser estritamente classificados como tal. [...] a ampla utilização dos ordálios corresponderia a um estágio “primitivo” da história da humanidade, progressivamente superado pela utilização de outros meios de prova e julgamento. Assim, temos a descrição de procedimentos semelhantes no Antigo Israel, na Índia védica e na Grécia pré-clássica. (MAJZOUB, 2005, p. 36).

No mesmo sentido, esclarece Sophie Lafont afirmando a utilização dos juízos ordálicos de maneira numerosa durante a antiguidade:

A observação vale sobretudo para a Mesopotâmia, onde os juramentos e os ordálios estão documentados com abundância no contexto judiciário. O recurso às provas irracionais serve de alguma forma como expressão da íntima convicção do juiz. (LAFONT, 2010, p. 24).

O livro sagrado dos cristãos (Bíblia) traz a comprovação da utilização dos juízos ordálicos durante a antiguidade, que determina a realização da “prova das águas amargas” com a mulher suspeita de adultério, conforme está em Números:

¹¹ Exame pela eucaristia (Tradução nossa).

¹² Exame da cruz (Tradução nossa).

[...] Quando a mulher de algum se desviar, e prevaricar contra ele, De maneira que algum homem se houver deitado com ela, e for oculto aos olhos de seu marido, e ela o tiver ocultado, havendo-se ela contaminado, e contra ela não houver testemunha, e no feito não for apanhada,

[...]

E o sacerdote a conjurará, e dirá àquela mulher: Se ninguém contigo deitou, e se não te apartaste de teu marido pela imundícia, destas águas amargas, amaldiçoantes, serás livre.

Mas, se te apartaste de teu marido, e te contaminaste, e algum homem, fora de teu marido, se deitou contigo;

[...]

E esta água amaldiçoante entre nas tuas entranhas, para te fazer inchar o ventre, e te fazer descair a coxa. Então a mulher dirá: Amém, Amém.

[...]

E a água amarga, amaldiçoante, dará a beber à mulher, e a água amaldiçoante entrará nela para amargurar.

[...]

Também o sacerdote tomará um punhado da oferta de manjares, da oferta memorativa, e sobre o altar o queimará: e depois dará a beber a água à mulher.

E, havendo-lhe dado a beber aquela água, será que, se ela se tiver contaminado, e contra seu marido tiver prevaricado, a água amaldiçoante entrará nela para amargura, e a coxa descairá; e aquela mulher será por maldição no meio do seu povo.

E se a mulher se não tiver contaminado, mas estiver limpa, então será livre, e conceberá semente.

Esta é a lei dos ciúmes, quando a mulher, em poder de seu marido, se desviar e for contaminada;

Ou quando sobre o homem vier o espírito do ciúmes, e tiver ciúmes de sua mulher, apresente a mulher perante o Senhor, e o sacerdote nela execute toda a lei. (Nu 5, 12-20)

Os ordálios foram praticamente inexistentes no Direito Romano e as referências descobertas dizem respeito ao período mais antigo de Roma, o Direito Romano Arcaico.

Majzoub afirma, com base no historiador Jean-Philippe Lévy, a existência de textos literários antigos de Roma em que se descreve a utilização dos juízos ordálicos, mas que tais textos não poderiam ser fielmente considerados como comprovação da utilização dos ordálios em Roma, em razão da grande influência grega sobre os escritores romanos ¹³ que, por vezes, utilizavam-se diretamente das fontes gregas como se romanas fossem. Esclarece, porém, que Lévy, após

¹³ MAJZOUB realiza comentário em nota de rodapé sobre a obra de Jean-Philippe Lévy para esclarecer que *“Na página 421, o autor comenta que além da influência grega, muitas das fontes arcaicas romanas a descreverem rituais próximos aos ordálios seriam de origem etrusca, sarda ou úmbria, o que também afastaria do direito romano o uso de ordálios.”* (**Juízo de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio**: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814), 2005, p. 13).

debruçar-se sobre as fontes de direito romano pré-clássicas, afirma ser provável a utilização dos ordálios no direito romano antigo, pois:

[...] o instituto é tão geral, tão disseminado pelo mundo, que uma espécie de lei sociológica parece postular seu emprego em meio a todos os povos, em um certo estágio de sua evolução jurídica. Este estágio não é necessariamente primitivo, muito recuado na barbárie. [...] Ademais, o contraste não é total entre a prova racional e a prova mística [...] como por vezes em nossa idade média ocidental, os dois métodos coexistem sem separação absoluta, podendo-se transitar entre um e outro em caso de necessidade (LÉVY *apud* MAJZOUB, 2005, p. 13).

Fustel de Coulanges apresenta outras circunstâncias que ajudam a esclarecer as práticas do Império Romano acerca dos julgamentos dos magistrados durante o período da realeza e o período da república, aonde as funções política (chefe) e religiosa (sacerdote) concentravam-se na pessoa do magistrado que era considerado o intermediário entre o homem e a divindade, razão pela qual eram responsáveis pelos ritos, orações e os auspícios. A cidade supunha receber dos deuses os seus magistrados, confiando, pois, neles como sujeitos predestinados à orientação do povo, segundo a vontade divina (COULANGES, 2002).

Assim, como os sacrifícios, as oferendas, as consultas aos auspícios e os ritos sagrados eram uma constante da sociedade romana antiga, é de se presumir a utilização dos juízos ordálicos nos julgamentos, já que são excelente modo de alcançar a vontade divina.

Verifica-se, pois, que, apesar das divergências quanto à utilização dos juízos ordálicos no período do Direito Romano Arcaico, é certo que já no período da República Romana os ordálios já não mais existiam como forma de julgamento (MAJZOUB, 2005, p. 14), mas apenas manifestavam-se em algumas formas (*verba certa*) (LEAL, 2011, p. 24), vestes, procedimentos, além da interferência de oráculos, augúrios, presságios, dentre outras manifestações sobrenaturais (MAJZOUB, 2005, p. 14)¹⁴.

A influência germânica na cultura medieval teria sido a responsável pela introdução dos ordálios na prática judicial do medievo, influenciando também o

¹⁴ Majzoub debatendo as ideias de Lévy esclarece que o “*autor comenta nas p. 417 e ss., que as manifestações da vontade divina, presságios e oráculos são freqüentes na arte oratória romana, embora raros como prova no processo. Cícero, Quintiliano e Marciano Capela são exemplos de retores que admitiam os testemunhos sobrenaturais como eficazes; algumas passagens são brevemente discutidas pelo autor*” (**Juízo de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814)**, 2005, p. 14).

cristianismo (MAJZOUN, 2005, p. 14-15) que, primeiro combateu, mas depois recepcionou os ordálios. A utilização dos juízos ordálicos durante a medievalidade decorreu, assim, do encontro entre as culturas romano-cristã e germânico-pagã que se adaptaram uma a outra formando a sociedade medieval.

A igreja – após a queda do Império Romano derrotado pelos germânicos – adaptou-se para aceitar as práticas pagãs, atribuindo-lhes um caráter sacro ao resguardá-las com solenidades de fé, ou seja, a igreja medieval acatou diversas práticas pagãs, *“tornando-as aceitáveis ao traduzi-las na linguagem e na simbologia da doutrina eclesial. Esta posição é seguida, por exemplo, por Rudolf Köstler, François Louis Ganshof, Jean Gaudemet e Paul Fournier”* (MAJZOUN, 2005, p. 17).

O clérigo então passa a substituir o mago para tornar oficial (MAJZOUN, 2005, p. 26) os complexos rituais litúrgicos dos juízos ordálicos que tinham especial confiança no poder dos elementos, principalmente fogo e água (MAJZOUN, 2005, p. 20), embora existam relatos de utilização de animais, terra e alimentos na busca do juízo de Deus.

Em nossa análise, o juízo ordálico acabava por propagandear a severidade própria do Deus apresentado pela igreja durante a idade média. Afinal, como os juízos de Deus expressavam uma forma particularmente rigorosa de julgamento cujo resultado lesão/morte poucas vezes não era alcançado, a figura do Deus vingativo e sanguinário acabava por corroborar a manutenção do poder da igreja que mantinha em seus membros a legitimidade para realização da liturgia ordálica.

É certo, porém, que a posição de Roma (Vaticano) com relação ao juízo ordálico sempre foi mais reservada do que a posição assumida pelos representantes da igreja nas localidades. Ou seja, embora houvesse uma tolerância à aplicação do juízo ordálico, não havia um estímulo direto das autoridades centrais da igreja à realização dessas práticas que decorriam das relações do clero local com as autoridades político-econômicas estabelecidas. Desse modo, *“os ordálios seriam, portanto, desvios localizados que a uniformização doutrinária imposta pelo Papa em toda Igreja viria progressivamente a corrigir.”* (MAJZOUN, 2005, p. 27).

Contudo, até a proibição pela Igreja no século XII, diversos foram os tipos de provas inventadas pelo homem, tão mirabolantes quanto à criatividade humana pudesse pensar. Assim, Majzoub ao apresentar a tipologia das formas ordálicas (MAJZOUN, 2005, p. 41-42), ou seja, os tipos de provas criadas para aferição do juízo de Deus, enumera de maneira resumida a tipologia indicada por Charlotte

Leitmaier no livro *Die Kirche und die Gottesurteile: eine rechtshistorische Studie* ¹⁵, Wien: Herold, 1953, p.9-30, que abaixo citamos e explicamos:

- a) **prova da relha de arado** (*iudicium vomerum ignitorum*): ação de caminhar sobre uma certa quantidade de relhas em brasa. A inocência era comprovada pela ausência de lesão;
- b) **prova do ferro incandescente** (*iudicium ferri igniti, candentis, calidi; iudiciumigneum*): ação de portar nas mãos um objeto de metal em brasa por um certo espaço ou intervalo de tempo. A inocência era comprovada pela ausência de lesão;
- c) **prova da chama** (*manum in ignem mittere*): passar a mão pelo fogo ou mantê-la na chama por um determinado tempo. A inocência era comprovada pela ausência de lesão;
- d) **prova da água fervente** (*iudicium aquae ferventis, calidae, bullientis; examen aenei, caldariae*): imergir o braço ou parte em um caldeirão de água fervente, geralmente durante o tempo necessário para recuperar um objeto (desde uma simples pedra até uma relíquia, raramente especificado). A inocência era comprovada pela ausência de lesão;
- e) **prova da água fria** (*iudicium aquae frigidae*): a pessoa submetida à prova tem os pés e braços amarrados e é lançada em um tanque de água, lago ou rio. A interpretação da inocência do acusado era variável, por vezes indicada pela submersão, por vezes pela emersão;
- f) **prova do torrão** (*iudicium panis et casei; iudicium offae*): é oferecido um alimento consagrado para deglutição (geralmente um preparado de pão e queijo), se não for possível ingeri-lo ou se a pessoa tiver alguma indisposição posterior, era considerada culpada;
- g) **prova da eucaristia** (*examen per eucharistiam; purgatio per corpus et sanguinem Domini nostri Jesu Christi*): o provado recebia a hóstia consagrada e se não pudesse ingeri-la ou tivesse qualquer alteração, era considerado culpado;
- h) **prova da cruz** (*iudicium crucis*): participam conjuntamente acusado e acusador; os litigantes colocavam-se em pé com os braços abertos em

¹⁵ A Igreja e os Juízos de Deus: um estudo sobre a história do direito (Tradução Livre).

forma de cruz. Aquele que deixasse os braços caírem primeiro não havia sido “sustentado” por Deus e, portanto, era declarado culpado;

- i) **duelo** (*iudicium pugnae; campus; duellum; pugna duorum; monomachia; certamen singulare; batalium*): as partes enfrentavam-se em armas para provar seu bom direito.

Os povos germânicos – chamados bárbaros (*homo barbarus*) pelos romanos (*homo humanus*) (DUTRA, 2011a, p. 314) – tinham a cultura do combate entre as famílias para decidir sobre homicídios, roubos ou injúrias, porque acreditavam no resultado (vitória ou derrota) como julgamento divino. Muito comuns eram as definições de duelos entre guerreiros de povos distintos que pretendiam guerrear. O êxito do guerreiro era o êxito do povo. Assim, povos que acreditavam que duelos poderiam regular questões públicas, levavam tal conduta para regular questões particulares (MONTESQUIEU, 1973, p. 428-429).

Outra forma de juízo ordálico também muito utilizada era o *juramento purgatório* em que o acusado prestava juramento para desculpar-se ou provar sua inocência, de modo que se fazia um autoamaldiçoamento para o caso de falso juramento, rogando a Deus uma severa punição (GILISSEN, 1995, p. 716). O juramento, ainda hoje sobrevive em diversos ordenamentos jurídicos, consistindo na invocação da divindade como testemunha da verdade, sob pena de castigo (LOPES, 2000, p. 16). Note-se que em alguns estados dos Estados Unidos da América o depoimento em juízo é precedido de um juramento de dizer a verdade, com uma das mãos postada sobre um livro sagrado e a outra erguida aos céus.

É certo, contudo, que a doutrina noticia outras formas de juízos ordálicos, envolvendo terceiros, cadáveres e até mesmo animais. Em regra, o acusado era submetido às provações, porém, nada impedia que o acusador também fosse provado, conjunta ou separadamente ao acusado (GILISSEN, 1995, p. 715).

João Batista Lopes afirma que os juízos ordálicos foram vastamente utilizados pelos povos germânicos antigos que acreditavam descobrir a verdade por meio do emprego de expedientes cruéis, quiçá mortais:

Na “prova pelo fogo” o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes.

A “prova de bebidas amargas” consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se tivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos injetados de sangue.

Na “prova das serpentes”, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis.

Já na “prova da água fria” atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria tido como culpado; se flutuasse, como inocente. (LOPES, 2000, P. 15-16).

Ressalte-se, por oportuno, que referidos ordálios podiam ser unilaterais (quando havia apenas a participação do acusado) ou bilaterais (quando ambas as partes, acusador e acusado, eram submetidos à mesma provação) (GILISSEN, 1995, p. 715-716).

A partir dos séculos XII e XIII observa-se também um declínio da prática dos juízos ordálicos, o que pode ser explicado pelas mudanças sócio-políticas e pelas mudanças intelectuais que passam a ocorrer nesses tempos (MAJZOUN, 2005, p. 28).

Assim, a crescente urbanização, a retomada das práticas comerciais e a ascensão da burguesia racional foram alguns dos fatores que contribuíram para diminuição e posterior extinção das práticas ordálicas que também passaram a ter uma nova concepção com a retomada dos estudos da filosofia aristotélica:

Um grupo majoritário de historiadores reputam o declínio e interdição das práticas ordálicas a fatores de ordem intelectual. Como explicar que os juízos de Deus, mesmo difundidos século XII adentro teriam, à mesma época, sido alvo de uma intensa rejeição? Sugere-se que a proibição dos ordálios seria decorrente da oposição de uma elite intelectual à permanência de usos que não mais se justificavam diante de seus novos princípios. Neste sentido, a retomada da filosofia aristotélica, mas principalmente a doutrina canônica e jurídica da Baixa Idade Média são considerados fatores determinantes para o declínio dos ordálios. Nesta linha, um grupo de autores propõe que a retomada dos estudos aristotélicos são determinantes para a superação dos ordálios. Uma nova interpretação sobre a natureza, vista como sujeita a leis físicas ao invés de impulsos providenciais constantes, seria incompatível com a lógica dos ordálios. A filosofia aristotélica anti-providencialista, ao assumir uma posição dominante na formação intelectual, influenciaria na elaboração de doutrinas anti-ordálicas, determinantes para a canonística a partir do século XII. (MAJZOUN, 2005, p. 32)

Ainda nesse sentido, a pesquisadora brasileira cita o historiador do direito, dedicado ao estudo da formação das competências jurisdicionais, Robert Jacob

autor do livro “*Le jugement de Dieu et la formation de la fonction de juger dans l'histoire européenne*”¹⁶ para quem:

As novas riquezas decorrentes da expansão rural, e em seguida urbana, propiciaram aos poderes públicos – das cidades, dos grandes senhores e das monarquias – condições para formar estavelmente um corpo de agentes policiais e magistrados profissionais. A autoridade do poder judiciário reforça-se. Ele era a partir de então perfeitamente capaz de impor às partes litigantes o respeito às regras comuns e a execução de seu julgamento. A tentação de apelar ao Outro Mundo declinava proporcionalmente. As novas relações de força e poder atribuíram um novo papel ao juiz no processo, do qual ele constituía o mestre incontestável (JACOB *apud* MAJZOUB, 2005, p. 34).

Na Inglaterra de Henrique II, durante a segunda metade do século XII, o júri surge como uma alternativa de combate às práticas do juízo ordálico que, inicialmente, passaram a ser realizadas perante o júri, mas, posteriormente, durante o século XIII, os ordálios desaparecem e o júri ganha a função de ditar a culpa ou inocência do acusado (GILISSEN, 1995, p. 214).

Frise-se que antes do século XIII os juízes não faziam distinção entre meios de provas racionais e meios de prova irracionais¹⁷. Aliás, parece-nos ser possível afirmar que os meios irracionais de prova eram hierarquicamente superiores ao que se convencionou chamar de meios racionais (p. e. testemunha e documento), afinal se “*é Deus que permite ao inocente vencer, e ao culpado ser vencido*” (GILISSEN, 1995, p. 259) qual outro meio de prova melhor elucida os fatos discutidos?

Importante ressaltar que tal modo de julgamento/comprovação ligava-se ao mais primitivo sistema histórico de apreciação de provas denominado Sistema da Certeza Leal, conforme explica Rosemiro Pereira Leal:

O **sistema da certeza legal** é o mais primitivo, porque a certeza dos fatos dependia da manifestação da lei natural ou divina, por isso é que se denominou critério probatório da “certeza legal”. Aqui “legal” significa atributo da **lei da natureza** reveladora dos juízos de Deus (as ordálias). Nessas épocas tenebrosas, a absolvição ou inocência de alguém era aferida pelo grau de suas virtudes, do acaso protetor, de sua santidade, seu poder mítico ou místico. (LEAL, 2011, p. 206)

¹⁶ O Julgamento de Deus e a Formação da Função de Julgar na História Européia (Tradução Livre).

¹⁷ Pelos meios de provas irracionais o juiz pergunta a um ser sobrenatural sobre a verdade dos fatos (GILISSEN, **Introdução histórica ao Direito**, p. 714).

O juízo ordálico, assim, retirava qualquer possibilidade de interferência racional do homem no resultado do julgamento acerca dos fatos “julgados”. Os litigantes e os julgadores terrenos são meros espectadores da decisão final de Deus detentor da justiça máxima e infalível em seus julgamentos.

O juízo ordálico, ora fornecia a prova cuja sentença divina já lhe era concomitante (por vezes ocorria a morte), ora apenas forneciam provas para o julgamento do homem acusado. Algumas vezes – quando o sujeito testado sobrevivia à prova a que era submetido – a seqüência do julgado dava-se por meios dos juízes terrenos que se utilizavam do resultado obtido para declarar a culpa ou a inocência.

O sujeito acusado que morresse era, automaticamente, declarado culpado, já que o próprio Deus (ou Deuses) já lhe havia ceifado a vida em razão da notória culpa, causa da morte.

Outras vezes, a passagem incólume do acusado pela provação era que gerava a prova de sua inocência, pois se acreditava que os inocentes eram abençoados com a proteção divina. Assim, o vencedor dos duelos (prova *per pugnam*), realizados com espadas ou armas de fogo, era considerado o protegido por Deus que sustentava a bravura e a inocência do vencedor (LEAL, 2011, p. 206).

2.2 Juízo Final

O juízo final é uma expressão que se apresenta em diversas religiões, dentre as quais estão as religiões cristãs que admitem um momento futuro em que, após grandes tormentas (sinais do final dos tempos) haverá um julgamento último realizado por uma criatura transcendental (p.e., Deus) acerca de todos os vivos e os mortos, de modo que alguns receberão os benefícios da continuação da vida (eterna) e outros serão mortos para sempre.

O livro sagrado do cristianismo (Bíblia) apresenta o juízo final no livro do Apocalipse, nos seguintes termos:

E vi outro anjo voar pelo meio do céu, e tinha o evangelho eterno, para o proclamar aos que habitam sobre a terra, e a toda a nação, e tribo, e língua, e povo.
Dizendo com grande voz: Temei a Deus, e dai-lhe glória; porque vinda é a hora do seu juízo (Nu 5, 12-20).
[...]

E vi um grande trono branco, e o que estava assentado sobre ele, de cuja presença fugiu a terra e o céu; e não se achou lugar para eles.

E vi os mortos, grandes e pequenos, que estavam diante do trono, e abriram-se os livros; e abriu-se outro livro, que é o da vida: e os mortos foram julgados pelas coisas que estavam escritas nos livros, segundo as suas obras.

E deu o mar os mortos que nele havia; e a morte e o inferno deram os mortos que neles havia; e o foram julgados cada um segundo as suas obras.

E a morte e o inferno foram lançados no lago de fogo: esta é a segunda morte.

E aquele que não foi achado escrito no livro da vida foi lançado no lago de fogo (Ap 20, 11-152).

O Livro de Mórmon ¹⁸ também afirma que o juízo final é um julgamento aonde o Senhor (Deus), por intermédio de Jesus Cristo, julgará a todos os homens com base na obediência pessoal de cada um com relação aos mandamentos de Deus, discernindo os bons dos maus (SMITH, 1995, p. 118).

Antes do juízo final os cristãos crêem que o sol se encobrirá por força de um terrível eclipse jamais visto e que a lua aparecerá entre as trevas totalmente encoberta por sangue. As estrelas serão desencaixadas dos céus e cairão sobre o firmamento, ocasionando enormes estrondos e a emersão de gases ardentes. O mar, por sua vez, erguerá enormes ondas, engolindo ilhas e afogando diversos seres vivos (VIEIRA, 1961, p. 59).

Depois desses sinais, entre trovões, relâmpagos e raios, haverá uma gigantesca chuva de fogo que queimará toda a terra, secará o mar e extinguirá o ar, fazendo padecer todas as criaturas até então viventes. Haverá, pois, um vastíssimo deserto donde se ouvirá uma enorme ressoar de uma trombeta que fará soerguer das sepulturas todos os mortos e vivos (VIEIRA, 1961, p. 59-60).

Neste momento será reunido todo o gênero humano no vale de Josafá e aparecerá nos céus o supremo juiz, acompanhado de diversos anjos que exercerão um primeiro juízo (julgamento) e separarão os homens maus dos homens bons, cada qual segundo a sua ocupação terrena (VIEIRA, 1961, p. 30-34).

¹⁸ O Livro de Mórmon é “*um dos quatro volumes de escritura aceitos por A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos Últimos Dias. É um resumo feito por um antigo profeta, chamado Mórmon, dos anais dos antigos habitantes das Américas. Foi escrito para testificar que Jesus é o Cristo. [...] O Livro de Mórmon é um registro religioso de três grupos de pessoas que emigraram do Velho Mundo para o continente Americano. [...] O Livro de Mórmon registra a vida de Jesus Cristo ao povo das Américas, após sua ressurreição. [...] O livro de Mórmon e a Bíblia cresceram juntamente [...]*” (SMITH, Joseph Jr. **O Livro de Mórmon**: outro testamento de Jesus Cristo. Assunção: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos últimos Dias, 1995, p. 126-127)

Após a separação dos bons e dos maus, segundo os critérios divinos dados por Deus aos anjos, “*em um momento se abrirão os processos e ficarão manifestas e patentes a vida de todos, sem haver obra, palavra, omissão nem pensamento, por mais secreto e oculto, que ali não será público*” (VIEIRA, 1961, p. 61):

[...] vendo todos a consciência de todos, todos a de cada um, e cada um a sua [...] convencidos desta evidência, ninguém haverá que replique, ninguém que embargue, ninguém que apele, nem para a Mãe da Misericórdia, nem para a misericórdia do Filho e suas chagas [...]. (VIEIRA, 1961, p. 61-62)

Após, iniciar-se-á o segundo e último juízo, o juízo final:

[...] olhará o Senhor para a mão direita, e com o rosto cheio de glória e alegria, dirá aos bons: vinde benditos de meu Pai, e possui o reino que vos está aparelhado desde o princípio do mundo. [...] Voltando-se depois o Senhor – não digo bem – não se voltando o Senhor para a mão esquerda, com rosto severo, e não compassivo – o que me não atrevera eu a crer se o não disseram as Escrituras – dirá desta maneira para os maus: [...] Ide, malditos, para o fogo eterno, que está aparelhado, não para vós, senão para o demônio e seus anjos; mas já que assim o quisestes, ide. – Abriu-se a terra, caíram todos, tornou-se a cerrar para toda a Eternidade. Eternidade. Eternidade. Eternidade (VIEIRA, 1961, p. 54-55).

Nota-se assim, que no juízo final todo o procedimento para julgamento já estará previamente estabelecido pela autoridade, assim como as provas já serão previamente conhecidas pelo julgador supremo que proferirá uma sentença rápida, justa e irrecorrível, condenando os bons à vida eterna e os maus à morte.

Então, o juízo final, onde há a ideia de um ser onipotente que já tudo conhece por meio dos livros, concedendo os direitos de uns e a condenação de outros, vai ser de fundamental importância na criação do **juízo de direito** que, não obstante, passa a ter, não mais a entidade metafísica como julgador, mas a entidade física mitificada, denominado juiz.

2.3 Juízo em Aristóteles

Na Grécia do século III a. C., Aristóteles de Estagira já abordava o tema do juízo em meio às discussões acerca da linguagem e seus sentidos, afirmações, negações e contradições (ARISTÓTELES, 2005).

Para Aristóteles o juízo é um produto do intelecto que se expressa de forma oral ou escrita, sendo um julgamento de certo ou errado, bom ou mau, melhor ou pior, alcançado por meio do pensar.

Não obstante, para o estagirita existem os juízos verdadeiros e os juízos contrários aos verdadeiros e explica:

Imaginar que juízos contrários são os que têm sujeitos contrários é equivoco, pois o juízo de que uma coisa boa é boa e o juízo de que uma coisa má é má são talvez idênticos e verdadeiros, trata-se (formalmente) de um ou mais juízos. Os sujeitos são contrários aqui, mas o que torna os juízos contrários é deterem dois sentidos contrários e não deterem dois sujeitos contrários.

[...]

Classifiquemos como contrários aos juízos verdadeiros os juízos nos quais o erro está presente. (ARISTÓTELES, 2005, p 108)

Neste sentido, o juízo verdadeiro está ligado à essência da coisa do que se trata, bastando, pois, o pensamento do ser pensante para se chegar à verdade, portanto, à essência:

O que é bom, portanto, é concomitantemente bom e não mau, sendo que a primeira destas qualidades lhe pertence por essência, ao passo que a segunda lhe pertence apenas por acidente, pois é por acidente que é não mau. Mas o juízo mais verdadeiro acerca de qualquer coisa é aquele sobre a essência da coisa, tal como o falso é realmente o mais falso quando, de maneira análoga, se ocupa de sua essência. (ARISTÓTELES, 2005, p 108)

Desse modo, poderia o homem formular juízos de verdade por meio do pensamento e, por conseguinte, acessar a essência das coisas das quais se trata, sendo que as “afirmações e negações faladas são símbolos dos juízos [...]”(ARISTÓTELES, 2005, p 108).

Então, se o juízo de certo (verdade) pode ser alcançado por meio do pensamento e a essência da coisa é que leva ao juízo verdadeiro, nota-se que o pensamento do sujeito pensante em Aristóteles é que vai permitir conhecer a verdade essencial da coisa. É o pensamento que conduz o sujeito à verdade sobre a coisa. Vêem-se aqui os primórdios da filosofia da consciência na relação sujeito-objeto, influenciando o conhecimento a ser gerado.

2.4 Juízo kantiano

Immanuel Kant foi um pensador nascido no século XVIII (1724-1804) que viveu intensamente o período denominado por “Iluminismo”. Em verdade, referido filósofo pode ser caracterizado como iluminista, na medida em que desenvolveu estudos revolucionários acerca da razão humana.

Kant retoma grandes debates da filosofia grega investigando o pensamento, o conhecimento, a consciência, a matemática, a física e a metafísica, dentre outros temas que interessavam ao hedonismo crescente de sua época:

Na verdade, todo o pensamento kantiano tem presente essa ciência exata, emergente na Idade Moderna e que se vai impondo, progressivamente, a todos os domínios do real.

A matemática e a lógica, como é afirmado no prefácio da segunda edição da *Crítica da Razão Pura*, já entre os gregos tinham iniciado o caminho seguro da ciência e no século XVII a física começara a trilhar a mesma via, alcançando a perfeição nos *Principia Philosophiae Naturahs* de Newton. A filosofia necessitaria também, imperiosamente, de se esquivar à multiplicidade de opiniões antagônicas e de se elevar, por sua vez, a um estatuto científico que lhe conferisse um rigor indesmentível. (KANT, 2001, p. 8)

Kant desenvolve uma teoria filosófica em que o “*juízo é, pois, o conhecimento mediato de um objeto, portanto a representação de uma representação desse objeto*” (KANT, 2001, p. 128).

Segundo Pascal, Kant tem na razão a fonte dos nossos juízos estéticos e teleológicos, explicações trabalhadas no livro *Crítica da Faculdade do Juízo* (PASCAL, 1992, p. 33). Para tanto, o autor discorre sobre dois tipos de conhecimento: conhecimento *a priori* e conhecimento *a posteriori*:

Para além do saber *a posteriori*, extraído da experiência, haverá um saber de outra ordem, saber *a priori*, que precede a experiência e cujo objeto não nos pode ser dado pela experiência. Um objeto desta ordem será o próprio sujeito, a estrutura do sujeito, e é esta estrutura que torna possível a experiência.

Embora todo o nosso conhecimento tenha início na experiência, não significa que todo ele provenha daí. Certamente que há conhecimentos hauridos na experiência, que se traduzem em juízos sintéticos, em que o predicado se acrescenta ao sujeito, enriquecendo-o, tendo como base desse enriquecimento a experiência; juízos válidos, portanto, unicamente nos domínios desta e apenas particulares e contingentes. Ao lado destes, ao jeito tradicional, apresenta Kant os juízos analíticos, em que o predicado não é mais do que uma nota extraída por análise da própria noção do sujeito e deste modo explicitada. Com estes juízos explicita-se o já

implicitamente sabido, mas não se criam conhecimentos novos. São contudo *a priori*. (KANT, 2001, p. 11.)

Desse modo, o conhecimento *a priori* seria todo conhecimento universal (proposição aplicável a todos os casos) e necessário (proposição cujo contrário é impossível), não derivado da experiência – a qual nos permite apenas constatar uma realidade – mas baseado nas leis da razão, fonte única de proposições universais e absolutamente necessárias (PASCAL, 1992, p. 37). Explicando o juízo *a priori*, afirma Kant:

Por esta razão designaremos, doravante, por juízos *a priori*, não aqueles que não dependem desta ou daquela experiência, mas aqueles em que se verifica absoluta independência de toda e qualquer experiência. (KANT, 2001, p. 63).

As proposições da matemática, segundo Pascal, são bons exemplos de conhecimentos universais e necessários, qualificando-os, pois, como conhecimentos *a priori*. Disso decorre que os conhecimentos de matemática e de física seriam “*verdadeiros conhecimentos*”.

Para explicar essa diferença, Kant trabalha a distinção entre dois tipos de juízo, quais sejam, juízos analíticos e juízos sintéticos:

Analítico é o juízo que se limita a explicar um conceito, a analisar-lhe o conteúdo, sem fazer apelo a qualquer elemento novo; o predicado, neste caso, é extraído do sujeito por simples análise. [...] Sintético, ao contrário, é um juízo cujo predicado acrescenta alguma coisa ao conceito do sujeito. Já não se trata de uma simples análise do sujeito, pela qual se descobrisse um predicado, mas de uma verdadeira síntese de um sujeito e de um predicado. [...] (PASCAL, 1992, p. 38)

Desse modo, todo juízo decorrente de uma experiência é sintético, pois a experiência somente pode nos ensinar a acrescentar determinados atributos aos conceitos que já possuímos acerca dos sujeitos. O juízo analítico, por sua vez, é sempre *a priori*¹⁹, vez que não há necessidade de se recorrer à experiência para definir algum pensamento sobre um conceito (PASCAL, 1992, p. 32).

¹⁹ *A priori* é uma classe de elemento do conhecimento do objeto que depende do sujeito e constitui a forma do conhecimento. Assim, a matéria do conhecimento é sempre variável de um objeto a outro, enquanto a forma, sendo imposta ao objeto pelo sujeito, será reencontrada em todos os objetos por todos os sujeitos (PASCAL, **O pensamento de Kant**, p. 36).

Ademais, Pascal afirma que a grande descoberta de Kant estaria numa terceira classe de juízo, para além do juízo sintético e juízo analítico, qual seja, o juízo sintético *a priori* que é universal, necessário e permite a ampliação de conhecimento. Assim, ao invés de apenas explicar ou esclarecer o conhecimento como ocorre no juízo analítico, o juízo sintético *a priori* amplia o conhecimento. Por isso, os conhecimentos de matemática e física podem ser classificados como juízos sintéticos *a priori* (PASCAL, 1992, p. 39), mas também:

Na metafísica [...] deve haver juízos sintéticos *a priori*; por isso, de modo algum se trata nessa ciência de simplesmente decompor os conceitos, que formamos *a priori* acerca das coisas, para os explicar analiticamente; o que pretendemos, pelo contrário, é alargar o nosso conhecimento *a priori*, para o que temos de nos servir de princípios capazes de acrescentar ao conceito dado alguma coisa que nele não estava contida e, mediante juízos sintéticos *a priori*, chegar tão longe que nem a própria experiência nos possa acompanhar. (PASCAL, 1992, p. 74)

Assim, os conhecimentos metafísicos são juízos que não apenas esclarecem o conhecimento, mas também o ampliam. São juízos apriorísticos que não necessitam recurso à experiência para avaliação de conceitos e são universais e necessários, permitindo ampliar o conhecimento acerca do objeto.

Nota-se, pois, que a filosofia kantiana apresenta uma divisão entre filosofia teórica e filosofia moral (prática), em que a primeira possui como objeto o domínio da natureza (o sensível), enquanto a segunda possui como objeto o domínio da liberdade (o suprasensível). A primeira, ligada ao conhecimento, depende do entendimento²⁰ e a segunda, ligada a ação, depende da razão (PASCAL, 1992, p. 156):

A legislação mediante o conceito da natureza ocorre mediante o entendimento e é teórica. A legislação mediante o conceito de liberdade acontece pela razão e é simplesmente prática. Apenas no plano prático <im Praktischen> pode a razão ser legisladora; a respeito do conhecimento teórico (da natureza) ela somente pode retirar conclusões, através de inferências, a partir de leis dadas (enquanto tomando conhecimento de leis mediante o entendimento), conclusões que porém permanecem circunscritas à natureza. Mas, ao invés, onde as regras são práticas, não é por isso que imediatamente razão passa a ser legislante, porque aquelas também podem ser técnico-práticas. (KANT, 2010, p. 19)

²⁰ Para Kant entendimento é “*faculdade não sensível do conhecimento*” (KANT, 2001, p. 128).

Em seus estudos Kant constata que o conceito de liberdade deve realizar no mundo sensível o fim imposto por suas leis:

[...] o conceito de liberdade deve tornar efetivo no mundo dos sentidos o fim colocado pelas suas leis e a natureza em consequência tem que ser pensada de tal modo que a conformidade a leis da sua forma concorde pelo menos com a possibilidade dos fins que nela atuam segundo leis da liberdade. (KANT, 2010, p. 20)

Assim, o suprassensível deve poder ser possível no mundo sensível. Daí surge a dúvida: como passar da ordem da liberdade para a ordem da natureza? (PASCAL, 1992, p. 157).

Esse debate entre a filosofia prática e a filosofia teórica nos vem desde os gregos, por meio das conjecturações de Aristóteles, sendo retomada na modernidade por Kant que passa a agregar à dicotomia filosofia teórica/filosofia prática a questão da subjetividade que não estava presente na problemática grega (STRECK, 2010, p. 59).

Kant acredita que o juízo, entendido como faculdade de julgar, é que seria o “intermediário” a permitir a passagem das leis morais às leis da natureza, ou seja, da ordem da liberdade à ordem da natureza. Nesse momento tem por acrescido o problema do solipsismo do sujeito transcendental kantiano (PASCAL, 1992, p. 157).

Para Kant, existe um termo médio entre o entendimento (filosofia teórica – domínio da natureza) e a razão (filosofia moral ou prática – domínio da liberdade) que é representado pela faculdade do juízo (KANT, 2010, p. 21) ²¹. É o juízo o responsável por fazer essa conexão entre a filosofia teórica e a filosofia prática que tem na razão o “vetor” principal a iluminar o caminho a ser percorrido pelo sujeito cognoscente.

Neste contexto, tem a razão grande relevância para o pensamento kantiano, na medida em que:

[...] a razão é a faculdade que nos fornece os princípios do conhecimento *a priori*. Logo, a razão pura é a que contém os *princípios* para conhecer algo absolutamente *a priori*. Um *organon* da razão pura seria o conjunto desses princípios, pelos quais são adquiridos todos os conhecimentos puros *a priori* e realmente constituídos. A aplicação pormenorizada de semelhante organon

²¹ Kant esclarece que a “*faculdade do juízo em geral é a faculdade de pensar o particular como contido no universal. No caso de este (a regra, o princípio, a lei) ser dado, a faculdade do juízo, que nele subsume o particular, é determinante [...]. Porém, se só o particular for dado, para o qual ela deve encontrar o universal, então a faculdade do juízo é simplesmente reflexiva. (Crítica da Faculdade do Juízo, p. 23)*”

proporcionaria um sistema da razão pura. Como este sistema, porém, é coisa muito desejada e como resta ainda saber se também [aqui] em geral é possível uma extensão do nosso conhecimento e em que casos o pode ser, podemos considerar como uma *propedêutica* do sistema da razão pura, uma ciência que se limite simplesmente a examinar a razão pura, suas fontes e limites. (KANT, 2001, p. 78)

Podemos afirmar ainda que em Kant a faculdade de pensar (KANT, 2001, p. 129) gera a subjetivação do conhecimento *a priori* que é adquirido pelo sujeito cognoscente por meio da razão portadora dos princípios do conhecimento *a priori* a possibilitar a formação de juízos analíticos e juízos sintéticos *a priori*, permitindo a conexão entre o conhecimento *a priori* (filosofia prática) e o conhecimento *a posteriori* (filosofia teórica), permitindo realizar a liberdade da filosofia prática, do mundo suprassensível, no âmbito da filosofia teórica no mundo sensível.

Assim os juízos servem de intermediários entre a causalidade natural (teórico) e a finalidade moral (prático). A crítica do juízo é que define as condições de possibilidade do juízo de finalidade (PASCAL, 1992, p. 159).

Em Kant, referido juízo de finalidade subdivide-se em dois tipos: juízo estético e juízo teleológico. Pelo primeiro há uma constatação acompanhada de prazer ou desprazer e no segundo há um reencontro harmonioso na própria natureza (PASCAL, 1992, p. 159):

É sobre isso que se funda a crítica da faculdade do juízo em faculdade do juízo estética e teleológica: enquanto que pela primeira entendemos a faculdade de ajuizar a conformidade a fins formal (também chamada subjetiva) mediante o sentimento de prazer ou desprazer, pela segunda entendemos a faculdade de ajuizar a conformidade a fins real (objetiva) da natureza mediante o entendimento e a razão. (KANT, 2010, p. 37)

É o juízo estético que permite a verificação de concordância entre o objeto da natureza e as nossas próprias faculdades, verificação seguida de prazer, enquanto a constatação inversa vem acompanhada de desprazer (PASCAL, 1992, p. 160). Já o juízo de finalidade é a constatação objetiva da natureza em intermédio do entendimento e da razão.

Aqui se torna importante esclarecer o sentido do termo “estética” na filosofia kantiana, que pode ser definido como:

Aquilo que na representação de um objeto é meramente subjetivo, isto é, aquilo que constitui a sua relação com o sujeito e não com o

objeto é a natureza estética dessa representação; mas aquilo que nela pode servir ou é utilizado para a determinação do objeto (para conhecimento) é a sua validade lógica. (KANT, 2010, p. 33)

Assim, o juízo estético tem como qualidade fundamental o fato dele ser subjetivo e *“por serem universais as condições subjetivas do juízo a respeito do objeto, que a satisfação produzida pela representação do belo tem valor subjetivo universal”* (PASCAL, 1992, p. 162).

Para Kant, na crítica do juízo, a parte mais importante da teoria cinge-se à faculdade do juízo estética que tem como princípio *a priori* na reflexão quanto à natureza o princípio de uma “conformidade a fins formal” da natureza, segundo suas leis particulares (empíricas) para a nossa faculdade de conhecimento (KANT, 2010, p. 37), é *“[...] uma faculdade particular de ajuizar as coisas segundo uma regra, mas não segundo conceitos.”* (KANT, 2010, p. 38).

O juízo teleológico ou de finalidade distingue-se do juízo estético, na medida em que afirma a existência de uma finalidade objetiva, ou seja, desvinculada do subjetivo, trazendo a ideia de que na natureza há um fim (PASCAL, 1992, p. 171), vez que *“a faculdade do juízo usada teleologicamente indica de forma precisa as condições sob as quais algo [...] deve ser ajuizado segundo a idéia de um fim da natureza.”* (KANT, 2010, p. 38). A faculdade do juízo teleológico procede segundo conceitos, porém atendendo a determinados objetos da natureza segundo princípios particulares (faculdade de juízo reflexiva e não determinante do objeto), definindo uma ideia de finalidade objetiva e material, ou seja, a ideia de um fim da natureza (PASCAL, 1992, p. 171).

Não obstante, Pascal (1992) esclarece que não há um fim situado no objeto que esteja fora do sujeito, pois é o sujeito quem introduz uma finalidade no objeto segundo conceitos.

Assim, Kant conclui que entre o entendimento (fonte do conhecimento) e a razão (fonte das ações) existe uma faculdade mediadora, qual seja, a faculdade do juízo que tem como função pensar o mundo sensível em referência ao mundo inteligível (suprassensível) (PASCAL, 1992, p. 1771).

Kant (2010) interliga o entendimento e a razão por meio do juízo do sujeito cognoscente (aquele que conhece, conhecedor) que pensa o mundo sensível em referência ao mundo suprassensível.

2.4.1 Breve noção do direito em Kant e o papel do juízo

Em Kant aparecem duas concepções de direito: o direito em sentido estrito, como coação externa ao sujeito, e direito em sentido amplo, como exterioridade da legislação prática, conforme ensina Aloísio Rodrigues Lana, forte nas lições de Beckenkamp:

Em relação à primeira noção, que determinaria o caráter liberal do direito, este comentador parece dar foco principal à coação externa como instrumento que asseguraria o livre uso do arbítrio em coexistência à liberdade de todos de acordo com uma lei universal. Enquanto isso, em relação à segunda concepção de direito, o autor faz a consideração de que tem caráter categórico e incondicional – como o da lei moral, uma vez que “*ele é decorrente de princípios práticos a priori da razão, e não meramente de uma positiva à revelia das exigências da razão prática pura.*” (BECKENKAMP apud LANA, 2008, p. 47).

Para Kant o direito é uma limitação de liberdade de “um” como condição de coexistência a liberdade de “outro”, segundo uma lei universal (KANT, 2004, p. 77).

Nota-se, com isso, que a noção do direito como “coação externa” ganha grande aceitação e repercussão, o que – no nosso sentir – será posteriormente utilizado por Hans Kelsen para o desenvolvimento de sua Teoria Pura do Direito, cujas causalidades são ignoradas em privilégio à imputabilidade, confirmando o direito como um instrumento de dominação, mormente por se admitir o “livre uso do arbítrio” (discricionariedade), segundo uma lei universal (norma fundamental em Kelsen).

Desse modo, o direito em Kant liga-se à filosofia prática, no mundo suprassensível (metafísico), cujo conhecimento dá-se *a priori*. É uma ideia *a priori* da razão pura:

[...] o direito é uma idéia pura *a priori* que decore da idéia fundamental da liberdade transcendental, mas derivada em acordo com as condições que essa causalidade encontra no mundo sensível. A idéia mesmo de direito concebe uma legislação que, no mundo sensível, possibilite, através da causalidade deste, que o sujeito aja em conformidade à ação esperada em um mundo onde ela é a liberdade. Assim, o juízo sintético *a priori* que constitui o princípio do direito reúne duas causalidades de mundos distintos – a liberdade e as leis da *physis*.

Em suma, o papel do direito em Kant parece ser o de efetivar a transição para o mundo sensível da causalidade da liberdade [...] (LANA, 2008, p. 52)

O direito em Kant possui um princípio universal que se expressa da seguinte forma:

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal. (KANT *apud* LANA, 2008, p. 51)

Esse “princípio universal do direito” associado ao “princípio supremo da moralidade” kantiana, segundo o qual “*Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne em lei universal*” (KANT, 2004, 59) demonstram uma confiança extremada de Kant na razão e na utilização do juízo *a priori* como fonte do “conhecimento verdadeiro”, o que, segundo entendemos, influenciou toda a tradição jurídica ocidental posterior.

O direito para Kant é um condutor da moral, na medida em que torna possível o princípio supremo da moralidade, o que ocorre através das proposições da universalidade, da vontade legisladora submetida a um plano sensível e à coação racional de um agente (LANA, 2008, p. 52).

Parece-nos, pois, que em Kant o direito, como conhecimento *a priori*, possui princípios sintéticos *a priori*, sendo uma ideia da razão pura acessível a todos os sujeitos que devem agir segundo uma lei universal. Assim, o juízo *a priori*, como inerente a todo ser racional, conduz o sujeito ao conhecimento verdadeiro (essencial e infalível) trazido ao direito, do mundo suprassensível para o mundo sensível, pelo juízo (intermediário entre o conhecimento e a razão) da autoridade solipsista.

Essas noções kantianas é que nos parecem ter dado base à crença no arbítrio da autoridade, vez que pela pretensão de universalidade da ação (alcançada pelos princípios *a priori* da razão), somada à vontade legisladora fundada na liberdade (liberdade racional) do agente, torna-se possível a crença na autoridade bem intencionada, criadora de leis universalizáveis (caso paradigma, súmulas, jurisprudência), a produzir “o verdadeiro” por meio do acesso privilegiado a uma razão redentora.

Essa criação de leis e condutas universalizáveis é realizada por meio do juízo (intermediário entre conhecimento e razão) a permitir a conexão entre o mundo suprassensível (metafísico) e o mundo sensível (experiência).

Essas ideias do direito ligado à metafísica e juízo como conector de ideias estão imersas numa filosofia da consciência que tem no sujeito o conhecedor absoluto do objeto, alcançando ambas a modernidade e influenciando a criação do direito e seus institutos, dentre os quais também o **juízo de direito**.

2.5 Juízo de Ponderação

Na segunda metade do século XX a concepção de Constituição sofreu certa modificação e passou a ser encarada como uma ordem de valores, teoria que ganhou muitos adeptos na Alemanha, espalhando-se pelo continente europeu e, depois, pela América Latina (BRANCO, 2009, p. 61).

A doutrina passou a defender um caráter axiológico da Constituição, o que ensejou a necessidade de abstenção do Estado no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, bem como a obrigação de fomento e concretização desses direitos (BRANCO, 2009, p. 61). Os direitos fundamentais tornam-se, pois, um marco interpretativo dos preceitos jurídicos, limitando a atuação do Poder Público. Os direitos fundamentais alcançam a condição de normas que filtram os valores básicos da sociedade política para influírem sobre todo o direito positivo (BRANCO, 2009, p. 62).

Nesse contexto surgiu o princípio da proporcionalidade²², bem como o juízo de ponderação que dele decorre, com o intuito de dar uma resposta ao conflito (tensão) entre princípios, frente a algum caso concreto.

Dentre os defensores do juízo de ponderação, encontram-se os adeptos de uma escola jurídica surgida no continente europeu do pós-guerra, denominada de neoconstitucionalismo que é marcado pela materialização das constituições, com normas constitucionais densas de conteúdo significativo, relativos a direitos individuais substantivos (BRANCO, 2009, p. 130). Tal movimento, também se

²² Segundo Robert Alexy, “O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia de otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. Nos princípios da idoneidade e da necessidade trata-se da otimização relativamente às possibilidades fáticas. [...] A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas.” (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 24, out. 2005, p. 338-339)

caracteriza pela busca da proteção das normas constitucionais “*por meio de uma judicatura independente dos órgãos legiferantes*” (BRANCO, 2009, p. 131).

Nesse momento histórico, o juiz atinge “relevância exponencial” na definição dos direitos, na medida em que as normas como princípios, a adoção de normas de textura maleável (aberta) e a discricionariedade (BRANCO, 2009, p. 132), trazem a necessidade de uma estabilização dos conteúdos desses direitos por um decisor. “*É o juiz quem define, afinal, se haverá, ou não, de reconhecer como vinculante o que o legislador determinou*” (BRANCO, 2009, p. 132):

Os que falam em neoconstitucionalismo assumem que a discricionariedade do juiz é ampla, sobretudo nos casos de ponderação, mas não vêem nisso causa para alarme, já que essas deliberações se legitimam pela “depurada argumentação racional” em que se fundam.

[...]

A formulação das normas constitucionais como princípios permite que as contradições não importem a supressão de uma norma em favor da outra em todos os casos. A ponderação permite que os preceitos rivais prossigam válidos, estabelecendo apenas que, “no caso concreto, e de modo circunstancial, um [princípio] triunfe sobre o outro”. Essa ponderação é incompatível com uma perspectiva de aplicação do direito toda baseada em técnica de subsunção. (BRANCO, 2009, p. 134).

O princípio da proporcionalidade como critério de aplicação dos princípios constitucionais orienta a tomada de decisões judiciais, exigindo para tanto avaliação dos princípios parciais da adequação^{23 24} e da necessidade²⁵ da decisão a ser

²³ O princípio parcial que é chamado de idoneidade por Alexy (2005) é denominado adequação na obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* (2008).

²⁴ Este princípio ocupa-se de verificar a adequação dos meios utilizados ao fim pretendido, de modo a permitir que a medida escolhida sirva efetivamente (fomentando ou realizando) ao princípio que se quer proteger. “*O princípio da idoneidade exclui o emprego de meios que possibilitem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja realização eles devem servir.*” (ALEXY. **Revista de Direito Privado**, p. 339).

²⁵ O princípio da necessidade impõe que dentre os meios possíveis para fomento ou realização do princípio a que se quer proteger, seja escolhido aquele que seja menos gravoso ao princípio excluído, ou seja, dos meios adequados possíveis deve-se privilegiar aquele que menos intensamente incida sobre o princípio não fomentado. “*Ela exige que, dentre dois meios aproximadamente adequados seja escolhido aquele que intervenha de modo menos intenso.*” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 590). “*Esse princípio pede, de dois meios, que em geral, fomentam P1, escolher aquele que menos intensamente intervém em P2. Se existe um meio menos intensivamente interveniente e igualmente bem idôneo, então uma posição pode ser melhorada sem que nasçam custas para a outra.*” (ALEXY. **Revista de Direito Privado**, p. 339).

tomada (BRANCO, 2009, p. 109), além do princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito²⁶ ao qual se liga o juízo de ponderação.

O juízo de ponderação seria um método capaz de otimizar ao máximo a aplicação dos princípios:

O entusiasmo pelo método leva a que se sustente que a ponderação “resolve conflitos entre valores morais fundamentalmente antagônicos de forma que demonstra igual consideração e respeito para todos os envolvidos”, convertendo o processo de fiscalização judicial num “relativamente direito exercício de lógica ou de raciocínio silogístico”. Beatty enaltece o fato de que “a *proporcionalidade* transforma o sentido dos direitos, transmudando-os de asserções de verdades eternas em discursos para solução de conflitos” e acredita que a proporcionalidade, como fator decisivo de legitimidade, “garante que os indivíduos recebam tratamento de sujeitos deliberativos iguais, cujas visões são respeitosamente consideradas em todas as discussões morais sobre como padrões universais devem ser aplicados em cada caso”. O juízo de ponderação engendraria um clima de liberdade e de igualdade “maior do que qualquer outra teoria rival tem sido capaz de propiciar”, e isso “porque é capaz de reconciliar democracia e direitos de uma forma que otimiza ambos”. (BRANCO, 2009, p. 110).

Na teoria do juízo de ponderação, a ponderação é atividade inerente a todo processo de tomada de decisão, onde deliberar equivale a ponderar (BRANCO, 2009, p. 111).

Com o juízo de ponderação estar-se-ia revelado à sociedade os conflitos axiológicos no caso de colisão de princípios constitucionais, sendo uma garantia de imparcialidade do juiz, já que o decisor deve expor todas as premissas de valor utilizadas na decisão, o que sujeitaria o juiz a uma “censura do auditório” (BRANCO, 2009, p. 111).

O juízo de ponderação é tido como inevitável na resolução de casos difíceis (*hard cases*) onde ocorrem conflitos de ordem moral, nos casos que envolvam interesses, valores ou bens que não foram previamente regulados (BRANCO, 2009, p. 114).

Paulo Branco, citando a doutrina de Alexy, explica que os princípios, ao se contraporem, não ficam, necessariamente, em contradição, mas em tensão, que

²⁶ “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento.” (ALEXY. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 594-595).

deve ser solvida com análise do caso concreto que atrai os princípios tensionados. Uma colisão de princípios, segundo explica, somente poderia ser resolvida por meio da ponderação (ALEXY, 2005, p. 337). Isso porque os princípios apresentam pesos ou importâncias diferentes para o caso específico, fazendo surgir a necessidade da ponderação para se avaliar qual princípio é mais adequado à proteção do interesse debatido no episódio (BRANCO, 2009, p. 168).

Para Alexy (2005) não há um sistema fechado e hierarquizado de princípios que poderiam gerar uma prevalência prévia de um sobre o outro, o que há é um sistema “débil de princípios”:

A sua [teoria] é uma teoria débil de princípios que se completa com a ponderação, segundo uma hierarquia de valores que se constrói em cada conjunto de circunstâncias considerado. Princípios e valores, para ele “são a mesma coisa, contemplando-se o caso sob o aspecto deontológico ou axiológico. Isto mostra claramente que o problema das relações de prioridade entre princípios se conecta com o problema de uma hierarquia de valores”. (BRANCO, 2009, p. 169)

Comprova-se, pois, que é no juízo da autoridade que a norma se completa, segundo essa teoria, já que o juízo de ponderação é que complementar a lei, segundo os sopesamentos a serem feitos pelo juiz clarividente, tradutor máximo dos valores sociais.

O juízo de ponderação, portanto, é um juízo feito pelo juiz que se coloca como filtro social de valores, escolhendo aquele que melhor se adéqüe à sociedade em que vive:

[...] construindo pontes entre o direito e a vida pluralística, já que “exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de exigir que revele o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a autocrítica. (BRANCO, 2009, p. 114)

Por isso, acreditam os defensores do juízo de ponderação que por meio da ponderação alcancem-se soluções mais justas, porque mais amoldadas ao caso concreto analisado (BRANCO, 2009, p. 116). Há no juízo de ponderação uma “flexibilidade no entendimento das normas” (BRANCO, 2009, p. 116), o que contribui para a longevidade da norma já que os decisores podem tratar casos diversos com a mesma estrutura regulatória (BRANCO, 2009, p. 116).

O juízo de ponderação reclama do decisor uma margem de discricionariedade, mas que, não obstante, reprimiria a arbitrariedade já que permite o amplo debate das questões perante a autoridade:

As ponderações de valores e bens envolvem juízos de discricionariedade política, que não devem ser necessariamente excluídos do domínio das decisões judiciais, até por serem inevitáveis nos casos difíceis. A preocupação não deve ser a de exorcizar esse juízo de ponderação das decisões judiciais, mas, sim, a de se premunir o sistema contra a arbitrariedade, valendo-se de instrumentos que viabilizem, de modo sistemático, que pessoas comuns contestem as decisões do Estado. A arquitetura do sistema jurídico deve estar concatenada segundo o propósito de ser *inclusiva*, no sentido de “levar a que pessoas de todos os quadrantes sociais possam desafiar decisões tanto, legislativas, como executivas, como judiciais”. (BRANCO, 2009, p. 119)

Portanto, o juízo de ponderação é um método de solução de conflito normativo (BRANCO, 2009, p. 138) para prevalência de um princípio sobre outro, permitindo ao julgador uma larga margem de discricionariedade na decisão de qual princípio aplicar ao conflito de interesses a ele submetido no caso concreto. O juízo de ponderação é do juiz, da sua consciência, juízo subjetivo, ainda amarrado ao juízo kantiano, porém, mais sofisticado pelas regras de aplicação apresentadas por seus entusiastas.

Por fim, cumpre ressaltar que o juízo de ponderação é uma técnica criada em meio ao paradigma de Estado Social, que – de modo coerente ao paradigma que o informou – reforça a figura messiânica e salvífica da autoridade que faz a ponderação segundo princípios constitucionais cuja significação é posta a partir do juízo subjetivo do julgador, privilegiando a consciência solipsista.

3 O JUÍZO DE DIREITO E O PARADIGMA DE ESTADO

O presente capítulo justifica-se em razão do alerta realizado por Jürgen Habermas, citado por Dierle Nunes, no sentido de que o sistema jurídico guarda uma *“correlação com a própria organização estatal implementada em determinada quadra histórica, criando um horizonte interpretativo peculiar com base nesse paradigma jurídico”* (NUNES, 2008, p. 68):

Um paradigma jurídico explica, com a ajuda de um modelo da sociedade contemporânea, de que modo devem entende-se e “manejar-se” os princípios do Estado de Direito e dos direitos fundamentais, para que possam cumprir, no contexto dado, as funções que normativamente lhes atribui. Um ‘modelo social do Direito’ (*Wieacker*) representa algo assim como a teoria implícita que, na sociedade, tem o sistema jurídico, quer dizer, a imagem que este faz do seu ambiente social. O paradigma jurídico indica então como no marco de tal modelo podem entender-se e realizar-se os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito (tradução livre) (HABERMAS *apud* NUNES, 2008, p. 68).

Desse modo, há uma consciência teórica e prática no direito que reconhece a existência de um “pano de fundo” das atividades estatais:

Na medida em que funcionam como uma espécie de pano de fundo não temático, os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração (HABERMAS, 1997b, p. 131).

Importante sublinhar que para alguns autores, essa concepção de paradigma como modelo ou conjunto de ideias não seria adequada, na medida em que o paradigma do Estado Democrático de Direito seria um sistema jurídico-normativo:

Colhidas essas considerações sobre o termo paradigma, principalmente a partir das reflexões de Kunh, não nos parece adequado utilizá-lo na área científica do Direito, com o propósito de utilizar o conjunto de idéias determinantes e estruturadoras das figuras jurídico-constitucionais Estado de Direito e Estado Democrático de Direito. Entendemos que referidas figuras não devem ser compreendidas como realidades técnicas distintas ou conjuntos compartimentados de hipóteses científicas teóricas e genéricas criados pela teoria do Estado e pelo Direito Constitucional ou modelos categorias concebidos com finalidade propedêutica.

Contudo, forçoso admitirmos a utilização das locuções *paradigma do Estado de Direito* e *paradigma do Estado Democrático de Direito* entendidas com o sentido de *sistemas*, louvando-nos, assim, na observação pertinente e segura de Arthur José Almeida-Diniz dantes

colacionada, ora repetida, ao apreender que Kunh “rebatizou o conceito de sistema para paradigma”.

A partir desse pensamento, sustentamos que *paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito* devem ser compreendidos como *sistemas jurídico-normativos consistentes*, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de idéias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional. (BRETAS, 2004, p. 101)

Desse modo, verifica-se a inegável importância do paradigma vigente na produção e interpretação do direito.

Historicamente, firmaram-se quatro significativos tipos de Estado, quais sejam, Estado Absolutista, Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito (LEAL, 2010, p. 15).

No presente capítulo, vamos nos ater aos três últimos, já que o primeiro tipo estatal foi mais presente durante o período medieval, tendo o liberalismo significado uma ruptura drástica com modelo anterior, fazendo surgir institutos jurídicos peculiares, até então inexistentes, ainda hoje utilizados.

É certo que cada qual desses tipos de Estado formou-se segundo as ideologias vigentes a cada época, fazendo surgir instituições distintas, embora muitas vezes perpetuadas nos paradigmas seguintes, mas que, não obstante, ora misturaram conceitos anteriores, ora requereram a releitura de diversas instituições jurídicas. Tal é o caso da instituição denominada democracia e também do instituto denominado **juízo de direito**, conforme abaixo se verá.

3.1 O juízo de direito no paradigma do estado liberal

Na Europa, as ideias liberais a partir do século XVIII buscaram enfatizar o princípio da supremacia da lei e do parlamento (BRANCO, 2009, p. 12), além da redução da importância e tamanho do Estado. Não obstante, é certo que a limitação e controle do Estado, com sistema de garantias da liberdade burguesa e a relativização do poder estatal, já vinham sendo propostas desde Locke e Montesquieu (século XVII) (BRANCO, 2009, p. 19).

O movimento liberal não foi apenas um movimento político conjugado a um modelo econômico, mas uma teoria com repercussões nas esferas filosóficas, psicológicas, pedagógicas e literárias (SALDANHA, 1983, p. 167).

A influência de Kant no desenvolvimento das ideias liberais de cunho iluminista foi bastante evidente na medida em que auxiliou a criação da imagem do homem racional e livre, capaz de impor-se a si normas de condutas válidas a todos os seres racionais (DINIZ, 2009, p. 42). A separação entre direito e moral torna-se clara, sendo norma moral aquela que se cumpre pela própria ideia de dever, enquanto a norma jurídica como aquela que se cumpre por medo da sanção (DINIZ, 2009, p. 42). As crenças na razão humana suficiente e na autodeterminação do homem vão informar as teorias formadoras do movimento iluminista.

Neste período consolidou-se a ideia de direito subjetivo que encaixava-se perfeitamente à noção de individualidade reinante no liberalismo:

Este conceito (direito subjetivo), que certos autores consideram desconhecidos dos romanos, complementava e enriquecia a imagem já moderna da individualidade, dotada de substância específica e de liberdade imanente. Ele se ligava, como observou Eberhard Schimidt, ao liberalismo político e à noção kantiana do dever como norma racional. (SALDANHA, 1983, p. 169)

As revoluções burguesas, em especial a Revolução Francesa (1789), acharam um modo de aproveitamento das ideias de Locke, Montesquieu e Rosseau, sendo o marco histórico inicial da implementação das ideias liberais de cunho iluministas, fazendo com que surgisse no âmbito da função judiciária, frente ao dogma da lei perfeita e completa, a proibição da interpretação. Foi a chama Escola Exegética Francesa:

Positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) é uma coisa distinta, porque separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda presente no imaginário dos juristas – em torno da *proibição de interpretar*, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram (STRECK, 2010, p. 81).

Para essa escola, a função específica do jurista era de ater-se ao rigor absoluto do texto da lei e revelar seu sentido, já que a lei escrita compreendia a totalidade do direito positivo que se devia seguir. A função do aplicador da lei era mecânica e de lógica dedutiva (DINIZ, 2009, p. 52). Dessa forma, lei e direito

constituíam uma mesma realidade, sendo direito aquilo que está estabelecido na lei (DINIZ, 2009, p. 50). O direito estava reduzido à lei (DINIZ, 2009, p. 52):

A Escola de Exegese, crendo na perfeição inerente à lei, reduziu ao mínimo o gesto interpretativo, e foi típica da época a idéia de que a regra clara e adequada dispensa a interpretação, que se interpõe entre ela e o fato. (SALDANHA, 1983, p. 172)

Sobre o Estado Liberal, aponta Rosemiro Pereira Leal, segundo lições de Habermas, que a sociedade compõe-se de integrantes que participam do mercado de consumo, de modo que o consumidor identifica-se com o cidadão: quem está no mercado, está incluído (interessa) no sistema político²⁷.

O Estado constituído sob o paradigma liberal prioriza, então, os interesses particulares de cada qual dos integrantes da sociedade política, valorizando os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade.

A implantação e a evolução dos modos liberais de pensar, no Ocidente moderno e contemporâneo, são portanto correlatos do individualismo e do capitalismo, mas também do racionalismo e da “secularização da cultura”. (SALDANHA, 1983, p. 167)

Essa perspectiva própria do período pós-revolucionário burguês tem como pressuposto a existência de cidadãos autossuficientes, que dispensam qualquer auxílio do Estado para implementação de direitos.

Por isso, justifica-se um Estado mínimo (se comparado ao paradigma anterior da monarquia), um Estado vigilante, que assegura as liberdades negativas que privilegiam a vontade e os interesses particulares. É o Estado do *laissez faire*, *laissez passer*, em que os principais ideais são a liberdade, a igualdade e a fraternidade (*liberté, égalité, fraternité*).

Tais ideais conduziram a uma sobrevalorização do princípio dispositivo que decorreu de uma suposição de uma cidadania paritária, independente e livre, cuja proclamação já permitiria a autonomia do cidadão (NUNES, 2008, p. 57).

Tal posição de mínima intervenção do Estado também se reflete na seara jurisdicional cuja atividade é realizada por meio da pessoa do julgador, que o faz em

²⁷ Referidas observações foram anotadas durante as aulas do professor Rosemiro Pereira Leal dirigidas aos alunos do 4º período do curso de direito da PUC Minas, unidade Coração Eucarístico, durante o primeiro semestre de 2010, quando tivemos a oportunidade de acompanhar referido professor por força de estágio em docência.

nome do Estado, para proteger o direito pretendido, sempre em observância aos ditames da lei e à vontade das partes.

Essa visão liberal influenciou, inclusive, a primeira teoria formalizada do processo de que se tem notícia, elaborada por um dos principais juristas franceses do período pós-revolução, qual seja, Pothier. Referido autor elaborou uma teoria do processo eminentemente privatista denominada Teoria do Processo como Contrato, em torno de 1800, em que o Estado somente poderia interferir nos litígios quando devidamente autorizado por ambos os litigantes, ou seja, o processo nada mais era que um contrato estabelecido entre as partes para acatar a decisão proferida pelo juiz (LEAL, 2011, p. 77). Desse modo, a vontade individual era a única fonte de obrigação, cabendo ao Estado atender aos pactos advindos dos particulares (LEAL, 2011, p. 77).

Nesse momento histórico, o **juízo de direito** parece ser um juízo estritamente legalista, intimamente ligado à lei. Um **juízo de direito** de crença na lei perfeita posta pelo parlamento, representante da “vontade geral” do povo.

Essa situação adveio do fato de que, como o que se pretendia era suplantado o regime anterior (*Ancien Régime*), os revolucionários implantaram o Parlamento como local de representação popular, razão pela qual a vontade do legislador tinha que prevalecer. A vontade do legislador era a lei. A lei como expressão da vontade do legislativo era, por consequência, a vontade do povo (vontade geral).

O judiciário era encarado como órgão de aplicação silogística da lei, em que a premissa maior era a lei, a premissa menor eram os fatos, donde redundava uma conclusão, a decisão judicial (BRANCO, 2009, p. 24). A função de julgar deveria ser tal que nunca fosse mais do que o texto exato da lei (MONTESQUIEU, 1973, p. 150):

A separação dos poderes (Montesquieu) é implementada e o trauma do Executivo ilimitado e de um Judiciário subserviente conduzem a uma supervalorização legislativa, onde a Lei (expressão da vontade soberana do povo) não poderia ser questionada. O Executivo deveria manter-se longe do indivíduo, garantindo o Estado mínimo. Ao Judiciário caberia apenas a aplicação literal da Lei (paradigma Liberal). (DUTRA, 2008, p. 15)

Neste momento histórico foi criado o **juízo de direito** na perspectiva liberal em que o **juízo de direito** confundia-se com o juízo do legislador, já que a função de interpretação da lei era vista como atribuição legislativa (BRANCO, 2009, p. 26) e não judiciária. Contudo, a vontade do legislador era indicada pelo julgador, o que

acabava por significar que o juízo do legislador seria aquele que o julgador indicasse.

Importante ressaltar que, no Estado Liberal, a função judiciária pautou-se no liberalismo processual cujas características principais são a igualdade formal, a escritura, o princípio dispositivo (NUNES, 2008, p. 74) e a autonomia da vontade que devem servir de balizamento para a aplicação do silogismo legal para se chegar à conclusão (decisão).

Assim, o **juízo de direito** no paradigma liberal é um juízo mecânico, subjetivo e abstencionista (assim como o Estado a que representa) devendo as partes – presumivelmente iguais – em competição processual ininterrupta, produzirem o maior número de provas possíveis para comprovarem seus direitos. Construiu-se uma espécie de protagonismo das partes em que o impulso oficial, o modo de tramitação e os prazos dependiam das partes, enquanto o juiz – como expectador passivo e imparcial – aguardava o desenrolar dos debates para concluir a aplicação da lei (NUNES, 2008, p. 77), cuja interpretação do legislador era achada e ditada pela consciência do julgador.

3.2 O juízo de direito no paradigma do estado social

A insuficiência do liberalismo, tanto no campo político, quanto econômico, quanto social, quanto processual, gerando efeitos deletérios à sociedade, premiando, muitas vezes o mais hábil, mais esperto e mais poderoso, conduziu à idealização de novas teorias de Estado.

Assim, ao final do século XIX e início do século XX passaram a surgir legislações sociais, decorrentes de insatisfações dos indivíduos e da crescente luta de classes (NUNES, 2008, p. 79) que se acirrava como consequência do liberalismo praticado após as revoluções burguesas.

Surgia o *germen* fundamental do Estado Social, também chamado de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare state*), que substitui a posição omissa do Estado por uma posição pró-ativa (intervencionista), cujo objetivo era a promoção da “justiça social”. O paradigma do Estado Social de direito surgiu da crítica ao modelo de direito burguês (HABERMAS, 1997b, p. 138). Há neste paradigma uma certa continuidade do paradigma anterior, na medida em que o Estado provedor é também

guardião, para a promoção da conjunção entre interesses particulares e interesses coletivos.

Nesse contexto a Função Legislativa – super valorizada no liberalismo – sofreu um esvaziamento quanto à importância, em favor da elevação da Função Executiva que ganha força com a incumbência de realização do Estado Social através de políticas públicas. A Função Judiciária também recebe nova leitura com a finalidade de “[...] *trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, a justiça social distributiva*” (MAGALHÃES, 2002, p. 121). O Estado não é mais abstencionista, mas assistencialista, porque na:

[...] perspectiva social, decorrente da concepção de Estados Sociais, própria da primeira metade do século XX, pressupõe a existência de cidadãos hipossuficientes, clientes que necessitam da atuação assistencial estatal para buscar seus direitos e interesses. (NUNES, 2008, p. 57)

Dessa forma, o juiz ganha um novo papel:

Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) **de representante dos pobres: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre.** (NUNES, 2008, p. 80)

Surge também uma nova modalidade de positivismo, qual seja, o positivismo normativista:

Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um “fechamento semântico” do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma “questão menor” [...] (STRECK, 2010, p. 81)

A questão da interpretação jurídica para os positivistas normativistas, então, foi atribuída ao decisor, vez que se trata de uma questão de “menor relevância”, já que a validade e a eficácia da lei, na relação de imputabilidade, é que garantem a coesão do sistema jurídico.

Nesse paradigma o juiz tornou-se o guardião supremo do Direito e o judiciário passou a assumir um papel de hiper-relevância (DEL NEGRI, 2008, p. 35). Houve,

com isso, um reforço dos poderes dos juízes, o que propiciou uma engenharia social predisposta ao judiciário que, por meio da sensibilidade judicial, aplicaria o direito aos seus clientes hipossuficientes (NUNES, 2008, p. 57).

O Estado Social de Direito elegeu, pois, o juiz como grande personagem a salvaguardar os valores sociais para fazer justiça, como bem exemplifica Dierle Nunes ao citar Franz Klein, jurista que trabalhou a socialização na legislação:

Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. Pois tudo isso nos é escondido sob as formas e fórmulas do processo.

[...]

Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valores dentro do espírito da lei. As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 57)

Neste paradigma social, há um reforço da autoridade do juiz, mas tanto no Estado Social, quanto no Estado Liberal, o juiz (estado-juiz) é o protetor da sociedade, construindo sozinho a sua decisão salvacionista. O juiz é o interprete único, protetor despótico do direito. A decisão é ato solitário do juiz, criador do direito

28.

Tal posição é estimulada pelo fato de que no Estado Social de Direito parte-se do pressuposto de que a Constituição é uma ordem concreta de valores que refletem uma identidade ética e cultural de uma sociedade (OLIVEIRA, 2000, p. 40). O juiz, pois, passa a ser o sujeito necessário a afirmar quais são os valores da sociedade em que está inserido.

Nesse sentido, o **juízo de direito** no paradigma do Estado Social é o juízo do julgador, ou seja, o juízo do juiz, pautado no sentimento de justiça, nos valores sociais e no bem estar da sociedade, segundo a autoridade conferida a ele pelo Estado para proteção da comunidade política.

²⁸ Explicação dada pelo professor Rosemiro Pereira Leal durante suas aulas no programa de pós-graduação da PUC Minas, no segundo semestre de 2010.

Desse modo, o juiz ganha a função de diretor do processo, o que lhe permite influir mais decisivamente no acerto dos fatos litigiosos (NUNES, 2008, p. 85), criando campo para o desenvolvimento de um protagonismo judicial (NUNES, 2008, p. 86).

O **juízo de direito** parece-nos receber uma influência (maior do que no Estado Liberal) do juízo kantiano, da crença na razão suficiente que guiaria o magistrado a uma decisão mais justa e adequada ao bem estar da sociedade. Porém, aqui, para além da lei, o juiz está autorizado a completar o ordenamento por meio de criatividade jurídica. É aplicação livre e subjetiva do direito pelos juízes.

Assim, o direito processual passa a ser visto como uma relação publicística baseada na figura do juiz, onde as partes são meros colaboradores (NUNES, 2008, p. 100), nos moldes da Teoria Processual da Relação Jurídica advogada por Oscar Von Bülow a partir de 1868. O processo é instrumento de uma jurisdição dos juízes, para elaboração de um direito judicial (NUNES, 2008, p. 101), diferente do direito legislado.

Esclarece Dierle Nunes que para Bülow o direito é um fato da experiência, o que permitiria ao juiz, como *“porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo”*, criar o direito, ainda que contra a lei (NUNES, 2008, p. 102):

[...] qual seja o justo, não é lei a dizê-lo. É ao juiz que é entregue a atribuição de colocar em evidência uma íntima unidade naquela multiplicidade, vale dizer, de escolher a disposição normativa que a ele pareça medianamente a mais justa.

[...]

Qualquer resultado ao qual ele chegue estará sendo autorizado antecipadamente pelo Estado como aquele justo, revestido da força da coisa julgada. [...] O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, **até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador.**

[...]

O fato bastante freqüente que à sentença dos juízes contradigam o sentido e a vontade da lei deve ser suportado com boa vontade: destino inevitável, tributo que os legisladores e juízes **prestam à debilidade do poder de expressão e comunicação humanas.**

[...]

Também a decisão contrária à norma posta é então juridicamente vinculante. Como cada decisão do juiz é uma norma que emana do Estado, é por ele aprovada, provida do seu poder coercitivo. Com essa afirmação, não se quer dizer coisa diversa: que o Estado autoriza o juiz a realizar determinações jurídicas não contidas no direito posto pelo legislador, mas sim por ele buscada, em um certo sentido inventada, determinação que a lei não escolheu e muito menos desejou! (NUNES, 2008, p. 102-103)

Por derradeiro, além da continuidade da influência de Kant, no paradigma de Estado Social de Direito parece haver m retorno à crença no julgador todo poderoso, com poderes de desvelamento absoluto dos fatos, tal como ocorria nos juízos ordálicos e juízo final.

Contudo, tais teorias mesclam-se ao juízo aristotélico da busca da verdade (essência) das coisas pelo pensamento e ao juízo kantiano da conexão entre o mundo sensível (conhecimento) e o mundo suprassensível (razão), sempre acompanhados da crença na infalibilidade da consciência do sujeito cognoscente.

3.3 O sincretismo paradigmático e o juízo de direito como juízo do juiz

É certo que os paradigmas estatais que mais se destacaram nos últimos séculos foram o Estado Liberal-burguês, consolidado a partir das revoluções burguesas, e o Estado Social, consolidado a partir do final do século XIX e início do século XX, notadamente com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã (Constituição de Weimar) de 1919. Não obstante, tais paradigmas viram-se esgotados em razão das degenerações por eles próprios criadas (NUNES, 2008, p. 70).

Segundo Nunes, apesar de convivermos com uma concepção neoliberal de produtividade judicial, há uma tensão paradigmática entre as concepções liberal e social de direito em nosso país (NUNES, 2008, p. 183) ainda vigente que é gerada, segundo entendemos, pelo sincretismo paradigmático, ou seja, pela mistura de teorias, ideologias, instituições e institutos afetos aos paradigmas passados, nisso que queremos entender como uma fase de transição a culminar no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Esse sincretismo possibilita-se em razão de certa identificação existente entre os paradigmas do Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito, que tem uma concepção de sociedade baseada no Estado, conforme ensina Habermas:

Tanto o modelo liberal quanto o republicano [social] pressupõem uma visão da sociedade centrada no Estado, seja o Estado tomado como guardião de uma sociedade de mercado, seja tomado como a institucionalização autoconsciente de uma comunidade ética. (HABERMAS, 1995, p. 115)

Desse modo, com a importância conferida ao Estado nesses dois paradigmas abre-se espaço, a partir da mitificação do ente estatal, para que o juiz (Estado-juiz) varie, ora como guardião da sociedade, ora como tradutor ético dos anseios sociais, recebendo uma "confiança" institucional na justeza de seus julgamentos.

Essa mistura de paradigmas tem como uma de suas graves consequências o fato da desintegração do direito, dificultando a compreensão dos institutos e instituições constitucionais, segundo o paradigma da Constituição de 1988. A polissemia gerada pelos arcaicos paradigmas do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito são muito problemáticas, pois:

[...] ora enfatiza a ideologia do republicanismo das maiorias autocráticas, ora se emoldura no privatismo (liberalismo) universalista das impermeáveis liberdades negativas em obliteração do discurso democrático que pede discernimento pela *teoria do processo* e não pelo senso comum do intérprete axiologicamente bem intencionado e do julgador tecnicamente qualificado (LEAL, 2002, p. 30).

Importante destacar que a Constituição de 1988 não autoriza a manutenção prática ou teórica desse paradigma sincrético, ao contrário, determina a implementação imediata do Estado Democrático de Direito que tem no Processo o fundador do sistema jurídico ²⁹.

Entretanto, a operacionalização do atual paradigma constitucional - conforme alhures mencionado – requer qualificação adequada dos profissionais do direito, de forma a alterar a prática a tradição jurídicas tão consolidadas no Brasil, com bases em teorias institutos e instituições de paradigmas anteriores.

É certo que várias leis ainda hoje vigentes no país exemplificam e fomentam a manutenção do sincretismo paradigmático ora denunciado. Referido sincretismo é recepcionado, por exemplo, pelo Código de Processo Civil brasileiro que, elaborado por Alfredo Buzaid, um dos pupilos de Liebman no Brasil, acolhe a Teoria do Processo como Instrumento da Jurisdição, de raízes bülowianas que tem o processo como relação jurídica entre pessoas (juiz, autor e réu), onde autor e réu estão submetidos ao juiz, cumprindo às partes a observância de pressupostos de existência, desenvolvimento válido e regular do processo (LEAL, 2011, p. 78) (p. e. art. 267 e art. 301 do CPC).

²⁹ Conforme Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Para os instrumentalistas (teoria criada no paradigma do Estado Social), “[...] *todo instrumento como tal é um meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo [...]*” (DINAMARCO, 1987, p. 206), dentre os quais encontramos os escopos da pacificação, da justiça e da educação, tendo no juiz – paladino da jurisdição – o condutor da sociedade e modelador da lei, pois:

[...] se só à lei estiver o juiz atento, sem canais abertos às pressões axiológicas da sociedade e suas mutações, ele correrá o risco de afastar-se dos critérios de justiça efetivamente vigentes. (DINAMARCO, 1987, p. 421)

E sobre o “juízo” na instrumentalidade, completa o insigne professor paulista Cândido Dinamarco na passagem abaixo, a que não pudemos deixar de dar destaque em razão da explicação da correlação entre o juízo, o processo e os escopos:

É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio “espírito”; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador ou a ele equiparado, mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações (repúdio à teoria unitária do ordenamento jurídico), mesmo desconsiderando-se a influência que emana do “direito jurisprudencial” (*Richterrecht*), ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. **Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possam transparecer a realidade da norma que contêm no momento presente. O juiz que não assume 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, 1987, p. 421-422). (Grifo nosso)

Assim, para os instrumentalistas o juiz é o “canal de comunicação” entre uma base concreta de valores a ser desvendada pela inteligência cerebrina do juiz e o texto da lei, criando, assim, campo fértil à criatividade dos magistrados que tem

liberdade desparametrizada para exercerem juízos subjetivos sobre o bem e mal, em contraste ao **juízo de direito**.

Outro instrumentalista, Francesco Carnelutti já apresentava a diferenciação entre o discurso de justificação e o discurso de aplicação, depositando na jurisdição o dever da criação do direito para o caso concreto:

A legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa, isto é, uma produção de normas jurídicas; poderíamos dizer, uma produção de preceitos em série, para casos típicos, não para casos concretos. A jurisdição pelo contrário, produz preceitos, ministra direito para cada caso singular [...]
 [...] o direito se produz, sim, super partes, mas prepara-se inter partes.
 [...] A jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação. (CARNELUTTI, 2000, p. 147;148;150)

Outro relevante aspecto encontrado em Carnelutti é a eleição do juiz como salvador magistral das partes, compositor de conflitos, que tem o dever de clarividenciar a justiça ao caso concreto, como mostra a seguinte passagem:

A primeira exigência é, pois, que haja alguém em cuja consciência fale a regra ética, o que o habilita a traduzi-la em uma fórmula. Aflora aqui, no seu profundo significado, o conceito de oráculo, o qual pode ser comparado a um olho-d'água, de que brota uma corrente ignorada. Ele é verdadeiramente um achador da regra; deverá ter, se persistirmos em comparar esta com a água oculta, a virtude do rodomante. [...] É, pois, melhor *urteilsfinder*, que entre nós si dirá descobridor da sentença [...] aquilo que a consciência lhe diz. (CARNELUTTI, 2000, p. 110-111)

Assim, nos dizeres do professor Rosemiro Pereira Leal, em Carnelutti a sentença é *“a expressão formular conjuntiva 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). Aqui podemos notar a incorporação do Juízo Ordálico, devidamente adaptado ao paradigma do Estado Social de Direito para a utilização da consciência do juiz (juízo subjetivo) nos julgamento de direito.

É certo, porém, que o CPC de 1973, não deixou de abarcar contribuições de diversas outras teorias, como a Teoria do Processo como Situação Jurídica em que Goldschmidt visualizava um duelo entre as partes na busca pela vitória (LEAL, 2002, p. 19), dando origem a termos como “ganhar o processo”, “perder o processo” e “sucumbência”. Como ensina Rosemiro Pereira Leal:

Não precisava a sentença apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão, porque, [...] a sentença é uma resolução do conflito que não guardava uma “relação causal” com o processo, não passando os “direitos processuais” de meros prognósticos que poderiam ou não ser aproveitados pela sentença em prol de qualquer dos contendores (LEAL, 2002, p. 80).

A situação apresentada pelo professor permitia ao magistrado utilizar-se de seu juízo subjetivo (consciência) para concessão ou não dos direitos processuais das partes (argumentos, provas) que somente seriam usados caso a sensibilidade do magistrado as entendessem justas, adequadas, conveniente, oportunas, possibilitando-lhe o exercício pleno do juízo subjetivo, só expressado na sentença que deveria manter-se imprevisível em nome da imparcialidade.

Goldschmidt afirmava que a sentença precede o processo que é uma luta pelo direito, aonde o lutador que mais hábil for no momento ou possibilidade de realizar um ato processual será agraciado com a vitória da sua demanda (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 44). Assim, para este autor o processo formava-se por uma seqüência de situações jurídicas em cada qual a parte interessada deveria atuar da melhor maneira possível de modo a objetivar a derrota da parte contrária e o conseqüente convencimento do magistrado no sentido de conceder o direito perseguido.

Assim, nessa teoria as partes litigantes devem preocupar-se com as situações processuais que devem ser utilizadas estrategicamente pelas partes para influenciar o juízo do juiz (consciência) para assim se garantir a vitória:

[...] se o direito for entendido como medida para o juízo do juiz, este se imagina não como súdito, mas como soberano do direito, instrumento mediante o qual o juiz julga do mesmo modo que valha a metáfora – o pedreiro se serve do fio de prumo para endireitar o muro. [...] Daí que, segundo a opinião que concebe o direito como medida para o arbítrio judicial, o próprio juiz não pode ser sujeito ou objeto de ligações jurídicas. De acordo com esse critério, o juiz se encontra acima e, portanto, fora do direito; [...] (GOLDSCHMIDT, 2002, p. 42).

A Teoria do Processo como Instituição de Jaime Guasp também se misturou ao CPC vigente e, a rigor, tem ganhado cada vez mais espaço no direito processual pátrio. Para essa teoria, processo é uma instituição de direitos decorrente dos

costumes, ética social e do direito praticado pelos tribunais, em que o juiz, avaliando os valores morais da sociedade, para justificar suas decisões.

Essa teoria de cunho sociológico (LEAL, 2010, 81) tem fundamentos em concepções teleológicas do direito processual. O decisor personifica, no procedimento, segundo Guasp, os valores morais e éticos da sociedade. Processo, nesse sentido, é meio institucional de transposição dos valores sociais para a fundamentação das decisões dos conflitos pelos juízes, trabalhando a jurisprudência como fonte do direito.

Referida teoria não revoga ou altera as teorias anteriores, ao contrário, as reforça, na medida em que também permite decisões voluntaristas e subjetivistas, segundo a consciência e sensibilidade dos juízes que se utilizam dos juízos de direito para explanarem os seus juízos subjetivos, segundo os valores sociais (éticos e morais), prevalecendo o saber da autoridade que dita, arbitrariamente, a decisão justa.

Este aumento da importância das teses relativas à teoria de Guasp no direito brasileiro são exemplificadas com as reformas processuais empreendidas nos últimos anos, que fez repercutir na Constituição com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que criou a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal com base em reiteradas decisões daquela corte sobre matéria constitucional. Outro bom exemplo está na edição da Lei nº 9.756/1998 que, dentre outras providências, alterou o artigo 557 do CPC para inserir a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso quando em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, de tribunais superiores ou do Supremo Tribunal Federal.

A valorização das decisões dos magistrados (jurisprudência) também se verifica no julgamento liminar de ações repetitivas (artigo 285-A) introduzido pela Lei nº 11.277/2006 e na Lei nº 11.418/2006 que, dentre outras providências, alterou a redação do artigo 518 do CPC para inserir a possibilidade do juiz negar seguimento à apelação quando a sentença recorrida estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. A inserção dos artigos 543 A e B pela Lei nº 11.418/2006 e artigo 543 C do CPC pela Lei nº 11.672/2008 que disciplinam os julgamentos em massa de recursos extraordinários e recursos especiais, segundo decisão dos respectivos tribunais, demonstra a crescente

importância dada às decisões tribunais em detrimento às garantias processuais e ao Princípio da Reserva Legal.

Percebe-se, pois, que a mistura (sincretismo) de teorias do processo, ocasionadas pelo sincretismo paradigmático acima descrito, tem propiciado, cada vez mais, a exaltação dos juízos subjetivos (íntimo-pessoal) dos juizes, desembargadores e ministros, tudo em coerência ao sistema processual sincrético (e ao paradigma de Estado sincrético) vigente no país, mas em dissonância com o discurso constitucional do **juízo de direito**, o que faz com que a lei seja um mero pretexto para o julgamento dos magistrados que buscam fazer justiça (juízo interno) apesar da lei.

Nesse sentido, Rosemiro Pereira Leal em análise acerca do princípio da legalidade e os juízos de direito, realiza portentosa explicitação:

O “caráter retórico” do princípio da legalidade (art. 5º, II, da CB/88) é inegável, porque os **juízos dos julgadores**, em ficando no lugar dos *juízos democráticos de direito* constitucionalizados em 1988 no Brasil, vão conduzir uma *justiça examinatória* conforme o *sistema dispositivo* da teoria da prova, ou seja, em parâmetros de **conveniência e equidade**, seguindo a máxima do *jura novit curia* ou do *da mihi factum, dabo tibi jus*, afastando a possibilidade de formar **juízos de direito** pela via da instalação, em todo o *iter* procedimental, do contraditório com obediência aos demais direitos fundamentais de ampla defesa e isonomia na dinâmica processual da operacionalização do **instituto da prova** (LEAL, 2010, p. 131)

Neste ponto cabe aqui uma breve reflexão que podemos perceber ao longo de nossa pesquisa: quanto menos Processo, mais autoridade, ou seja, quanto mais juízo do julgador, menor a implementação dos princípios institutivos do Processo. É uma relação inversamente proporcional em que se verifica que na medida em que o **juízo de direito** confunde-se com o juízo do julgador (autoridade) menor é a observância da instituição constitucionalizada denominada Processo.

Afinal, ao se desprezar o devido processo co-institucionalmente ³⁰ assegurado, torna-se incontrolável a prevalência do juízo subjetivo (consciência judicante), solitário, sobre o discurso democrático.

³⁰ Segundo Rosemiro Pereira Leal a co-institucionalidade brasileira se dá a partir da organização das instituições do direito no plano constituinte, de modo a formar a constituição no plano constituído, ou seja, a formação da constituição ocorre por meio da organização interrelacional das instituições jurídicas, conformada pelos institutos do direito, todos escolhidos no plano instituinte do direito.

Isso se dá porque é o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, que vão deslocar a decisão da consciência (juízo) do decididor-monolítico migrando-a para o **juízo de direito** democrático, conforme será mais bem esclarecido abaixo.

Porém, é certo que em sendo a jurisdição compreendida como atividade do juiz e o processo como instrumento da jurisdição para fazer justiça, entrega-se ao decididor a escolha da hermenêutica mais adequada, permitindo a atuação da consciência, talento, sensibilidade, bom-senso, conveniência, equidade, oportunidade e senso de justiça do julgador.

Na medida, então, que se faz um reforço constante a essa tese da “jurisdição dos juízes” concentra-se poder nas mãos de quem decide e reforça-se a contradição entre o paradigma constitucional brasileiro e a função jurisdicional no país. Afinal, definindo a Constituição democrática brasileira o **juízo de direito** como um instituto constitucional, o silogismo nos leva a conclusão de que o único **juízo de direito** possível é o juízo democrático, o qual não se coaduna com poder, autoridade, decisionismo ou mitos como “justiça” e “bem-estar social”.

No entanto, as propostas de Bülow e Klein acabaram por estruturar um protagonismo judicial dentro do modelo do processo como relação jurídica, ou seja, onde as partes estão assujeitadas ao juiz que por meio da criatividade judicial (filtro dos valores sociais) busca a realização da justiça e do bem-estar social (NUNES, 2008, p. 177). Esse modelo incorporado ao paradigma sincrético vigente permite a harmonização de todas as teorias acima elencadas, já que todas tem por base a consciência do julgador (juízo subjetivo).

Desse modo, os adeptos (catequizados) desta doutrina, ao constatarem aumento de violência social, a desigualdade social, a corrupção, a manipulação do povo, o estelionato eleitoral, a exploração do homem pelo homem, a burocracia, a ineficiência dos órgãos públicos e a impunidade, acabam elegendo culpados, perseguindo-os – na tentativa desesperada de alteração da realidade vivida – mas sem investigar o que realmente se relaciona com os fundamentos do sistema co-institucionalmente adotado.

As primeiras, mais simples e mais fáceis soluções (perseguições) são o ataque ao procedimento processualizado, aos recursos e aos advogados, sempre com a desculpa de “simplificação” de procedimento, diminuição de recursos e desnecessidade de advogado, como se verifica na passagem abaixo:

1) o **processo é um mal**, devido ao fato de comportar uma perda de tempo e de dinheiro, além de instigar as partes a litigar com repercussão na sociedade; e 2) o processo prejudica a economia nacional, dado que impede a rentabilidade dos bens paralisados, enquanto se discute em juízo sobre a quem pertencem. Por estes postulados, deriva a necessidade de resolver de modo rápido o conflito entre as partes e, por isso, o melhor sistema é aquele no qual o juiz não se limite a julgar, mas se transforme em um verdadeiro gestor do processo, dotado de grandes poderes discricionários, idôneos a garantir não somente o direito das partes, mas sobretudo os valores e os interesses da sociedade (AROCA *apud* NUNES, 2008, p. 178).

Em nosso meio, destaca-se José Renato Nalini (desembargador do TJSP e doutor pela USP) que defende eloqüentes teses quanto à formação e função dos juízes, apregoando um discurso que nos faz pensar nas orientações do *führer*³¹ para os magistrados da Alemanha nazista do começo do século XX, vejamos:

É isso o que se pretende do juiz brasileiro. **Daquele que sente que a Justiça pode ser melhor** e que não se acomoda. Observador qualificado de uma realidade cada vez menos compatível com o ideal que ele concebeu do que deva ser o justo, ele não pode perder a capacidade de indignação. Se para os demais a aversão pode resumir-se ao protesto ou ao desalento, a sadia indignação do juiz deve suscitar uma atuação transformadora.

Impõe-se ao juiz, muito além de cumprir com o seu dever funcional de enfrentar o acúmulo de trabalho, de suportar a incompreensão e de fazer incidir a vontade concreta da lei sobre a hipótese submetida à sua apreciação, **repensar a sociedade brasileira. Com o intuito sério e consistente de transformá-la.**

[...]

Para atingir esse estágio, é imprescindível que o juiz pense, repense, reflita, medite e seja um profissional técnico. Acima de tudo, precisará imbuir-se de uma **ética irrepreensível.**

Cumpra ao juiz ter idéias novas e criativas. Não subordinar-se ao que lhe é imposto, senão depois de profunda análise e assimilação do transmitido.

[...]

O juiz sensível e destemido não pode senão ser rebelde. Ele tem uma arena permanentemente atenta às infelicidades, às angústias e sofrimentos. Tem consciência da finitude de seus poderes. Mas não ignora dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. **É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso** (NALINI, 2008, p. 299-301). (Grifo nosso)

Nota-se nessa passagem que Nalini trabalha o tempo todo com a crença na sensibilidade e no sentimento de justiça do magistrado, com nítidas raízes na filosofia da consciência (epistemologia arcaica), privilegiando o juízo do juiz (subjetivo) como solucionador das contendas da sociedade.

³¹ O mesmo que condutor, dirigente, chefe, líder, guia (Tradução nossa).

Para o magistrado paulista, o juiz deve estar empenhado na transformação da sociedade com ênfase no resgate de valores, visando a ser “concretizador do justo” (NALINI, 2008, p. 132), uma vez que “o juiz existe para corrigir injustiça” (NALINI, 2008, p. 137).

Essas atitudes acabam por aumentar a violência sistêmica contra os sujeitos ³², na medida em que diminuem a participação processualizada dos destinatários dos provimentos na criação, alteração ou extinção do direito.

São esses **juízos de direito** confundidos com os juízos dos juízes que permitem em nosso país que magistrados singulares ou em colegiados expressem suas visões particulares do direito sem qualquer aderência à legalidade e ao paradigma de Estado, destratando as partes e seus advogados e desconsiderando as manifestações do Ministério Público.

Nesse contexto, o sincretismo paradigmático que estamos a denunciar acaba permitindo a manutenção de prescrições legais aos moldes do artigo 4º da LIDB ³³ (antiga LICC), bem como o artigo 126 do CPC ³⁴, que permitem que o magistrado se utilize como fontes do direito os costumes, a analogia e os princípios gerais do direito, institutos típicos do direito praticado num Estado Social de direito que não tem qualquer correspondência ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Passam mesmo a acreditar que possuem todo o conhecimento necessário a realizar uma “justiça melhor” independentemente das contribuições que qualquer dos sujeitos do processo, doutrina, jurisprudência e, até mesmo a lei, possam dar. Crêem numa onipotência judicial, na superioridade da função magistral, confiando, plenamente em suas consciências e nos juízos que delas possam retirar.

O entendimento da função salvífica do magistrado e da consulta à consciência do julgador para aplicação da lei encontra ressonância no direito comparado, mormente na judicatura européia, a exemplo de Jean- Marie Coulon ³⁵, para quem:

O juiz aplica a lei em sua alma e consciência. Essa fórmula sacramental e ritualizada encerra uma conotação mística, e encontra

³² Expressão cunhada pelo professor Rosemiro Pereira Leal.

³³ 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.

³⁴ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³⁵ Presidente do Tribunal de Grande Instância de Paris.

suas raízes na história. Possui, igualmente, uma conotação moral, uma vez que, segundo a opinião comum, ela significa que continuamos a nos dirigir ao juiz para lhe pedir que pronuncie o bem e o mal. E tem, certamente, uma conotação cívica, porquanto a justiça, instituição eterna, deve propor remédios às rupturas deste fim de século, às suas desordens engendradas pelos homens.

[...]

O juiz francês se expressa num país impregnado da primazia da lei como fonte do direito. Mas a lei é hoje frágil, e nem sempre constitui um fato de segurança jurídica. O direito é muitas vezes aleatório, relativo e efêmero. Tal situação é tanto mais paradoxal quanto vivemos um momento histórico em que a França contemporânea conhece uma verdadeira mudança democrática, acedendo a um Estado de direito, e, paralelamente, uma espantosa explosão jurídica e judicial. **O juiz aí está para lembrar a diferença entre lei e o direito. Ele é o guardião do direito. Como o direito não se limita à lei, o juiz não pode ter como único horizonte a lei. Na consciência dessa distância mentem-se um dos pilares do Estado de direito.**

[...]

No entanto, o juiz está no centro do jogo. Sua dupla consciência pessoal ou moral, social ou sociológica, lhe permitirá, no momento em que o impacto das ciências humanas se amorteceu, reconciliar os dados de natureza objetiva e subjetiva. **Concede-se então, à consciência do juiz, uma função supletiva e moderadora.** (Grifo nosso) (COULON, 2010, p. 387-388)

E de certa forma a afirmação do magistrado europeu está correta: afinal, no “Estado de direito” a consciência do julgador (juízo subjetivo) tem sim uma função supletiva e moderadora (costumes, equidade, analogias, princípios gerais do direito), o que, não obstante, é inadequado no Estado Democrático de Direito.

Podemos, em nosso país, constatar facilmente o que a confusão entre o **juízo de direito** e esse juízo do juiz pode causar, conforme se verifica em famoso acórdão (AgReg em ERESP n°279.889-AL) do Superior Tribunal de Justiça em que o então Ministro Humberto Gomes de Barros afirma:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da

Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (Grifo nosso) (STRECK, 2009)

A rigor, um juiz poderia até pensar assim, mas não poderia decidir assim, uma vez que o que importa no Estado Democrático de Direito não é saber o que pensa o julgador ou quais são as suas convicções íntimas ou impressões sobre determinado caso, mas é saber se o **juízo de direito** democrático foi processualmente garantido, ou seja, se o **juízo de direito** pautou-se sobre os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia para alcançar as razões de decidir.

O **juízo de direito** como juízo do julgador tem co-relação com a filosofia da consciência que informou durante séculos os juízos de direito dos Estados Liberal e Social de Direito, o que não mais se ajusta ao atual paradigma de direito. Afinal, “o *Direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante, que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência, como se o sujeito assujeitasse o objeto*” (STRECK, 2009).

Outro vergonhoso exemplo de usurpação do **juízo de direito** pelo juízo do decisor encontramos na decisão de uma juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (Paraíba) que ganhou destaque na mídia há alguns anos:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO - 13ª REGIÃO

Única Vara do Trabalho de Santa Rita-PB

ATA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

PROCESSO Nº 01718. 2007.027.13.00-6

Aos 21 dias do mês de SETEMBRO do ano dois mil e sete, às 09:39 horas, estando aberta a sessão da Única Vara do Trabalho de Santa Rita, na sua respectiva sede, na Rua Virgínio Veloso Borges, S/N, Alto da Cosibra, Santa Rita/PB, com a presença da Sra. Juíza do Trabalho Titular, ADRIANA SETTE DA ROCHA RAPOSO, foram apregoados os litigantes:

[...]

1. DA LIBERDADE DE ENTENDIMENTO DO JUIZ

No vigente diploma processual civil, temos normas que atribui ao juiz amplo papel na condução e decisão, dispondo poder o julgador dirigir "o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas", "dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica" (art. 852-D) e adotar "em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum" (art. 852-I, §1º). Talvez o ponto mais delicado do tema esteja na avaliação da prova, o que envolve os princípios da unidade e persuasão racional e sua relação com o princípio protetivo. O princípio da unidade diz que, embora produzida através de diversos meios, a prova deve ser analisada como um todo e o princípio da persuasão racional relaciona-se com a liberdade de convicção do Juiz, mas obriga-o a fundamentar a sua decisão.

A liberdade de decisão e a consciência interior situam o juiz dentro do mundo, em um lugar especial que o converte em um ser absoluto e incomparavelmente superior a qualquer outro ser material. A autonomia de que goza, quanto à formação de seu pensamento e de suas decisões, lhe confere, ademais, uma dignidade especialíssima. Ele é alguém em frente aos demais e em frente à natureza; é, portanto, um sujeito capaz, por si mesmo, de perceber, julgar e resolver acerca de si em relação com tudo o que o rodeia.

Pode chegar à autoformação de sua própria vida e, de modo apreciável, pode influir, por sua conduta, nos acontecimentos que lhe são exteriores.

Nenhuma coerção de fora pode alcançar sua interioridade com bastante força para violar esse reduto íntimo e inviolável que reside dentro dele.

Destarte, com a liberdade e a proporcional responsabilidade que é conferida ao Magistrado pelo Direito posto, passa esse Juízo a fundamentar o seu julgado. [...] ³⁶

Importa destacar que a constatação da magistrada no sentido de que o CPC concede ao juiz “amplo papel na condução e decisão do processo”, podendo o julgador “dirigir o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas”, e valorá-las de forma livre, encontra correspondência no diploma processual e em grande parte da doutrina nacional, mormente, na Escola Instrumentalista de São Paulo, situação que, conforme alhures mencionado, não encontra aderência ao paradigma de Estado inaugurado com a Constituição de 1988. Afinal, não há liberdade do juiz na condução ou apreciação da prova, já que, assim como todos os outros cidadãos, o juiz está submetido ao artigo 5º, II da Constituição.

Ademais, dentro do Sistema Histórico de Apreciação de Provas tem-se em vigência não mais o Sistema da Certeza Legal ³⁷ ou Sistema da Livre Convicção ³⁸, mas o Sistema da Persuasão Racional que possui bases normativas apoiadas no

³⁶ TRT – 13 - Disponível em: <<https://www.trt13.jus.br/consulta/redirecionaConsulta.jsp#>>. Acesso em: 13 out. 2011.

³⁷ Já tivemos a oportunidade de esclarecer o Sistema da Certeza Legal quando, nessa dissertação (p. 27), no tópico 2.1, tratamos dos juízos ordálicos.

³⁸ Segundo Rosemiro Pereira Leal o Sistema da Livre Convicção “[...] orientou o sistema de common Law, tem suas bases em juízos de **equidade e conveniência** pela apologia dos julgadores nobres e magnânimos, em que o interesse coletivo é regrado secundum conscientia por temperamentos cívicos e humanitários e pela discricionariedade na escolha da melhor conduta, legal ou não, para a solução dos conflitos na sociedade. Os critérios desse sistema geraram o **processo dispositivo** que, ainda na Inglaterra e Estados Unidos, mostra-se exitoso pela hegemonia econômica que ostentam, dispensando leis prévias para assegurar direitos fundamentais de sobrevivência e dignidade econômica para a maioria de seus povos, porque estes vivem em padrões privilegiados pelo aprofundamento da miséria e dominação que infligem ao Terceiro Mundo” (**Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos, p. 207).

princípio da reserva legal que determina a vinculação do juízo do julgador ao juízo da lei (*secundum legis*) (LEAL, 2011, p. 207).

Aliás, os tribunais trabalhistas há muito extirparam de sua organização judiciária o **juízo de direito** tal como co-institucionalmente pensado, o que se vê, salvo raras e dignas exceções, é a atuação diuturna dos juízos dos julgadores, subjetivos (juízos da consciência) que inclusive chegam a fazer chacota do Processo que lhes garantiria o cumprimento democrático da função de julgar, escudando-se em argumentos triviais de formalismo, elitismo e eficácia para justificar uma alegada necessidade de flexibilidade, conforme se verifica abaixo:

Processo 00541-2008-003-03-00-6 RO
Data de Publicação 13/10/2009
Órgão Julgador Quarta Turma
Relator Luiz Otávio Linhares Renault
Revisor Júlio Bernardo do Carmo

SUA MAJESTADE, O PROCESSO DO TRABALHO [...] DIÁLOGO NARCISISTA POSSÍVEL: EU E MIM - Eu, processo, majestosamente olhando-me no espelho, confesso, sob público e (in)formal juramento: sempre me considereei muito vaidoso, importante, repleto de novas teorias, técnicas e teoremas, acessível apenas aos mais cultos e preparados cientificamente. Admito que nem sempre me preocupei com o resultado, isto é, com a carga que transportava dentro de mim. Para cada trajeto procedimental possuo uma vestimenta solene, cuja adequação, por medida, desafia a perfeição. Considero-me autossuficiente e não tenho olhos para quem de mim depende. Eu, processo, sou uma espécie de superstar jurídico, tão importante que muitos profissionais da área do Direito me referenciam e até têm medo de mim, sempre pronto para abrigar arguições de nulidade. Repleto de formas, formalismos, formalidades e trejeitos, sou extremamente sisudo, carrancudo e exigente. [...] Eu, processo, quero confessar, conspicuamente, que me considero acima dos homens e que tenho um custo financeiro alto porque sou importante; diagramado, sou impresso com os símbolos da República e abrigo palavras repletas de metáforas – acesso à justiça; segurança jurídica; Estado Democrático de Direito; amplo direito de defesa; contraditório; Direito Constitucional Processual, Direito Processual Constitucional; direito à prova; sagrado direito de recorrer. Como se vê, sou grande; sou extenso e intenso, sou belo; sou exuberante. Se quiserem, podem medir-me pelo número de livros a meu respeito nas prateleiras e nas bancadas das livrarias. Princípios e teorias existem a meu respeito que eu mesmo desconheço. Olho-me no espelho e cego-me, tamanho esplendor, e sinto-me mais reluzente do que tantos outros direitos fundamentais – saúde, educação, alimentação, moradia, etc. Eu-Processo, finalmente, me confesso, às vezes, voltar para casa um pouco deprimido comigo mesmo – sei que preciso encontrar-me; preciso recuperar a minha dignidade; preciso readquirir minhas virtudes, para que possa ter vida e dar a vida a quem precisa de Justiça, em prazo razoável e a baixo custo. Todavia, tenho plena consciência que isso não depende só de mim. Quando jovem, eu, processo do trabalho tinha a CLT a me

conduzir e por suas poucas normas caminhava seguro, **mãos repletas de justiça por um juiz social do trabalho.** [...] (Grifo nosso)³⁹

Note-se que nessa passagem o julgador está a confundir Processo com procedimento e com autos do procedimento, encarando processo como instrumento da jurisdição. Mesmo assim, em revoltada análise, critica veementemente o procedimento trabalhista que, em verdade, sofre da quase completa ausência de Processo. O acórdão acima, bem que poderia terminar assim: “Eu-processo sou desnecessário já que tenho a consciência, o bom-senso, o sentimento de justiça, a capacidade sobre-humana e a sabedoria dos juízes do trabalho que são tão bem preparados e sabem exatamente o que é justiça social e bem comum”.

Em verdade, parece-nos que todos os qualificativos apontados e as narrativas metafóricas mencionadas pelo juiz refletem muitas características da figura do próprio magistrado brasileiro que, via de regra, é sisudo, carrancudo e exigente. Mas é de se esperar que as autoridades (principalmente as mais autoritárias) não gostem de Processo e dele queiram livrar-se, uma vez que são os institutos do Processo que limitam seu poder e evitam que as partes delas se tornem reféns. Como já dizia o Manual dos Inquisidores, datado do século XIV, a admissão de um defensor, o número excessivo de testemunhas e a apelação (ao Papa) são obstáculos à rapidez de um processo (EYMERICH, 1993, p. 136-145), ou seja, (traduzindo para a técnica atual) o contraditório, a ampla defesa e a isonomia impedem a celeridade e dificultam, por óbvio, o juízo subjetivo.

O que há é uma crença no juízo do juiz como instrumento de justiça do Estado, sem qualquer preocupação com o **juízo de direito** e seus institutos conformadores, ocasionando ataques de desespero nas autoridades que apenas identificam problemas no Direito Processual, ocasionando decisões do tipo:

Processo 00404-2009-079-03-00-1-RO
Data de Publicação 22/03/2010
Órgão Julgador Quarta Turma
Relator Luiz Otávio Linhares Renault
Revisor Júlio Bernardo do Carmo
[...]

Por se tratar de uma Ciência Social Aplicada, o Direito depende da sensibilidade do aplicador, do intérprete, do juiz. Ler o interior da norma jurídica e interpretá-la, no caso concreto, em consonância com a realidade social, para além da letra fria da lei,

³⁹ TRT-3 - Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

constitui tarefa das mais difíceis [...]. O juiz é a mão e a alma do Estado na realização da Justiça. A imparcialidade exige do juiz grande virtude – total isenção. [...] **Ver a verdade não é ser parcial; é ser justo.** [...] **O juiz de primeiro grau é uma espécie de google do processo [...]** (Grifo nosso)⁴⁰

Importante notar o quão autoritário é o discurso contido no texto acima citado, o julgador utiliza-se de uma pomposa retórica, cheia de palavras bonitas (que agradam ao leigo que as leia) completamente ausentes de significado, aliás, cheias de significado possíveis a serem lidos e escolhidos pela sensibilidade do aplicador (do intérprete).

Esse contexto de fusão de paradigmas estimula a perpetuação da utilização dos juízos dos juízes (subjetivos) e a crença de que é a consciência do juiz brasileiro que produzirá um *“sadio protagonismo”* que visará fazer do Brasil um país mais justo, fraterno e solidário (NALINI, 2008, p. XXIV), num despertar de um heróico protagonismo dos juízes (NALINI, 2008, p. XXV).

Assim, o juízo do juiz está intimamente ligado ao protagonismo judicial que somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao decisor magnânimo a possibilidade de prolatar decisões que reputar mais justas, segundo suas particularidades (NUNES, 2008, p. 191) (consciência), resultando numa decisão subjetivo-monológica, pautada no solipsismo e na autossuficiência do decisor⁴¹.

Essa concentração de poderes, inerente a este propalado protagonismo judicial, nas mãos do agente decisor, somada a uma liberdade (ausência de limites) de fixação de sentidos para o texto legal, acaba causando uma desfiguração da democracia:

O aumento crescente dos **poderes dos juízes**, com preterição de **defesa plena** e dos **juízos de direito** para que se exercite o **contraditório** como direito fundamental de argumentação jurídica, desfigura o pensar discursivo de uma Sociedade que se pretenda democrática e condena ao horror alguns poucos decisores que ainda preservam sua fidelidade ao saber científico-jurídico (LEAL, 2011, p. 259).

⁴⁰ TRT-3 - Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

⁴¹ O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Sr. Luiz Felipe Salomão, procedeu a discurso durante a solenidade de posse de novos juízes no Estado do Rio de Janeiro, onde afirmou que *“O processo não é senão o instrumento que o Estado entrega ao juiz para, ao aplicar a lei ao caso concreto, solucionar o litígio com justiça. Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem nenhum apego obsessivo à letra fria da lei”*. Disponível em: <www.amaerj.org.br>. Acesso em: 14/10/2010.

Somada a toda essa situação acima narrada, a partir dos anos 90, passou-se a buscar uma política processual que não impedisse o crescimento econômico e não pudesse causar alterações no mercado:

Far-se-ia necessária a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos ao mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla (NUNES, 2008, p. 159).

Buscava-se assim um aumento da produtividade judicial, com critérios de majoração da eficiência, entendida numa relação de “custo-benefício”, nos moldes mercadológicos, apregoando sumarização de cognição e a conseqüente proteção formal dos princípios institutivos do processo (isonomia, ampla defesa e contraditório) para alcance de “processos rápidos” (célere).

Essa perspectiva processual de produtividade, eficácia e baixo custo, passou a encarar o cidadão como consumidor e o Estado como fornecedor da prestação jurisdicional, tal como uma empresa.

Essa situação agravou ainda mais o paradoxo gerado pelo sincretismo paradigmático, haja vista que se passou a garantir direitos fundamentais que são implementados não pelo aparato estatal, mas a partir de uma análise de conveniência e oportunidade da autoridade judiciária imersa numa lógica processual mercadológica, ou seja, de demonstração de resultados. Isso gerou a elaboração de decisões, despachos e sentenças padrão, o que, não obstante, não impediu a continuidade do juízo subjetivo para apreciação das demandas levadas a juízo.

Essa contradição acabou por gerar um discurso socializante que, com as escusas de ampliação de acesso à justiça e aumento da eficácia e eficiência da jurisdição, permitiu diversas reformas legais do direito processual brasileiro, como as acima citadas, confrontando a principiologia constitucional do processo, reforçando o poder dos juízes e a violência sistêmica contra o cidadão.

Outra teoria que tem obtido muitos adeptos no Brasil é a do “Direito como Integridade” de Ronald Dworkin que trabalha um direito firmado em bases de convencionalismo e pragmatismo, razão pela qual rejeita “*por considerar inútil, a*

questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas” (DWORKIN, 1999, p. 271).

Nessa teoria, de exaltação da figura do magistrado, a integridade do sistema de direitos é feita pelo juiz de direito que funciona como uma espécie de “oráculo social” de atualização dos sentidos da lei, exigindo do juiz uma coerência entre os princípios e as normas vigentes (DWORKIN, 1999, p. 274). Não pretende recuperar os ideais e os objetivos dos políticos do passado, mas justificar o que eles fizeram por meio de princípios.

Note-se que referida teoria não conflita com as teorias de direito já vigentes, ao contrário, também as reforça, daí a grande popularidade.

Nota-se, pois, mais uma vez, a crença no juízo subjetivo do julgador que deve considerar as decisões de outros juízes como parte de uma história em que ele tem que interpretar e continuar *“de acordo com as suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão”* (DWORKIN, 1999, p. 286). Para isso, o juiz deve ter em mente a história jurídica da comunidade, suas leis e expectativas, buscando compreendê-las para se voltar ao futuro e construir decisões coerentes (DWORKIN, 1999, p. 275-279).

Para essa função de interpretação jurídica, Dworkin criou a figura do juiz ideal a que chamou de Hércules, jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana (DWORKIN, 2002, p. 203), que aceita o direito como integridade (DWORKIN, 1999, p. 287). Ensina Branco que Dworkin não admite uma “discricionariedade forte” que redundaria numa liberdade de escolha de significados normativos, mas advoga a tese de que os juízes devem aplicar princípios de conotação moral (BRANCO, 2009, p. 148), porque o *“direito é mais do que a totalidade das regras legisladas, sendo composto, igualmente, por princípios supralegais”* (BRANCO, 2009, p. 148), sendo capaz de gerar uma única solução correta. Por isso, o juiz Hércules:

[...] é o personagem que haverá de considerar os princípios da complexa estrutura normativa, que, a uma primeira vista, inserem-se na órbita do caso a ser resolvido. Com o empenho de sua capacidade inexcedível e sobre-humana, da sua paciência inigualável e da disposição de um tempo inesgotável, Hércules haveria de compreender o caso em todos os seus lineamentos fáticos e jurídicos, revelando, então, a única solução correta que a controvérsia atrai. (BRANCO, 2009, p. 149)

Percebemos em nossas leituras dos livros de Dworkin que há uma confiança extremada na figura do juiz que se presume ético, probo e justo, quase uma figura messiânica a salvar o direito (e a comunidade política) por meio de seus vereditos (*veritas dictum*).

Desse modo, a atividade de interpretação em Dworkin:

[...] teria aspecto construtivista e criativo. “O intérprete aceita que outra pessoa, que não ele, iniciou o processo de criação e respeita a autoridade do autor”, mas busca destacar da norma “os propósitos, mais do que as causas”. O objetivo é o de tornar a prática interpretativa sobre o seu objeto a melhor possível; isso se efetua, contudo, “sem que o intérprete transforme o objeto interpretando naquilo que desejaria que o objeto fosse, dado que as interpretações possíveis são condicionadas pela história ou forma do objeto em causa. Essa é também a leitura que Habermas faz da tarefa desincumbida pelo personagem Hércules, de “reconciliar as decisões racionalmente reconstituídas do passado com a pretensão à aceitabilidade racional do presente, ou seja, reconciliar a história com a justiça”. (BRANCO, 2009, p. 150)

Essa situação, por óbvio, é de grande utilidade no paradigma sincrético que estamos a debater, vez que permite o protagonismo do juiz e todos os acessórios que o acompanham, tais como, decisionismo, arbitrariedade, autoritarismo e confusão entre **juízo de direito** e juízo subjetivo.

Desse modo, podemos afirmar que o que vivenciamos hoje quanto a **juízo de direito** no Brasil encontra-se entre o mito do juízo ordálico-religioso e o mito da autoridade onisciente, consciente e salvacionista, ao que foram acrescentados objetivos retóricos (escopos) a serem perseguidos como prêmio final aos bons (os certos, detentores da razão).

O ecletismo propiciado pela filosofia da consciência é que permitiu a migração da crença no julgador máximo metafísico (Deus) para a crença no julgador máximo físico (juiz).

Enquanto no Juízo Final Deus já possui no “livro da vida” toda a trajetória, atos, fatos, palavras e índole daqueles que serão julgados, o sendo segundo os mandamentos (Lei) do Senhor (e sequer poderão apelar ante a clarividência das provas), dando aos bons o paraíso; o decisor, de posse do “livro dos fatos” (autos), conhece os fatos (petição inicial, denúncia), a índole dos julgados (antecedentes, conduta moral) e o direito (*da mihi factum, dabo tibi jus*), determinando ou

indeferindo a realização de provas, segundo uma livre apreciação (sistema dispositivo) que dispensa o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, dando a cada um “aquilo que é seu” (improcedência-morte ou procedência-paraíso).

As provas, por sua vez, são apreciadas segundo um Juízo Ordálico do julgador magnânimo, uma vez que, sendo livre a apreciação das provas produzidas, o julgador não diferencia valoração de valorização⁴² da prova e pode desconsiderar ao seu próprio alvedrio, os instrumentos de provas constantes dos autos, situação que coloca as partes na incerteza própria à consciência do juiz, assim como ocorria nas ordálias em que, do acaso da natureza, se poderia esperar qualquer coisa.

Não é novidade que a igreja foi quem ensinou o Estado a julgar. Assim, a missão dada ao Papa e aos bispos (representantes de Deus) de interpretar autenticamente o depósito das verdades salvíficas (EYMERICH, 1993, p. 10) foi transmutada na missão dada ao juiz (representante do Estado) na interpretação autêntica da lei.

A isso se somou o mito da justiça associada ao “Poder” Judiciário próprio ao paradigma social de direito em que o juiz assume o papel de provedor, salvador e implementador de políticas públicas.

Essas realizações acima apresentadas são a regra no Brasil e demonstram a grande confusão existente entre **juízo de direito** e juízo do juiz, o que não se adéqua ao paradigma da constitucionalidade brasileira, conforme abaixo se reforçara.

Podemos afirmar, contudo, que esse sincretismo de paradigmas é que possibilita a perpetuação da filosofia da consciência que por meio do positivismo jurídico e outras “tecnologias teóricas”, tal como, o juízo de ponderação e jurisprudência dos interesses, acabam permitindo que o juízo subjetivo (julgamento interno) usurpe o **juízo de direito** assessorado por uma “caixa de maldades” que contém livre convencimento, livre apreciação de provas, sentimento de justiça,

⁴² Ensina Rosemiro Pereira Leal que a “**valoração** da prova é, num primeiro ato, perceber a existência do **elemento** de prova nos autos do procedimento. Num segundo ato, pela **valorização**, é mostrar o conteúdo de importância do elemento de prova para a formação do convencimento e o teor significativo de seus aspectos técnicos e lógico-jurídicos de inequivocidade material e formal. Assim, a sensorialização ou percepção dos elementos de prova não é suficiente para o observador decidir. [...] Não basta valorar os elementos de prova, dizer que eles existem na estrutura procedimental, é imperioso que sejam valorizados (comparados em grau de importância jurídica) pelos **pontos** legalmente preferenciais. A **valoração** é o ato de apreensão intelectual do elemento de prova e a **valorização** é o ato de entendimento legal dos conteúdos dos elementos de prova. (Teoria Geral do Processo: primeiros estudos, p. 215-216).

equidade, verdade real, interpretação *secundum conscientiam*, dentre outros institutos antidemocráticos tradicionalmente acolhidos pelo arcaísmo hermenêutico (praticado por operadores de direito atrasados, mal formados e pouco estudados) dos Estados liberal e social de direito.

Assim, o positivismo jurídico, que encontrou campo fértil na filosofia da consciência, tem como principal característica a discricionariedade que está intimamente ligada ao paradigma da subjetividade (STRECK, 2010, p. 56), justificando, pois, nesse contexto, o **juízo de direito** ser confundido com o juízo do juiz.

Se o sincretismo gerado pelo liberalismo (Estado Liberal de Direito) e o republicanismo (Estado Social de Direito), com bases pragmáticas, propicia a perenização dos juízos subjetivos, o Estado Democrático de Direito *“há que se remeter a outras origens para se desvincular dos modelos anteriores”* (LEAL, 2010, p. 17).

Tal situação conduz a uma conseqüente exclusão de democratização do sentido da lei, acarretando uma tirania decisória (juízo subjetivo) ligado a uma moral kantiana inata a corrigir todo e qualquer cidadão que dela não se compartilhe.

4 VINCULAÇÃO DO JUÍZO DE DIREITO AO PARADIGMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E A DEMARCAÇÃO LINGUÍSTICA PELO PROCESSO

4.1 Juízo de direito e o paradigma constitucional brasileiro

Inicialmente, cumpre esclarecer que na atualidade da co-institucionalidade brasileira pode-se dizer que para ser **juízo de direito**, deve ser juízo democrático. Assim, como não há falar em democracia sem Processo, podemos afirmar que todo **juízo de direito** no Brasil é **juízo de direito** democrático, pois caso não seja democrático (sem Processo), não será **juízo de direito** no paradigma constitucional brasileiro, mas sim juízo subjetivo-monológico, portanto, antidemocrático e inconstitucional.

Precisamos, assim, definir **juízo de direito** no paradigma constitucional brasileiro, de modo que possamos desmitificar o instituto, apresentando-o nos contornos definidos pela Constituição brasileira.

É certo, porém, que a definição de um instituto é sempre matéria muito difícil, uma vez que se corre o risco de criar um dogma. No entanto, tentaremos apontar alguns contornos que nos ajudem a definir uma melhor noção de **juízo de direito**.

Para tanto, inicialmente, transcrevemos abaixo os artigos da Constituição de 1988 que mencionam a palavra juízo no contexto da função judiciária, são eles:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVII - não haverá **juízo** ou tribunal de exceção;

[...]

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

XII a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos **juízos** e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;

[...]

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

[...]

V - exercer a advocacia no **juízo** ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

[...]

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos **juízos** que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

[...]

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

[...]

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos **juízos** que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

[...]

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo:

[...]

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

[...]

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de **juízos** ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

[...]

§ 3º - Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do **juízo** federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

[...]

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

§ 5º Compete aos juizes de direito do **juízo** militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em **juízo** em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988)

Nota-se pela coletânea de artigos acima mencionados que a Constituição brasileira optou por utilizar juízo como sinônimo de órgão judicante, tanto que, em

quase todas as vezes que a Lei Maior mencionou o instituo do juízo, o fez diferenciando-o de tribunal (... *juízo ou tribunal*). Assim, jamais poderemos confundir o juízo, com o agente do juízo denominado juiz que é a pessoa física representante e atuadora exclusiva do órgão jurisdicional (LEAL, 2011, p. 258). Daqui já podemos retirar uma primeira observação: juízo não é juiz.

Louvando-nos nos ensinamentos do professor Rosemiro Pereira Leal podemos definir **juízo de direito** como “*órgão estatal de julgar integrante do “Poder Judiciário”, mediante decisões com vinculação plena*” (LEAL, 2011, p. 291).

É este órgão judicante que tem a função de julgar os conflitos de interesse, em nome do Estado brasileiro, com a estrita observação do Princípio da Reserva Legal e o Princípio da Supremacia da Constituição, conformadores do Estado Democrático de Direito (BRÊTAS, 2004, p. 132), vez que:

[...] em harmonia as correntes teóricas modernas, a sentença não é mais ato solitário do juiz, mas decisão do juízo que impessoaliza a atividade jurisdicional, porquanto, ao se proferir julgamento no sistema *civil law*, não se conta a sensibilidade do juiz, mas a observância do princípio da legalidade que se lhe sobrepõe por força constitucional [...] (LEAL, 2011, p. 258)

Desse modo, sendo o **juízo de direito** (unidade administrativa da função judiciária) uma órbita dentro da qual o juiz gravita, toda e qualquer manifestação do juiz apenas tem validade se proferida a partir de um juízo e com estrita observância dos limites por ele impostos. O que valida a decisão do juiz é a condição de ser ele agente de um juízo.

Assim, caso um juiz emane decisão sem observância do Devido Processo Legal ou em desacordo com a legalidade estrita estará violando o **juízo de direito** e, por conseguinte, o paradigma ao qual está vinculado.

Não se deve, porém, como em vários dos institutos e instituições constitucionais, tomar-se o **juízo de direito** como instituto estanque, alheio aos demais institutos da Constituição. Afinal, o **juízo de direito** deve ser entendido segundo o paradigma da constitucionalidade brasileira, qual seja, paradigma co-institucionalista processualmente elaborado, conforme denomina a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2010, p. 137).

Desse modo, é o Processo que constrói a Constituição, o Estado, a Sociedade, as funções do Estado e a democracia, como nos ensina Rosemiro Pereira Leal:

Idênticos desastres normativos ocorrem, **no direito processual democrático**, ao se colocar o **ESTADO** como círculo mítico-protetor da **SOCIEDADE** ou conceber esta como fundadora histórica do estado, porque o **paradigma** construtivo de ambos é o **PROCESSO** na constitucionalidade democrática, sendo que uma **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL** só poderia considerar-se adequada a este **ESTADO** ou **SOCIEDADE** se construída pela **princiologia do processo** como teoria discursiva criticamente escolhida no nível instituinte e constituinte do direito (LEAL, 2005, p. 2).

Assim, já se pode afirmar que o paradigma da constitucionalidade brasileira é o Processo, como ensina Leal:

[...] o **paradigma** do Estado Democrático de Direito é o **PROCESSO**: uma **teoria lingüístico-jurídica** (medium-lingüístico) já constitucionalizado no Brasil) que se distingue por **discursos** (teorias) que lhe são próprios, impondo-se, como *conditio* para a enunciação pelo melhor argumento no Estado Democrático, uma escolha paradigmática de maior teor autocrítico-lingüístico-problematizante entre os **discursos** (teorias) **do PROCESSO** e **não** entre as várias teorias sociais e culturais, paradigmas históricos, ideologias e filosofias do direito. Com efeito, o *melhor argumento* no Estado Democrático deriva de escolha teórico-discursiva no âmago do **paradigma lingüístico-jurídico** denominado **PROCESSO** (LEAL, 2005, p. 5).

É o Processo, pois, que cria, recria, constrói, altera, extingue, fundamenta e aplica o direito no paradigma da constitucionalidade brasileira e, por isso, permite a constante fiscalização dos conteúdos da legalidade e, com isso, a consequente democraticidade legitimante do direito.

4.2 A instrumentalidade dos juízes nos *juízos de direito democrático*

Conforme já se afirmou alhures, o juiz no paradigma da constitucionalidade brasileira é um mero agente do juízo, ou seja, é uma pessoa vinculada em seus despachos e decisões a um órgão jurisdicional que, por sua vez, se vincula a uma linguagem argumentativa (co-institucionalizada), o que será mais bem tratado em tópico à frente.

Desse modo, em tendo a Constituição democrática brasileira elegido o **juízo de direito** como a instituição de abrigo ao juiz de direito, pode-se afirmar que o juiz só existe no âmago legal do juízo.

Assim, o juiz de direito é um instrumento de aplicação dos conteúdos da lei, segundo o devido processo que, por incompatibilidade democrática, não possui qualquer vinculação à consciência do decisor.

É por meio do juiz que o **juízo de direito** expressa-se cartular ou virtualmente (e-processo). O juiz é quem vai grafar de forma expressa, nos autos do procedimento, a interpretação democrática do discurso da lei.

A decisão do juiz de direito, nesse sentido, deve obediência ao **juízo de direito**, o qual não pode significar uma faculdade de julgar como mediador entre o entendimento e a razão para se alcançar o conhecimento (Kant), nem uma escolha entre o mal e o bem a ser praticada pelo intérprete, tal como ocorre na atualidade dos tribunais brasileiros.

A importância do **juízo de direito** é tamanha que a decisão prolatada por um juízo de direito, cuja incompetência absoluta se verifique não terá validade ou eficácia, sendo, pois, nula, nos termos dos artigos 113, § 2º do CPC.

É certo, então, que o juiz que, após a investidura, não se vincular a um **juízo de direito**, não prolata decisões válidas e eficazes.

Por esse raciocínio resta superada a visão liberal do juiz como representante do Estado e não há mais falar em Estado-juiz, mas sim de **Estado-juízo** em que o **juízo de direito** é que prolata decisões em nome do Estado brasileiro, retirando-se, com isso, toda a carga de subjetividade e pessoalidade que possa ser dada ao ato de decidir.

Sentença, nesse sentido, não se liga mais ao *sentire*, mas aos **juízos da lei democrática**, processualmente extraídos, conforme será melhor dissertado.

Desta forma, portanto, haveria de se corrigir a enorme maioria das petições dos advogados, procuradores, defensores e promotores que, via de regra, endereçam suas petições ao “*Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da Comarca de [...]*” e não ao juízo. Afinal, sendo o juiz agente do juízo, o que importa é a decisão a ser egressa do juízo em cujas bases legais será recebida a petição e não o ato pessoal do juiz.

Quando se direciona a petição ao “juiz de direito” e não ao **juízo de direito** está-se a reforçar o culto à autoridade própria ao paradigma do Estado Social de

Direito, adaptada ao paradigma sincrético a que vivenciamos, fomentando a perpetuação da filosofia da consciência e do positivismo e suas características (arbitrariedade, discricionariedade, decisionismo e protagonismo judicial).

Não se quer aqui diminuir ou menosprezar a função exercida pelos juízes brasileiros, mas se torna urgente a desmitificação da figura da magistratura para que possamos implementar o Estado Democrático de Direito. Os juízes devem se desvencilhar da função salvífica e perder essa vontade obsessiva (mítica) de fazer justiça, porque toda vez que se fala em justiça há aí uma enorme carga de subjetivismo imanente à consciência do julgador.

A presente proposta, com isso, retira do magistrado o peso de ser o “salvador”, “justiceiro” ou “redentor” da sociedade por ele crida como já existente, dando a ele a verdadeira e mais nobre função do judiciário, qual seja, a de zelar pelos sentidos democráticos da lei.

É óbvio que a maior parte dos magistrados não concordará com nossa análise, afinal queixar-se-ão como Nalini da “missão” Constitucional que o cargo recebeu. Mas na verdade, os que rebaterão essa tese, o farão porque foram liberalmente doutrinados para exercerem a função impossível da “justiça” em conflito com a missão possível da aplicação da lei ⁴³. Estarão combatendo a perda de poder que no Brasil equivale a desprestígio.

Da mesma forma, ajuizar uma “ação” (procedimento) não pode mais ser sinônimo de levar a pretensão ao julgo do juiz (autoridade), mas deve ser, no paradigma processual do Estado Democrático de Direito, o ato de, processualmente, debater pretensões na órbita do **juízo de direito** por argumentos a serem produzidos pelas partes no âmbito da lide, de modo a se buscar legítima decisão como conclusão dos debates dos interessados, sob a estrita observância do princípio da legalidade.

4.3 O juízo de direito e a demarcação processual da linguagem como fundamento da legitimidade das decisões judiciais

⁴³ Chamo de impossível porque a noção de justiça é realmente subjetiva e varia com a visão, intenção e representação mental feita pela pessoa que analisa a situação que se quer dizer justa ou injusta. Basta avaliarmos o resultado final de um procedimento contencioso qualquer em que a parte vencedora acredita ter havido “justiça” enquanto a parte perdedora brada aos quatro cantos que fora vítima de “injustiça”.

Para Nalini o tema de maior relevância na atualidade para a definição dos rumos do judiciário brasileiro cinge-se à interpretação (NALINI, 2008, p. 316). Concordamos com citado autor no que diz respeito à importância do tema da interpretação, contudo, não só para os rumos do judiciário brasileiro, mas para a definição dos rumos das democracias em todo o mundo. Afinal são os limites hermenêuticos dados pela interpretação que vão identificar a aderência - ou não - dos significados do texto legal ao paradigma vigente em determinado Estado.

No entanto, há que se visar uma forma de demarcação dessa interpretação, já que “[...] a normatividade é suscetível de inúmeras leituras [...]” (NALINI, 2008, p. 316), buscando-se evitar desvios de significados a dependerem do juízo subjetivo do intérprete.

Cândido Dinamarco, já aconselhava a utilização da interpretação sistemática para o caso do texto da lei apontar para uma solução que destoasse do senso de justiça do intérprete:

Ser sujeito à lei não significa ser preso ao rigor das palavras que os textos contêm, mas ao espírito do direito do seu tempo. Se o texto aparenta apontar para uma solução que não satisfaça ao seu senso de justiça, isso significa que provavelmente as palavras do texto ou foram mal empregadas pelo legislador, ou o próprio texto, segundo a *mens legislatoris*, discrepa dos valores aceitos pela nação no tempo presente. Na medida em que o próprio ordenamento jurídico lhe ofereça meios para uma interpretação sistemática satisfatória perante o seu senso de justiça, ao afastar-se das aparências verbais do texto ele estará fazendo cumprir o direito (DINAMARCO, 1987, p. 422).

Mencionando Umberto Eco, Nalini transcreve passagem acerca da interpretação dos textos e seus sentidos:

[...] uma vez separado de seu emissor (assim como de sua intenção) e das circunstâncias concretas da emissão, um texto flutua (digamos assim) no vazio de um espaço potencialmente infinito de interpretações possíveis. Por conseguinte, nenhum texto pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado, definido, original e final. A linguagem dirá sempre algo mais que seu inacessível sentido literal, que se perde já enquanto se inicia a emissão textual (ECO *apud* NALINI, 2008, p. 317).

Apenas por essas poucas passagens acima, já podemos verificar que os autores ao se depararem com o problema da melhor interpretação sempre escolhem deixar a fixação do significado da norma a cargo do intérprete, ou seja, deixam ao juízo subjetivo do decisor (juízo interno, monológico) que deve saber alcançar toda a

potencialidade da norma, completando de maneira original e criativa o texto do legislador (NALINI, 2008, p. 317).

Para essa parte da doutrina, o juiz deve buscar o significado autêntico da norma que se revela na interpretação que mais for aproximada ao conceito de justiça, cuja descoberta já está atribuída, historicamente, ao juiz:

Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma.

[...]

A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, complementá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível. [...] O juiz assumiu uma tarefa que não deixa de ser também normativa (NALINI, 2008, p. 320-321).

Quanto aos conceitos de textura aberta, Nalini defende o preenchimento dos conteúdos com a experiência, cultura e preceitos extralegais:

A problemática dos conceitos jurídicos indeterminados não impressiona o juiz bem preparado. Tais conceitos são suscetíveis de preenchimento “com vida e conteúdo, mediante uma jurisprudência dirigida a concretizar e a plasmar valores” e com expressa remissão a preceitos éticos extralegais e a conteúdos culturais ou que se refiram a elementos sociais ou econômicos cambiantes (NALINI, 2008, p. 321).

Porém, aqui, cabe-nos refletir acerca das perguntas de Lênio Streck:

[...] se no campo da filosofia já não se acredita em essências, qual é a razão de os juristas continuarem a acreditar na “busca da verdade real”? Ou: se a filosofia da consciência foi contestada e superada pelas diversas correntes lingüísticas, por que razão no campo jurídico se continua a apostar na “consciência de si do pensamento pensante”? (STRECK, 2010, p. 10)

O início das respostas a essas perguntas que fazem parte, de certa forma, da investigação proposta no presente trabalho, passa por um dogma do positivismo que – não se pode negar – foi (e ainda é) uma grande dificuldade aos estudiosos do direito, qual seja, a polissemia das palavras que compõem a lei:

Aqui se acha, na primeira linha, a pluralidade de significados de uma palavra ou da frase na qual a norma se expressa: o sentido lingüístico da norma não é unívoco; quem tiver de executá-la encontra-se diante de vários sentidos. A mesma situação se apresenta quando o executor da norma crê poder aceitar que, entre o significado verbal da

norma e a vontade da autoridade criadora da norma, existe uma discrepância pela qual se pode verificar essa vontade. Em todo caso, deve ser possível pesquisar de outras fontes que não a expressão verbal da norma, enquanto essa não corresponder à vontade dos legisladores tradicionais (KELSEN, 2007, p. 115).

Assim, para o positivista a norma é uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de execução, disso decorre que todo ato será conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura que representa a norma a ser interpretada, ou seja, o reconhecimento das várias possibilidades dentro da moldura (KELSEN, 2007, p. 116).

Dessa forma, diz Kelsen, como existem várias possibilidades de sentido, não seria adequado se falar em apenas uma única resposta correta (KELSEN, 2007, p. 116), ou seja, a mesma norma pode gerar diversas respostas corretas, situação que coloca o julgador em âmbito máximo de conforto, já que sendo livre a interpretação dentro da moldura, será livre a fixação dos sentidos, fazendo com que não exista possibilidade de erros do julgador, bastando que ele utilize a norma como álibi para exercício da sua justiça interna a ser encontrada em seu juízo subjetivo.

Essa situação conduziu Kelsen a afirmar que *“simplesmente não existe – caracterizável como juspositivo – um método, relativamente ao qual, dentre os vários significados lingüísticos de uma norma, só se possa salientar um como “correto”* (KELSEN, 2007, p. 117), verdade positivista que Rosemiro Pereira Leal ousou combater, conforme abaixo se verá.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao tratar sobre a plurivocidade de sentidos, afirma ser impossível à doutrina descobrir uma univocidade, por que:

A interpretação doutrinária é ciência até o ponto em que denuncia a equivocidade resultante da plurivocidade. Daí para frente, o que se faz realmente é política, é tentativa de persuadir alguém de que esta e não aquela é a melhor saída, a mais favorável, dentro de um contexto ideológico, para uma estrutura de poder. Tudo o que existe, portanto, quando a interpretação doutrinária se apresenta como verdadeira porque descobre o sentido “unívoco” do conteúdo normativo, é, no máximo, uma proposta política que se esconde sob a capa de uma pretensa cientificidade (FERRAZ JUNIOR, 2011, p. 229).

Disso decorreu a conclusão em Kelsen de que o ato de execução da lei é uma função de vontade do intérprete (KELSEN, 2007, p. 119).

Essa noção positivista de compreender o ato de executar a lei (ou seja, o ato de decidir) como ato de vontade do julgador (intérprete) é uma compreensão criada com o advento do Estado moderno, onde o mundo passa a ser explicado e fundamentado pela razão (STRECK, 2010, p. 13). Nesse contexto há a projeção da subjetividade em que o sujeito passa a assujeitar as coisas, no que se convencionou chamar de “filosofia da consciência” cujo fundamento do conhecimento está no sujeito cognoscente que constrói o seu próprio objeto de conhecimento (STRECK, 2010).

Desse modo, o Estado moderno foi todo fundamentado na filosofia da consciência, o que trouxe ao campo das decisões a crença no solipsismo decisório, em que o decisor pode (deve) julgar segundo o juízo subjetivo (íntimo, interno), baseado na razão hedonista própria ao paradigma. Assim, o sentido do texto é dado pela consciência do julgador, tal como apregoada pelos positivistas que estão vinculados a uma corrente filosófica que determina a existência de um *Eu* que comanda o mundo, fazendo do mundo ao redor apenas um esboço virtual do que o sujeito imagina, quer e decide o que é (STRECK, 2010, p. 57):

Kelsen, ao se omitir quanto a uma hermenêutica de aplicação de sua norma abstrata, deixa à inteligência jurisdicional o *munus* da inoculação concreta da idéia de Justiça no sistema normativo por juízos de direito (monocráticos e colegiados) a pretexto de estarem dando cumprimento à vontade do legislador. No entanto, o legislador kelseneano, ao elaborar e articular normas, confere-lhes o nome de LEI como revestimento formal de mandos e comandos que, por sua vez, é também um significante metafórico a condensar uma coerência impregnadora de coercitividade sistêmica ao ordenamento jurídico, cuja eficácia (coatividade) se estabelece na órbita jurisdicional (poder) do Estado-juiz (LEAL, 2010, p. 16).

Nesse sentido, é relevante apresentar os estudos de Giorgio Agamben que apresenta a estratégia legal do que chamou de “vigência sem significado”, em que a lei é formada por palavras de multesignificados:

Vigência sem significado (Geltung ohne Bedeutung): nada melhor do que esta fórmula com a qual Scholem caracteriza o estado da lei no romance de Kafka, define o *bando* do qual o nosso tempo não consegue encontrar saída. Qual é, de fato, a estrutura do *bando* soberano, senão aquela de uma lei que *vigora*, mas não *significa*? Por toda a parte sobre a terra os homens vivem hoje sob o *bando* de uma lei e de uma tradição que se mantém unicamente como "ponto zero" do seu conteúdo, incluindo-os em uma pura relação de abandono.

Todas as sociedades e todas as culturas (não importa se democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas) entraram hoje em uma crise de legitimidade, em que a lei (significando com este termo o inteiro texto da tradição no seu aspecto regulador, quer se trate da *Torah* hebraica ou da *Shariah* islâmica, do dogma cristão ou do *nomos* profano) vigora como puro "nada da Revelação". (AGAMBEN, 2007, p. 59)

A vigência sem significado é o mesmo que a forma sem conteúdo material, é a forma desprovida de limites hermenêuticos, é a forma que permite o preenchimento, é o nada que comporta tudo, é a palavra a espera da injeção de ânimo, é o molde a espera da autoridade clarividente a completar a vigência com o significado retirado da consciência do decididor (juízo subjetivo – escolha monológica). A lei que vigora sem significar não proíbe, não prescreve ou veta um fim determinado.

Por isso, Agamben, em referência à Benjamim, afirma que a lei que perdeu o conteúdo, para de existir enquanto tal e passa a se confundir com a própria vida, já que ter escrita sem ter a “chave” para decifrá-la é o mesmo que não ter a escritura (AGAMBEN, 2007, p. 60). A lei se confunde com a própria vida a que deveria regular, possibilitando, por exemplo, o preenchimento da lei com os conteúdos próprios da experiência construída durante a vida de quem aplicará a lei. Nesse momento é que surge o juízo subjetivo para preencher o sentido da lei com o conteúdo da consciência do decisor.

Assim, esse juízo monológico da autoridade sábia encontrará campo fértil para seu desenvolvimento e justificativa a partir das ideias de Kant que tratou da “simples forma de lei”:

É em Kant que a forma pura da lei como "vigência sem significado" aparece pela primeira vez na modernidade. Aquilo que na *Crítica da razão prática* ele chama de "simples forma da lei" (*die bloß Form des Gesetzes*, Kant, 1913, p. 28) é, de fato, uma lei reduzida ao ponto zero de seu significado e que, todavia, vigora como tal. "Ora, se de uma lei" - ele escreve - "abtraí-se toda matéria, ou seja, todo objeto da vontade (como motivo determinante), nada mais resta a não ser a simples forma de uma legislação universal" (Ibidem. p. 27). (AGAMBEN, 2007, p. 59)

Associadas a “simples forma de lei” com o juízo kantiano já estudado, verifica-se a criação de um complexo de ideias que vão fundamentar o **juízo de direito** como juízo subjetivo que conduz o ato de decidir a uma faculdade de escolha (ato de vontade) do sujeito julgador que tem por base sua consciência livre,

independente e imparcial (sapiência magnânima). É a crença no julgador todo-poderoso.

Pensar o ato de julgar como ato de vontade do intérprete é permitir que o julgador apenas deva vinculação a um “tribunal da razão” perante o qual seria necessário colocar todos os nossos juízos (Kant) para fundamentarmos e justificarmos os conceitos com os quais operamos quando conhecemos, colocando o transcendental acoplado ao sujeito que se transforma no lugar último e fundamento da verdade (STRECK, 2010, p. 18). O juízo subjetivo orientado por uma razão infalível, então, passa a ser o local suficiente e completo para busca da verdade e realização da justiça:

Como acentuamos por várias vezes, o “positivista” é aquele que, no direito, não vai admitir uma igualdade no exercício da interpretação para todos, o que sempre acarreta uma hermenêutica jurídica entregue à consciência, ao talento, sensibilidade, bom-senso e conveniência, do *decididor*. Esse é o impasse da interpretação jurídica que é resolvido pelo “positivista” mediante a outorga de atributos especiais de discernimento egressos de uma **inteligência jurisdicional** que se define como instrumento de **realização de justiça** (paz social) (LEAL, 2010, p. 132).

No entanto, durante o século XX houve uma ruptura com a filosofia da consciência por meio do denominado giro lingüístico (*linguistic turn*) que passa a compreender os problemas filosóficos a partir da linguagem, transferindo o próprio conhecimento para o campo da linguagem (onde se dá o sentido) “[...] e não mais na consciência de si do pensamento pensante” (STRECK, 2010, p. 14):

Trata-se da superação do elemento apofântico, com a introdução desse elemento prático que são as estruturas prévias que condicionam e precedem o conhecimento. Assim, a novidade é que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas sim, na linguagem, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento; é pela linguagem que os objetos vêm à mão (STRECK, 2010, p. 16).

Por isso, podemos afirmar que o direito não é mais aquilo que o intérprete quer que ele seja (STRECK, 2009, p. 25). O ato judicante não pode ser, no paradigma atual, um ato de exercício da vontade do intérprete de julgar conforme sua consciência (segundo seu juízo subjetivo), como se a realidade pudesse ser reduzida à representação subjetiva do decisor (STRECK, 2010, p. 19).

Dessa forma, verifica-se que a interpretação do texto da lei deixada a cargo da autoridade tem raízes numa “filosofia da consciência” que não mais pode ser recepcionada, uma vez que permite a aplicação do subjetivismo do decisor que se utiliza de uma discricionariedade fomentadora de protagonismo judicial (ativismo judicial) que conduz a decisões arbitrárias e um conseqüente déficit de democraticidade ⁴⁴.

Juízo de direito foi criado no paradigma do Estado Liberal de Direito e reforçado no paradigma do Estado Social de Direito como *locus* positivista de construção de decisões discricionárias ligadas a um juízo subjetivo de um decisor sensível, justo, sábio e livre para pensar. Ou seja, criou-se um mito, primeiro (Estado Liberal) do juízo consciente, iluminado pela razão, e depois (Estado Social) do juízo provedor (sem perder a razão), não menos consciente e com funções salvíficas (LEAL, 2002, p. 18) ⁴⁵, o que também justifica o crescente inchaço da função judiciária já há tanto tempo denunciada pela doutrina.

Nota-se, por isso, que o **juízo de direito** tal como concebido pela maior parte da doutrina (**juízo de direito** como juízo do juiz) tem raízes nas concepções do paradigma do Estado Liberal e Estado Social de Direito, o que não se coaduna com o paradigma da constitucionalidade brasileira.

Afinal, a Constituição elegeu o **juízo de direito** como instituição democrática que, por isso, requer Processo para demarcação dos sentidos da linguagem a ser utilizada na construção das decisões processualmente democráticas.

Juízo de direito é, portanto, uma instância lógico-jurídica de limitação processualizada dos sentidos da lei para aplicação e fiscalização dos conteúdos da legalidade, segundo o paradigma constitucional vigente, com base nos princípios da democracia, supremacia da constituição e da reserva legal.

Frise-se, contudo, que não é na linguagem natural que se deve buscar a demarcação dos sentidos. Afinal, já se comprovou que os animais - e também as plantas (linguagem química) – podem se comunicar, haja vista a quantidade de sons emitidos pelas baleias na época da reprodução, pelos pássaros no raiar do dia, o latido do cachorro ao avistar algum invasor em seu território ou mesmo os infra-sons

⁴⁴ Expressão cunhada pelo prof. Rosemiro Pereira Leal trazida no livro “Processo como Teoria da Lei Democrática”.

⁴⁵ Ensina Rosemiro Pereira Leal que “Nos séculos XX e XXI, a decisão se apresenta, para a maioria dos juristas, como ato de salvação da lei pelo Poder Judiciário” (LEAL. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**, p. 18).

dos elefantes (sons muito graves inaudíveis ao homem). Referidos barulhos são a linguagem comunicativa desses seres que os reproduzem por instinto ou repetição.

Por isso, faz-se necessário distinguir as quatro funções da linguagem segundo Popper (1975), duas compartilhadas entre animais e homens e duas específicas da linguagem humana, ou seja, duas funções inferiores e duas funções superiores (POPPER, 1975, p. 215).

A primeira delas é a denominada sintomática ou expressiva da linguagem que consiste em simples afirmação do estado do organismo que realiza a expressão. A segunda denomina-se liberadora ou sinalizadora da linguagem e consiste numa espécie de resposta de reconhecimento à primeira função. Insta ressaltar que essas funções inferiores da linguagem sempre estarão presentes quando qualquer das funções superiores denominadas funções descritiva e argumentativa estiver caracterizada (POPPER, 1975, p. 216-217).

A função descritiva se presta a possibilitar o detalhamento de algo, expressando e apontando sinais – por isso as funções inferiores estão sempre presentes – conjecturando estado de coisas ou teorias.

Relevante notar que nenhuma das três funções da linguagem até aqui apresentadas se prestam à utilização para demarcação da linguagem própria ao **juízo de direito**. Ao contrário, entendemos que essas funções é que possibilitam a criação dos mitos e permitem o exercício do juízo subjetivo para criação de sentidos arbitrários pelo intérprete.

A última e mais elevada das funções da linguagem é a argumentativa que, necessariamente, requer a crítica (apontamento de aporias no discurso do conhecimento), ou seja, a linguagem argumentativa é que possibilita a criação da metalinguagem de investigação dos conteúdos das demais funções da linguagem. Nesse sentido, a argumentação é sempre favorável ou contrária a uma proposição. Sobre o tema esclarece Rosemiro Leal:

Entretanto, Popper destaca a função argumentativa da linguagem que pode ser vista em funcionamento, em sua mais elevada forma de desenvolvimento, numa bem disciplinada **discussão crítica** (POPPER, 1975) que se põe pró ou contra uma *proposta*, mas também pró ou contra alguma *proposição* da proposta. É possível descrever sem argumentar e as funções inferiores da linguagem (*expressiva e sinalizadora*) estão **sempre** presentes quando se utilizam as *superiores*, tendo estas o “controle plástico” das inferiores, mas às vezes as inferiores se mostram mais agradáveis (piada, riso)

e experimentam uma vitória passageira sobre as superiores. (LEAL, 2005, p. 6)

Por isso, no **juízo de direito** no paradigma da constitucionalidade brasileira não se trabalha a linguagem natural (naturalmente herdada e repetida) das expressões, sinais ou descrições, mas, sim, a linguagem argumentativa de investigação dessas funções naturalmente instrumentalizadas, permitindo-nos a demarcação dos sentidos já prédecididos na fundamentalidade (plano instituinte do direito) (LEAL, 2005, p. 10) do sistema.

Nesse ponto é importante ter em mente que o paradigma do Estado Democrático de Direito preocupa-se com a democracia (democraticidade) nas instituições e institutos co-institucionalizados, de maneira a permitir a legitimação dos provimentos estatais.

Assim, como o ato de decidir em juízo não significa um ato livre, mas vinculado a uma escritura prévia de direitos processualmente teorizados, *“o decidir não mais pode escorrer do cérebro de um julgador privilegiado que guardasse um sentir sapiente por juízos de justiça e segurança que só ele pudesse, com seus pares, aferir, induzir, ou deduzir, transmitir e aplicar”*, (LEAL, 2002, p. 14) haja vista que:

A decisão como *filosofema* (juízo conclusivo pelo *loci* e adesão ao *topos* já culturalmente contingenciado ou como *juízo sintético* pelo achamento apodítico), não satisfaz as investigações do pensamento jurídico contemporâneo, que se afasta, a cada dia, da escolástica aristotélica que via na *decisão* uma predileta e individual escolha entre várias alternativas (LEAL, 2002, p. 17).

Na pós-modernidade a legitimidade do direito é realizada mediante a estruturação procedimental informada pelo devido processo legislativo (LEAL, 2002, p. 29), enquanto a legitimação das decisões judiciais alcança-se pelo procedimento processualizado. Em sede de decisão judicial, portanto, o local adequado ao desenvolvimento dos procedimentos processualizados é o **juízo de direito** instrumentalizado pelo juiz de direito.

É certo que a concretização da legitimidade vincula-se ao princípio da democracia em que *“[...] o melhor argumento não tem sede na razão prática, sequer se submete a conteúdos de certeza na estrutura da normatividade.”* (LEAL, 2002, p. 30):

A *pós-modernidade* do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão na *democracia* como teoria processual de resolução do impasse da *modernidade* ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de séculos de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, que, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade (LEAL, 2002, p. 30).

Podemos afirmar, pois, que o **juízo de direito** é mais um instituto processualmente co-institucionalizado para reforço da democracia no Estado Democrático de Direito, sendo a morada originária da legitimidade das decisões judiciais.

Como já tivemos oportunidade de nos manifestar, o Estado Democrático de Direito a que perseguimos não é um Estado pronto e acabado (DUTRA, 2011, p. 20), mas um paradigma de Estado *in fieri*⁴⁶ (a ser feito), necessitando de uma construção continuada, vez que não se trata de um projeto finalizado, mas uma proposição passível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional (LEAL, 2002, p. 31).

Assim, segundo Rosemiro Pereira Leal, a compreensão de democracia passa pela teoria do Processo e pelo devido processo constitucionalizado como espaço argumentativo de testabilidade procedimental infinita a permitir o abandono do paradigma estatal sincrético com a passagem efetiva ao paradigma da constitucionalidade brasileira.

Habermas elaborou uma teoria interessante, embora insuficiente, para o esclarecimento da democracia, em que o princípio do discurso deveria assumir, por meio da forma jurídica, o princípio da democracia que passaria a conferir força legitimadora à normatização (HABERMAS, 1997b, p. 158). Contudo, o ilustre professor alemão não esclarece como seria possível esse salto epistemológico, estando ambos os princípios vinculados a uma pragmática universal que não tem seus juízos de estabilização de sentidos retirados de uma teoria da linguagem jurídica, mas do uso interpretativo de uma linguagem natural (comum) (LEAL, 2010, p. 15). Não há também em Habermas uma Teoria do **Juízo de Direito** a recepcionar um Processo para legitimação da decisão judicial, como está em Leal (2002).

⁴⁶ Expressão utilizada pelo professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Surge, então, a necessidade de uma teoria para demarcação dos sentidos da linguagem que, ao mesmo tempo, permita ao princípio do discurso a transmutação em princípio da democracia.

Essa necessidade exsurge do fato de que, em razão do “caráter oculto do significado do texto, que possibilita a multisignificação do discurso” (LEAL, 2010, p. 272), permite-se a dominação do intérprete sobre o interlocutor, situação que tanto é útil aos positivistas que manejam os sentidos das palavras ao alvedrio do senso comum ou do senso comum da dogmática jurídica a serviço de um obscurantismo e das autocracias do decisor hercúleo (LEAL, 2010, p. 272), sempre em privilégio do juízo subjetivo:

Analisados, uma a um, todos os modos de dominação que o homem inventou ao longo dos séculos para relacionar-se com o seu próximo, nenhum é mais eficiente do que o da manipulação dos sentidos. Aquele que manipula os sentidos do discurso transforma-se no árbitro todo-poderoso da comunidade para a qual define o que venha a ser valor e antivalor; é ele quem assinala os objetivos a serem perseguidos pelo grupo, dita as regras de comportamento que hão de dirigir a ação singular dos indivíduos na tentativa de realização de seus valores, pune e recompensa. Pois, como os mitos de sempre demonstram, só o que sabe quer, só o que sabe pode, só o que sabe faz (LOPES, 1978, p. 4).

A demarcação do sentido, portanto, não pode se dar de qualquer modo, mas deve se dar de um modo que renda homenagens ao princípio da democracia processualizada, ou seja, que o sentido das palavras contidas no texto legal não dependam das interpretações solipsistas feitas por um intérprete magnânimo, segundo um **juízo de direito** como juízo subjetivo, a permitir o privilégio da significação que camufla o privilégio de mando (LEAL, 2010, p. 273).

Neste ponto, apresenta-se como alternativa teórica a Teoria Neoinstitucionalista do Processo de autoria do professor Rosemiro Pereira Leal para quem o Processo:

É uma instituição lingüístico-jurídica constitucionalizada para a criação, atuação, modificação ou extinção de direitos, segundo os seus princípios institutivos: contraditório, ampla defesa e isonomia. Processo, portanto, é a instituição criadora e regencial do procedimento, ainda que o modelo procedimental não se faça em contraditório. Nessa teoria, havendo eventuais conflitos de direito

(contenciosidade) na movimentação dos procedimentos, o direito fundamental constitucionalizado do processo há de ser observado ⁴⁷.

Para essa teoria a decodificação do discurso se dá a partir de um código que orienta a própria definição do discurso, retirando a possibilidade de multisignificação do texto que daria margem à escolha arbitrária dos sentidos da lei pelo decisor, por meio do exercício do juízo subjetivo:

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

Neste ponto, podemos afirmar que, assim como já se pode afirmar que somente podem se denominar democráticos os países em cujas Constituições trazem como direito fundamental o Processo ⁴⁸, o **juízo de direito** no paradigma da constitucionalidade brasileira só é **juízo de direito democrático** quando observados forem os princípios institutivos do Processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) a definir por meio do devido processo os sentidos democráticos estabelecidos no discurso legal. Alcançando-se, pois, a linguagem argumentativa própria aos *juízos de direito* na perspectiva democrática da Teoria Neoinstitucionalista do Processo.

Como o **juízo de direito** é o local próprio à atuação do Processo, quando se trata de função jurisdicional, o dogma kelseneano da impossibilidade de uma única resposta na atividade interpretativa, cai por terra. Afinal, sendo o Processo o interpretante, o sujeito intérprete perde a condição de assujeitador da linguagem e se torna vinculado a um discurso dado a partir de um código e não mais a partir do texto. Assim, o texto e o discurso estão vinculados ao código posto pelo interpretante (LEAL, 2010, p. 275).

Desse modo, o **juízo de direito** fixa-se como um *locus* co-institucionalmente estabelecido de garantia de democraticidade das decisões judiciais, uma vez que a

⁴⁷ Definição ditada pelo professor Rosemiro Pereira Leal aos alunos do 4º período do curso de Direito da PUC Minas, unidade Praça da Liberdade, no dia 22/03/2011.

⁴⁸ Afirmação do professor Rosemiro Pereira Leal.

decisão judicial emanada somente terá existência, validade, eficácia e legitimidade se houver a atuação do devido processo, sem o qual não há falar em democracia. No âmbito da função judiciária, é o **juízo de direito** o lugar próprio à atuação do Processo.

Assim, pode-se afirmar que a decisão judicial legitimada somente é possível por atuação do Processo que, não obstante, não pode atuar pela função judiciária, fora o *locus* (**juízo de direito**) reservado a ele pela Constituição.

5 CONCLUSÃO

Durante o desenvolvimento desse trabalho tivemos a oportunidade de descobrir ao menos uma razão que justificou os questionamentos, realizados pelos colegas e professores, apresentados na parte introdutória desta dissertação, no que tange a relevância da pesquisa em torno do **juízo de direito**. Há ausência de pesquisas científicas entorno do tema.

Tanto é verdade que quase não existe bibliografia que debata acerca do juízo, quiçá **juízo de direito**, o que ocasionou enorme dificuldade para reunir informações sobre o tema ao longo dessa pesquisa, problema testemunhado por vários colegas e pelo nosso orientador, cujos escritos perpassam o tema, sempre fomentando a instalação de pesquisas científicas para aprofundamentos.

É certo, ainda, que os teóricos pesquisados, quando tratam do tema, o fazem de maneira muito ligeira e, portanto, superficial, sem investigar as bases epistemológicas daquilo que chamamos de **juízo de direito**, apenas repetindo os conteúdos desenvolvidos durante os paradigmas passados, demonstrando uma estagnação do instituto pela tradição jurídica consolidada no país.

Não obstante, pudemos perceber que o juízo, ao longo da história, sofreu várias alterações e adaptações até ser elevado ao patamar de instituto jurídico, o que ocorreu com o surgimento do Estado Liberal burguês.

Verificamos que essa reunião do juízo ao direito para formar a expressão **juízo de direito** e ser elevado ao nível de instituto jurídico ocorreu por inspiração nos juízos que o antecederam, já que o juízo sempre foi a manifestação de um julgamento por uma autoridade, solipsista.

Começando pelo juízo ordálico em que as provas colhidas eram fornecidas pela própria entidade mítica julgadora, a qual ditava o juízo verdadeiro acerca de determinada situação submetida a julgamento. A crença na justiça e na verdade pautava-se na máxima de que Deus sempre protegeria os justos, probos e certos.

Na mesma toada, o juízo final presente em diversas religiões ocidentais também apresenta uma entidade divina de julgamento, cujas características são a onisciência, onipresença e onividência, de modo que no juízo final (julgamento de todos os homens, vivos e mortos, pelo senhor) não haverá qualquer dúvida quanto à justiça e acerto do destino imposto ao julgado, já que tudo já estará escrito em livros sagrados.

Relevante destacar que, como o Estado nem sempre foi laico e a igreja que já havia criado seus rituais litúrgicos de processamento baseados no direito canônico, houve várias situações durante o período medieval em que a autoridade eclesiástica confundia-se com a figura do juiz ou auxiliava-o no processamento e no julgamento dos acusados. Assim, acreditamos que, em razão dessa proximidade entre igreja e Estado, houve uma influência não só da ritualística (ritos) canônica como também da mitificação dos atos e palavras no processo estatizado, gerando a crença numa justiça redentora, não mais por meio do ente metafísico, mas pelo juiz de direito (entidade física, com razão suficientemente iluminada para alcançar a verdade, o justo e correto).

Antes disso, porém, Aristóteles já denominava juízo como julgamento realizado pelo intelecto que, por meio do pensamento, indicava ao sujeito pensante o juízo verdadeiro, ou seja, a essência da coisa conhecida. Assim, para Aristóteles, o pensamento conduz à verdade. Vemos aqui a origem da crença no raciocínio do sujeito que por meio do pensamento seria capaz de desvendar toda a verdade acerca do objeto assujeitado que se quer conhecer. É a filosofia da consciência e a crença no sujeito solipsista.

Contudo, a retomada do juízo de inspiração aristotélico só ocorreu por volta do século XIV com o período europeu denominado Renascimento (ou Renascença ou Renascentismo) e o retorno aos estudos dos valores das épocas da antiguidade clássica (principalmente gregos, tais como, hedonismo, antropocentrismo, racionalismo e individualismo) que se identificavam com as expectativas do homem racional, centro do mundo, típico daquele momento histórico.

Na seqüência, Kant influenciado pelos ideais renascentistas e, portanto, herdeiro do racionalismo de Renè Descartes (que havia colhido vários de seus ensinamentos nas obras de Aristóteles e Platão), desenvolve suas teorias baseado na razão e seus conhecimentos *a priori*. Cria assim a ideia de juízo como conector entre o conhecimento e a razão, com a função de promover no sujeito a reflexão (pensamento) do mundo sensível com base no mundo inteligível (suprassensível).

Em Kant a filosofia da consciência continua dominando a ideia de juízo como um atributo do sujeito cognoscente que de forma isolada, apenas por meio do intelecto racional (juízos *a priori*), é capaz de acessar os conhecimentos necessários e universais, ou seja, conhecimentos verdadeiros.

Esse juízo solipsista que interliga a razão ao conhecimento é que nos pareceu inspirar a criação do instituto do **juízo de direito** no paradigma de Estado Liberal como juízo subjetivo do julgador que, não obstante, deveria utilizar-se da razão para cumprir o direito, buscando indicar a vontade do legislador (*mens legislatoris*), já que ao juiz não caberia interpretar, mas apenas aplicar a vontade geral manifestada na lei. O juízo de direito liberal, então, passou a ser uma manifestação da vontade (ato de vontade) do Estado-juiz que, considerando o princípio dispositivo próprio as relações liberais, deveria racionalmente aplicar a lei no silogismo segundo o qual a premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato e a conclusão é a sentença.

Assim, podemos dizer que o juízo de direito no paradigma de Estado Liberal tem bases em uma epistemologia arcaica, em que a investigação do conhecimento se dá por meio da relação sujeito-objeto, imerso na filosofia da consciência cuja verdade sobre o objeto a ser conhecido (os fatos e o direito) é acessada por meio da racionalidade do sujeito cognoscente (julgador).

Lado outro, no paradigma de Estado Social de Direito manteve-se a inspiração do **juízo de direito** nas teses do juízo kantiano, porém somados a outras teses. Isso porque o **juízo de direito** permaneceu como juízo subjetivo a ser expressado pelo juiz no momento de sua decisão, porém reforçou-se o culto à autoridade magnânima e salvacionista, autoridade redentora dos pobres e oprimidos, cuja função é fazer justiça e promover o bem-estar social.

O **juízo de direito** continuou subjetivo-monológico, mas foi reforçado pela busca de um juízo justo, distributivo, salvador, o que acreditamos ter sido encontrado (resgatado) no juízo final, trazendo a onipotência, onisciência e onividência do julgador supremo metafísico, para o julgador supremo físico, aumentando os poderes dos juizes na condução dos procedimentos e a crença na realização da justiça por meio da racionalidade consciente do juiz que poderia, inclusive, emendar o sistema jurídico por meio do costume, analogia, equidade, princípios gerais do direito, jurisprudência e doutrina. Em certos momentos históricos chegou-se a autorizar, inclusive, a decisão *contra-legem*, como ocorria na corrente do direito denominada Escola do Direito Livre na Alemanha, afinal acreditava-se que o juiz também produzia o direito.

Mais tarde, a teoria do juízo de ponderação – criação alemã – desenvolvida dentro do contexto do Estado Social de Direito a partir da teoria da proporcionalidade, como método de resolução de conflitos entre princípios, mais

uma vez reforça o poder de decisão da autoridade que por meio de um juízo subjetivo, avaliando os valores da sociedade em que vive, escolhe o princípio a prevalecer no caso concreto.

Importante notarmos que o Estado Social não significou uma ruptura com o paradigma anterior (Liberal), antes o contrário, é uma adaptação de várias instituições e institutos já existentes somados a novas teorias, tais como, o referido juízo de ponderação.

Da mesma maneira como aconteceu no paradigma de Estado Liberal de Direito, o paradigma de Estado Social de Direito também se baseava na epistemologia arcaica, porém com o acréscimo de que, para além da relação sujeito-objeto, havia uma relação consciência-existência, que reforça ainda mais a crença na racionalidade da autoridade.

Não obstante, durante nossas investigações pudemos perceber que, apesar da Constituição da República de 1988 ter inaugurado o paradigma do Estado Democrático de Direito, o que notamos na prática é uma mistura de teorias, instituições e institutos dos vários paradigmas tratados, bem como dos sistemas da *Civil Law* e da *Common Law*, criando o que denominamos de paradigma sincrético de direito. Dessa forma, conseguem recepção no sistema jurídico brasileiro, teorias como a do Direito como Integridade, Jurisprudência dos Interesses, Juízo de Ponderação, dentre outras teorias de reforço da consciência da autoridade.

O paradigma sincrético do direito permite que várias teorias, instituições e institutos mantenham-se harmonicamente válidos e exercitáveis, por que todas elas possuem raízes epistemológicas similares, a partir duma epistemologia arcaica, cuja crença na razão e na consciência do ser humano informam as relações a serem estabelecidas.

Não que a Constituição permita a permanência desse paradigma sincrético do direito, mas como pudemos explicar, a operacionalização do Estado Democrático de Direito requer a melhoria dos profissionais do direito, ou seja, uma melhor qualificação, com base em teorias democráticas processualizadas, que fogem à democracia tradicional que mistura democracia liberal, democracia social e autoritarismo. É necessário, pois, um rompimento com a tradição jurídica já consolidada no Brasil para permitir a evolução da compreensão do direito sob uma ótica processualizada (democraticizante).

Tal situação sincrética permite a permanência no ordenamento jurídico brasileiro da confusão entre **juízo de direito** e juízo subjetivo-monológico da autoridade, o que é antidemocrático por considerar o juiz um ser de raciocínio privilegiado apto a produzir verdades.

Referida situação acaba por postergar, quiçá impedir, a efetivação do **juízo de direito** tal como inserido na Constituição de 1988, ou seja, como órgão julgador, instrumentalizado pelo juiz de direito, para atuação do Processo e garantia da demarcação linguística e conseqüente democraticidade dos provimentos emanados pelo judiciário.

No paradigma jurídico da co-institucionalidade brasileira não há espaço para atuação da consciência julgadora, decisionista, discricionária, subjetiva e solipsista, sobre a vida ou o direito de outro sujeito (cidadão). Afinal, o Processo como teoria linguística de demarcação de sentidos por meio do contraditório, ampla defesa e isonomia, impõe a participação irrestrita dos destinatários na produção dos provimentos dos quais tenham interesse, situação que apenas poderá ocorrer – no âmbito da função judiciária – no *locus* co-institucionalmente reservado para isso, qual seja, o **juízo de direito**.

O **juízo de direito**, portanto, é democrático e impessoal por conta da atuação do Processo. Juízo de direito sem Processo, não é juízo de direito democrático e, por conseguinte, não se adéqua ao paradigma da co-institucionalidade brasileira tornando-se inconstitucional.

Durante nossa pesquisa pudemos ainda concluir que, por legado do paradigma de Estado Liberal de Direito, ainda compreendemos a figura do juiz como representante do Estado (Estado-juiz), o que contribui para a mitificação dos julgadores que se sentem o próprio Estado (como se “a lei sou eu”, ou “a lei é o que dizem os tribunais”).

Referida situação acarreta um déficit democrático que tem íntima ligação com a filosofia da consciência e com a epistemologia arcaica que embasam a crença na razão suficiente (tribunal da razão de Kant) que, por sua vez, inspira a continuidade histórica do **juízo de direito** como juízo do juiz, em que o juiz (sujeito), conhece (cognição) os fatos (objeto), assujeitando-o com suas impressões pessoais acerca do sentido do direito, para, daí, retirar uma conclusão sobre o que lhe foi apresentado: a decisão.

Desse modo, podemos perceber que na co-institucionalidade brasileira não há mais se falar em Estado-juiz, mas somente em Estado-juízo, vez que as decisões judiciais no Estado Democrático de Direito não estão a depender da pessoa do juiz (funcionário público de alta qualificação que instrumenta o juízo, cujas competências determinadas na Constituição), mas sim juízo, de modo que podemos afirmar que o representante do Estado é o juízo (Estado-juízo), o que contribui para impessoalidade das decisões e para a democraticidade dos provimentos.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Trad.: Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 334-344, out. 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, João Ferreira de. **Bíblia Sagrada**. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- APOCALIPSE. In: **A Bíblia Sagrada**. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.
- ARISTÓTELES; Edson Bini. **Órganon**. São Paulo: EDIPRO, 2005.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2011.
- BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 03 jun. 2011.
- BRASIL. Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2011.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 2000.
- CÍCERO; PINHO, Sebastião Tavares. **As Catilinárias**. Lisboa: ED. 70, 2006.
- COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- COULON, Jean-Marie. A consciência do Juiz Hoje. In: CABASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Orgs.). **A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Belo Horizonte: Tempus, 2010.

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.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito:** introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. A Mitificação das Palavras e a Vigência sem Significação como Fundamento do Retórico Discurso dos Direitos Humanos. In: BARROS, Renata Furtado de; LARA, Paula Maria Tecles (Org.). **Direitos Humanos:** um debate contemporâneo. Raleigh: Lulu Publishing, 2011a.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. Processo Constitucional, Devido Processo Legal e as Funções do Estado Democrático. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona (Coords.). **Direito Processual.** Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2011b.

DUTRA, Leonardo Campos Victor. Processualidade Constitucional Democrática e a Executoriedade dos Direitos Fundamentais. In: CASTRO, João Antônio Lima (Coord.). **Direito Processual:** aspectos contemporâneos do direito processual. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores.** 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa:** monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia:** o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito.** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1995.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil.** Belo Horizonte: Líder, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. v. 1. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. Três Modelos Normativos de Democracia. Trad: Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, jan./jun., 1995.

HORDONES, Fabrício Vargas. **O Jeitinho Brasileiro como Juízo Aristotélico de Equidade**. 2007. 96 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. 2. ed. 4 reimp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 5. ed. Trad.: Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad.: Paulo Quintela. Porto: Porto Editora, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LAFONT, Sophie. O Juiz Bíblico. In: CABASSE, Jean-Marie; DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (Org.). **A Consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Belo Horizonte: Tempus, 2010.

LANA, Aluizio Rodrigues. **A Suspensão do Juízo Empírico como Método Fundamental da Ética e do Direito no Pensamento de Immanuel Kant**. 2008. 135f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. **Virtuajus** – Revista Eletrônica, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, dez. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/prod_Docente_2_2005.html>. Acesso em: 10 jul. 2011.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e Mercado Mundial**: A crise jurídica das economias nacionais. 3. Ed. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Direito**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

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

LOPES, Edwar. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo: Cultrix, 1978.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAJZOUN, Milene Chavez Goffar. **Juízo de Deus e Justiça Real no Direito Carolíngio**: estudo sobre a aplicação dos ordálios à época de Carlos Magno (768-814). 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual de Campinas, Departamento de História do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/63513254/9/Tipologia-das-formas-ordalicas>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO - 00541-2008-003-03-00-6. Rel. Luiz Otávio Linhares Renault. **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RO - 00404-2009-079-03-00-1. Rel. Luiz Otávio Linhares Renault. **Diário eletrônico da Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm>>. Acesso em: 15 out. 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores)

NALINI, José Renato. **A Rebelião da Toga**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2008.

NÚMEROS. In: **A Bíblia Sagrada**. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. **Devido Processo Legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ORDÁLIO... In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2010. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=ord%C3%A1lio>>. Acesso em: 26 set. 2011.

PARAÍBA. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. RO - 01718. 2007.027.13.00-6. Única Vara do Trabalho de Santa Rita-PB. **Diário eletrônico administrativo do TRT 13ª Região**, João Pessoa, 2007. Disponível em: Disponível

em: <<https://www.trt13.jus.br/consulta/redirecionaConsulta.jsp#>>. Acesso em: 13 out. 2011.

PASCAL, Georges. **O pensamento de Kant**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle processual de políticas públicas no Brasil**. 2010. 314f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PLATÃO. **Crátilo**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

POPPER, Karl Raimund. **A Sociedade Aberta e seus Inimigos**: a preamar da profecia, Hegel, Marx e a colheita. 3. ed. v. 2. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**. São Paulo: Editora da USP, 1975.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SMITH, Joseph Jr. **O Livro de Mórmon**: outro testamento de Jesus Cristo. Assunção: A Igreja de Jesus Cristo dos Santos dos últimos Dias, 1995.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isso**: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Crise de Paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. 2009. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=54&Itemid=40>. Acesso em: 15 out. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEIRA, Antônio. **O fim do mundo e o juízo universal**. São Paulo: Luzes, 1961.