

UNIVERSIDADE FUMEC
Programa de Pós-Graduação em Direito

Virgília Gomes Fantini

OS RESTOS DA DOMINAÇÃO RELIGIOSA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Belo Horizonte
2014

Virgília Gomes Fantini

OS RESTOS DA DOMINAÇÃO RELIGIOSA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da FUMEC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Orientador: Prof. André Cordeiro Leal

Belo Horizonte

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

F216r Fantini, Virgília Gomes, 1977-
Os restos da dominação religiosa no direito processual
civil / Virgília Gomes Fantini. - Belo Horizonte, 2014.
96 f.

Orientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2014.

1. Direito processual. 2. Religião e direito. 3. Juízes. I.
Título. II. Leal, André Cordeiro. III. Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 347.9



UNIVERSIDADE
FUMEC

DE MINAS GERAIS PARA O MUNDO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dr. André Cordeiro Leal _____

Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias _____

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães _____

MESTRANDA: VIRGÍLIA GOMES FANTINI

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“RESTOS DA DOMINAÇÃO RELIGIOSA
NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL”.**

NOTA: (100,0) *em* _____

ASSINATURA ORIENTADOR: _____

DATA DA DEFESA: 20/05/2014

Ao Fernando, meu amor e companheiro em todas as minhas conquistas, por me alimentar com sua experiência de vida e palavras de sabedoria, por sempre acreditar em mim e ser o meu alicerce.

Aos meus filhos, Luiza e Lucas, pela compreensão ante a minha ausência, e por encherem minha vida de luz e amor.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador André Cordeiro Leal, a quem devo a criação deste trabalho, pela sabedoria e preciosos ensinamentos na busca de um Direito Processual Democrático.

Ao Prof. Rosemiro Pereira Leal, pelas ilustres obras de grande riqueza para o estudo jurídico.

À minha família pelo incondicional apoio.

Aos professores do Curso de Mestrado pelos relevantes debates e ensinamentos.

*“A Ciência Dogmática do Direito ainda dorme
ninada nos braços e abraços de gerações
seculares de julgadores nostálgicos cujo saber
é retirado do seu poder de decidir.”*

Rosemiro Pereira Leal

RESUMO

O presente estudo representa um esforço de desvelamento do indizível que se oculta num saber autoritário considerado, pela dogmática processual civil, como indispensável à operacionalização do direito. Demonstra-se que essa dogmática cuidadosamente proposta por um segmento do saber jurídico autônomo surgido no final do Século XIX recebe e repete a herança religiosa do direito romano, e de onde se retira seus modelos normativos. Objetiva-se, via contornos históricos, demonstrar que a construção do direito processual moderno nasceu com suas raízes fincadas em dogmas religiosos, tendo a figura mítica do sacerdote-juiz como único saber-poder de decidir. A partir deste mundo teocêntrico de sociedade, onde direito e religião se tornaram lados de uma mesma moeda, inevitável que essa influência mística alcançaria a prática judiciária, assim como a ritualística sagrada praticada em cerimônias religiosas. Com isso, revela-se que o direito processual civil moderno não se libertou dos pressupostos sacerdotais de revelação normativa, tais como o a força simbólica presente na toga usada pelos magistrados, os rituais judiciários e a autoridade mística de quem decide. A presente obra transita por autores como Giorgio Agamben, René Girard, Antoine Garapon, Michel Foucault entre outros, com o intuito de revelar a perene violência simbólica sacerdotal no poder-saber das autoridades, que nos traz um direito processual atrelado à vontade moral e solipsista do seu decisor. Por fim, defende o estudo, que a saída para a dominação jurídico-religiosa, ainda preconizada pela Ciência Dogmática do Direito, alcança-se por meio de uma Teoria Neoinstitucionalista do Processo, criada pelo ilustre autor Rosemiro Pereira Leal. Mostra-nos o autor, através de sua teoria, que somente por meio de um médium linguístico-autocrítico-jurídico denominado processo, constitucionalmente adotado por um Estado Democrático de Direito, poderemos falsear saberes autoritários e impor uma fiscalidade irrestrita e aberta processualmente a todos os participantes na construção do conjunto normativo para uma sociedade assim considerada como democrática.

Palavras-chave: Sacerdote-juiz. Direito processual. Teoria-neoinstitucionalista.

ABSTRACT

This study aims to represent an effort in disclosing the unspoken, hidden in an authoritarian knowledge considered by civil procedural dogmatic as essential to the operationalization of law. It is shown that this dogmatic carefully proposed by a segment of the autonomous legal knowledge arisen in the late nineteenth century receives and repeats the religious heritage of Roman law, from where its normative models are derived. The objective is to show that, via historical foundation, the construction of the modern procedural law has its basement in religious dogmas, with the mythical portrait of the priest-judge as the unique character to decide, based on the dualism knowledge-power. From this theocentric world of society, where law and religion resemble, this mystical influence would unavoidably reach judicial practice, as well as sacred ritual practiced in religious ceremonies. Thus, it seems that the modern civil procedural law has not disentangled from priestly assumptions of normative revelation, such as the symbolic power in the toga worn by magistrates, judicial rituals and the mystical authority for one to decide. This work contemplates authors such as Giorgio Agamben, René Girard, Antoine Garapon, Michel Foucault and others, in order to reveal the perennial sacerdotal symbolic violence in the dualism power-knowledge of the authorities, which brings us a procedural law linked to the moral and solipsistic will of its maker. Finally, the study argues that the reasonable option for the legal-religious domination, still defended by the Dogmatic Science of Law, can be reached through a Neoinstitutionalist Theory of Process, created by renowned author Rosemiro Pereira Leal. Through his theory, the author shows that only by means of a self-critical legal linguistic medium named process, constitutionally adopted by a Democratic State of Law, one can distort authoritarian knowledge and impose an unrestricted and open taxation procedurally to all participants in the development of a set of rules for a society considered democratic.

Keywords: Priest-judge. Procedural law. Neoinstitutionalist theory.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	RELIGIÃO E DOMINAÇÃO.....	12
3	RELIGIÃO E A DECISÃO JURÍDICA EM ROMA	29
3.1	A arbitragem romana e a religião	31
4	A RITUALÍSTICA JUDICIÁRIA E SEU PODER SIMBÓLICO – O JUIZ COMO <i>MEDIÚM</i>	37
4.1	A dominação do discurso jurídico pelos detentores do Poder-Saber	41
4.2	O indizível que <i>resta</i> na ritualística judiciária através do simbolismo religioso.....	45
4.3	A legitimidade da decisão oriunda da sapiência do interprete-aplicador e sua refutação pelo devido processo constitucional.....	47
5	O SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL MODERNO E O PAPEL DO JUIZ NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.....	59
5.1	A Teoria Instrumentalista do Processo e o Processo para Fazzalari – contraposição apenas aparente quanto ao lugar do juiz	65
6	A CONQUISTA DO DIREITO EMANCIPATÓRIO A PARTIR DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO.....	76
6.1	O juiz e a Teoria Neoinstitucionalista	80
6.2	A teoria neoinstitucionalista e a influência popperiana	83
7	CONCLUSÃO.....	87
	REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é apresentado com o objetivo de discutir o espinhoso tema da religião e da secularização, bem como, sob perspectiva histórica, a violência simbólica que o sagrado exerce, de forma a que se examinem os restos do sagrado que permanecem ocultos nos pressupostos do direito processual tradicional, em que representantes do poder estatal, impregnados de um saber mágico-religioso, ainda são os responsáveis últimos pela interpretação e operacionalização da norma jurídica.

Para tanto, no primeiro capítulo, apresentamos a proposta do filósofo Giorgio Agamben, que propõe que as visões religiosas de mundo pressupõem não uma pretendida união, mas uma necessária cisão. A secularização do religioso, segundo se examinará, retira a coisa do uso profano e a transforma em sagrada, através do rito de passagem da esfera humana para a divina. Demonstramos também, com base em outros autores relevantes da filosofia atual, como a religião transformou seu líder em ser consagrado aos deuses e, portanto, em verdadeiro e único médium autorizado em transitar entre dois mundos, capaz de revelar a verdade à aqueles que não pertencem à esfera do sagrado.

No segundo capítulo, denominado “Religião e a decisão jurídica em Roma”, demonstramos como o discurso mágico-religioso influenciava a decisão jurídica em Roma, cuja produção jurídica era o uso de certas palavras sacramentais como uma fórmula sagrada. No entanto, para que o direito fosse aplicado, necessário que as fórmulas fossem pronunciadas de forma corretamente, de acordo com os dizeres contidos na fórmula, caso contrário, a lei não se aplicava. Com o desenvolvimento do direito romano, essa rigorosa formalidade foi perdendo força, para surgir então um direito aplicado a partir da atuação do magistrado como autoridade do Estado.

A interessante ritualística judiciária trazida por Garapon (1997) em nosso capítulo terceiro exhibe, claramente, que esta não se manteve distante do misticismo simbólico da figura do magistrado como canal mediúnico dos homens com a vontade divina. O espaço judiciário é um espaço sagrado, especialmente a elevação do gabinete dos juízes, que evoca a busca de um contato entre homens e o céu, tal qual o altar no universo simbólico dos templos da qual a decisão acertada será revelada aos juízes. A investidura na magistratura revela que além da justiça ser

algo divino, os juízes são homens escolhidos e incumbidos de uma tarefa sobre-humana, para a qual se devem tornar dignos e sagrados. O discurso jurídico destes mediúnicos juízes é dotado de suprema sabedoria, e a decisão revelada e acertada por esses profetas, coaduna com a moral e o bem comum para uma sociedade que sofre por fazer parte da esfera profana que lhe é imputada.

O capítulo quarto nos apresenta o desenvolvimento do direito processual a partir das teorias defendidas por expressivos processualistas ao longo da história, partindo de Oskar von Bülow em 1868, com sua teoria da relação jurídica processual, até Elio Fazzalari e seus seguidores da Escola Instrumentalista do Processo, que nos revela uma teoria processual a partir da imprescindível garantia dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia para uma legítima construção da decisão jurídica.

No entanto, muito embora a teoria fazzalariana tenha tentado afastar a ciência processual das amarras de uma retórica submissão ao poder subjetivo decisório do intérprete-julgador da lei, delimitando a legitimidade do procedimento a partir do contraditório, não nos trouxe ainda, a possibilidade de um controle irrestrito do ato decisório a partir do mesmo contraditório oportunizado. Assim, defendemos no capítulo cinco deste trabalho, a implementação de uma Teoria Neoinstitucionalista do Processo, a partir dos fundamentos do seu criador, o insigne processualista Rosemiro Pereira Leal.

A Teoria Neoinstitucionalista do Processo nos revela que, ainda que oportunizado os princípios institutivos do processo do contraditório, ampla defesa e isonomia, isso não passaria de “meros atos argumentativos juridicamente aleatórios ou estratégicos, entre as partes para provocar provimentos cujos fundamentos jurídicos não estariam teoricamente priorizados e pré-estabelecidos no bojo do sistema jurídico dentro do qual os sujeitos e as partes processuais se encontravam.” (LEAL, 2013, p. 39-40). Para Rosemiro Leal, a isonomia processual que praticamos não confere com uma igualdade de interpretação e argumentação isomênicamente a todos que participam da construção do provimento jurisdicional. Ao contrário disso, o discurso contraditorial não ultrapassa a um falatório inócuo entre as partes, uma vez que o Estado-juiz não está adstrito às normas positivadas e tampouco, aos argumentos críticos defendidos intradiscursão pelas partes.

Desta feita, a Teoria Neoinstitucionalista propõe o exercício de direitos fundamentais líquidos e certos já autoaplicáveis e assegurados a todos os

integrantes de uma comunidade jurídica, atuante a partir do devido processo como médium linguístico-jurídico, sem que sofra quaisquer restrições por uma jurisdicionalidade sustentada em juízos de adequabilidade ou razoabilidade as situações sociais, mas antes institucionalizadas por um modelo social democrático e processualmente legislado.

Diante disso, e ancorada na célebre teoria do conhecimento objetivo trazido por Karl Popper, para a Teoria Neoinstitucionalista não há verdades democráticas se não forem construídas dentro do sistema jurídico legalmente institucionalizado, através de um interpretante que assegure uma linguagem isomênica crítica-argumentativa a todos, dentro de um devido processo, a serem fundantes em níveis co-instituente e constituído, para a criação de um direito normativo a partir de um Estado Democrático de Direito.

2 RELIGIÃO E DOMINAÇÃO

Em *Profanações* (2007), *Giorgio Agamben* realiza uma importante reflexão a respeito do conceito de sacralização, e por sua vez, do domínio da religião por algo que se torna sagrado. Para o autor, a sacralização é a passagem de algo do profano para o sagrado, da esfera humana para a divina. É essencial que exista este corte que separe duas esferas distintas, que a vítima deve atravessar. Em seguida, o autor revela o significado de profanar, que é forma de devolver aquilo que outrora foi consagrado, novamente ao uso comum dos homens.

A ideia central da obra de Agamben (2007) é o pensamento religioso quanto ao direito ao uso e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de se usar algo. Todavia, o autor não discorre apenas de um uso simples, cotidiano, mas de algo da esfera do sagrado. O que preocupa Agamben é o uso religioso que resulta da atuação dos dispositivos da captura. Esses dispositivos podem ser a linguagem, a cultura, fatos históricos e a estrutura de poder de um povo.

Para o autor, algo que era sagrado (*sacrare*) significava tudo aquilo que havia sido subtraído do convívio humano e consagrado aos deuses, sendo um ato de sacrilégio violar a retenção da coisa consagrada. Já profano consistia nas coisas que foram restituídas ao livre uso dos homens. A subtração do livre uso é forma de poder e de dominação de um dispositivo. Consagrar e, após, profanar seria dizer que a coisa restituída é pura, liberada dos nomes sagrados e que agora é livre para ser usada por todos.

Diante disso, Agamben (2007) nos conta que a religião possui esse poder de definir o que seria a coisa consagrada e a coisa profana dentro dos seus rituais religiosos. A religião tem assim, como objetivo, subtrair coisas, lugares, animais ou pessoas do uso comum, transferindo-a para uma esfera separada; é a coisa transformada em consagrada ou religiosa. O termo “*religio*”, ao contrário do que se imagina, não trata de religação e não é o que une os deuses aos homens, mas sim o que os separa. O “*relegere*” significa um começo de passagem, estabelecido entre o profano e o sagrado, através de uma ritualística de formas e fórmulas, determinada obviamente por um representante considerado sagrado, separado dos comuns, na maioria das vezes, um sacerdote (AGAMBEN, 2007).

Não há religião sem que se haja separação. E essa separação se realiza através do sacrifício aos deuses, por meio de rituais diferenciados, onde se estabelece a passagem de algo do profano para o sagrado, da esfera humana para a divina. Da mesma forma, o sagrado pode se tornar novamente profano e ser devolvido a esfera humana, através de um contágio profano, um tocar que desencanta e devolve, ao uso comum, aquilo foi separado (AGAMBEN, 2007).

O ritual sagrado presidido por seu sacerdote exige uma atitude zelosa e meticulosa quanto à aplicação de suas formas e fórmulas, ao introduzir as relações humanas com os deuses, exigindo um comportamento e um pensar predominantemente de submissão. A religião não se importa com a incredulidade com relação ao divino, mas sim, com a sua negligência em manter separado aquilo que se tornou sagrado (AGAMBEN, 2007).

Profano pode se considerar tão somente aquilo que não se importa com a separação e seu *relegere*, mas faz desta separação um uso comum e ao mesmo tempo particular. Tudo dependerá da forma que na qual a coisa será usada, de forma profana ou consagrada. Agamben (2007) faz uma relação do sagrado com os jogos, pois grande parte destes derivou de cerimônias sagradas, de rituais que outrora pertenciam à esfera religiosa. O autor nos conta que, assim como as crianças, as pessoas devem viver uma vida baseada em jogos infantis, que liberam e desviam a humanidade da esfera do sagrado sem o abolir simplesmente, mas fazem do jogo a coisa de uso comum e profano. Sua transformação se refere a nada mais do que a sua inversão, faz desaparecer o mito, permanecendo apenas o rito:

Brincar de roda era originalmente um rito matrimonial; jogar com bola reproduzia a luta dos deuses pela posse do sol; os jogos de azar derivam de práticas oraculares; o pião e o jogo de xadrez eram instrumentos de adivinhação. O jogo quebra essa unidade: como *ludus*, ou jogo de ação, faz desaparecer o mito e conserva o rito; como *jocus*, ou jogo de palavras, ele cancela o rito e deixa sobreviver o mito. Se o sagrado pode ser definido através da unidade consubstancial entre o mito e o rito, poderíamos dizer que há jogo quando apenas metade da operação sagrada é realizada, traduzindo só o mito em palavras e só o rito em ações. (AGAMBEN, 2007, p. 67).

Em sequencia, demonstra-nos a diferença crucial entre a secularização e profanação. A secularização é uma forma de remoção que mantêm intactas as forças dominadoras da religião, deslocando-as de um lugar para outro. Um bom exemplo é a monarquia, na qual o poder se transmuta da celeste para terrena, onde

permanece intacto. Já na profanação, o que era separado perde aura e volta a ser restituído ao uso. Na primeira forma, o exercício do poder é preservado, já na segunda, o poder é anulado e devolvido ao uso comum (AGAMBEN, 2007).

O autor considera que utilizar algo que pertence ao sagrado e foi apenas secularizada, por haver apenas uma troca sem qualquer transformação estrutural radical, substancial e de sentido, é como transpassar algo da esfera do sagrado para o profano, mas sem desativar seu sentido e sua estrutura. Não há uma decadência ou diminuição do sagrado, apenas uma deriva histórica da força intrínseca do sagrado. Não há outro modo de usar, não há utilidade diferente. Prova disso é a sobrevivência dos deuses pagãos no cristianismo. Estes, quando não pertencem mais à esfera do sagrado, se transformam em figuras demoníacas e astrológicas e sua eficácia torna-se ainda maior, como algo terrível. A sobrevivência e a superstição nestes deuses é mais perigosa que a sua vida original, e pode ser mais forte e mais eficaz que a própria religião (AGAMBEN, 2007).

Podemos considerar a profanação como um antídoto contra o permanecer de algo na forma secularizada e preservada do sagrado, pois desativa o seu poder. A profanação é contra a secularização e tem o objetivo de neutralizar e transformar algo em novo, podendo inventar um novo uso da antiga figura.

Assim como Agamben (2007), Freud (2013a), na obra *Totem e Tabu*, aborda a ambiguidade presente no significado de *tabu* que, tal qual o termo *sacer*,¹ apresentam sentidos contraditórios, por um lado, sagrado, acima do comum e por outro, proibido, impuro. Os *tabus*, para Freud (2013a), em um primeiro momento, são proibições originárias da antiguidade, que foram, em certa época, externamente impostas a uma geração de homens primitivos, que devem ter sido calcadas sobre eles, e sem a menor dúvida, de forma violenta pela geração anterior.

Nos povos primitivos tudo é proibido, sem que se saiba o porquê e não lhes ocorre levantar tal questão, principalmente a liberdade de prazer, movimento e comunicação. A partir destes povos, Freud (2013a) acredita que as proibições morais e convenções tem relação direta com os *tabus* primitivos, alcançando

¹ O termo *sacer* foi apresentado por Agamben (2010) em sua obra *Homo Sacer*. O autor apresentou a ambiguidade presente no termo “*sacer*”, o santo e maldito, o puro e o impuro como espécies do gênero sacro, sendo esse o papel decisivo e dúplice do significado *homo sacer*.

negativamente até o próprio imperativo categórico. (KANT, 2003)² Para o autor, íntima é a relação entre as proibições obsessivas dos neuróticos e os *tabus*, pois ambas as proibições são destituídas de qualquer motivo e a sua origem é misteriosa. Essas proibições são forçosamente mantidas por um medo irresistível. Expressivamente, os chefes e sacerdotes exercem um *tabu* eficaz e de maior força (FREUD, 2013a).

Assim como para Agamben (2007), que define o profano como algo que tenha sido contaminado através de um primeiro contato e depois devolvido ao uso comum algo que outrora era sagrado, para Freud (2013b), assim como ocorre no caso do *tabu*, o núcleo da neurose tem como principal proibição: o tocar, conhecida como a “fobia do contato”.³ Qualquer um que viole o *tabu* através do contato com algo que seja um *tabu*, ou seja, transforme o sagrado em profano através do contágio, se torna ele próprio um *tabu* e ninguém pode entrar em contato com ele, tal qual acontece com os obsessivos neuróticos, que veem as pessoas e coisas, como impossíveis ou portadoras de uma doença infecciosa, capaz de contaminar todos ao redor. Algo considerado como um *tabu* somente se reverte e retorna ao seu estado “puro” pela reparação ou expiação de algo ou do próprio corpo, ou seja, ao final acaba por envolver a renúncia de um bem e a sua liberdade.

A religião é o mais perverso instrumento de dominação para manter as massas alienadas, tolerantes e permeáveis às injustiças que lhes são imputadas.⁴ Para Freud (2013b), as ideias religiosas não passam de ilusões. O autor explica essa necessidade que o homem tem de encontrar razão para as coisas do mundo. Enquanto é somente o homem contra as fúrias da natureza (furacões, terremotos),

² Kant tentou tirar morais absolutas de fontes não religiosas, baseando-se na moralidade do dever pelo dever, não em nome de Deus. Seu imperativo categórico seria agir somente segundo a máxima tal que se possa ao mesmo tempo querer que se torne lei universal. Máxima kantiana da lei universal. Agir de tal forma que suas ações possam servir de exemplos para todos. Todas as suas atitudes possam ser realidade por qualquer pessoa em qualquer lugar. Mas ao mesmo tempo, entende-se que morais absolutas, inevitavelmente, são motivadas pela religião.

³ Girard em sua obra também nos exemplifica formas de tabus exercidos dentro de uma comunidade: “Existem sociedades nas quais algumas doenças, a varíola, por exemplo, tem seu Deus particular. Durante todo o período da doença, os doentes são consagrados a esse Deus, isolados da comunidade e confiados à guarda de um “iniciado”, ou, se quisermos, de um sacerdote do Deus, ou seja, de um homem que, tendo contraído outrora a doença, sobreviveu a ela. A partir de então, este homem participa do poder do Deus, encontrando-se imunizado contra os efeitos de sua violência” (GIRARD, 1990, p. 43).

⁴ “A religião é o ópio do povo.” Pensamento suscitado por Marx criticando a alienação daqueles que são submetidos ao poder religioso: “a miséria religiosa constitui ao mesmo tempo a expressão da miséria real e o protesto contra a miséria real. A religião é o suspiro da criatura oprimida, o ânimo de um mundo sem coração e a alma de situações sem alma.” MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 146.

ou tragédias provenientes da sua própria natureza ou cultura (doenças, assassinato), torna-se insuportável essa vulnerabilidade que o torna refém deste estado de coisas. Assim, no sofrimento de um povo e na falta de proteção contra esses fenômenos naturais que causam dor ao homem, surge a origem divina com seus preceitos que tentam compensar as falhas de uma cultura e amenizar o sofrimento do homem, criando dogmas de castração e submissão.

As proibições de *tabu* tem vínculo direto com o totemismo, segundo Freud (2013a). O núcleo do totemismo examinado acredita existir, entre o objeto totêmico e seu povo, uma relação íntima e especial, com supersticioso respeito individual e de todos os membros de um clã que coadunam da mesma crença. A vinculação entre um homem e seu totem é mutuamente benéfica; o totem o protege, pois oferece a cura dos medos e das calamidades; e o clã mostra todo seu respeito por ele preservando-o. Por fim, para o autor, a ideia de totemismo consubstanciado no animal sagrado pode ser considerada como a primeira tentativa de religião dentro dos povos, pois o deus que os protegem é o próprio objeto totêmico.

Girard (1990), por sua vez, apresenta o ato sacrificial exibindo-se de duas formas opostas: algo muito sagrado (o totem), do qual não poderia abster-se sem negligência grave, ou ao contrário, como uma espécie de crime. É criminoso matar a vítima, pois ela é sagrada. Mas, a vítima não seria sagrada, se não fosse morta. O sacrifício mostra-se como uma espécie de violência não criminosa. Para o autor, o sagrado é o que domina o homem, e é a violência que constitui o verdadeiro coração e a alma secreta do sagrado. Passa-se a ideia de que, quando se trata de sacrifícios, as maiores evidências de violência não geram qualquer peso dentro de uma comunidade, desde que apresentem caráter simbólico de algo puro e sagrado.

Para Girard (1990), nos primórdios, o homem primitivo era desinibido e qualquer tipo de pensamento ou emoção se transformava em uma ação, na maioria das vezes, violenta. A partir disso, todos os preceitos e valores morais nada mais foram que reações da sociedade primitiva, criadas para justificar a punição dos atos praticados por aqueles que cometeram “crimes” e ao mesmo tempo criar precauções

contra a prática de novos.⁵

As sociedades primitivas, completamente expostas à vingança, se viam obrigadas a adotar certas atitudes com aparência parcialmente enganosas de sagrada e mascarada pelo sacrifício, com o intuito de conter a propagação desordenada da violência e evitar um contágio em massa. A violência é irracional, mas não faltam argumentos para justificá-la através do sacrifício. A libertação e prevenção religiosa arditamente exercida, por meio de todo um aparato ritual do sacrifício, também pode ter um caráter violento, tendo em vista que a violência e o sagrado são inseparáveis. A sociedade tenta desviar para uma vítima sacrificável o peso da culpa e a violência que poderia exterminar um de seus membros (GIRARD, 1990).

A violência desencadeada dentro de uma sociedade através do uso da vingança pode ter dimensões fatais para essa comunidade. Por isso, a vingança sempre foi considerada algo inaceitável no seu meio. No entanto, o sacrifício de igual modo e proporções, muitas vezes pode tomar formas distorcidas dentro de uma sociedade, revelando sua natureza violenta e de vingança através do excessivo derramamento de sangue. Assim, o sacrifício para aplacar o sentimento de vingança de uma comunidade, é concebido na forma de uma retaliação, e uma acaba por invocar outra, constituindo um processo interminável. (GIRARD, 1990).⁶

Notamos que o papel do sacrifício nas sociedades é o de abrandar violências e evitar a explosão de conflitos. Na vingança, o desejo de violência é dirigido aos próximos, mas como a vingança não pode ser saciado sem causar inúmeros outros

⁵ Girard disserta que o sacrifício não poderia ser feito em qualquer animal, mas naquele que mais poderia substituir a figura humana, justificando o sacrifício e não a própria violência deflagrada na vingança. Para tanto, apresenta o seguinte autor, Joseph de *Maistre*, que em seu *Eclaircissement sur les sacrifices*, nota que as vítimas animais sempre apresentam algo de humano, como se tratasse de melhor ludibriar a violência: escolhiam-se sempre, entre os animais, os mais preciosos por sua utilidade, os mais dóceis, os mais próximos do homem, por seu instinto ou por seus hábitos. Escolhiam-se, na espécie animal, as vítimas mais humanas, se assim possa me exprimir. (GIRARD, 1990, p. 12-13)

⁶ Nietzsche também se manifesta a respeito deste tipo de sacrifício “Pergunta-se mais uma vez: em que medida pode o sofrimento ser compensação para a “dívida”? na medida em que fazer sofrer era altamente gratificante, na medida em que o prejudicado trocava o dano, e o desprazer pelo dano, por um extraordinário desprazer: causar o sofrer. E quem aqui introduz toscamente o conceito de “vingança”, obscurece e cobre a visão, em vez de facilitá-la (pois a vingança leva precisamente ao mesmo problema: “como pode fazer-sofrer, ser uma satisfação?”). Sem crueldade não há festa: é o que ensina a mais antiga e mais longa história do homem – e no castigo também há muito festivo!” NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844 – 1900. *Genealogia da moral: uma polêmica*. NIETZSCHE, Friedrich. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 50.

conflitos, é necessário desviá-la para a vítima sacrificial, a única que pode ser abatida sem perigo, pois ninguém irá desposar sua causa.

Para Girard (1990), a violência unânime na comunidade que tenta eliminar a si própria por meio da reciprocidade violenta é considerada fundadora desta violência, e por isso, aquilo que uma primeira violência acredita fundar, uma segunda vai subverter, para fundar novamente. Foi nesse contexto que a função do ritual sacrificial surgiu, para 'purificar' a violência, ou seja, 'enganá-la' e dissipá-la sobre as vítimas que não podiam ser vingadas.

Repetir a experiência da fundação, essa é a função do ritual; repeti-la, infinitamente, sempre que a multidão esteja inflamada, o ódio racial acatado e a paixão sacrificial despoletada. Todavia, como a sua compreensão (razões que justifiquem o sacrifício) e eficácia (se realmente se tornaram puros ou até mesmo vingados) são frágeis de comprovação, a instabilidade de crença ou aceitação obriga a comunidade a criar objetos simbólicos que se considerem como referência para o objetivo que se pretende alcançar. Ainda assim, o rito sacrificial e o sangue derramado eram prova de que alguém tinha que sofrer pelos outros. Isso ilustra de maneira notável, o quanto a violência é necessária para abrandar a ira de uma sociedade. Esta é a origem do círculo vicioso na prática da violência para Girard (1990).

Percebe-se que a violência e os rituais sagrados se relacionam intrinsecamente. A ideia que faz do ritual a imitação e a repetição de uma violência espontaneamente aceita constata que seus traços podem ser encontrados em toda parte. Podemos identificar certa analogia com a vida religiosa e a prática mítica dos rituais e o tema da unanimidade violenta reaparece com extraordinária frequência, e todos coadunam da mesma crença. Todos os caminhos que permitem aplacar a violência dos homens têm o mesmo pano de fundo: uma nova violência, e todos eles se encontram, de algum modo, enraizados no religioso (GIRARD, 1990).

Girard (1990) descreve que os sacrifícios ritualísticos não só inspiram respeito como ainda liberam os indivíduos da agressividade, restituindo-os sob uma forma simbolizada e eufêmica. Suas representações cruéis permitem que as próprias pessoas neutralizem a violência, oferecendo um espetáculo aterrorizador, porém, libertador de qualquer crueldade. Em síntese, o rito realiza, ao menor custo para todos, os impulsos do qual as pessoas devem ser protegidas.

A presença do religioso na origem de todas as sociedades humanas é indubitável e fundamental. De todas as instituições sociais, o religioso é o único a que a ciência não conseguiu atribuir um objeto real, uma verdadeira função e uma justificada razão.⁷ Assim como ocorria nos povos primitivos, o homem ainda é dotado de vários impulsos, que se iniciam desde as vivências infantis até impulsos que foram dominados. Freud (2013b) afirma que o religioso tem como principal objeto o mecanismo da vítima expiatória. A vítima expiatória seria um salvador temido e misterioso, que adocece os homens para depois curá-los, preservando-os sob a proteção da violência ritualística e mantendo a violência dentro e fora da comunidade. Sendo assim, o objetivo desta coerção e repressão por seus sagrados educadores é que a violência seja interiorizada para tornar a comunidade um conjunto de seres morais e sociais.

Essas leis morais, originariamente estabelecidas em nossas culturas, fomentam o desamparo do homem e sua impotência diante de poderes desconhecidos, sob a máxima de que todo bem merece recompensa e todo mal a punição. O papel psicológico das ideias religiosas e a obsessão de que todas as coisas derivam do desejo humano, para Freud (2013b), é característico da ilusão. Diante disso, o homem, contra o apavorante desamparo infantil, despertou a necessidade proteção vinculado à figura paterna; é nesse quadro psicológico que entra a bondosa providência divina e somente assim, os medos dos perigos da vida são amenizados.

Desde o princípio, os impulsos criminosos existem em todos os homens. A satisfação de um impulso cruel por parte de um semelhante desperta impulsos similares porém dissimulados, sejam pelo sacrifício, sejam pelo religioso. Com isso, uma das bases da evolução cultural dos homens é a renúncia progressiva a instintos, cuja ação outrora, poderia lhe proporcionar um prazer primário. Essa renúncia é claramente contida por meio das religiões, na medida em que incitam os indivíduos a conterem seus instintos em nome de uma vingança divina (FREUD, 2013b).

⁷ Para Nietzsche, a religião não tem origem e não tem história, ela foi inventada. Para o autor, em determinado momento histórico a religião surgiu, fabricada e imposta pelos detentores do poder. Por trás de todo saber, de todo conhecimento sobre certo objeto, o que está em jogo é a luta do poder, que é imposto por meio de uma relação de violência, de dominação, de força e violação, em cada contexto histórico. (NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844 – 1900. A gaia ciência. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Tradução Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p. 220).

Kant (2003), no século XIX, já tentava estabelecer novos parâmetros de como compreender o uso da razão e abandonar parcialmente conceitos morais estabelecidos como Deus, alma e liberdade, tendo em vista que esses conceitos não podem ser substancialmente sustentados por meio da razão especulativa ou teórica, pois tal razão teórica se fundamenta essencialmente nos objetos da sua intuição. Para o autor, falta a esses conceitos conteúdo predicativo para a sua compreensão. Nada se pode acrescentar ao conceito de Deus, pois faltam condições empíricas para isso. Todo predicado deve acrescentar conteúdo ao sujeito, mas no caso de Deus não se pode alcançá-lo substancialmente, pois não é possível dizer o que é Deus, nem que exista. São objetos de crença e não de conhecimento.⁸

Assim se pronuncia Elias Canetti (1995, p. 125), a respeito da cultura de dominação e captura de um povo pela religião:

Contempla-se no catolicismo romano uma certa lentidão e tranquilidade, aliadas a uma grande amplitude. Todo o teor da sua crença, bem como todas as práticas assumidas por sua organização, apresenta-se matizada por sua percepção inabalável. Até hoje jamais se teve um Estado na face da terra que soubesse se defender da massa de tantas e tão variadas formas. Comparados a igreja, todos os detentores de poder parecem pobres amadores. (CANETTI, 1995, p.125)

Para o autor, a palavra sagrada Ihe é ministrada já mastigada e dosada e, precisamente por ser sagrada, ela se torna protegida dele. Até os pecados pertencem aos padres, aos quais eles têm que confessá-los para a sua salvação eterna. Não tem nenhum valor à pregação de uns para os outros pois a palavra de um simples fiel não se reveste de nenhuma santidade. Tudo o que se espera é a libertação da pressão que o assola e que Ihe provém de cima; ele nem se quer entende aquilo que não Ihe é explicado, somente que a única forma de serem ouvidos pelos deuses, é através do seu intercessor. Sendo assim, Ihe deve obediência.

Corroborando para nossa análise, o entendimento do filósofo Michel Onfray (2007) no qual, as três grandes religiões, judaísmo, cristianismo e islamismo, compartilham de uma série de desprezos idênticos: ódio à razão e à inteligência,

⁸ Para *Nietzsche*, mesmo o imperativo categórico Kantiano, cheira a crueldade, já que obrigações legais acabam por terem suas origens em conceitos morais, como: culpa, consciência, dever, sacralidade do dever. E como tudo no início foi largamente banhado em sangue e tortura, indissolúvel é o entrelaçamento de ideias, como culpa e sofrimento. O culpado deve sofrer; o prejudicado troca o dano e o desprazer pelo dano, pelo prazer de fazer sofrer ao culpado. (NIETZSCHE, 2013, p. 51)

ódio à liberdade de ser e de expressar, ódio a todos os livros que não aquele único que mostra o verdadeiro “caminho”, ódio à sexualidade, às mulheres, ao prazer, às compulsões. Ao invés disso, impõem a fé e crença, cegas, obedientes, compulsivas, submissas, professam o gosto pela morte e pela “vida após a morte”, defendem a virgindade, a castidade e a fidelidade monogâmica, ou seja, crucificam a vida e celebram o nada.

E ainda, o filósofo defende o ateísmo como única forma de se “enxergar” o mundo no qual vivemos, para fugir da cultura religiosa de dominação, *in verbis*:

No momento em que se prepara um último combate – já perdido... – para defender os valores das *Luzes* contra as proposições mágicas, é preciso promover uma laicidade pós-cristã, ou seja, atéia, militante e radicalmente oposta a toda escolha da sociedade entre o judeo-cristianismo e o islã que o combate. Nem a Bíblia, nem o Corão. Aos rabinos, aos padres, aos imãs, aiatolás e outros mulás, persisto em preferir a filosofia. A todas essas teologias abracadabrantescas, prefiro recorrer aos pensamentos alternativos à historiografia filosófica dominante: os trocistas, os materialistas, os radicais, os cínicos, os hedonistas, os ateus, os sensualistas, os voluptuosos. Estes sabem que existe apenas um mundo e que toda promoção de um além-mundo nos faz perder o uso e o benefício do único que há. Pecado realmente mortal [...]. (ONFRAY, 2007, p.189).

Nesse sentido, para Freud (2013b), a necessidade do rompimento do homem com o consolo da ilusão religiosa, para uma liberdade de pensar e agir, sem que este esmoreça como peso da vida e sua cruel realidade, se conquista somente através do saber e do pensar com que se constrói uma sociedade. Para o autor, aquele que se alimentou da religião uma vida inteira talvez nunca possa pensar e agir, como aquele que nunca tenha bebido desta fonte:

Talvez o homem que tenha instilado o doce veneno desde a infância, não consiga se livrar dele algum dia, mas e aquele que for criado sóbrio? Talvez aquele que não sofra da neurose também não precise de nenhuma intoxicação para anestesiá-lo. Afinal, o destino do infantilismo não é ser superado? (FREUD, 2013b, p. 120).

Essa comunidade, havendo perdido inteiramente sua personalidade consciente, obedece a todas as sugestões do operador que o privou dela e comete atos em completa contradição com o seu caráter e hábitos originários. Ele não é ele mesmo, mas transformou-se num autômato que deixou de ser dirigido por sua vontade. Este grupo ainda está sujeito ao poder mágico das palavras, que podem evocar as mais formidáveis tempestades na mente grupal. E, finalmente, um grupo

nunca anseia pela verdade, mas exige ilusões e não pode viver sem elas; constantemente dá ao o que é irreal precedência sobre o real, e possui tendência evidente a não distinguir entre as duas coisas (FREUD, 2013b).

Para o autor, existem dois grupos artificiais: a igreja e o exército. Uma igreja e um exército são grupos artificiais quando uma força externa é empregada para impedi-los de se desgarrarem e para evitar alterações em sua estrutura. Via de regra, a pessoa não é consultada ou não tem escolha sobre se deseja ou não ingressar neste grupo. Existe um chefe que os comanda e os ama igualmente e tudo depende desta ilusão, que se dissolve quando abandonada.

Mesmo que a cultura esteja construída sobre as doutrinas religiosas, e que tenha prestado serviço à cultura humana e a domesticação dos impulsos egoístas e sociais do homem, de igual modo, tanto a moralidade quanto a imoralidade encontraram seu apoio na religião. Os sacerdotes somente conseguiram conservar a submissão da massa à religião na medida em que foram feitas grandes concessões à natureza impulsional do homem (FREUD, 2013b).

Nesse sentido, Coulanges (1998) ensina que as diferentes tribos e famílias nas sociedades primitivas frequentemente se associavam pelo vínculo do fogo sagrado e de seus sacrifícios e religião em comum. No dia que nasceu a aliança destes dois rituais nasceu a cidade. Com isso, a cidade não era mais somente um agregado de indivíduos, mas uma confederação de muitos grupos já anteriormente constituídos, que a religião deixou subsistir.

De acordo com a história, nos primórdios, a família vivia isolada e o homem só passou a conhecer os deuses domésticos após certo tempo; no início somente se tinha a tribo e o deus. Surge a cidade e se concebe um deus, cuja providência abrange a todos. A ideia religiosa foi, entre os antigos, o sopro inspirador e organizador da sociedade. A cidade era a associação religiosa e política das famílias e das tribos. Assim como o altar doméstico agrupava à sua volta os membros da família, a cidade também recebia os homens que tinham os mesmos deuses protetores. Eles se reuniam em culto e cumpriam o ato religioso no mesmo altar. Não havia um único ato da vida pública que não se fizessem intervir os deuses (COULANGES, 1998).

A dominação se repete como aos moldes do sacrifício violento descrito por Girard. A tendência à repetição de comportamentos é evidente, e acaba por se processar de forma inconsciente, como comportamentos que não são apenas

aprendidos conscientemente, mas interiorizados e incorporados dentro de uma sociedade, tal qual mecanismos alucinóticos.

Segundo Coulanges (1998), durante a implantação da república entre os gregos e romanos, não houve separação entre as funções, o rei que foi substituído pelo magistrado, que foi sacerdote e ao mesmo tempo chefe político. Tal qual acontecia entre os gregos, os romanos começavam suas assembleias sempre com um ato religioso. A tribuna era um local sagrado, o orador só subia à tribuna com uma coroa na cabeça, e durante muito tempo, o uso lhe impôs que começasse o seu discurso pela invocação dirigida aos deuses. O lugar da reunião era um templo e antes de qualquer deliberação, o presidente oferecia o sacrifício e pronunciava a oração.

Assim, clarividente que a cidade tinha se fundado pela religião e se constituído como uma igreja. Destaca Coulanges (1998, p. 178-179) o seguinte pensamento: “A religião regulava as menores ações do homem, dispunha de todos os momentos de sua existência, determinava todos os seus hábitos. Governava o ser humano com autoridade tão absoluta que coisa alguma ficava fora do seu poder”. Estes povos formados originariamente pela religião, e assim instruídos e educados dentro dela, conservaram por muito tempo, o cunho temeroso desta primitiva educação. O medo dos deuses em tempos passados, não era exclusivo dos gregos, mas também dos romanos.

E, nesse quadro, as instituições políticas da cidade se criaram nas crenças e religião de cada homem. O sacerdote do lar público era o rei, figura que realizava os sacrifícios e pronunciava as orações. Somente o sacerdote conhecia as fórmulas da oração, nas quais os deuses não resistiam e se sentiam agraciados. Irrefutável a maneira na qual a religião comandava o governo, pois se envolvia na justiça e na guerra, sendo o sacerdote, incrivelmente e ao mesmo tempo, magistrado, juiz e chefe militar.

Como hesitar na obediência a tal homem? O rei era um ser sagrado; *Basileís hieroí*, na própria palavra de *Píndaro*. No rei-sacerdote se olhava e via, não um deus completo, mas pelo menos “o homem mais poderoso para conjurar a cólera dos deuses”, o homem sem cuja assistência nenhuma oração se tornava eficaz e sacrifício algum era aceito. (COULANGES, 1998, p. 193).

Esses governantes, decorrentes de sua imensa importância para seus súditos, deviam ser protegidos, pois possuíam um grau de poder e uma capacidade de conferir benefícios, que eram atributos apenas dos deuses, pois regulavam todo o curso da existência. Ao mesmo tempo, seus súditos deviam temê-los, uma vez que eram dotados de poder mágico e perigoso, que se transmitia através do contato. Uma vez contaminado, seu governo era fragilizado pelos poderes punitivos dos deuses e as cerimônias deviam ser celebradas para impedir as consequências temíveis (COULANGES, 1998).⁹

A lei antiga não se justificava, pois afinal não precisava explicar as razões; existia apenas porque os deuses assim o fizeram. A lei não se discutia, se impunha, como ofício de autoridade, e os homens obedeciam-lhe com fé. O direito antigo não nasceu daquilo que o homem considerava justo ou injusto, mas apenas reproduziu aquilo que já teria se tornado verdade absoluta entre os povos. Brotou como consequência direta e necessária da crença; era a própria religião, aplicada as relações dos homens entre si (COULANGES, 1998).¹⁰

Mesmo depois do apogeu da civilização greco-romana, o direito ainda era extremamente fundido à religião. “Eis o motivo por que os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e jurisconsultos: o direito e a religião se confundiam em uma coisa só” (COULANGES, 1998, p. 203). Por isso, também se supunha que tais leis eram desígnios dos deuses e não propriamente dos legisladores. Assim, o seu descumprimento era antes de tudo uma afronta aos deuses e não aos demais homens.

Pierre Boudier (1989), por sua vez, articula religião e poder aos sistemas simbólicos como forte instrumento de dominação. Assim, enquanto instrumentos estruturantes de comunicação e de conhecimento, os sistemas simbólicos cumprem

⁹ Nietzsche já se pronunciava sobre o mesmo aspecto: “A fé sempre é mais desejada, mais urgentemente necessitada, quando falta a vontade: pois a vontade é, enquanto afeto de comando, o decisivo emblema da soberania e da força. Ou seja quando menos sabe alguém comandar, tanto mais anseia por alguém que comande, que comande severamente – por um deus, um príncipe, uma classe, um médico, um confessor, um dogma, uma consciência partidária. De onde se concluiria que as duas religiões mundiais, budismo e cristianismo, podem dever sua origem, e mais ainda a súbita propagação, a um enorme adoecimento da vontade” NIETZSCHE, 2013, p. 215.

¹⁰“Mas o homem acreditava que o lar sagrado, em virtude da lei religiosa, devia passar de pai para filho, e desta crença resultou a propriedade hereditária da sua casa. O homem, ao enterrar o seu pai no seu campo, julgava que o espírito do morto estava lá, tomando posse deste terreno para sempre, reclamava da posteridade culto perpetuo; assim resultou que o campo se tornasse domínio do morto e lugar dos sacrifícios, propriedade inalienável de certa família. A religião dizia: o filho herda, a filha não. O sobrinho por varonia herda, mas o sobrinho por via feminina já não é herdeiro. A lei surge deste modo, apresentando-se por si própria e sem o homem necessitar ir ao seu encontro” (COULANGES, 1998, p. 205).

a sua função política de legitimação da dominação e contribuem para assegurá-la de uma classe pela outra, através da violência simbólica. Essa cultura contribui para a integração da classe e sua distinção entre outras, e ao mesmo tempo, uma integração fictícia com as classes dominadas, para apenas a legitimação da ordem estabelecida destas distinções de classes.

O autor traz a ideia de região de um determinado objeto ou conceito, como algo que nos conduz ao princípio da divisão. Dentro desta região surge um ato mágico que introduz por decreto uma descontinuidade natural, tal qual o termo “*relegere*” de Agamben (2007), uma divisão, avesso à ligação, determinada obviamente por um representante considerado sagrado, separado e representado quase sempre por um sacerdote.

O termo *regere fines* é o ato que consiste em separar o interior do exterior, o reino sagrado do reino profano, é um ato religioso realizado pela pessoa investida da mais alta autoridade, encarregado de *regere sacra*, de fixar as regras que trazem a existência daquilo por elas prescrito, de falar com autoridade, com o intuito de impor a definição legítima, conhecida e reconhecida das fronteiras e do território, é o princípio da legítima divisão do mundo social (BOUDIER, 1989).

O mercado destes bens simbólicos, para Boudier (1989), tem suas próprias leis, e que não são as da comunicação universal entre os povos, mas a dominação e a negação de uma identidade sobre a outra. A imposição exercida pelo rei/sacerdote é real, porque é operada por um mandatário do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima. Todas as estratégias, por meio das quais seus agentes procuram impor a sua visão das divisões do mundo social e da sua posição, podem situar-se na nomeação oficial, ato de imposição simbólica que tem em seu favor toda a força do coletivo, do consenso e do senso comum.

Boudier (1996) ainda nos traz a noção de *habitus*, que implica dizer que a maior parte das ações humanas tem por base algo diferente da intenção, isto é, disposições adquiridas que fazem com que a ação possa ser interpretada como orientada, sem que se possa dizer que se tenha por princípio a busca consciente desse objetivo.¹¹ Mas, a lógica do poder instituído na nomeação oficial, nunca se vê tão bem como no caso do título (nobiliário, escolar ou profissional), capital simbólico,

¹¹ Para o autor, o melhor exemplo de disposição é, sem dúvida, o sentido do jogo: o jogador, tendo interiorizado profundamente as regularidades de um jogo, faz o que faz no momento em que é preciso fazê-lo, sem ter a necessidade de colocar explicitamente como finalidade o que deve fazer (BOUDIER, 1996, p. 164).

social e até mesmo juridicamente garantido. O sujeito nomeado nobre não é apenas aquele que é notório, mas o indivíduo célebre e considerado como prestigioso, em resumo *nobilis*; ele é também aquele que é reconhecido por uma instância oficial.

Claro que a luta pelo conhecimento e pelo monopólio da violência simbólica legítima ocupada por cada um dos seus agentes, detentores do monopólio através de sua nomeação oficial, tem interesse no valor institucionalizado do título que serve de instrumento e que o permite que se defenda e mantenha o destaque do valor de seu trabalho, para a promoção dos seus interesses materiais e simbólicos (BOUDIER, 1996).

A força do capital simbólico se substancia em uma propriedade qualquer, seja força física, riqueza, valores, títulos, que percebida por seus agentes sociais a reconhecem, tornando simbolicamente eficiente, como uma verdadeira força mágica. De igual modo, o poder mágico do sacerdote é reconhecido como algo que responde as expectativas coletivas socialmente constituídas, porém seu capital simbólico (ordem) é comum a todos os membros do grupo.

Boudier (1996), afirma que, toda revolução contra a dominação simbólica e os efeitos de intimidação que exerce, tem em jogo não apenas a conquista ou a reconquista de uma identidade, mas a reapropriação coletiva deste poder sobre os princípios fundadores da sua própria identidade. O dominado abdica em proveito do dominante, assim como ocorre nos grupos reprimidos pelo poder da religião, em que seus seguidores, em atitude de submissão, perdem sua identidade psíquica para serem governados por seu líderes.

Assim como Nietzsche (2013b), que preconiza a religião como algo inventado pelos detentores do poder, Foucault (2004) defende que todo conhecimento ou saber é também inventado e não possui origem, mas é o resultado de um jogo¹² de luta entre instintos, de dominação entre conhecimento e o objeto a se conhecer: “O conhecimento só pode ser uma violação das coisas a conhecer e não percepção de reconhecimento, de identificação delas ou com elas. Só pode haver uma relação de

¹² “O conhecimento esquematiza, ignora as diferenças, assimila as coisas entre si, e isto sem nenhum fundamento em verdade. Devido a isso o conhecimento é sempre um desconhecimento. Por outro lado, é sempre algo que visa, maldosa, insidiosa e agressivamente, indivíduos, coisas, situações. Só há conhecimento na medida em que, entre o homem e o que ele conhece, se estabelece, se trama algo como uma luta singular, um *tête-à-tête*, um duelo. Há sempre no conhecimento alguma coisa que é da ordem do duelo e que faz com ele seja sempre singular. Este é o caráter contraditório do conhecimento tal como é definido nos textos de Nietzsche que aparentemente se contradizem: generalizante e sempre singular” (FREUD, 2013, p. 71).

violência, de dominação, de poder e de força, e de violação.” (FOUCAULT, 2004, p.58)

Para o autor, a construção do verdadeiro conhecimento tem que ter como cerne algo como o ódio, a luta e a relação de poder sobre o objeto. Para se alcançar a política da verdade é preciso que o conhecimento produzido seja efeito de uma batalha entre influências históricas e pontuais de um objeto e as relações ideológicas do homem. *Foucault* (2004) percebe o ser humano como um construtor de saberes cotidianos, que permite pensar na teoria da verdade a partir do pressuposto de uma construção histórica, não havendo uma verdade que seja universal. Sendo assim, não há relação de poder sem a constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha ou constitua ao mesmo tempo relações de poder.

Com isso, o saber torna verdade aquilo que um conjunto de pessoas detentoras do poder impõem como sendo verdade, em um determinado momento histórico. Tendo em vista que uma sociedade se reproduz no interior do psiquismo individual, comportamentos que fazem os indivíduos agirem incorporados com as estruturas de uma sociedade, sem conseguirem se desvincular, são o *habitus* do indivíduo, como já considerado por Boudier (1996).

As relações de poder a partir do saber, permeiam toda sociedade e podem ser um mecanismo produtivo e servil do poder, na medida em que disciplinam os indivíduos a partir de um poder externo que acaba se internalizando no próprio indivíduo. O principal mecanismo de incorporação das relações de poder-saber se constitui através da violência simbólica entendida como natural e eternizada no corpo e mente de uma sociedade por meio de uma cultura dominadora.

Neste sentido, percebe-se ainda que o poder político é sempre detentor de certo tipo de saber que domina a sua comunidade e cultura. O saber da ação que se pode exercer sobre os deuses ou sobre nós, e todo esse saber mágico-religioso é inerente à função política. Os reis da história, pelo fato de deterem o poder, também detinham um saber que não podia e não devia ser comunicado aos outros grupos sociais. Não podia haver poder sem um saber; sendo assim, não podia haver um poder político sem a detenção de um saber especial. Por isso, poder e saber

encontravam-se firmemente enraizados (FOUCAULT, 2004, p. 50).¹³

Elias Canetti (1995) vincula o poder do soberano como um raio que o persegue e o ilumina, razão pela qual, o seu súbito brilhar de sabedoria na escuridão, possui o caráter de uma revelação. Desta forma, o seu veredito proferido com segurança, separa os homens em categorias do bom e do mau:

O poder que as pessoas o atribuem é o poder de juiz, pois é somente na aparência que o juiz se encontra equidistante de ambos daqueles grupos, na fronteira que separa o bom do mau. Invariavelmente ele se inclui entre os bons; a legitimidade do seu cargo repousa em grande parte no fato de ele pertencer indubitavelmente ao reino do bom, como se nele houvesse nascido. O juiz sentencia continuamente, por assim dizer. Seu veredicto é lei. O que ele julga são coisas bastante específicas; seu extenso saber acerca do bem e do mal provem de uma longa experiência. (...) Essa enfermidade do julgamento é uma das mais disseminadas entre os homens, acometendo praticamente a todos. Tentemos, pois, nos desnudar-lhe as raízes. (CANETTI, 1995, p. 297).

Como se vê, religião e ritualística se encontram imbricados segundo os autores supracitados, tendo em vista a exigência da permanente existência do poder autoritário para controlar uma sociedade carente. Essa amálgama entre religião e direito exerceu o domínio absoluto sobre todas as coisas humanas. A falta de conhecimento era suprida pela crença nos rituais religiosos, que formulavam as explicações necessárias ao desamparo da sociedade. Como não poderia deixar de ser, a elaboração das leis foram feitas conforme as ideias e interesses religiosos pertinentes à época, tornando o direito uma vontade divina.

¹³ Foucault se sustenta na tragédia grega Édipo-rei, onde Édipo é o homem que exerce certo tipo de poder, que após ter conhecido a miséria, conheceu a glória e se tornou rei após ter sido herói. O saber de Édipo foi construído por ele próprio e assim se tornou tirano e detentor do poder, e é isso que faz com ele se sinta ameaçado durante a trama, e começa a agir conforme a sua vontade. “O que gostaria de mostrar é que, no fundo, Édipo representa na peça de *Sófocles* um certo tipo do que eu chamaria saber-e-poder, poder-e-saber. É porque ele exerce um certo tipo de poder tirânico e solitário, desviado tanto do oráculo dos deuses que ele não quer ouvir, quanto do que diz e quer o povo, que, em sua sede de poder e saber, em sua sede de governar descobrindo por si só, ele encontra em última instância, os testemunhos daqueles que viram”.

3 RELIGIÃO E A DECISÃO JURÍDICA EM ROMA

Para a presente abordagem, é necessário examinarmos alguns aspectos relevantes na evolução histórica da decisão jurídica romana, tendo em vista a preponderância da antiga civilização entre os ordenamentos ocidentais e sua forte influência no direito, principalmente na formação do direito moderno ocidental.

A produção da verdade absoluta por meio das práticas judiciárias na Idade Média teve sua origem intimamente ligada à prática do jogo da prova. Nos primórdios, tentava-se produzir a verdade por meio da violência corporal e transações econômicas¹⁴ e o direito servia apenas para regulamentar essas guerras. Com a ascensão do Estado, como garantidor da justiça, a violência passou a ser verbal: somente se considerava inocente aquele que pronunciasse as fórmulas corretamente como determinado pelo pretor (FOUCAULT, 2004).

Depois surgiram as provas físicas, chamadas ordálias, que consistiam em submeter uma pessoa a uma espécie de jogo, de luta com o próprio corpo para comprovar sua vitória ou fracasso diante da acusação. Obviamente que os atos ocorriam sempre na presença de um juiz ordálico (soberano político ou alguém designado com o consentimento dos adversários), apenas para constatar a regularidade do procedimento.

Conclui-se que, na Idade Média, a verdade se estabelecia sempre da forma que o detentor do poder ou soberano estabelecia, não para que se fizesse justiça, mas para que constasse a licitude do procedimento. Portanto, a decisão do juiz ordálico, em razão do termo "*urtheil*" ou "ordálio", pertencia à Sentença Divina, que por sua vez, tinha força de decisão jurídica. Assim, a ordália tinha a finalidade de averiguar a inocência ou culpa do acusado, por meio da intervenção divina, que

¹⁴ Explica Foucault: "Em especial no velho Direito Germânico, ao introduzir a ação penal, havendo o dano e identificando o causador, a prática judiciária devia apenas conduzir as regras para que a justiça fosse feita pelas próprias mãos da vítima. Por exemplo, quando alguém é morto, um de seus parentes próximos pode exercer a prática judiciária da vingança, não significando isso renunciar a matar o assassino, mas matá-lo segundo certas regras, certas formas. (...) Esses atos vão ritualizar o gesto de vingança e caracterizá-lo como vingança judiciária. O direito é, portanto, a forma ritual da guerra" (FOUCAULT, 2004, p. 57).

favoreceria aquele que estivesse de posse da razão, colocando fim ao conflito. (FOUCAULT, 2004, p. 60)¹⁵

A partir de Coulanges (1998), sabemos que o sacerdote do lar público usava o nome de rei e, que naturalmente, os monarcas da Itália e Grécia Antiga tinham sido tanto sacerdotes, quanto reis. E não podendo mais ser sacerdote, não podia continuar a ser rei. Nos primórdios de Roma, mesmo com a queda do Império Romano (510 aC) e implantação da república (510 - 367 aC), não houve separação entre as funções do rei, que foi substituído pelo magistrado, ao mesmo tempo sacerdote e chefe político (COULANGES, 1998).

Posteriormente (306-337 d.c), o imperador romano Constantino, que antes havia perseguido os fiéis ao cristianismo, reconheceu o catolicismo como religião oficial dos romanos, rompendo definitivamente com a crença da antiga religião pagã. Da mesma forma que os regimes totalitários, o Estado cristão utilizava de meios violentos para a conversão imperiosa dos não-cristãos ao cristianismo. A lei condenava os não-cristãos, aqueles que não proferissem o cristianismo como religião (LIMA, 1999), à infâmia, à perda dos seus direitos cívicos, à destruição dos templos pagãos e à pena de morte.

Por causa da íntima união entre sacerdócio e império, muitos cânones se inseriram no Direito Civil e muitas leis civis no direito eclesiástico. Assim, os imperadores, legislando em assuntos religiosos, tornaram leis civis e canônicas uma só, sempre sob a influência da moral religiosa. Obviamente que o relacionamento jurídico sacerdócio e Império agraciou a Igreja, concedendo-lhe excepcionais privilégios, tendo em vista que os sacerdotes exerciam o poder de ditar as leis, assim favorecendo significativamente os interesses da Igreja, em especial do catolicismo. (ONFRAY, 2007).

Diante disso, a norma jurídica, para os gregos e para os romanos, surgiu da religião – o que também ocorreu com os hindus. Os antigos códigos da cidade reuniam um conjunto de ritos, de prescrições litúrgicas, de orações e, ao mesmo tempo, de disposições legislativas. O código das XII Tábuas (por volta de 450 a.C. em Roma) assim como o código de *Sólon* (594 a.C. em Atenas), não fugiu à regra e

¹⁵ Um exemplo das ordálias trazidas por Foucault: “na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois se ainda tivesse as cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas, como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse teria ganho o processo já que a água não a teria rejeitado”.

acabou por absorver a influência religiosa em suas normas.¹⁶ (COULANGES, 1998, p. 355)

Com efeito, o Estado tinha semelhanças com uma comunidade religiosa: o rei, um pontífice, o magistrado, um sacerdote; a lei se tornou uma fórmula santa e a liberdade individual era completamente desconhecida. Todavia, com o desenvolvimento da sociedade, aumentaram os esforços das classes oprimidas para declarar a igualdade entre todos e a decadência da casta sacerdotal, pois os homens se livraram da ceguidade de suas crenças e lutaram para que o homem fosse liberto do império da religião e que a partir disso, fossem governados por leis criadas pela razão (TUCCI; AZEVEDO, 2013).

Diante deste contexto, o rei não mais possuía poderes infinitos como magistrado único, vitalício e irresponsável. Com o desenvolvimento do “Estado” romano e a queda da realeza, os reis neste momento, foram substituídos por magistrados eleitos anualmente. Os magistrados romanos com função judiciária, chamados de pretores, tinham poder para promulgar editos, que determinavam o programa do magistrado no decorrer daquele ano (TUCCI; AZEVEDO, 2013)

3.1 A arbitragem romana e a religião

Segundo TUCCI; AZEVEDO (2013) foram três os períodos de desenvolvimento do processo civil romano: *legis actiones, per fórmulas*, que eram submetidas ao *ordo iudiciorum privatorum*¹⁷ (ordem dos juízos privados) e a fase imperial, *cognitio extraordinária*. Ressalta-se que, malgrado o magistrado (*iudex*) ser investido de um poder denominado de *iurisdictio*, que deriva do *ius dicere*, que por sua vez, significa dizer o direito, ou seja, declarar a vontade da norma jurídica, o

¹⁶ Juntamente com a transformação da sociedade, surgiram as revoluções que lutavam por direitos iguais entre os todos os cidadãos, conseqüentemente os códigos tiveram que se desvincular da influência religiosa do direito primitivo na tentativa de se tornarem leis mais justas e atenderem as necessidades de qualquer cidadão, independente da religião confessada, muito embora ainda tenha prevalecido normas que foram criadas a partir da tradição das famílias sagradas.

¹⁷ Os romanos não diziam: ‘eu tenho um direito’ (e, por via de consequência, uma ação para tutelá-lo) mas diziam simplesmente: ‘eu tenho uma ação’. E assim considerava-se titular da *actio*, não qualquer cidadão que preenchesse certos requisitos, mas, somente aquele que lograsse demonstrar, nos esquemas preestabelecidos, uma situação de direito material existente (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p. 40).

poder do *imperium*, transferido a esses novos órgãos (*ordo iudiciorum privatorum*) era de forma limitada e restrita.

Portanto, para os autores, esse poder não poderia ser considerado como uma *iurisdictio*, tendo em vista que a função jurisdicional era exclusiva aos magistrados. Por isso, o sistema *ordo iudiciorum privatorum* consistia apenas na concessão do poder aos magistrados de declarar e não julgar a norma jurídica aplicável ao caso concreto.

O mais antigo dos sistemas de processo civil romano foi o das ações da lei, *legis actiones*, que eram submetidas ao *ordo iudiciorum privatorum*. As ações eram processadas em duas fases e de forma oral: uma perante o magistrado (*in iure*) e outra diante do *iudex* (juiz popular). Na fase *apud iudicem*, um particular escolhido pelas partes e não um representante estatal detinha o poder de decisão (TUCCI; AZEVEDO, 2013).

O processo na fase *iure* somente se realizava com a presença de ambas as partes, não havendo que se falar em revelia.¹⁸ Comparecendo o demandado e negando as acusações deduzidas pelo demandante, o *in iure* declarava a manutenção do litígio, conhecida como "*litis contestatio*"; e procedia-se o prazo de trinta dias para a escolha do *iudex* pela vontade das partes; podendo ser também escolhido por indicação do magistrado ou sorteio dentre os cidadãos que se dispunham ao ato, em face da não concordância das partes na escolha do *iudex*.¹⁹ (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p.47).

A segunda fase era conhecida como "*apud iudicem*" onde as partes realizavam suas sustentações orais perante o *iudex*, podendo fornecer provas para a comprovação do seu direito, sendo que a mais comum e mais importante era a testemunhal. Ouvida as partes e testemunhas, o *iudex* determinava quem estava com a razão, e assim, sob a égide desse sistema jurisdicional, proferia "*sententia*", sem qualquer fundamentação. O litígio chegava ao fim e ao mesmo tempo a função do juiz. Importante ressaltar que, uma vez declarada a *sententia*, tinha eficácia *res*

¹⁸ Segundo autor, imprescindível era a citação do demandado, segundo ditava a lei das XII Tábuas: "Se alguém é chamado a juízo, compareça; se não comparece, aquele o citou, tome testemunhas e o agarre; se procurar enganar ou fugir, o que citou pode lançar mão sobre o citado" (1.1 e 2)". (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p. 46).

¹⁹ O autor poderia escolher o *iudex* de sua escolha e propondo-o ao seu adversário ou poderia escolher um nome da lista formada antecipadamente. Em caso de recusa, a proposta sucederia sobre os outros nomes relacionados na lista até que um nome fosse aceito. Se as partes não se põem de acordo, o pretor nomeia um juiz escolhido das listas de juizes que servem para o recrutamento. (ALVES, 2005, p. 43)

iudicata (coisa julgada) sendo não mais possível às partes discutir sobre o mesmo direito, podendo o juiz denegá-la. Assim, a *iurisdictio* conferida ao *praetor* na fase *in iure*, consistia somente no poder de declarar a norma jurídica aplicável no julgamento. Já na fase *apud iudicem*, o pretor dividia suas funções com o *iudex*, um cidadão romano que exercia uma autoridade semelhante à de um árbitro e que dispunha de poder para proferir a sentença (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p.49).

O discurso mágico-religioso era como um oráculo que predizia e concretizava ao mesmo tempo aquilo que era profetizado. Interiorizava o sagrado, pois a sua força provinha do seu poder imediatamente verificável por este grupo. As fórmulas eram indisponíveis e a sua recitação tinha o valor de um teste, que certificava se o comportamento daquele que a pronunciava estava de acordo com a consciência do seu grupo social, e por essa razão era considerada verídica.

Segundo Tucci e Azevedo (2013), esse íntimo relacionamento entre direito (*ius*) e religião (*fas*), o elemento laico e o religioso em um só, fruto de uma tradição histórica, que foi recolhido pelas XII Tábuas, de rigoroso formalismo, solenidade e oralidade, todo um ritual de gestos e palavras pré-estabelecidas, foi motivo determinante não apenas para que a estrutura jurídica das *legis actiones* fosse por demais formalista, mas também para a incerteza entre os romanistas quanto à delimitação dos poderes do rei. Inevitável que, aos poucos, Roma reconheceria que o discurso mágico-religioso não bastava para solucionar os conflitos, pelo fato de que nem todos compartilhavam da mesma crença. O discurso religioso ia à contramão de outro discurso, o não religioso. A verdade deslocou-se da adivinhação para o discurso público, que retirava sua força não do sobrenatural ou da subjetivação do rei, mas da aprovação do seu grupo social e cultural.

Para o autor, o extremo rigor das *legis actiones* fez com todas as ações das *leges* fossem consideradas odiosas, pois qualquer equívoco cometido pelas partes nas alegações trazidas poderia fazer com perdesse a causa.²⁰ Assim o processo formular (*per formula*) nasceu como uma alternativa mais moderna, menos formalista e mais ágil. Diante disso, a introdução da demanda era realizada perante o magistrado competente (cidadania, território e objeto do litígio). Ato seguinte,

²⁰ Explica o autor que “ao considerar o rigor formal das *legis actiones*, Gaio, com muita certeza, teria em mente anterior tópico de sua obra (4.11), no qual, se refere a um caso em um cidadão, cujas videiras haviam sido cortadas, agiu contra o culpado, pedindo 25 asse como indenização pelo corte das videiras, mas perdeu a lide, porque a pena de 25 asse era prevista nas XII Tábuas pelo corte de árvores não de videiras.” (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p. 63)

iniciava-se o processo através do *editio per formula* que consistia na *intentio* do demandante contra o réu, entregue ao réu antes da citação.²¹ Assim, o *editio per formula* é uma das mais significantes criações do direito pretoriano.

A figura da representação em juízo surgiu no processo formular. As partes se apresentavam para o *litigio contestatio*; normalmente o demandante, representado por um seu *advocatus*, apresentava a sua *editio actionis* ao pretor e ao réu, apontando a fórmula que entendia adequada, afim de que o magistrado reconhecesse o seu direito. Não havendo a *confessio* por parte do réu, iniciava-se a nomeação do juiz eleito para dirimir a controvérsia, a partir de uma lista oficial formada apenas por homens, devendo ser os juízes desta lista, romanos residentes, que tivessem ilibada reputação e determinada renda anual.

Assim, após a *nominatio iudex*, é apresentada a fórmula escrita com as alegações das partes, para o juiz dirimir a controvérsia; deste modo, a fase *iure* encerrava-se com a criação da *lítio contestatio* pelo juiz, que continha um consenso entre as partes, definindo os pontos da sentença a ser proferida pelo *iudex* da seguinte fase, *apud iudicem*, tornando conduta obrigatória das partes a respeitá-la. Vê-se que o dizer o direito do magistrado, na verdade, somente é definitivamente consolidado quando proferido na fase da *cognitio extraordinária*, onde o magistrado não apenas conhece do litígio, como decide por meio da sentença a vontade da norma (TUCCI; AZEVEDO, 2013).

Outro aspecto importante do período formular era que os magistrados romanos detinham *imperium*²², que lhes concedia poderes para dar ordens a todos e que deviam obedecer. Ao proclamarem seus editos, (os *edictum perpetuum*, que seriam como as jurisprudências da época) não se limitavam apenas à proteção do direito decorrente do *ius civile*²³, mas também concediam medidas judiciais que visavam corrigir, suprir ou afastar a aplicação do *ius civile*, quando entendiam não ser o *ius civile* suficiente para alcançar o objetivo almejado (ALVES, 2005).

²¹ Não se permite mais o uso da força para fazer o demandado comparecer em juízo, ficando este, todavia, sujeito ao pagamento de multa, penhora e perda dos bens, caso insista em não se apresentar, que era considerado como sua *indefensus*. (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p. 67).

²² O *imperium*, até então exclusivo do rei, é transferido de forma mais limitada e restrita, aos novos órgãos. Esse poder, no entanto, não era sinônimo de *iurisdictio*, que podia ser delegada, como ocorria com os magistrados municipais, que desprovidos de *imperium*, detinha aquela somente por delegação do pretor (TUCCI; AZEVEDO, 2013, p. 38).

²³ O rei Justiano sobe ao trono de Constantinopla em 527 d.C e inicia ampla obra legislativa, dividida em quatro partes: Institutas (manual escolar), Digesto (compilação dos *iura*, ou seja dos fragmentos), Código (compilação das *leges*) e Novelas (reunião das constituições promulgadas). A esse conjunto de normas denominou-se *Corpus Iuris Civilis*. (TUCCI; AZEVEDO, 2013).

Dessa forma, com o advento do processo formulário, os magistrados judiciais, com ampliação de seus poderes, comumente passaram a nomear, eles próprios, o *iudex* e a redigir as fórmulas, onde se fixava a demanda a ser julgada e o direito de denegar, quando assim entendessem justo; ações que tutelavam direitos previstos no *ius civile*, e também concediam direitos não previstos, quando lhe pareciam dignas de tutela, passavam a ter eficácia jurídica, razão pela qual os editos eram considerados fontes de direito (ALVES, 2005).

A atuação do magistrado no processo formulário era mais intensa que no sistema das *legis actiones*, já que, neste, na fase *iure* o magistrado não podia criar ações; ele se limitava a fórmula já descrita no *ius civile*. Já no período formulário, era possível ao magistrado conceber fórmulas que tutelassem situações não previstas no *ius civile*. Este sistema sobreveio como uma alternativa mais moderna em relação às ações da lei, por ser menos formalista, mais ágil e funcional do que aquela, oriunda da evolução do denominado *ius honorarium*, isto é, do direito pretoriano²⁴.

A aplicação única do processo extraordinário (*cognitio extraordinaria*) foi uma questão de tempo. Ampliou-se o poder dos pretores e com isso a passagem do modelo romano da justiça privada para a justiça pública. O magistrado não mais se submetia a divisão das instâncias *in iure* e *apud iudicem*. Uma única instância se desenrolava inteiramente diante do juiz, que era o representante do Estado que decidia a lide. Enfim, os magistrados tinham o poder de empregar todos os meios, inclusive de coerção, para dirimir as questões que lhe eram trazidas, tal qual ocorre nos dias atuais. Observa-se, portanto, que é a *cognitio extraordinária* que mais se assemelha ao processo moderno (ALVES, 2005, p. 243).

A forma como os magistrados finalizavam a fase *cognitio extraordinária* se consubstanciava na criação da sentença. Segundo NEVES (1971), a *sententia* no processo *cognitio extraordinária* era o resultado do processo lógico, pelo qual o *iudex* chegava a um determinado convencimento, ou seja, a opinião que impunha um comportamento de condenação ou absolvição. Essa *sententia* correspondia ao exercício da *iuridictio*, entregue às magistraturas que detinham a função jurisdicional do Estado. (NEVES, 1971, p. 24)

²⁴ Portanto, os magistrados judiciais, no direito romano, não podiam atribuir direito a ninguém, mas, sim, conceder ou negar ações (o que, praticamente, equivalia a criação de direitos). Em virtude disso, o *ius honorarium* ou *praetorium*, era um sistema de ações, e não um sistema de direitos (ALVES, 2005, p. 207).

Assim, diante de importantes mudanças na arbitragem romana, a sentença não significava mais um ato exclusivo do cidadão e nem apresentava mais caráter arbitral (ordálias). Mas, na verdade, consubstancia-se na atuação da autoridade do Estado que tinha o papel fundamental de dirimir conflitos, chamando para si o direito e dever de judicar, através das regras de direito positivadas. (TUCCI; AZEVEDO, 2013)

Não obstante as expressivas mudanças evolutivas na história da decisão jurídica romana ao processo moderno, em próximo capítulo demonstraremos como a atualidade do direito processual ainda não se livrou das impregnações religiosas presentes no direito e na prática jurídica romana que lhe deram origem.

4 A RITUALÍSTICA JUDICIÁRIA E SEU PODER SIMBÓLICO – O JUIZ COMO MEDIÚM

A ritualística judiciária atual, ao contrário do que se poderia imaginar, não se manteve distante de toda a força simbólica presente nos rituais dos povos primitivos, tampouco do misticismo simbólico da figura do juiz como canal mediúnico²⁵ dos homens com as forças divinas. Ainda nas sociedades arcaicas, qualquer lugar destinado à audiência era tido como área sagrada, como que separada do mundo corrente. Num primeiro momento, a simbólica judiciária retirou sua força da natureza, numa época em que as religiões pagãs guerreavam com o cristianismo. Logo que a igreja foi afirmando o seu poder, o cristianismo tornou-se regra e o poder judiciário, para se tornar expressão de uma virtude e de uma instituição autônoma, emancipou-se da dominação religiosa.

Para Garapon (1997), a justiça possui seu capital simbólico próprio e sua primeira influência inspira-se no simbolismo cósmico espacial. Dentro das primeiras casas de justiça da Idade Média, já era aceita a separação dos espaços de acordo com a relevância de seus ocupantes²⁶. Até hoje a figura do palácio da justiça como templo, consolida nada mais que sua autonomia simbólica sobre a sacralização da virtude de julgar. Os cercados estabelecidos dentro dos “templos”²⁷ são para prevenir que outros penetrem inadvertidamente no recinto sagrado e tem a função de evitar qualquer contato involuntário e inopinado com o sagrado, tendo em vista

²⁵ Diante de simbólica visão, imperioso destacar o conceito de médium. A palavra médium é uma expressão latina que significa "meio" ou "intermediário". Allan Kardec apropriou-se dessa expressão para designar as pessoas que são portadoras da faculdade mediúnica. Assevera ainda Kardec que: "todo aquele que sente em qualquer grau a influência dos espíritos é médium." Muito embora tenha caracterizado assim as pessoas mediúnicas, entende que somente as pessoas especialmente sensitivas e intuitivas, ou seja, capazes de registrar a presença e receber comunicações mentais vindas da esfera imaterial de espíritos, de capacidade mais evidente que podemos chamar de médiuns. Conceitua dizendo: "Médium - pessoa que pode servir de intermediária entre os Espíritos e os homens. Mediunidade - a faculdade dos médiuns, ou seja, a faculdade que possibilita a uma pessoa servir de intermediária entre os Espíritos desencarnados e os homens." Orienta Allan Kardec que se deve reservar esta expressão apenas para as pessoas que permitem a produção de fenômenos patentes e de certa intensidade: "Pode-se dizer, que todos são mais ou menos médiuns. Usualmente, porém, essa qualificação se aplica somente aos que possuem uma faculdade bem caracterizada, que se traduz por efeitos patentes de certa intensidade, o que depende de uma organização mais ou nos sensitiva." KARDEC, Allan. Livro dos Médiuns - 1994. Editora: Ide - Inst. de Difusão Espírita. Capítulo 32. p. 159.

²⁶ Tal qual o pensamento carnelluttiano que preconiza a justiça na figura do juiz como o soberano e seus súditos, o que está acima e os que estão embaixo.

²⁷ A palavra grega *temenos*, tal qual como a palavra latina *templum*, formam-se a partir de uma raiz que sugere a ideia do corte, da separação: o *temenos* é o recinto consagrado, por oposição ao espaço profano (literalmente *profanum*) defronte o templo. (GARAPON, 1997, p. 40)

que o contato com o sagrado só é permitido quando se é purificado, mediante um rito de passagem estipulado pelos seus líderes.

Garapon nos descreve o caráter mediúnico e mítico das salas de audiências quando se refere ao local sagrado ocupado pelo juiz. Para o autor, ao centro deste ritual simbólico está o lugar do presidente, que dispõe desde a poltrona ao encosto mais alto, equidistante de todos os outros participantes. O espaço judiciário articula-se dentro de um espaço vazio e esse espaço representa o lugar da lei, inacessível a todos, acessível aos escolhidos. Esse espaço central vazio, somente pode ser tocado por seres sagrados, abertos a receber a decisão certa, pois o sagrado manifesta-se na ausência e na distância interna, e é isso que representa a justiça. E ao final, arremata: “essa distância é o Deus escondido na democracia.” (GARAPON, 1997, p. 40)

Diante disso, o espaço judiciário é um espaço sagrado, é a separação do resto do mundo. Em especial, a elevação do gabinete dos juízes evoca a busca de um contato entre homens e o céu, tal qual o altar no universo simbólico dos templos, que corresponde à montanha sagrada, onde foi revelado as Tábuas da Lei a Moisés. Neste mesmo simbolismo, o gabinete dos juízes representa o ponto culminante, tanto no eixo vertical, como horizontal. É a pequena montanha sagrada, na qual a decisão acertada será revelada aos juízes.²⁸ (GARAPON, 1997).

Demonstrada a influência na justiça gerada através do simbolismo espacial, a segunda influência a inspirar a justiça foi o simbolismo religioso. Acreditava-se que, além da justiça ser algo divino, os juízes eram homens incumbidos de uma tarefa sobre-humana, para a qual se deveriam tornar dignos; todo esse simbolismo sagrado se destinou aos juízes. Desta forma, eram dispostos símbolos religiosos defronte aos olhos do juiz, de forma a lembrar-lhe a ética da sua função²⁹ (GARAPON, 1997).

²⁸ Diz em Deuteronómio cap. 17, versículos 8 e 9 que: “se aparecer para julgamento um caso de morte ou uma queixa por maus tratos corporais (...) que não seja capaz de resolver, debes dirigir-te ao lugar que o Senhor, teu Deus, tiver escolhido. Vai ter com os sacerdotes (...) e o juiz que estiver nessa altura. Consulta-os sobre o assunto e ele te indicarão a solução a dar” (GARAPON, 1997, p. 41).

²⁹ Simbolismo fortemente marcado por meio do juramento dos juízes que se inspirava na seguinte frase das Escrituras: “assim como julgais sereis julgado.” Primitivamente, o juiz tinha que tocar num relicário enquanto prestava juramento. Isso explica a presença da cruz que o juiz devia manter defronte dos seus olhos e que, mais tarde, será colocada atrás do seu assento (GARAPON, 1997, p. 130)

Como descrito anteriormente, as relações entre Estado de direito e a justiça no antigo regime se verificavam tão somente entre a monarquia e a Igreja. O político solicitava ao religioso a unção, ou seja, o símbolo da sacralidade, e em troca a instituição religiosa solicitava ao político a sanção do braço secular para reprimir aquilo que a igreja entendia como herético. Mesmo com a investida do poder político, para a substituição da referência religiosa para a da legitimidade jurídica, a ideia de justiça ainda permaneceu como uma personificação divina e humana, fundada na deusa da *religio iuris*³⁰ (GARAPON, 1997).

Malgrado após a justiça ter conquistado sua emancipação sobre os dogmas religiosos, ainda assim seus rituais e simbolismos encontram-se emaranhados na ritualística judiciária. Garapon (1997) descreve as salas de audiências como o interior de uma catedral ou igreja cristã, sendo o espaço do público separado do centro da sala de audiências por uma pequena barreira, cuja função é separar o sagrado do profano³¹.

Percebe-se no ritual judiciário, ao mesmo tempo, a encenação da finitude do mundo sensível, no qual os interesses são antinômicos e os homens estão divididos, e uma antecipação da perfeição. Restitui a um povo os seus valores, o seu passado e o seu direito: “Sem a ajuda do símbolo e do ritual, o direito seria uma mera ideia irreal ou ilusória, pelo que necessita do símbolo para se transformar em experiência concreta” (GARAPON, 1997, p. 72). Alinha-se à essa perspectiva Bourdier (1996), quando declara que a fraca inclinação do *habitus* jurídico para as posturas proféticas – o cânone jurídico – vem da propensão visível, sobretudo dos juízes, para o papel de *lector*, de intérprete que se refugia na aparência de uma simples aplicação da lei e que, na verdade, faz a obra da criação jurídica.

Garapon (1997) nos conta, ainda, que a origem simbólica do traje judiciário vem das cerimônias reais, onde o rei recebia a veste no dia de sua sagração. É a mesma usada em cerimônias religiosas que integravam toda a hierarquia clerical e

³⁰ Garapon diz que a justiça ocupa o lugar vago pelo religioso oficial, porém ao mesmo tempo a justiça é ornada pelo pensamento teológico. Neste sentido, a expressão *religio iuris* consubstancia na forma divina da Justiça eis que: “o Príncipe já não é mais a imagem viva da graça, mas sim a personificação de uma ideia: a Justiça. Essa ideia é ao mesmo tempo divina e humana.” (GARAPON, 1997, p.231).

³¹ Nas basílicas, a *cancell* na verdade encerrava o *cancel*, ou seja o local onde se encontrava o imperador com os seus representantes, ou a sua imagem. O *cancel* é o espaço judiciário por excelência; é o espaço mais sagrado, o pretório, o santo dos santos, o mais longínquo que se pode alcançar. É a ele que todos os labirintos conduzem e é ele que todas as barreiras impedem de atingir; todo o resto existe em função deste local, que, por sua vez, suscita a existência de todo o resto (GARAPON, 1997, p. 37)

que tiveram origens romanas. São trajes glorificadores do poder da autoridade. O uso da toga tem dupla função, para quem a mereça usar; a de purificação, pois põe fim às imperfeições do ministro, subtraindo-o da sua condição de mortal; e a de um escudo protetor contra qualquer contato com o impuro, representando a autoridade no ritual que legitimaria o uso da violência. É uma veste institucional que assinala a vitória do parecer sobre o ser, já que segundo o autor, “o homem que a veste marca a sua superioridade- temporária- da instituição sobre o homem: já não é ele que habita a sua veste, mas sim esta que o habita”. (GARAPON, 1997, p. 86)

Com efeito, o juízo sensitivo emitido pelo juiz que carrega sobre si a vestimenta do poder, da superioridade e da verdade institucional, tem eficácia de coisa julgada, e uma vez que tenha sido julgada, não se pode mais discutir sobre ela; *res iudicata pro veritate habetur* (a coisa julgada vale como absoluta verdade): caso o juiz tenha se equivocado, o seu engano é irrelevante porque o juiz, de acordo com a lei, não pode se equivocar. Por isso, as partes devem sempre obedecer ao juízo do juiz,³² pois ele tem força de um mandato e deve ser obedecido, como se estivesse escrito na lei, pois transforma um mandato genérico em um específico dirigido as partes, e com respeito às quais ele é pronunciado.

Esta simetria reforça a onipotência da figura paternal freudiana representada pelo juiz, onde o Estado infantiliza o indivíduo adulto, subtraindo-o do estado de cidadão responsável pelas suas escolhas e reduzindo-o a uma condição psicológica de criança, que humildemente comparece à presença de seus pais solenemente reunidos, submetendo-se às suas decisões. Não faltam autores do direito processual moderno em cujos escritos esses sintomas e restos religiosos aparecem – o que denuncia o poder autoritário e sacerdotal investido no juiz.

Segundo Calamandrei (1995), a força do simbolismo presente não somente no uso da toga, mas principalmente na figura mítica do juiz³³, revela o simbolismo da investidura na carreira judiciária, que muito se assemelha a investidura religiosa, pois cria um novo ser, um novo homem no decurso de uma verdadeira iniciação, capaz de acreditar na sua função e desempenhá-la com soberania. Pressupõe-se

³² O juiz diante das partes representa o todo, e a parte pode contradizer a outra parte, mas não o juiz. O juiz tem em suas mãos a balança e espada; se a balança não bastar para persuadir, a espada serve para constranger. (CARNELUTTI, 2009, p. 47).

³³ Calamandrei considera o juiz a sapiência personificada; assim, o advogado que se queixa de não ser compreendido pelo juiz, não critica o juiz, mas a si mesmo. O juiz não tem o dever de compreender; o advogado é que tem o dever de fazer-se compreender. O advogado deve saber sugerir de forma discreta ao juiz os argumentos que lhe dêem razão, de tal modo que este fique convencido de os ter encontrado por conta própria (CALAMANDREI, 1995, p. 41).

que a verdade é dada a um ser sábio e poderoso, sem ter por que e nem razão, apenas em decorrência de sua posição de juiz. O indivíduo se enxerga em um vínculo indiscutível com o seu soberano, sua fé, e este, apenas em doação, lhe concede o acesso à verdade (CALAMANDREI, 1995).

Afere-se, pelo estudo apresentado, que toda onipotência do poder simbólico instituído ao discurso judiciário é tão teatral quanto institucional. As cerimônias, os ritos e a solenidade constituem instrumento de prestígio e de permanência do poder. Por meio do simbolismo marcante na ritualística judiciária e a linguagem jurídica quase que mágica proferida por aquele que sabe tudo, faz com que o juiz possua poder e domínio por todas as coisas. E, assim, o Estado continua garantindo a sua autoridade simbólica e o quimérico quadro pacificador da igualdade perante a lei.

4.1 A dominação do discurso jurídico pelos detentores do Poder-Saber

Por meio do apanhado histórico-filosófico apresentado, é possível concluir que a verdade no discurso jurídico é proveniente de um ser soberano que tudo sabe, pois sustenta-se o inquestionável poder simbólico inerente à função de juiz e que, portanto, somente ele tem acesso à verdade genuína sobre todas as coisas. Destarte, sua verdade é imposta aos que se submetem ao judiciário, através de um discurso jurídico autoritário e de sujeição das partes a vontade do representante Estatal.

Segundo Derrida (2010) a violência contida nas leis está diretamente vinculada à ideia de justiça, pois esta sem o uso da força é impotente, e uma justiça impotente não é justiça. Sendo assim, é preciso fazer com que aquilo que é forte seja justo. Neste sentido, ensina nas palavras de Montaigne: “Ora, as leis se mantêm em crédito, não porque elas são justas, mas porque são leis. É o fundamento místico da autoridade, elas não têm outro.” E ainda, “Não obedecemos às leis porque elas são justas, mas porque elas têm autoridade” (DERRIDA, 2010, p.21). O direito funda a verdade de sua justiça em ficções legítimas da crença e força, pois aplicar a lei consiste num golpe de força, numa violência performativa e interpretativa que nela mesma não é justa nem injusta.

Por sua vez, descreve Ricoeur (2008) que sem força não há poder, eis porque as duas ideias de político e do simbólico são inseparáveis. Assim, o judiciário, para consolidar seu simbolismo, tem que realizar o rito mediante força. A força capta-se, afasta-se e conserva-se dificilmente. O símbolo associa daí à necessidade de reconstituir essa cadeia de associações, que o torna significativo.

Garapon (1997) entende que a decisão jurídica está sempre sujeita a novas revisões, a novas críticas, não podendo ser nunca definitiva. Imprescindível a crítica de Maus (2002), quando refere-se ao Judiciário como aquele que ascende ele próprio à condição de mais alta instância moral da sociedade, escapando de qualquer mecanismo de controle social democrático, partindo de um direito "superior", dotado de atributos morais. O endeusamento canalizado no judiciário por meio de seu representante, dotado de poder para dizer jurisdicionalmente a verdade absoluta, e determinar o bem e o mal daqueles que o submetem, muito se assemelha ao desamparo infantil freudiano, só que repetida agora na defesa do desamparo adulto e as razões de suas impotências.

O inconformismo de Zizek (2010) sobre esse quadro institucional nos remete ao sujeito interpassivo de *Lacan*, como aquele sujeito que pode permanecer passivo, sentado confortavelmente enquanto o grande outro age por ele. Acredita-se no ritual simbólico mecanizado através do outro, dotado de forte significado que o representa e que constitui a sua identidade simbólica. Nos rituais tradicionais de investidura, os objetos que simbolizam poder também colocam os sujeitos que o adquirem na posição de exercer poder. Para o autor "se um rei segura o cetro nas mãos e usa a coroa, suas palavras serão tomadas como régias." (ZIZEK, 2010, p.45). O autor entende que essas insígnias mesmo não fazendo parte da natureza de quem as possuem, a ordem simbólica as domina quando lhe confere *status* e poder:

Num dos filmes dos irmãos *Marx*, Groucho, quando apanhado numa mentira, responde com irritação: "No que você vai acreditar, nos seus olhos ou nas minhas palavras?" essa lógica aparentemente absurda transmite perfeitamente o funcionamento da ordem simbólica em que a máscara social importa mais que a realidade direta do indivíduo que a usa. Esse funcionamento envolve a estrutura do que *Freud* chamou de "renegação fetichista": "Sei muito bem que as coisas são como as vejo, que a pessoa diante de mim é um poltrão corrupto, mas apesar disso eu o trato respeitosamente, porque usa a insígnia de um juiz, de modo que, quando fala, é a própria lei que fala através dele." Assim de certo modo acredito nas palavras dele, não em meus olhos. É aí que o cínico, que só acredita em fatos incontestáveis, falha: quando um juiz fala, há de certo modo mais verdade em suas palavras (as palavras da instituição da lei) que na

realidade direta da pessoa daquele juiz; se nos limitarmos ao que vemos, simplesmente não captamos o principal (ZIZEK, 2010, p.46).

Pela naturalização da língua engendrada pelos detentores de poder, ensina LEAL R. (2006), ocorre a alienação do sujeito através do discurso do Outro, mistificando os significados e impossibilitando a problematização do seu conteúdo, por meio do discurso refutativo-argumentativo. Para o autor, o abafamento e a sujeição do indivíduo ao poder autoritário seria:

Como se tornasse um prisioneiro desatável e feroz (incastrado) de um imperativo categórico (*Kant*) que o habitaria e o pulsionaria inexoravelmente a prática de uma coerência exemplar (justiça moralizante), cuja transgressão acarretaria fracassos catastróficos na sua caminhada histórica (*Hege*) até o juízo final (fim feliz da paz perpétua ou fundamentação última do seu ser). (LEAL; R., 2006, p. 97).

Ao longo da história, a origem da jurisdição esteve atrelada à atividade de julgar segundo a clarividência divinatória dos sacerdotes e o carismático senso inato de justiça dos pretores e juizes populares, que marcavam o acerto e sabedoria de suas decisões. A jurisdição, portanto, em sua gênese histórica, não trouxe o reconhecimento do devido processo, pois somente haveria processo com a conquista das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados.³⁴ (LEAL; R., 2012).

A visão teológica do saber mediúnico defendida pelos detentores do poder impede a discussão racional entre os sujeitos democráticos. Onfray (2007) disse que a teocracia é a inimiga mais temível da democracia:

A democracia vive de movimentos, de mudanças, de ajustes contratuais, de tempos fluidos, de dinâmicas permanentes, de jogos dialéticos. Ela se cria, se vive, muda, transforma, se constrói em face de um querer resultante de forças vivas. Recorre ao uso da razão, ao diálogo das partes participantes, ao agir comunicacional, à diplomacia assim como à negociação. A teocracia funciona ao contrário: nasce, vive e usufrui da imobilidade, da morte e do irracional. (ONFRAY, 2012, p. 176).

³⁴ Para LEAL, R.,: “A jurisdição como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que integro sapiente e culto) de criação de direito ou de “*assegurar la justitia, la paz social y demás valores jurídicos*”, como ensinou *Couture*, porque a jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do Processo” (LEAL; R., 2012, p.23).

Como dizia Foucault (2004), para compreender quais são as relações de poder, ou a maneira como os homens se odeiam, lutam e procuram dominar uns aos outros, com o único objetivo de exercer relações de poder, deve-se aproximar não dos filósofos, mas dos políticos, pois assim será possível compreender em que consiste o conhecimento/poder, ou seja, aprendê-lo em sua raiz e fabricação. Pois para o autor, o poder não se encontra latente no interior do Estado, mas está capilarmente distribuído por todo o tecido social por meio de múltiplas formas de sujeição praticadas cotidianamente, e o judiciário certamente é um destes capilares de poder e dominação, sempre em constante movimento, em eterna ebulição, indo e vindo dentro dos diversos canais de relação estabelecidos entre os sujeitos e aparelhos da sociedade (FOUCAULT, 2004).

Com efeito, que a aceitação de um direito ofertado através de um biopoder - ou biopolítica como prefere Agamben - controlador e disciplinalizante sobre os indivíduos, personificado na figura do ser soberano e inatacável, dotado de razão pura e certeza absoluta, por certo que impossibilita o acesso a um processo como *locus* de discursos na formação de opiniões e vontades para a produção e atuação do direito, e que assim: *“cria uma fé num direito natural fundador do justo e do certo e conseqüentemente delator obsessivo do injusto e incerto.”* (LEAL, R, 2006)

Garapon (1997), ainda que reconheça a força mítica e dominadora do mundo simbólico no ritual processual e a patente religiosidade na autoridade do juiz/sacerdote no cerne deste arcabouço simbólico, torna frustrante sua leitura, tendo em vista sua dualidade ao final, pois acaba por se render ao poder simbólico do juiz como entidade magnânima e sapiencial, reconhecendo o juiz como o novo símbolo do rito. E absurdamente assim justifica:

Insidiosamente, o combate pela democracia mudou de campo. Durante anos, foi concebido como uma luta que tinha em vista a emancipação face às instituições. Mas o momento atual será talvez menos indicado para a emancipação do que para a preservação de uma cidade agonizante; menos indicado para as denúncias das mediações imperfeitas do que para a proteção de instituições frágeis como a justiça. Será preciso condenar o ritual judiciário, esse folclore, essa não-questão que os marxistas já haviam resolvido antes de a colocar? Não será mais imperioso reabilitá-lo de forma a poder reconciliar-se com o símbolo, ou seja consigo mesmo? (GARAPON, 1997, p. 326)

Para o autor, essa autoridade de referencia é legítima, pois traduz esse apego às formas não como fraqueza, mas pelo contrário, como uma qualidade essencial do direito, pois o combate pela justiça não se refere ao combate contra o rito, mas pela luta por símbolos mais verdadeiros: “Mas o que é um símbolo verdadeiro? Um símbolo que estabelece um laço exprimindo um destino comum. Importa repovoar a vida pública com novos símbolos, com ritos eficazes, significativos e controlados.” (GARAPON, 1997, p.328).

Vemos uma vez mais, o ciclo vicioso e dominante da religiosidade, bem como o inabalável discurso mágico do sacerdote/juiz, em que o ente carismático e sua subjetividade são a última fonte de solução das aflições humanas. Nada de novo se realiza, permanece a velha intervenção pela razão deificada detentora do poder-saber inquestionável; ao final resta apenas à troca de um mito por outro.

4.2 O indizível que *resta* na ritualística judiciária em razão da perene força simbólica do religioso

As análises precedentes mostraram de maneira suficiente que o próprio direito, bem como, sua prática judiciária, permanece imergido na religião. A incessante tentativa de estabelecimentos de condutas que regem a vida comum dos homens, por meio de normas éticas que nos obrigam a obedecer, por instituições que não permitem a possibilidade de validação ou transgressão, cria-se uma não-língua dominadora que é preciso interrogar.

A palavra profética (não inserida na língua) torna o direito indizível, inenarrável, e absolutamente incompreensível por qualquer ser comum e exige o eufemismo por supor algo que não pode ser pronunciado, mas simplesmente adorado em silêncio: surge o sagrado.³⁵

Para Agamben, no fim das contas, o direito, impregnado de categorias teológicas, mobiliza-se para ofertar não a norma, mas o julgamento (o fim do direito

³⁵ Agamben (2008) nos conta que a linguagem jurídica tornou-se algo como os que fiéis religiosos, que defendem a essência de Deus entendida como algo indizível, criando o termo grego eufemismo (*euphemein*), que indica os termos que substituem outra que, por pudor ou boas maneiras, não podem ser pronunciados. Por isso, o eufemismo para os fiéis, significa originalmente "observar o silêncio religioso" ou "adorar em silêncio". (AGAMBEN, 2008)

– o uso autorizado da não-língua por um sujeito da enunciação fora-da-língua). É a isso que o autor chama de mistério do processo:

Ora, se a essência da lei - de toda lei - é o processo, se todo direito (e a moral que está contaminada por ele) é unicamente direito (e moral) processual então execução e transgressão, inocência e culpabilidade, obediência e desobediência se confundem e perdem importância. (AGAMBEN, 2008, p.22)

Em Agamben, o direito não se vincula ao conceito de justiça, nem sequer ao da verdade, mas busca unicamente a prática de um ritual, o de julgamento. Para o autor, o caráter profético-teológico e sua mística ritualista tem mais força que a própria razão que os levaram ao ritual, qual seja, a busca pela justiça. (AGAMBEN, 2008)

Para tanto, critica o autor a força da coisa julgada, que pode também se tornar uma sentença muitas vezes injusta. Isso porque a produção da *res judicata* – é sentença que substitui o verdadeiro e o justo, e vale como verdadeira a despeito da sua falsidade ou injustiça - é o fim do direito. “É a não-língua que se fala sozinho, e de que a língua responde, e em que nasce a língua.” (Agamben, 2008, p.41) A partir desta criatura híbrida, a respeito da qual não é possível dizer se é fato ou norma, se justa ou injusta, onde o direito encontra paz; pois além disso, não se consegue ir.

Com efeito, o desconforto do presente estudo incide na submissão de um direito vinculado ao mito do religioso e ao saber mágico-religioso dos *auctoritas*, como o cerne da interpretação e operacionalização da linguagem jurídica. E ainda, de “não nos envergonharmos de mantermos fixo o olhar no inenarrável”, e de anuir no dizível o que ainda permanece não dito. Ao final, o que resta é a língua que sobrevive ao não enunciável; não arquivável.

O fato de estarmos constrangidos a algo “inassumível” (AGAMBEN, 2008, p.106) cria um deslocamento, tal qual uma lacuna que alimenta o caráter sagrado e profético do direito e sua ritualística, representado por símbolos como juiz/sacerdote, a vestimenta sagrada, as salas de audiências como o lugar santo para se receber a direito profético, ou seja, todo um aparato místico impermeável a interferências de

outras línguas. É o testemunho da incapacidade de se falar, diante da intestemunhável língua judiciária.³⁶

4.3 A legitimidade da decisão oriunda da sapiência do interprete-aplicador e sua refutação pelo devido processo constitucional

Inicia-se sobredita análise com o único escopo de censurar a confiança subjetiva do onividente interprete-aplicador que, na busca de uma justiça ideal, se funda em razões axiológicas do que é bom ou deontológicas do que é correto (moral kantiana)³⁷, para a aplicação da norma, extrapolando os limites legais, conforme a sua preferência e influência histórica do conceito de justiça e equidade; impondo os seus efeitos da decisão a esfera jurídica, sem oportunizar o devido processo como garantia constitucional, em flagrante atraso histórico-jurídico.

A aplicação de conceitos a partir de valores éticos-morais (axiológicos-deontológicos)³⁸ extrapolando a enunciação da norma e sua interpretação somente concedida ao decisor investido de autoridade para conhecer o direito conforme sua

³⁶ Para Agamben, o sujeito de uma enunciação, ou seja, a passagem da língua para o discurso implica ao mesmo tempo em uma subjetivação e uma dessubjetivação para que o discurso tenha eficácia. Assim, o indivíduo deve se abster de qualquer interferência extralinguística e tornar-se um eu absolutamente vazio de qualquer substancialidade. O verdadeiro testemunho no homem, é o não-homem. Para o autor, o que pode dar testemunho de algo, é aquele que lhe empresta a voz, o que se sustenta somente no puro acontecimento da linguagem, pois quem fala não é o indivíduo, mas a língua. Afinal, aquilo que é o próprio testemunho não pode ser a única língua, pois se torna algo dominador, indizível e irrefutável. A autoridade de um testemunho reside no fato de poder falar unicamente em nome de um não poder dizer. Assim, um direito sagrado e eufêmico funda a língua apenas do testemunho, e não aquela em que se consegue dar testemunho da incapacidade de se falar, mas uma linguagem em que se impõe. Com isso, o autor nos mostra que o sentido da palavra inenarrável para os comuns se torna algo alheio ou bárbaro, assim como a linguagem no religioso, litteris: "ora, se não conheço a força da linguagem, serei como um bárbaro para aquele que fala e aquele que fala será como um bárbaro para mim. I Cor. 14,11." (AGAMBEN, 2008, p.112)

³⁷ Fundamental e pertinente para nosso trabalho a crítica de Rosemiro Leal quanto a moral Kantiana: "O que se aproveita de Kelsen não é a singular e pretendida pureza de sua teoria do direito, mas a *desdivinização* do mito da razão kantiana que, certamente a persistir pelos séculos com a insistência (não resistência teórica) que testemunhamos, reduz o direito a instrumento (acessório coercitivo) de uma moral cínica (fingidamente desinteressada) a acenar uma futura (e sempre adiável) *paz perpétua* em algum ponto de um história prometida pelo intuitivo despertar de uma razão universalista ou ético-transcendental para todos os homens." (LEAL, R. 2010, p.160)

³⁸ Ideia que se sustenta principalmente nas concepções de Kant, onde afirma a existência de uma moral intrínseca à razão, sendo assim, obteremos igualdade pela razão. Se a moral é o uso da razão na liberdade que temos do que fazer da nossa vida. Somos todos iguais porque somos livres pra decidir o que fazer na vida. É onde surge a ideia do princípio da equidade, a criação de uma sociedade hipoteticamente moral e um Estado protetor e fonte de direitos messiânicos para os homens. (KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática* / Editora Martin Claret – São Paulo, 2003)

consciência, inviabiliza a participação de um discurso jurídico cuja fiscalidade, bem como a legitimidade da norma, se realizaria pela comunidade jurídica, através do exercício do devido processo constitucional na construção da decisão judicante.

Com efeito, o que se discute é o problema do significado jurídico de uma esfera de ação de natureza extrajurídica. São prenúncios que anunciam o que hoje temos claramente diante dos olhos, ou seja, que a partir do momento em que o caráter oculto do sentido normativo³⁹, bem como fundamentos autoritários do saber jurisdicional que sustenta uma submissão de juízo ético a partir de uma moral universal imanente do homem, torna-se regra no meio jurídico; ele se apresenta muito mais como um “estado normativo de exceção”, como técnica dominante, do que como uma medida excepcional.

Este saber interpretar, obviamente adquirido fora do discurso normativo, como a forma legal daquilo que não tem forma legal, onde a autoridade interpretativa “interdita o sentido da lei por consentimento da própria lei”, ou seja, dispensa a existência da lei nas hipóteses em que não haja normas escritas específicas, submete os participantes do discurso jurídico aos juízos ordálicos a partir de juízos de conveniência e equidade que fogem a democratização decisória pelo contraditório, ampla-defesa e isonomia (LEAL, 2013, p.19).

É Dworkin (2003) que alimenta a atribuição, à figura do juiz moderno, características de Hércules, onde se vê a realidade deontológica da norma somente manejada através do julgador onividente e infalível, capaz de sentir e interpretar o texto legal. O juiz Hércules é uma metáfora utilizada pelo autor para ressaltar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz que usa do melhor método de interpretação da lei; toma a melhor decisão em cada caso, respeitando o princípio da integridade e garantindo a coerência do direito para que seja tomada melhor decisão possível, amparada na leitura moral dos princípios e sustentada no tratamento de todos com igual respeito e consideração: “É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro.” (DWORKIN, 2003, p.384)

³⁹ Rosemiro Leal entende que a continuidade do caráter oculto do sentido normativo instala uma tirania da vontade legifona do judiciário, pois entrega aos juízes o privilégio da livre interpretação do direito escrito e a produção de um direito nas hipóteses de ausências de normas, postura preservada pelos Estado Liberal e Social de Direito, que diga-se de passagem, é o apoio nuclear da Ciência Dogmática do Direito. (LEAL, R. 2013, p. 15-19)

O juiz hercúleo é escancaradamente sustentado unicamente na figura do juiz, que é a única fonte de direito válido. E ainda, o procedimento adotado pelo juiz assemelha-se, como ensina Dworkin (2003), metaforicamente, ao procedimento adotado pelos escritores de um romance em cadeia, em que cada qual elabora um novo capítulo do livro de modo harmônico com os capítulos anteriores, ou seja, o direito é criado a partir da vivência deste juiz, escritas em capítulos na história.

Esse tipo de julgador, suposto nas práticas judiciárias conduzidas pela doutrina tradicional do direito processual, torna-se monopolizador da jurisdição, fomentando um decisioinismo a partir da proliferação de decisões particulares; é, definitivamente, a encarnação do juiz/sujeito-solipsista que mantém intocada a idéia de que toda interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista de valoração a respeito de determinados temas que lhe sejam afins. (LEAL, 2010)

No entendimento de Rosemiro Leal (2010), direitos fundamentais criados em nome da lei e excepcionados, quando em risco, por meio de medidas que suspendem esses direitos, implantando um constante estado de exceção, é a forma pura de dominação legítima, colocando a modalidade de Estado (sempre de exceção) e Constituição como complementariedades ideológicas indissociáveis⁴⁰. Pois, as palavras do juiz - Führer têm força de lei, e, como tal, devem ser obedecidas, aos moldes da doutrina ético-moral kantiana do juízo enquanto faculdade de pensar, mas que impõe um obedecer.

É nessa instabilidade secular e tirânica na criação de leis nas hipóteses a serem consideradas excepcionadas em nome do bem-estar social, sempre submetido a livre escolha do juiz, que Agamben (2010) localiza o sujeito-objeto do estado de exceção como a figura do *homo sacer*, definida como aquele sujeito simplesmente posto para fora da jurisdição humana sem ser transferido para a esfera divina. E sua imolação não significa algo sagrado, mas a licitude da matança do *homo sacer*, bem como, não implica em sua violência ou sacrilégio, pois: “Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada

⁴⁰ Neste contexto, o autor discorre que o fato político precede a lei, assim, o homem é governado a partir das formas de dominação das ditaduras de classes “em nome do bem-estar social de todos, porém o “todos” fica escondido (abandonado-homo sacer) para sempre entregue à vingança público-civil da mortalidade permissiva, indolor e exculpável”. (LEAL, 2010, p. 73)

nesta esfera. Sacra, isto é, matável, porém insacrificável, é originariamente a vida nua⁴¹ no bando soberano.” (AGAMBEN, 2010, p. 85)

Para o autor, a proximidade da soberania com o sagrado não advém apenas do caráter religioso, tampouco de caráter sacro, no qual se permite a implicação da vida nua na ordem jurídico-política, mas da subordinação do *homo sacer* à exceção soberana, pois ele, apesar de um ser humano vivo, não é parte da comunidade política. Desta forma, o *homo sacer*, nesse contexto, seria todo cidadão livre, que ao participar da vida pública, encontra-se na condição de matabilidade pelo seu soberano. E mais, o *homo sacer*, deverá pagar a sua participação na vida política com uma incondicional sujeição a um poder de morte, através da dupla exceção da matabilidade e insacrificabilidade (AGAMBEN, 2010).⁴²

Agamben (2010) refere-se ao estado de exceção como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Esse totalitarismo moderno pode ser definido como a instauração de uma guerra civil legal, que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão não parecem integráveis ao sistema político. A sociedade é a corporificação do *homo sacer*, pois espera que o juiz lhe conceda, através da jurisdição, o seu devido direito e, a partir disso, o fundamento de validade de uma norma não mais será uma norma hierarquicamente superior, mas a vontade do juiz e seu decisionismo, a partir do trânsito em julgado daquela decisão.

⁴¹ Para o autor, vida nua é a vida do cidadão desprovido de qualquer direito; a guerra constante entre o cidadão e seu soberano. Indivíduos que transitam entre estar morto e não estar morto (vivo). E o mesmo se aplica a “desumano”: ele não é humano, não é o mesmo que ele é desumano. Ele não é humano significa que ele é externo a humanidade, animal ou divino, ao passo que ele é desumano significa algo completamente diferente, a saber, o fato de que ele não é nem humano nem não humano, mas algo inerente ao humano. Corroborar Zizek a respeito da insignificante voz do *homo sacer* em sua vida nua: “Estaremos então assistindo ao renascimento da velha distinção entre direitos humanos e direitos do cidadão? Existem direitos de todos os membros da humanidade (a serem respeitados até mesmo no caso do *Homo sacer*) e os direitos mais estreitos dos cidadãos (cuja condição é legalmente regulada?). Mas e se chegarmos a uma conclusão mais radical? E se o problema não for à condição frágil dos excluídos, mas, pelo contrário, o fato de, no nível mais elementar, sermos todos “excluídos” no sentido de nossa posição “zero” mais elementar ser a de um objeto da biopolítica, e de alguns possíveis direitos políticos e de cidadania nos serem um gesto secundário, de acordo com as considerações biopolíticas estratégicas?” (ZIZEK, 2003, p.115)

⁴² Agamben nos fala através de Hobbes sobre a dualidade de uma sociedade em que perde sua identidade e a entrega ao seu soberano em submissão a este: “Segundo Hobbes, o direito não foi dado ao poder soberano, mas deixado a ele, uma vez que seus súditos não deram o direito de punir ao soberano, apenas ao abandonar os próprios, deram-lhe poder de usar o seu no modo que ele considerasse oportuno para a preservação de todos. O bando mantém unidos a vida nua e o poder soberano. É propriamente a força, atrativa e ao mesmo tempo repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano. De fato, o *homo sacer* é insacrificável e pode, todavia, ser morto por qualquer um.” (AGAMBEN, 2010. p.110)

Zizek (2003) entende que, assim como o sagrado, porém matável, *homo sacer* de Agamben, ou a dominação exercida pelo biopoder de Foucault, conceitos como democracia, direito humanos ou direitos e garantias constitucionais não passam de uma máscara enganosa para mecanismos disciplinadores do biopoder; é a falsa aparência da “liberdade” ou da “verdade”, uma vez que já manipuladas por sujeitos imersos no totalitarismo de um “mundo administrado”, em que a liberdade subjetiva se consubstancia a partir da sujeição a mecanismos disciplinadores. Para tanto, o autor ilustra essa situação com a imagem do filme Matrix:

[...] milhões de seres humanos a viver em uma vida claustrofóbica em espaços cheios de água, mantidos vivos para gerar uma energia (elétrica) para a Matrix. Assim, quando algumas pessoas “despertam” da imersão na realidade virtual controlada pela Matrix, esse despertar não é uma abertura para o espaço aberto da realidade externa, mas, inicialmente, a horrível percepção dessa prisão, onde cada um de nós é efetivamente apenas um organismo fetal imerso em fluido amniótico. (ZIZEK, 2003, p. 116)⁴³

A Matrix é o real enquanto algo que provoca intervenções que intencionalmente levem ao caminho oposto ao do desejado e encobre propositalmente a possibilidade de intervir na história. O real virtual representado na Matrix tem suas matrizes no real-real lacaniano,⁴⁴ no sentido de que a lei simbólica (imersão em que milhões de seres vivos vivem claustrofóbicos) está interessada apenas em manter as aparências, e o deixa livre para exercer a sua fantasia, sob a condição de que ela não ultrapasse os limites do domínio público. Para o autor, o ideal de real lacaniano consiste nas relações que se constroem no mundo da vida

⁴³ ZIZEK, Slavoj. Bem-vindo ao deserto do Real! : cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas / Slavoj Zizek; tradução Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. – (Estado de sítio).

⁴⁴ Segundo Zizek, Jaques Lacan nos trouxe a idéia do real na sua forma tríade: o real imaginário, real simbólico e real-real. Os três estão intimamente ligados e o resultado de um influencia no outro. Por imaginário-real podemos entender como algo que nos traumatiza, nos causa horror, que Lacan chamou de a Coisa, é uma imagem simbólica forte demais para ser confrontada. Já o real-simbólico refere-se as pesquisas e teorias científicas em que nos parecem funcionar no plano científico, entretanto não conseguimos colocar em prática na nossa realidade pois não fazem sentido na nossa noção de realidade. Simbólico porque podem funcionar e serem reais, mas não fazem sentido no real do real. Mesmo assim tentamos desesperadamente com que ele funcione. O real-real não é precisamente o que é identificado como real. Há dois níveis de identificação do real-real, o primeiro, é aquele próximo da ordem simbólica, algo como idealizado, carregado de simbolismos para apresentar certa realidade, porém, a outra face deste real é aquele que possui uma parte obscura desta mesma realidade simbólica, nos mostra um real absolutamente oposto do que se vê. Podemos pensar no plano político; um governo pode demonstrar toda sua ideologia por uma democracia perfeita (real-simbólico) e ao mesmo tempo, ao fundo se descobrir que a real intenção deste governo é perpetuar um governo fascista. (real-real). ZIZEK, 2003, p. 99-112.

com a possibilidade de diálogo sem a intervenção manipulada pelo Outro. (ZIZEK, 2003)

Zizek (2003) demonstra claramente o seu desprezo por significados vazios como “democracia-liberdade”, por serem, para o autor, termos falsos que mistificam nossa percepção da situação em vez de nos permitir pensá-la, como a história em que um operário alemão, consegue emprego na Sibéria e, sabendo que todas as cartas escritas seriam interceptadas pelos censores nazistas, combina com os seus amigos alemães que a carta escrita em tinta azul terá seu conteúdo tido como verdade e as cartas escritas em tinta vermelha serão consideradas falsas. Um mês depois, os amigos recebem uma carta inteiramente escrita em tinta azul com os seguintes dizeres:

Tudo aqui é maravilhoso: as lojas vivem cheias, a comida é abundante, os apartamentos são grandes e bem aquecidos, os cinemas exibem filmes do Ocidente, há muitas garotas, sempre prontas para um programa – o único senão é que não se consegue encontrar *tinta vermelha*. (ZIZEK, 2003, p.15)

Para o autor é a falta dessa tinta vermelha que mostra a ausência de uma linguagem teórica-crítica para articulação dessa não-liberdade. Nossas “liberdades” servem apenas para mascarar e manter nossa infelicidade na mais profunda censura liberal. Seria o potencial antidemocrático do princípio da liberdade, como na afirmação de Kant: “*pense o quanto quiser, como toda a liberdade que quiser, mas obedeça!*” (Zizek, 2003, p.17); é a paixão pelo Real, mas o real idealizado e comandado pelo Outro, que determina o seu pensar e agir. Tópicos como democracia e direitos humanos não passam de institutos jurídicos que se reduzem a uma máscara enganosa para a eficiência de mecanismos disciplinadores e sufocantes que o biopoder possa submeter ao *homo sacer*.

Como brilhantemente sintetizou Rosemiro Leal (2012) quando se referiu a violência do homem preso por um imperativo categórico kantiano, que o habitaria e o impulsionaria a prática de uma coerência exemplar e uma justiça moralizante até o juízo final,

A partir do falibilismo de Popper e do real lacaniano e da ferida narcísica de Freud, apartar o homem desta escatologia maldita de uma coerência perpétua, substantivada no jogo das palavras pedagógicas (disciplinarizante), que vem impondo penalizações e criminalizações generalizadas em nome de uma paz social mitológica ou da utopia do bem-

estar de uma sociedade enfurecida (delirante) que, não querendo aceitar a sua condição de usurpadora (ocupante impostora do pai estatal), dá continuidade à mimesis da barbárie pelo engodo da defesa de uma comunidade político-fantástica e processualmente inexistente. (LEAL, 2012, p. 73)

Sob essa ótica, para o autor, conceitos como vida, liberdade, dignidade, fora dos direitos fundamentais do discurso jurídico-processual, “cria lugares imunes ao direito legislado onde se aloja uma vontade dita soberana (poder excepcionalizante) por uma atividade jurisdicional equivocadamente acolhida como subjetividades controladoras do direito” (LEAL, 2013, p.77).

Nessa perspectiva, é possível afirmar que há um constante estado de exceção jurisdicional sendo praticado, mascarado por idéias ilusórias de vida, liberdade e igualdade, que são determinadas e “defendidas” aos moldes da visão autoritária do Estado-juiz. O decisionismo, encaminhado por técnicas processuais diversas ainda baseadas no direito processual tradicional, tornam interpretações legais sensíveis a valores que, não raro, se ocultam em conceitos jurídicos irrefutáveis ou imprecisos que podem facilmente serem objetos disciplinalizantes e manipuladores. (LEAL, 2010)

Com isso, deparamo-nos com a percepção de uma justiça dos juízes que não se deixa desconstruir juridicamente: é a força do *non liquet*⁴⁵ (núcleo da Ciência Dogmática do Direito) que eterniza e infinitiza o conceito,⁴⁶ assumindo o nome de lei, ideologicamente impenetrável a qualquer ideia de fiscalidade processual. Para Rosemiro Leal, “os sistemas jurídicos secularmente implantados desde a mais remota antiguidade aos nossos dias persistem em preservar a incompletude do sistema ao abrir espaço para a prática de uma justiça aos moldes metajurídicos”. (LEAL, 2012, p. 101)

Essa legitimidade da norma por meio da livre escolha solipsista do julgador como resposta imediata do poder estatal aos conflitos internos culmina por atribuir a

⁴⁵ *Non liquet*, do latim *non liquere*: "não está claro". Tudo indica que era uma expressão advinda do Direito Romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar. Um agir que se funda na premissa do proibição do *non liquet*, aceitando o fundante da não-contradição como indutor consistente e infalível da integração social é pensamento patriota que muito bem se encaixar como fundante nas constituições dos Estados liberal e social de direito, jamais em uma Estado Democrático de Direito. (LEAL, 2012, p. 32)

⁴⁶ “*non liquet*” com os nomes de súmulas vinculantes, enunciados, pré-julgados, jurisprudências remansosa, unânime ou majoritária.

esses atos *força de lei* – o que se vê, por exemplo, nas Súmulas Vinculantes, nas Medidas Provisórias, nos Decretos presidenciais, todos entendidos como medidas protetivas geradas por tutores sapientes ao longo da história. Mesmo não sendo leis, assumem força de lei. (AGAMBEN, 2010)

Percebe-se, assim, que súmulas são decisões de caráter manipulativo e constituem uma espécie de adiantamento de sentido normativo, já que elas definem o "estado de uma lei", em que, de um lado, a lei está em vigor, mas não se aplica e, de outro, atos que não têm valor de lei adquirem a força desta. Assim, o termo *força de lei* flutua como um elemento indeterminado, onde o que está em jogo é uma *força de lei sem lei*:

É nesse estado-de-exceção – lugar muito mais horrorizante do que supõe Agamben – entre a força e a lei (o vazio do non-liquet) no qual, de carne e osso, mergulham o **soberano**, o **policia**l e o **juiz**, para se tornarem a **lei** do mais forte que a lei, sem que se possa perceber qualquer ato de violência clássica (dano à vida biológica). Essa não aceitação da violência clássica como forma de diagnosticar os atos violentos protegidos ou criados por **lei** é um falso parâmetro para analisar violências, porquanto estas já migraram da condição de ter somente o corpo humano como seu objeto para apoderar-se do objeto a partir do qual o corpo se faz homem que é a **linguagem**. (LEAL, 2010, p.77)

Essa perspectiva estimulada e ensinada pelo direito processual tradicional tem influenciado significativamente a técnica de compreensão e interpretação das normas jurídicas. Embora, não raro, refiram-se os autores que adotam essa visão à existência de uma sociedade democrática e complexa, onde coexistiriam vários grupos sociais, todos eles submetidos ao princípio fundamental da igualdade, a igualdade que se aplica, é aquela que vinculada à subordinação do livre arbítrio e livre convencimento do juiz, conforme se vê de julgados que encaminham afirmações como as seguintes:

[...] O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. (TJMG – Embargos de

Declaração – Nº 1.0024.12.169858-3/002 – Data do Julgamento: 07/02/2013).⁴⁷

O papel-missão do Estado-juiz como garantidor⁴⁸ do fim das mazelas de uma sociedade órfã (MAUS, 2000, p. 183-201), carente de tutela, culmina na aplicação irrestrita de fundamentos metajurídicos como panacéia de resolução de conflitos entre direitos fundamentais, fomentando um saber decisório imunizado contra qualquer crítica de seus fundamentos. Os escopos metajurídicos, políticos, éticos e sociais têm se multiplicado na dogmática processual. E quando esses escopos se desenvolvem com a promessa de justiça, torna-se difícil refutá-los, tendo em vista a demarcação de conceitos que lhes servem de base, tais como o de bem comum, de justiça e de justiça social.⁴⁹

Para Rosemiro Leal, esse garantismo-ativismo jurisdicional é, no fim das contas, um garantismo-autoritarista. A teorização de um espaço processualizado de discussão legitimado a todos, para o exercício de direitos líquidos e certos, torna-se matéria interdita quando a decisão se funda na “dogmática solitária e taumaturga de salvação de direito pelo decisor.” (LEAL, 2013, p.54)

Inquestionável que a soberania popular é de titularidade do povo que decide a estruturas do Estado e ordem jurídica. No entanto, vê-se que a massa popular não é politicamente consciente para estruturar e fundamentar direitos universais de

⁴⁷ Neste diapasão, os teratológicos julgados se proliferam: TJMG – Agravo de Instrumento Nº 1.0312.10.000301-0/002- 8ª Câmara Cível. Relatora: DESª. TERESA CRISTINA DA CUNHA PEIXOTO. Data do Julgamento: 20/01/2012. “(...) todos têm direito de ter acesso ao Judiciário e que **as decisões não tem que espelhar o posicionamento da parte**, mas o entendimento do magistrado quanto à interpretação legal.”

“TRT 13ª Região. PROCESSO Nº 01718.2007.027.13.00-6 – Data do Julgamento: 21/09/2007: “(...) 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 acontecimento 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.” (grifo nosso)

⁴⁸ Entendemos o garantismo jurídico estatal a partir da teoria do autor Ferrajoli que formula a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, a proposta consiste em resolver esse paradoxo entre modelo normativo e prática operativa, a fim de minimizar a crise presente nos sistemas jurídicos da atualidade. (FERRAJOLI, 2002)

⁴⁹ Já Aroldo Plínio entende que escopos metajurídicos podem ser admitidos na fase pré-jurídica, no que diz a relação aos momentos de transformação e preparação que fundamentaram uma nova ordem jurídica; as ideologias que constituirão na criação das normas, que justificaram a sua legitimidade. (GONÇALVES, 1992, p. 105)

dignidade mínima e liberdade política e o Estado ainda se conceitua como entidade mítica de preservação de classes de especialistas em justiça e bem-comum somente compreensíveis numa pragmática de decisores sábios.

A liberdade, a democracia e outros importantes institutos⁵⁰ só são concretos quando nascerem de modelos linguísticos-construtivos a expressarem o homem na sua complexa existência, criando uma sociedade de falantes:

No **direito democrático**, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber **vida humana** sem a concomitante abertura ao **contraditório, ampla defesa e isonomia**. Humana não seria a vida se vedado ao homem descrever e argumentar. Não pode ser proibido ao homem debater processualmente o delírio (erros) de sua própria fala, porque perderia sua condição humana. (LEAL, 2010, p.56).

É cediço que os adeptos da “incompletude da lei” encontram seu alicerce na clarividência do intérprete-solipsista para dar a norma o sentido que melhor se adequa a sua consciência judicante e aplicação da “vontade” da lei. Sendo assim, em nome da retórica da razoável duração do processo, a celeridade torna-se meio fértil para a produção em massa de decisões rápidas que atendam aos anseios de uma sociedade que espera no Estado-Pai a solução de seus litígios em tempo satisfatório a todos.

No entanto, segundo Rosemiro Leal (2012), a defesa de razões que justifiquem a busca pela “razoável duração do processo”, associada à celeridade-garantista processual a partir de um saber jurisdicional incontestável, cria “exceções soberanas” pela inobservância à integridade dos direitos-garantia fundamentais, suprimindo o tempo jurídico-discursivo processual, sob a máscara antidemocrática de tornar o procedimento mais rápido e eficiente, fomentando o arbítrio, com supressão do devido processo.

Com efeito, a “razoável duração do processo” é uma expressão que estigmatiza o “processo” (arcaísmo instrumentalista) como **meio** de os juízes fazerem **justiça rápida**, podendo imprimir uma esperada e prestante velocidade (celeridade) pela via de uma razoabilidade de senso-comum e satisfazerem os fundamentos de uma **sociedade civil** pressuposta, está-se

⁵⁰ Ressalta-se que os direitos fundamentais para Rosemiro Leal são institutos jurídicos que, sob a ótica de uma constituição democrática, devem ser dotados de liquidez e certeza, imediatamente exequíveis, e passíveis de controle de constitucionalidade de modo difuso, incidental e irrestrito, através da oportunidade de todos na busca de sua legitimidade e, por conseguinte, plena fruição desses direitos fundamentais.

vendo que o processo nesta obsoleta concepção assume sentido vitalista: tempo de nascer, viver e morrer. (LEAL, 2012, p. 109)

Essa quimera celeridade almejada, longe de se tornar eficiente, cria uma mácula no procedimento, pois não se esgota no cumprimento de um único ato, ou dois no máximo (como é sabido que ocorre nas audiências de conciliação, em que as partes compulsoriamente aceitam o acordo descoberto pelo generoso juiz conciliador); mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento; por isso se entende o procedimento como sequência de normas, de atos e posições objetivas. Ademais, essa doxa da celeridade em nome de uma efetividade jurisdicional, não pode ser extraída segundo a consciência do julgador, porque em uma democracia, o direito não se cria a partir de qualquer fonte, tendo em vista que a lei deve ser produzida dentro de um devido processo constitucional.

Para Rosemiro Leal (2013), a celeridade e a retórica da busca do direito justo e democrático somente se cria por meio do processo, *médium* linguístico-discursivo legítimo que possibilita, por meio de postulados autocríticos, a validade e legitimidade de um sistema jurídico de fato democrático. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, o juiz não tem papel de árbitro, para solitariamente dizer o que é o direito legislado, mas apenas mero operador, juntamente com as demais partes do sistema jurídico para a construção de direitos fundamentais a partir do processo (LEAL, 2013).

Os postulados autocríticos definidos pelo autor são os elementos jurídicos existenciais do processo, o contraditório, ampla defesa e isonomia, sem os quais não poderíamos falar em processo como garantia constitucionalizada ao exercício dos direitos fundamentais. Por conseguinte, para Rosemiro Leal, o princípio do contraditório nada se assemelha na simples retórica do contradizer, mas a de se conceder vida humana digna por meio da defesa dos direitos. Por sua vez, a isonomia é direito-garantia indispensável ao exercício do contraditório, uma vez que a isonomia é a igualdade no dizer e contradizer para a construção do procedimento. No entanto, para o autor, isonomia se subdivide em três vertentes: isotopia, que consiste em decisões fundamentadas à compreensão de todos os sujeitos do procedimento; isomenia: ligada à dignidade como cidadão, trata-se da igualdade no direito de interpretação a todos sobre os fundamentos praticados no sistema jurídico; e por fim, a isocrítica: que se funda no direito de propugnar a modificação ou

extinção de normas. (LEAL, 2013, p.11) E o princípio da ampla defesa é coextenso ao contraditório e isonomia, tendo em vista que se concretiza na liberdade da produção da defesa no tempo processual oportunizado por lei, não se resumindo apenas na fala vazia ou posições ingênuas, em igualdade temporal procedimental ao contraditório. (LEAL, 2010, p.100)

Em observância aos princípios institutivos do processo, não há que se consentir com uma democracia que pratique a celeridade processual sem assegurar o contraditório, a ampla-defesa e isonomia em simétrica paridade de tempo procedimental a todos os envolvidos sob pena de se instalar um estado de exceção jurisdicional permanente. Na contramão do paradigma idealizado do Estado de Direito Democrático, o patamar jurisdicional nos mostra que o juiz, como representante do Estado, se preocupa cada vez mais tão somente com o bem estar coletivo, aplicando seu senso de justiça para corrigir os obstáculos dos desequilíbrios sociais, aplicando normas passíveis de interpretação extrajurídicas

Hodiernamente, a necessidade de um novo texto procedimental (proposta de um novo Código de Processo Civil) no Brasil demonstra a preocupação do legislador em agilizar a chamada “prestação jurisdicional”. No entanto, ainda o faz apoiado em fundamentos que ressaltam a sabedoria e virtude de um intérprete maior. Segundo André Leal,

O que se vê na exposição de motivos do anteprojeto e, por óbvio, por impacto direto da visão de um mundo que se deixa entrever, do projeto, é que o cidadão brasileiro, da perspectiva de um “novo” Código, assim como era no ano de 1973, não passa mesmo de um “jurisdicionado”, um delinquente ético que suplica condução de seus interesses por um tutor dirigente, sendo, no fim das contas, como querem muitos administrativistas, um mero “administrado”. (MURTA, LEAL, 2012, p. 105)

Com tais considerações, torna-se patente a importância do devido processo, o qual refuta a possibilidade de manipulação do sentido normativo pelo Estado-juiz que exerce função judicante ideologizada por uma carga histórica religiosa de poder-saber autoritário concedido apenas aos escolhidos. Essa crença na hercúlea sabedoria mistifica o direito, amarrando-o aos saberes proféticos do interprete-aplicador do direito.

5 O SURGIMENTO DO DIREITO PROCESSUAL MODERNO E O PAPEL DO JUIZ NA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL

Para abordagem do tema proposto, partiremos do pensamento teórico de alguns processualistas quanto ao entendimento da figura do juiz e seus efeitos dentro da prática processual, a partir de suas peculiaridades pertinentes ao tema proposto. Iniciaremos pelo jurista alemão Oskar von Bülow que em 1868, suscitou a teoria do processo como relação jurídica de direito público entre o juiz e as partes. Para o autor, essa relação jurídica, dado seu caráter público, estaria a merecer uma ciência própria, desvinculada das anteriores propostas privatistas de processo.

Na relação jurídica suscitada pelo autor⁵¹, o juiz ocupa um papel de destaque e poder em relação aos outros; ele é o representante do Estado soberano e tem poderes para decidir sobre conflitos, por meio do ato sentencial, conforme sua vontade. Percebe-se que o objetivo do jurista era ampliar o poder do Estado alemão, representado por seus juízes e tribunais, pela reprodução daquilo que já teriam feito os pretores e magistrados romanos. A partir disso, o processo como relação jurídica fortalece o vínculo de subordinação das partes ao magistrado e torna-se instrumento da jurisdição na criação do direito (LEAL, 2008).⁵²

O propósito da teoria bülowiana era concentrar o poder do controle social, político e jurídico nas mãos dos julgadores, desvinculando-o das idéias liberais

⁵¹ Que não difere muito das teorias voluntaristas do direito subjetivo antigo, como exemplo a teoria do processo como contrato, que tem semelhanças com a fase formalista do Direito Romano, como já estudado, se constituía pela contratual aceitação das partes em acatar a decisão do juiz. As partes que comparecessem em juízo, comprometiam-se por força da *litiscontestatio*, ou seja transformação do litígio extrajudicial em lide. (LEAL, 2012, 82)

⁵² Oscar von Bülow destaca a importância da magistratura para a resposta às necessidades práticas que o direito deve dispor, fazendo um parâmetro com o desenvolvimento do direito romano e sua origem com a Lei das XII Tábuas: “A servidão à Justiça, o Pretório, assumiu por quase meio milênio esta atividade. Surge uma magistratura, um direito da função pública, um jus praetorium ou honorarium, o qual não se limita à execução e complementação do direito legislado, mas sim também de fazer frente a todas as determinações contrárias à lei e impondo-o se caso a caso, simplesmente preservando-o de desigualdades desmedidas, por intermédio de anúncios prévios anuais das pretendidas alterações legais. Demais disso, os juízes do povo, requisitados por funcionários dos tribunais, não estavam impedidos, ao contrário, eram instruídos a ter em conta as muitas necessidades do trânsito jurídico que se espalhara muito além de Roma e dos romanos, bem como das exigências da boa-fé, da teoria negocial, cujas observações até aquele momento, erma apenas em costume livre, sem disposição legal. Tais considerações eram contraditórias às determinações estanques e mesquinhas da lei: uma criação do direito judicial. A moderna teoria aplicada também não sabe, desde o abandono da crença no poder supremo do legislador, como acompanhar a atividade criadora da magistratura, por que ela aplica o direito comum como um modelo torto.” (BÜLOW, 2003, p. 20-21 apud LEAL, 2008, p. 52-53)

legalistas e formalistas de aplicação do direito, eliminando, indiretamente, qualquer possibilidade de controle sobre a atividade jurisdicional.⁵³

Diante do poder concedido à magistratura por Bülow, o processo já surge como um instrumento da jurisdição, devendo ser entendida esta como atividade do juiz na criação-aplicação – segundo André Leal, “era, em última análise, emocional ou sentimental.” (LEAL, 2008, p.60)⁵⁴ – do direito em nome do Estado. Exatamente por isso é que André Leal (2008) demonstra o inevitável *paradoxo*⁵⁵ em que se enredam todos os adeptos da ciência processual bülowiana de viés liberal que tentaram usar o processo para controlar a atividade jurisdicional.

É que o autor alemão nunca buscou uma teoria de controle da atividade dos juízes, mas, fundando-se na vertentes do direito romano que supunham uma magistratura subordinante e domesticadora dos povos, fundamentos históricos-sociológicos que autorizassem técnicas que desvinculassem os julgadores da legalidade.

Com isso, segundo André Leal (2008), é possível entender como a teoria bülowiana encontrou acolhimento no paradigma do Estado Social, já que se pressupõe a realização de um governo destinado a zelar por um povo carente de cuidados (tutelas). Neste contexto, Ingebrog Maus nos diz que o infantilismo da crença na Justiça se torna o último reduto político-moral da sociedade, “multiplicando-se de modo sintomático no direito moderno conceitos de teor moral

⁵³ Bülow em 1885 ressaltou a importância da educação ética e moral dos juízes para que o direito fosse devidamente aplicado: “a visão e a capacidade criadoras do direito são obtidas através da formação da jurisprudência. A orientação justa é a conquista da formação moral do caráter. Feliz é o país, cujos juízes tomaram para si ambos os requisitos. Um povo, o qual não pode confiar na sua visão jurídica e na correção de sua magistratura está abandonado, não obstante possua melhores leis. Pois, não a lei sozinha, mas lei e magistratura garantem ao povo seu direito.” (BÜLOW, 2003, p.43 apud Leal, 2008, p. 105)

⁵⁴ Na seguinte passagem, Bülow parece não se importar com a possibilidade de haver disparidades entre o texto legal e a decisão jurídica. Assim: “Então, quando acontece, varias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido da norma e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. Entretanto, nem essa consideração escusante, nem qualquer artifício jurídico, pode nos deixar desviar da verdade em questão, de que todas as muitas divergências sobre as decisões judiciais de dispositivos legais serão, mesmo assim confirmadas pelo poder estatal. O Estado é obrigado a suportá-las, bem como dotá-las com o selo da força jurídica. Mesmo a decisão contrária a lei possui força de lei. Ela é como qualquer outra decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!” (BÜLOW, 2003, p. 37 apud LEAL 2008, p. 61).

⁵⁵ O paradoxo defendido pelo autor consiste na explícita impossibilidade de qualquer controle da atividade jurisdicional pelo processo, pautada na relação de subordinação das partes a vontade do juiz, como quer Bülow e seus seguidores.

como má-fé, sem consciência, censurável, que nem sempre são derivados de uma moral racional, mas antes constituem representações altamente tradicionalistas.” (MAUS, 2002, p.190)

Por isso, o conceito de procedimento torna-se irrelevante. Nesse contexto, é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo, que possui natureza essencialmente finalística para o violento exercício de poder jurisdicional estatal, legitimando o decisionismo judicial.

A partir disso, o imbróglio na compreensão do processo e sua correlação com a jurisdição originou duas vertentes na dogmática processual: dualistas e unicistas. Para Chiovenda (2002), ao preconizar a teoria dualista, distingue norma material, criadoras de direitos, não movimentando o procedimento para a solução de conflitos de interesses, de norma processual, que rege os atos jurídicos ensejadores do procedimento. Para o processualista, jurisdição é o poder do Estado na atividade jurisdicional em declarar a vontade concreta da lei, ou seja, conforme a vontade da lei, já descrita de forma abstrata na norma, e aplicada aos fatos já existentes. Desta feita, processo para o autor é “um complexo de atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária” (CHIOVENDA, 2002, p.56 e ss).

O processo, na teoria de Chiovenda, é uma relação jurídica entre as partes e o órgão jurisdicional, com a finalidade de aplicar a vontade concreta da lei. No entanto, Chiovenda permanece no conceito de processo como instrumento da jurisdição por meio do juiz para a atuação da vontade concreta da lei e para o controle da correção da descoberta da vontade concreta da lei por meio de seu decisor, não podendo contar, pelas razões que já expusemos, com o processo para tal finalidade. Mas aponta a imparcialidade como solução e controle da vontade do juiz. Percebe-se que não há como aferir o grau de imparcialidade aplicada pelo julgador ou se a vontade concreta da lei foi efetivamente respeitada. Resta então para o autor acreditar na imparcialidade do decisor – o que se obtém mediante garantias de sua independência. (CHIOVENDA, 2002)

Quanto à teoria unicista do processo,⁵⁶ foi o processualista Francesco Carnelutti (2000) um dos seus principais representante. Esta teoria sustentava a

⁵⁶ Assinala André Leal a respeito da teoria unicista: “Na segunda perspectiva, à qual se filiaram, no entender de Marinoni, Bülow, Kelsen, Mortara, Pekelis, Allorio, Satta, Ascarelli, Calamandrei e Carnelutti (...)”. (LEAL, 2008, p. 70)

unidade do ordenamento jurídico entre normas processuais e materiais, permitindo a criação de uma Teoria Geral tanto do processo, quanto do ordenamento. Sob a ótica deste autor, é o juízo de justiça, em busca da paz social e devidamente enunciado, que se torna regra. E assim, a regra por sua vez, através da força, transforma-se em direito. Essa operação é realizada pela consciência daquele que tem o poder de solucionar conflitos: o seu julgador.⁵⁷

Para Carnelutti (2000), muito mais do que normas processuais e matérias, há dois relevantes tipos de normas que compõem o ordenamento: as instrumentais e materiais. No que tange as normas instrumentais, explica o autor que a coerência de um comando jurídico, para que tenha eficácia, é necessário que ele seja declarado por quem é digno disso, senão os interessados não saberiam a quem obedecer, resultando em confusão e não em ordem.⁵⁸ Desta feita, as normas instrumentais servem para que os comandos sejam eficazes, ou seja, para que o comando seja obedecido. Por normas materiais, entende que são aquelas que ofertam a solução da lide,⁵⁹ como preceito hipotético e geral, relativo não a um caso isolado, mas um tipo abstrato de conflitos da realidade. Em síntese, as normas se complementam, o direito material resolve o conflito, enquanto o direito instrumental apresenta o meio pelo qual o conflito deverá ser resolvido. (CARNELUTTI, 2000, p. 125-127)

Sendo assim, o processo, por sua vez, serve à justa composição da lide e será justa a composição da lide quando, dentro do processo, a regra é aplicada conforme o direito e a equidade e de acordo com a aquiescência da vontade pública, aplicada através de seu julgador. A jurisdição, para Carnelutti (2000), pertence ao

⁵⁷ Quanto ao conceito de juízo de justiça, esclarece o autor: “Ocorre, portanto, que nos ponhamos a questão de saber, porque que um conflito de interesse se compõem assim. Se, para tal fim, interrogarmos uma pessoa, veremos ser-nos respondido que agiu assim porque assim lhe pareceu justo. E se insistirmos, procurando saber porque lhe parece justo, responderá que assim lhe dita a consciência. Sobre estes simples dados que o direito tem que trabalhar. Diz-se uma coisa é justa quando é conforme a regra. A regra manifesta-se na consciência. Consciência, ou seja, ciência que está conosco, é a expressão de um saber que está em nós. A regra dá-se o nome de regra ética, ou então de regra moral. A bondade, a caridade, a honestidade, a própria justiça, não são mais do que expressões do comportamento conforme esta regra. Só uma tal conformidade determina aquela satisfação dos interessados em que consiste a verdadeira paz. Por isso, não pode haver paz sem justiça.” (CARNELUTTI, 2000, p.101)

⁵⁸ Para o autor “a produção do direito, ou seja, dos comandos jurídicos, surge, pois, como uma função do grupo político, isto é, daquele grupo de homens que se constitui em vista de tratar interesses em comuns. O seu caráter político deriva de se não tratar de uma pluralidade ocasional, antes encontrando na solidariedade dos interesses dos particulares a sua razão de ser. Por tal razão, o grupo, se pretende subsistir, tem que produzir direito, pelo menos no estado atual do desenvolvimento ético humano.” (CARNELUTTI, 2000, p. 125).

⁵⁹ Carnelutti atribui à jurisdição a função da justa composição da lide, entendida aqui como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência de outro interessado.

Estado-juíz, e tem caráter complementar ao legislativo, como um dito judicial: “a jurisdição é, portanto, uma fonte jurídica, ao lado da legislação.” (CARNELUTTI, 2000, p.150). O resultado da jurisdição se formalizaria em *dictio*, ou seja, dizer o direito por meio de um juízo, pois não há direito onde não haja comando. Em síntese, para Carnelutti (2000) o exercício da jurisdição é pleno quando o juiz cria uma norma individual, por meio de sua sentença, a partir do caso concreto, ou seja, a partir da norma geral.

Como vimos, inquestionável é o caráter soberano na figura do juiz como representante do Estado. Segundo Carnelutti, o processo civil nos oferece uma importante distinção entre quem julga e quem é julgado: “Basta adentrar-se a sala de um tribunal para perceber que tal distinção se dá entre um que *está acima* e outro que *está abaixo*, entre um súdito e o soberano.” (CARNELUTTI, 2009, p.37) O autor denomina o juiz como aquele que fornece o juízo que os outros necessitam ou até mesmo não o têm. O juiz para sê-lo, deverá ser mais que homem: um homem que se aproxime de Deus. Não se deve desprezar a importante coincidência entre o juiz e o sacerdote, ao longo de toda a história, que pede a Deus e obtém de Deus uma capacidade superior aos dos homens.⁶⁰ Carnelutti (2009) mostra explicitamente o caráter sagrado e profético da figura do juiz no exercício do bem julgar. E segue ensinando que, mesmo ainda hoje, se o juiz menospreza as formas e os símbolos, que é uma das características pejorativas da vida moderna, e veste a indumentária solene que chamamos de toga, isso corresponde à necessidade de fazer visível a sua majestade, que é um atributo divino. E como um ser sagrado, secularizado, o juiz é soberano; está sobre, no alto, na cátedra. Abaixo e diante dele, está aquele que deve ser julgado. (CARNELUTTI, 2009, p. 40-47)

Obviamente que o juiz carneluttiano aplica a equidade conforme a sua consciência - a sabedoria do bem e do mal que carrega consigo - e utiliza o processo apenas para penetrar nos segredos do futuro e buscar as razões para seu

⁶⁰ Em André Leal: “(...) Nas palavras de Bülow, “Desta forma, URTHEIL, ordâl, ordêl é um termo muito antigo, de raiz germânica, o qual inicialmente era usado exclusivamente para as decisões judiciais, como muitos dos meios daquele tempo e especialmente apreciado para obter decisão daquele tipo (Eid – decisão de Deus). (...) Aqui se aprendia a se acostumar a um método determinado de busca da verdade e a reconhecer o valor de tal método: no processo civil, trata-se de uma lógica exigida e sancionada pela comunidade. Dessa forma, pode-se esclarecer que, posteriormente, a linguagem da ciência, ao buscar um bom termo do idioma alemão para o processo de raciocínio, se rendeu ao termo inicial e distante, Urtheil.” BÜLOW, Oskar von. Gesetz und Richtertamt, 2003, p.12-13 in LEAL, André Cordeiro, 2008, p. 93.

esclarecimento;⁶¹ sua decisão é uma declaração de vontade, não somente um julgamento. Inquestionável que permanece intocada, na dogmática processual moderna de origem bülowiana, o enfoque da atividade decisória concentrada na figura do juiz que, com poder para decidir conforme a sua consciência, inviabiliza o debate a respeito da legitimidade democrática de sua decisão.

Outro autor de mesma fonte de pensamento é Liebman (1984), que nos apresenta uma teoria da ação vinculando o direito à sentença de mérito (sentença favorável ou desfavorável). O conceito de processo para o autor refere-se apenas à atividade pela qual se desempenha em concreto a função jurisdicional. Com isso, Liebman é mais um processualista que se conserva na teoria bülowiana, relacionando diretamente o processo com a atividade do juiz no exercício da jurisdição. Assim afirma:

[...] O juiz, justamente porque julga, é chamado a fazer uma valoração dos fatos do ponto de vista do direito, isto é, medi-los segundo uma escala de valores, sendo que a natureza desta atividade não se altera pelo simples fato de esses valores terem sido em parte estabelecidos vinculativamente pelo julgador.” (LIEBMAN, 1984, p.167)

Neste contexto, notadamente que essa miscelânea entre jurisdição-procedimento-processo personificada na figura do julgador, estava fadada a sofrer críticas, principalmente pelo caráter de subordinação implantado. E foi o processualista Elio Fazzalari que obteve o mérito de propor a distinção entre processo e procedimento para a Ciência Processual, até então sustentada pelos conceitos relacionistas trazidos por Bülow.

⁶¹ “Quando se diz que o juiz é um historiador, dá-se a ele uma definição exata, porém incompleta; é certamente um historiador, mas não só um historiador; depois do juízo histórico, tem que pronunciar o *juízo crítico*; depois de haver verificado a existência de um fato tem que ponderar o seu valor. Desta forma, a diferença fundamental entre o *juízo de existência* e o *juízo de valor* é que o primeiro diz respeito ao passado, o segundo se atém ao futuro.” (CARNELUTTI, 2009, p. 61)

5.1 A Teoria Instrumentalista do Processo e o Processo para Fazzalari – contraposição apenas aparente quanto ao lugar do juiz

O conceito de procedimento, segundo a teoria fazzalariana, nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves é: “atividade preparatória de um determinado ato estatal atividade regulada por estrutura normativa, composta por uma sequência de atos e de posições subjetivas⁶², que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.” (GONÇALVES, 2000, p.102). Dentro da linha de raciocínio desenvolvida por Fazzalari, o processo se define pela oportunidade do contraditório como garantia de participação dos interessados no procedimento, a ser realizado pela simétrica paridade das partes, daqueles em que se destinam os efeitos da sentença. (GONÇALVES, 2000, p.120)

Desta feita, surge uma teoria do processo jurisdicional a partir do processo, e não pela concepção deste meramente a serviço da jurisdição. Considerando tal interpretação, jurisdição apenas concretiza-se pelo processo, resultante do procedimento que o prepara oportunizado o contraditório em simétrica paridade entre as partes.⁶³ Sendo assim, Fazzalari propõe uma distinção entre processo e procedimento, a partir da inclusão do contraditório como condição para o provimento, resultante da atuação do processo. (LEAL, 2008)

O processo para Fazzalari, torna-se espécie de procedimento que pressupõe o contraditório entre as partes, em simétrica paridade, sendo o procedimento estrutura técnica que, sob o comando normativo legal, busca o provimento jurisdicional. Por conseguinte, a sentença, para Fazzalari, não seria, *prima facie*, um provimento construído a partir do ato solitário do juiz, mas uma consequência racionalizada dos atos do procedimento em contraditório entre as partes.

⁶² Posições subjetivas para Aroldo Plínio Gonçalves, muito além do que a posição de sujeitos em uma relação contra outro sujeito, é a posição de sujeitos perante a norma, que valora suas condutas como lícitas, facultadas ou devidas. “No procedimento, os atos e posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado.” (GONÇALVES, 2000, p.109)

⁶³ Segundo André Leal: “É exatamente o enfoque do processo descolado da jurisdição legitimada a priori que permitirá a Fazzalari afastar o critério teleológico (tão caro à denominada Escola Instrumentalista do Processo) e adotar o critério que denomina lógico para a distinção entre processo e procedimento.” (LEAL, 2008, p.112)

Segundo André Leal, Fazzalari, por meio de suas bases conceituais a respeito dos significados de processo e jurisdição, inaugura uma ciência do processo atual a partir da atividade estatal decisória que se dá pelo provimento, pois “passa a ser o resultado obrigatório também da participação dos possíveis afetados pela decisão e não mais um rito para justificar uma sentença originária de uma jurisdição redentora do direito e da sociedade.” (LEAL, 2008, p.115).

Com isso, o processo parecia não ser mais um mero instrumento da atividade jurisdicional, tampouco uma sequência de atos coordenados pelas partes ou pelo juiz. E, o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes já não pode mais ser considerado como relação jurídica, pois esta pressupõe a idéia de subordinação, na contramão da garantia de participação em contraditório, em simétrica paridade, preceito protegido constitucionalmente. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 50)⁶⁴

Aroldo Plínio Gonçalves, apesar de entender que o autor da teoria processual não aproveita mais profundamente os relevantes impactos do contraditório no provimento jurisdicional para determinar a legitimidade das decisões pelos juízes, ainda assim concorda que:

No Direito Processual atual, hoje concebido como sistema normativo, o processo não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo provimento, não porque se deva dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais um rito para justificar uma sentença. A estrutura jurídica que permitiu o desenvolvimento do conceito de processo construído sobre o contraditório entre os interessados na decisão final construiu-se não como uma forma de participação dos jurisdicionais para justificar um ato imperativo final do Estado, mas como garantia da participação dos detentores de interesses contrapostos, em simétrica paridade, para interferir na formação daquele ato. (GONÇALVES, 2000, p.181)

Fazzalari (2006) reconhece a jurisdição como atividade estatal pelo julgador, através do provimento jurisdicional somente alcançado pelo processo com a participação dos sujeitos em contraditório, *litteris*:

Essa atividade de reconhecimento dos pressupostos do provimento jurisdicional, ou seja, a atividade através da qual o juiz verifica que existem, no caso concreto, as circunstâncias diante das quais atua a norma que o obriga a emanar aquele provimento, é longa, trabalhosa, dispendiosa; dela

⁶⁴ Em lado oposto desta idéia estão alguns autores, entre eles Humberto Theodoro Junior (2005), que defende ainda permanecer essa relação jurídica, pois, ainda que introduzido à figura do contraditório, continuam envolvidas as partes numa relação jurídica, não havendo incompatibilidades quanto a isso. Outros autores que coadunam da idéia são Araujo, Cintra, Grinover, Dinamarco, 2004.

participam não somente o juiz, mas também os auxiliares (o escrivão, o oficial judiciário, eventualmente o perito) e, principalmente, os sujeitos, em cuja esfera jurídica a medida jurisdicional a ser emanada vai incidir, em contraditório em si. (FAZZALARI, 2006, p.138)

No entanto, embora não se possa retirar o mérito do esforço fazzalariano, o que se vê de sua teoria é que ela não se preocupa com a legitimidade democrática do provimento, porque a jurisdição permanece sendo atividade privativa do juiz. Assim, no entendimento de André Leal:

Isso retira de Fazzalari a possibilidade de concluir o giro teórico que havia iniciado, porque, embora a jurisdição se realize no (ou pelo) provimento, nada assegura que esse provimento seja discursivamente legítimo, tendo em vista que o critério que Fazzalari oferece à verificação de “idoneidade” da decisão é o de sua validade, ou seja, de sua construção segundo um modelo procedimental que pode *ou não* contemplar o contraditório. (LEAL, 2008, p.124)

Conclui André Leal:

Talvez exatamente por isso a jurisdição continue sendo apontada como atividade do Estado que se coloca acima das partes para proferir uma ordem normativa (coercitiva), embora possa a ser originária de um procedimento em contraditório (processo). Persiste, portanto, para o autor ora estudado, o paradoxo de Bülow, que foi apenas parcialmente superado, tendo em vista que a jurisdição, embora não mais seja simples poder coercitivo que utiliza o processo para se realizar em dado “caso concreto”, tem ainda o Estado como ator principal. (LEAL, 2008, p.125).

No mesmo sentido, considera Rosemiro Leal que Fazzalari falha por não teorizar o processo como uma instituição jurídico-linguística fiscalizatória de todo o sistema procedimental institucionalizado, porque, adotada a proposta do autor italiano, o processo:

[...] não passaria de meros atos argumentativos juridicamente aleatórios ou estratégicos entre as partes para provocar provimentos cujos fundamentos jurídicos não estariam teoricamente priorizados e pré-estabelecidos no bojo do sistema jurídico dentro do qual os sujeitos e as partes processuais se encontravam. (LEAL, 2013, p.39-40).

Apesar de todas essas discussões, vários importantes autores da dogmática processual brasileira ainda permanecem no entendimento da jurisdição como o poder estatal soberano que busca a pacificação social e econômica, com o escopo de disciplinar e dirimir conflitos entre indivíduos pelo acesso a uma ordem jurídica

justa. Para Cintra, Grinover, Dinamarco (2004), a jurisdição como poder estatal, adequada a soma de suas atividades em cooperação, a soma de poderes, as faculdades, deveres, ônus e sujeição para o exercício da função jurisdicional do Estado mediante a vontade da lei, chama-se processo.

Adeptos da Escola Instrumentalista, que possui seu berço na relação jurídica tríade entre pessoas de Bülow (autor, juiz e réu) - persistem no entendimento da jurisdição como o poder do Estado na capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, tendo na pessoa do magistrado o representante para declarar o direito e a concretude da norma. Sustenta a mencionada doutrina que a jurisdição, resultado do decidir do Estado-juiz, possui escopos jurídicos, sociais e políticos a serem alcançados apenas por meio de decisões estatais. Sendo assim, a finalidade do processo é viabilizar que o Estado pratique a justiça e seja um instrumento a serviço da paz social. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 47)⁶⁵ Por fim, jurisdição é atividade do juiz no desenvolvimento do poder do Estado em dizer o direito e aplicá-lo ao caso concreto.

O processualista Cândido Rangel Dinamarco (1993), seguidor da escola instrumentalista do processo, admite o uso de escopos metajurídicos para o adequado cumprimento da função jurisdicional, negando ao processo exclusivamente a capacidade de assegurar os princípios constitucionais para a legitimidade decisória:

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 pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contem no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida ate de modo bem mais cômodo, mas não correspondera às exigências de justiça. **Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável boa dose de sensibilidade do juiz aos valores sociais e as mutações axiológicas de sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com suas preferências.** Repudia-se o juiz indiferente, o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico.

⁶⁵ “(...) A consciência dos escopos da jurisdição e, sobretudo do seu escopo social magno da pacificação social constitui fator importante para a compreensão da instrumentalidade do processo, em sua conceituação e endereçamento social e político.”

Ele é instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. (DINAMARCO, 1993, p. 294-295) grifo nosso.

Frise-se que, quanto ao conceito de procedimento (e não de jurisdição), também há uma diferença importante entre a teoria instrumentalista e a fazzalariana. A primeira enxerga o procedimento a partir da visão de processo, e este mero instrumento da jurisdição, que através da figura do juiz emite um juízo axiológico da sociedade para formar sua decisão. Já Fazzalari desenvolve primeiro a noção de procedimento para, só depois, conceituar processo como uma espécie de procedimento realizado em contraditório. O processo é fruto (espécie) do procedimento (gênero), e não este daquele.

Dinamarco (1993) considera a sentença um ato jurisdicional magno em si; em que a vontade da lei é profetizada à realidade da vida trazida ao juiz, no drama do processo, e que exige do magistrado uma sensibilidade maior para a identificação dos fatos e enquadramento das categorias jurídicas, na incessante busca da verdade contida nas alegações trazidas, bem como, a subsunção perfeita da norma ao caso. Entretanto, o presente estudo defende que a sentença não pode ser um ato isolado do juiz, pois isso fere a teoria do devido processo e a estruturação dos procedimentos por meio do contraditório, ampla defesa e isonomia das partes, através da discussão de forma horizontal entre os participantes, devendo ser a sentença uma conclusão das alegações das partes e não um ato eloquente e vazio de realização de justiça pelo seu julgador, além de uma construção a partir da concretização dos princípios constitucionalizados.

Mais adiante, sustenta Dinamarco (1993), que o direito é uma realidade espiritual e situa-se no domínio da ética; e a técnica processual tem que se adaptar às exigências sociais e políticas que atuam no sistema processual e que lhe cobram um cumprimento do seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade, com o intuito de melhorar os resultados apresentados aos consumidores do serviço, que são membros da população (DINAMARCO, 2004, p.237). No entanto, para André Leal (2008), afirmar ser necessário atribuir um poder criativo a um juiz que se coloque como intermediário entre a lei e seus consumidores é exatamente dizer que

o juiz deverá por sua sensibilidade dar uma criativa operacionalidade ao direito, como fazia Bulow⁶⁶.

Segundo Gonçalves (2000, p. 68), torna-se processo somente a partir do procedimento em que participam os interessados no ato final, de caráter imperativo, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. Para o autor, o processo que cria e rege a dicção procedimental do direito constituído, mediante a instalação dos princípios jurídicos-institutos do contraditório, observância da defesa plena e isonomia; considerados como direito-garantia⁶⁷ constitucionalizados e condutores dialógicos no espaço jurídico sistemático, para o pleno exercício dos direitos fundamentais.

O relevante papel do contraditório é preservar a igualdade de oportunidade no processo, bem como a oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei, enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. Discorda Rosemiro Leal (2013) sobre o tema quando entende que simétrica paridade termina por “fetichizar o termo igualdade de oportunidade” para perante a lei e não dentro da lei a fruir no exercício do debate (ampla defesa) na procedimentalidade processualizada, fomentando o exercício apenas da inócua discursividade formalizada. Os direitos fundamentais de vida-contraditório, liberdade-ampla-defesa e dignidade-isonomia devem ser considerados como princípios jurídicos fundantes dessa democracia, em que por meio do processo, possa tornar o povo apto para se tornar integrante de uma sociedade jurídica e política e efetivar direitos desde sempre já demarcados no processo constituinte. (LEAL, 2013, p.47)

Sendo assim, o processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes e como garantia na igualdade de oportunidade de participação, bem como a garantia dos direitos institutivos do processo e hoje revestido de proteção constitucional, não coaduna o vínculo de subordinação aos saberes solipsista do juiz

⁶⁶ “Imaginar que o cidadão seja “consumidor” do direito como faz Ovídio Baptista da Silva, é retornar as origens do Estado Social, em que a produção e aplicação do direito estariam confiados a uma estatalidade englobante que não se deixa questionar pelo discurso – o que também ocorre em relação às pretensas “realidades sociais” referidas pelo autor ora analisado, a cujo significado e alcance, no entanto, só tem acesso o julgador.” Leal, 2008, p.68

⁶⁷ O termo direito-garantia foi trazido pelo Rosemiro Leal e nos ensina que:“(…) pela principiologia constitucional do devido processo que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas teóricas da humanidade no empreendimento secular contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência passiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.” (LEAL, 2012,p. 88)

magnânimo; afinal uma garantia é uma liberdade protegida e não se identifica com sujeição:

Investido dos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer e contra dizer, não se faz contraditor. Seus atos passam pelo controle das partes, na medida em que a lei lhes possibilita insurgir-se contra eles. Sublinha-se, nesse ponto, o profundo sentido do duplo grau de jurisdição como garantia de direitos processuais. (GONÇALVES, 2000, p. 121)

Para Luiz Guilherme Marinoni (2013), outro processualista adepto da escola instrumentalista do processo, o Estado-juiz deve interpretar a norma geral em consonância com a Constituição e criar a norma jurídica fundamentada capaz de satisfazer as necessidades do direito material e por consequência gerar a pacificação social. Para o autor o juiz tem o poder de criar normas jurídicas quando estas forem omissas e para justificar sua decisão a partir do caso concreto. (MARINONI, 2013, p. 98-111)⁶⁸

Percebe-se que o juiz, através da prestação jurisdicional, continua sendo o poder para dizer o direito e promover o bem estar social da sociedade e o discurso jurídico que fundamenta sua decisão deve ser elaborado com o apoio dos precedentes (jurisprudências) e do juízo valorativo moral, nos moldes do pensamento de Cândido Rangel Dinamarco.

Continua o autor ensinando que o juiz para tornar sua decisão correta ou aceitável deve se sustentar na racionalidade argumentativa que a fundamenta. E isso é feito a partir de normas gerais e por teorias morais procedimentais, ou seja, “a argumentação jurídica está vinculada às leis e aos precedentes e deve observar o sistema de direito elaborada pela dogmática jurídica.” (MARINONI, 2013, p. 126). Por fim, nada de novo. O juízo valorativo dos precedentes e discursos morais ainda são o que sustentam uma decisão aceitável e racional do juiz através do discurso jurídico.

Muitos destes autores, sutilmente, tentaram se desvencilhar da insígnia da autoridade incontestável moral e ética do juiz bülowiano sobre as partes e o

⁶⁸ Diferente de norma individual (sentença) como preconiza Carnelutti, a norma jurídica criada por Marinoni se destina a fundamentar a parte dispositiva e sua decisão.

processo como única saída para que o direito fosse adequadamente aplicado⁶⁹, porém nenhum consegue estabelecer uma coerência em descrever a atividade do juiz, jurisdição e processo, sem que se reconheça a autoridade desmedida do juiz justiceiro e o poder de dizer e aplicar o direito por meio da jurisdição. E o processo nada mais é para esses autores que atividade mediante a qual se desempenha a função jurisdicional, um instrumento em função deste; senão vejamos:

O procedimento é nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício de poder (no caso, a jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. O processo, por sua vez, é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas a eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, *o instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004, p. 278)

Rosemiro Leal ensina que essa função jurisdicional na busca pela justiça plena, concretiza-se apenas por meio da inafastável estrutura constitucionalizada do processo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal, cujo fundamento submete os provimentos (sentenças, decisões jurídicas) ao dado prévio da lei (LEAL, 2012). Diante disso, desconstrói o autor a panacéia paternalista perfilhada pelo judiciário, quando afirma que:

O **Processo**, ao contrário da jurisdição, define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas Leis Fundamentais (constituições). A **jurisdição**, como atividade monopolística de o Estado reconhecer o direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988), não traz em seu arcabouço garantias pela figura do juiz (ainda que íntegro sapiente e culto) de criação do direito ou de “*assegurar la justitia, la paz social y demás valores jurídicos*”, como ensinou Couture, porque jurisdição (judicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo segundo os princípios fundamentais do **Processo**. (LEAL, 2012, p. 23) [grifo do autor]

⁶⁹ Para Bülow: “A visão e a capacidade criadoras do direito são obtidas através da formação da jurisprudência. A orientação justa é a conquista da formação moral do caráter. Feliz o país, cujos juízes tomaram para si ambos os requisitos. Um povo, o qual não pode confiar na sua visão jurídica e na correção de sua magistratura está abandonado, não obstante possua as melhores leis. Pois não há lei sozinha, mas lei e magistratura garantem ao povo o seu direito.” (BÜLOW, 2003, p. 43 in LEAL, 2008, p. 105)

Para o autor, o princípio da ampla-defesa é instrumento legitimador do acesso ao processo jurisdicional, e como tal deve ser praticada dentro dos limites temporais do procedimento em contraditório. Proibir a defesa ou sacrificá-la, a pretexto de uma celeridade ou “efetividade processual inquisitória”, é mecanismo próprio utilizado por Estados autoritários. A busca por essa efetividade, no Estado Democrático de Direito, não induz ou abrange a eliminação ou redução das atividades processuais em flagrante violação à garantia fundamental da ampla defesa. (LEAL, 2012)

Ademais, a *contestatio*, a teoria neoinstitucionalista do processo supõe a criação de uma teoria do contraditório procedimentalizado, para que haja a desconstrução, e ao mesmo tempo, a reconstrução, por meio do controle exercido somente através do processo, com a aplicação do contraditório, ampla defesa e isonomia. Afinal, o contraditório concedido apenas para a realização de uma defesa como resistência à acusação ou pretensão de outrem, não é “contraditório”, sendo apenas defesa que inviabiliza o instituto jurídico da argumentação dentro de um direito processual democrático. (LEAL, 2010, p. 59)

Com efeito, respeitado o procedimento realizado em contraditório entre as partes, a ampla defesa e isonomia, aqui entendida não somente a igualdade de fala; mas principalmente as subespécies relevantes da isotopia, isomenia e a isocrítica para a concretização da igualdade-dignidade; o processo tem como finalidade que as partes recebam uma sentença, não constituída unilateralmente pela clarividência do juiz, pois não depende dos princípios ideológicos do juiz, mas gerada na liberdade de sua participação recíproca, e pelo recíproco controle dos atos do processo.

Muito mais do que ser garantida igualdade formal das partes, mister que sejam resguardadas as condições de participarem ativamente de todas as fases e atos do procedimento, até o provimento final. O contraditório e ampla-defesa se bastam para que o provimento jurisdicional seja construído com a participação dos litigantes, tendo em vista que serão os principais destinatários dos efeitos desta sentença.

Relevante notar que a escola instrumentalista do processo, ao trabalhar conceito de processo como instrumento da jurisdição, consubstanciada unicamente na atividade julgadora dos juízes, cria uma instrumentalidade metajurídica autoritária para o exercício da atividade jurisdicional. (LEAL, 2013) No entanto, a jurisdição na atualidade, sob a ótica da Ciência Processual atual, não mais coaduna com a idéia

de processo como um instrumento servil à jurisdição; ao contrário, jurisdição sem processo não possui qualquer valia.

Hodiernamente, a ciência processual tem admitido a discricionariedade e livre-arbítrio como paradigma constitucionalizado para garantir a legitimidade procedimental jurisdicional, contudo, Rosemiro Pereira Leal (2012) não considera isso razão que justifique, pois,

[...] com as conquistas dos direitos e garantias fundamentais incorporadas ao processo, como instrumentalizador e legitimador da jurisdição, a atividade jurisdicional não é mais um comportamento pessoal e idiossincrático do juiz, mas uma estrutura procedimentalizadora de atos sequenciais a que se obriga o órgão judicial pelo controle que lhe impõe a norma processual, legitimando-o ao processo. (LEAL, 2012, p.23)

Conclui-se que ainda persiste a ideia de que o processo se põe a serviço da jurisdição e esta, por sua vez, tida como atividade dos juízes, é instrumento do Estado para declarar e executar a vontade concreta da lei. Com efeito, que a escola instrumentalista do processo ainda assume ser o Estado-juiz um concêntrico poder soberano, como assim marcam as doutrinas de Chiovenda e Fazzalari.

No novo palco da democracia, já não é mais o decisor que detém a verdade, mas sim o confronto de interesses contraditórios transmitidos pelos seus representantes, em ambiente processualizado. De igual maneira, um discurso constitucional pelos direitos e garantias já assegurados constitucionalmente, se tornam absolutamente inócuos, quando concedidos mediante ausência de um sistema linguístico permanente e aberto à textualização por todos da comunidade jurídica como conjunto de legitimados ao processo.

Diante disso, processo no direito contemporâneo possui o paradigma constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes, para aferir legitimidade da conduta procedimental dos órgãos jurisdicionais. (LEAL, 2013) Diante de tal raciocínio, não basta dizer, aos moldes da teoria fazzalariana, que o processo é um procedimento técnico-estrutural em contraditório entre as partes, porque a simples afirmação que processo é procedimento em contraditório não significa a efetivação da garantia fundamental do contraditório.

Portanto, para a teoria neoinstitucionalista do processo, a jurisdição não se ampara sem o processo, cujo papel é de garantidor dos direitos fundamentais da

ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade jurisdicional, que não permite mais que o processo seja utilizado como meio ou simples instrumento para o exercício do seu suposto saber decisório. Não há como conceber a Jurisdição sem respeitar os pressupostos processuais. (LEAL, 2013)

Inquestionável que ainda sobrevive o pensamento jurídico carregado de tradição religiosa e autoridade soberana, pelo menos para os autores adeptos da ciência dogmática processual, impregnando as decisões judiciais e jurisprudência com argumentos metajurídicos. O formalismo jurídico desde tempos idos, com sua doutrina a partir de certos autores do direito processual, perpetuam a sacralização de um sistema jurídico, que, já historicamente demonstrado neste estudo, são representados por uma classe dominante a serviço de interesses próprios, que convença a existência de um direito irreduzível e eterno, só revelável às inteligências prodigiosas e predestinadas do poder judicante.

Não obstante as formulações teóricas defendidas pela esmagadora maioria de pensadores da ciência processual, o presente estudo tem por convicção nuclear, aos moldes da teoria neoinstitucionalista do processo, criada por Rosemiro Pereira Leal, que no processo contemporâneo não cabe mais a preservação da fé sociológica do sujeito pelo Pai-Estatal (LEAL, 2010, p. 102)⁷⁰ sob a forma de dominação e poder autoritário, mas sim tornar-se aquele que auxilia na criação de direitos por meio de uma litigiosidade dialética evolutiva, na preservação de direitos fundamentais através do discurso procedimental processualizado, sob pena de “tornar o processo anárquico, algo diferente do prepotente discurso dos saberes-poderes da autocracia na justificação e aplicação do direito”. (LEAL, 2010, p. 101)

Desta forma, defende-se neste capítulo a importância de se instituir que todos os provimentos jurisdicionais sejam passíveis de controle pelo Processo. Pois, o que garante os pressupostos de legitimidade do exercício da jurisdição é principalmente, o respeito ao contraditório e da ampla defesa, além da fundamentação das decisões, onde se considere a argumentação das partes e a demonstração racional da adequabilidade da decisão ao caso concreto.

⁷⁰ Para Rosemiro: “Com isso, essa LEI retira o homem da MÃE (pressupostamente fálica e possessiva) e o insere na cultura jurídico-política do ESTADO VIGILANTE ou PATERNAL que, transformando-o ficticiamente em cidadão e patriota, nacionaliza-o segundo leis (ainda mais perversas) de engodo e dominação em nome de uma garbosa civilização”.

6 A CONQUISTA DO DIREITO EMANCIPATÓRIO A PARTIR DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

Buscou-se empreender, até este ponto do trabalho, uma leitura desconstrutiva da Ciência Processual dogmática e autoritária, apoiada no poder tirânico de simbolização de um juiz (autocracia estatal) investido do poder sacerdotal e dotado de poderes hercúleos, para aplicar valores relevantes para a sociedade por meio de decisões imunizadas a críticas e fundadas em escopos metajurídicos.

No entanto, a criação de um direito emancipatório é pressuposto fundamental para construção do Estado Democrático de Direito conforme preconizado constitucionalmente, (art. 1º da CF/88) – o que pressupõe a renúncia a saberes monológicos dependentes da genialidade da subjetividade de quem o produza.

Rosemiro Leal (2013) nos apresenta ***uma conjectural teoria neoinstitucionalista do processo***⁷¹ com o escopo de nos elucidar quanto à necessária criação de uma teoria de controle que torna a decisão jurídica objetiva, livre do historicismo e do lastro garantista-ativista de criação do direito pelos juízes, na busca de um direito afastado dos dogmas da religião, de seus sacerdotes ou médiuns, para a produção de um direito genuinamente democrático.

O ilustre criador se sustenta a partir da teoria do conhecimento objetivo desenvolvida por Popper (2009) que consiste nas criações, suposições, conjecturas ou teorias. Submetidas a argumentos pró ou contra diversas teorias rivais, podendo essa conjectura criada se tornar igualmente objeto de crítica por outras teorias. A

⁷¹ “Escrevia a minha teoria neoinstitucionalista do processo (que é uma Teoria Geral do Direito) uma vez que pretendi alcançar a reflexão de Constituição e Estado pelo nível teórico instituinte de um Direito que ofertasse suporte sistemático-jurídico-normativo à construção dessas grandes narrativas (aparelhos) de regências dos povos e que não mais fossem fontes de controle humano já historicamente ativadas por “forças” ou “poderes” mitificados (mistificados) que os validam por séculos. Visei a minha desideologização por teorização na linha das proposições de Popper, porque não identifiquei outro grande pensador que fosse um epistemólogo (filósofo rebelde) a me ofertar tal oportunidade.” (LEAL, 2013, p. 101)

partir disso, Popper admite a realidade do *mundo 3*,⁷² que foi criado como proposta para a saída da subjetivação de saberes axiomáticos que teimam em descrever o verdadeiro mundo real e contra a dialética platônica.

Segundo as conjecturas neoinstitucionalistas trazidas por Rosemiro Leal, o direito à vida sem o exercício linguístico do contraditório, não é vida e sim um ser vegetativo ou biológico; de igual modo, dignidade sem os fundamentos da própria fala (ampla defesa); não simplesmente falantes; seria a rendição a uma consciência formada pela intimidante consciência do outro, e mais, igualdade-liberdade sem instituir fundamentos linguísticos-jurídicos de livre vontade de uns sobre a fala de outros, para o autor, seria o exercício da barbarização das minorias pelas majorias centrada no poder da autoridade legal ou carismática (LEAL, 2013, p.71).

A partir disso, uma nova concepção de devido processo é trazida pela teoria neoinstitucionalista do processo. É aquela a partir de um sistema linguístico-jurídico em que a criação e atuação de um sistema normativo permitem a “fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-ampla defesa, isonomia-dignidade (igualdade)” como direitos fundantes para a sua implementação. (LEAL, 2013, p.37)

Para tanto, o autor tem uma diferente visão sobre processo e jurisdição. Para o autor, tendo em vista já superada a idéia do processo como instrumento servil da jurisdição, uma vez que, democraticamente, esta não se sustenta sem o processo, o devido processo constitucional antes de ser considerado como jurisdicional, ao contrário, deve o processo ser visto como “jurisdicionalizante”, porque impõe ao juiz a adoção inafastável de seus princípios e institutos jurídicos. (LEAL, 2012, p.55)

Para a teoria usada como marco teórico deste trabalho, a Constituição deve ser um discurso cujo texto se cria a partir de uma teoria do processo como interpretante construtivo e operacional do sistema, a possibilitar um igual direito de

⁷² Para Popper, somente é possível conhecer os princípios subjetivos dos indivíduos se estudarmos a evolução do conhecimento objetivo, e a relação entre os dois. Assim o autor nos esclarece: “além do primeiro mundo, o mundo dos corpos físicos e dos estados físicos e fisiológicos que o chamarei de “mundo 1”, parece existir um segundo mundo, o dos estados mentais, que designarei por “mundo 2”. Surge assim o problema do relacionamento entre estes dois mundos, o mundo 1 dos estados e processos físicos e o mundo 2 dos estados ou processo mentais; este é o problema corpo-mente. O primeiro mundo é aquele platônico formado por conceitos deificados ou por palavras divinizadas. Já o mundo 3 é o conhecimento objetivo composto por teorias, e para além disso, de argumentos e de problemas em aberto. (POPPER, 2009, p. 18)

interpretação (hermenêutica isomênica)⁷³ para produtores e destinatários normativos. O discurso seria legítimo quando, nos termos do conhecimento objetivo popperiano, resultar da criação de teorias rivais apresentadas experimentalmente em relação a um problema objetivo conhecido e aquele só é admitido no domínio objetivo ou no domínio público após longos debates críticos baseados em experiências.⁷⁴ Com isso, o devido processo democrático se enuncia como construtivo de uma existência jurídica, teoricamente corroborado e operativo de direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis, por uma comunidade jurídica de legitimados ao processo, desde os níveis instituinte e constituinte da produção normativa (LEAL, 2013, p.20).

Sendo assim, numa visão neoinstitucionalista do processo, impensável que, no Estado Democrático de Direito, ocorra à sujeição de direitos a uma decidibilidade judiciária comprometida com valores não jurídicos e não processualmente dados à fiscalidade irrestrita, pois: “Esse é o *modelo civil* de Processo: o processo se confunde com a atividade judicial (dita jurisdicional) e direitos são assegurados antes de serem implementados em sua fundamentalidade para todos indistintamente.” (LEAL, 2013, p. 21)

Rosemiro Leal (2013) nos explica que o livre-arbítrio na criação e aplicação da norma, excluído do núcleo discursivo do Processo, por meio de uma livre vontade que não atende os princípios autocríticos de refutabilidade (contraditório, ampla defesa e isonomia) na formação de opiniões e vontades, mistifica a produção e atuação do direito, tendo em vista que a vontade humana centrada apenas no “eu” sábio e soberano, inatamente puro e isento das influências malévolas, produz uma

⁷³ Rosemiro Leal, autor da teoria neoinstitucionalista, conjectura o exercício de uma hermenêutica isomênica como um direito igual de interpretação e argumentação para todos os argumentantes a sentidos normativos, atinentes a direitos fundamentais, já pré-estabilizados na base instituinte da Lei Constitucional. Para o autor, a simétrica paridade contraditorial entre as partes somente é possível a partir da criação de direitos já pré-decididos em suas bases instituintes e constituintes, considerados como direito líquidos, certo e exigíveis, isto é, não mais suscetíveis a interpretação jurisdicional diversa, tendo em vista terem sido assegurados e amparados pela coisa julgada constituinte. No entanto, adverte o autor, que esse isomenismo linguístico-jurídico-normativo nada tem a ver com o garantismo-ativismo da dogmática analítica que se realiza pelo senso comum de justiça da autoridade judicante. (LEAL, 2013, p. 10)

⁷⁴ A linguagem crítica e argumentativa para Popper parte da linguagem descritiva e informativa. A verdade objetiva se cria no âmbito da linguagem descritiva-informativa, mas a avaliação da verdade e validade se fazem a nível argumentativo-crítico (crítico sempre com a função da busca da verdade). A refutação crítica desenvolvida por Popper significa que qualquer teoria é passível de confronto com outras teorias existentes ou até mesmo pelos seus próprios conteúdos informativos – conjunto de enunciados que não ocultam incompatibilidades - por meio desta testabilidade que determinará a resistência de uma teoria. (POPPER, 2009)

fé num direito fundador do justo e do certo, tal qual, o mito do contexto, sustentado em uma verdade absoluta. (POPPER, 2009, p. 198)⁷⁵

Por certo que essa “liberdade política” de uma sociedade, em que se atribui a estes uma fantasiosa coautoria dos direitos legislados e uma situação ideal de fala cheia de intenções benévolas, como direito e deveres autocapazes de se aplicarem por uma integração social (LEAL, 2013, p. 23), assim como quer Habermas, não se adquire por melhores argumentos trazidos pelos juízes de Direito ou em espaços públicos (partiremos para rua e no grito reivindicaremos nossos direitos com a ilusória ideia de que seremos ouvidos), mas por um direito constitucionalmente processualizado fundado na falibilidade discursiva ensinada por Popper. (LEAL, 2013, p. 71)

Certamente que ao se mencionar uma compreensão para o direito no horizonte paradigmático-político-jurídico atual incorre fatalmente na rede comunicativa de Habermas, pois, permite estar ora fora, ora dentro do sistema jurídico nos moldes do sincretismo positivista de Gadamer, Apel, Rorty, Dworkin, Rawls, Alexy, ao manejar direitos por normas morais e ético-políticas e ao final, na entrega do direito a tutoria jurisdicional (LEAL, 2013, p. 79)

No entanto, para o autor, ainda permanece intocável uma hermenêutica que provoque a estabilização dos sentidos da lei nos moldes linguísticos-jurídicos atuais, ao contrário disso, permanece arraigada hermenêuticas que preservam uma repetida crença na razão historicista ou moral-kantiana, “fomentada pelo agir comunicativo (Habermas), o império do direito (Dworkin) ou uma teoria da justiça inabalável (Rawls).” (LEAL, 2013, p. 78)

Contudo, para a prática de um direito democrático cujo núcleo não esteja na razão natural ou sequer no bom-senso dos julgadores, fadado ao destino da história, o autor entende que é preciso se estabelecer uma inferência argumentativa a partir de pensamentos (teorias) objetivos, que podem ser validados depois de submetidos à crítica descritiva-argumentativa de seus destinatários. (LEAL, 2013, p. 79)

⁷⁵ Para Popper, a prevalência de tal mito é um dos grandes malefícios intelectuais do nosso tempo, pois mina a concórdia da humanidade e afirma dogmaticamente que, em regra, o debate racional ou crítico só pode acontecer entre pessoas com opiniões quase idênticas. O debate entre pessoas que perfilhem pontos de vista idênticos ou quase idênticos certamente será mais fácil do que outro entre pessoas que sustentem opiniões diametralmente oposta ou bastante distintas. Mas é na refutabilidade de teorias que a discussão originará algo produtivo. No entender de Popper, constitui um puro erro o mito do contexto e a ruptura com o sistema de referência pode se revelar difícil, mas não impossível.

Segundo Rosemiro Leal: “é nesse paradigma estático do preâmbulo da Constituição Brasileira, que, por meio de uma oferta pródiga de direitos e garantias, onde se assegura que todos permaneçam perante a lei por meio do seu discurso retórico afirmativo, sem jamais nela intertextualizá-la quanto aos seus conteúdos de validade e legitimidade. Esse sagrado discurso constitucional brasileiro não coaduna com o recinto discursivo constitucionalizado⁷⁶ além de provocar o caráter retórico paradigmático-linguístico dos direitos ali assegurados, estimula significados equívocos miticamente denotados pela jurisdição estabilizante dos tribunais.” (LEAL, 2013)

Em consequência, ao se sustentar, na perspectiva *neoinstitucionalista*, em que o processo é instituição coinstitucionalizada que se define por tais **princípios**, se desconstrói e anarquiza (desordena) é a presunçosa autocracia (tirania) de “**eus**” solipsista, inatos e pressupostamente contextualizados em seus absolutos e estratégicos saberes deontológicos e corretivos na justificação e aplicação do Direito. (LEAL, 2013, p. 45)

Ademais, não considerar os direitos fundamentais como pré-cognitos na base instituinte e constituinte da legalidade é entregar jurisdição ao garantismo-ativismo de feições metajurídicas a interpretação e aplicação do direito. O caráter oculto do sentido normativo é o artifício da Ciência Dogmática do Direito, que ao tempo que insere o princípio da reserva legal como garantia de uma interpretação democrática dele se utiliza e ao fim deturpá-lo, como nos casos em que deparamos com lacunas na lei (dogma da proibição do *non liquet*), fomentando a compulsória decisão solipsista nos conflitos. (LEAL, 2013, p.34).

6.1 O juiz e a Teoria Neoinstitucionalista

Para Rosemiro Leal (2013), o Estado “emerge desveladamente como organização criminosa (art. 5º, XLIV, da CB/88) que, por álibi de uma sabedoria

⁷⁶ Como previsto constitucionalmente: “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: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal**; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados **o contraditório e ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes.”

fortemente armada, diz o que é lícito e ilícito por seus poderes harmônicos entre si.” (LEAL, 2013, p.75). O autor ataca a subjetividade controladora do Estado, que por juízos de proporcionalidade, razoabilidade, ponderabilidade e adequabilidade, nega vigência a direitos fundamentais do processo, criando lugares imunes ao direito legislado, onde prevalece a vontade soberana por uma atividade jurisdicional controladora do direito.

Não é mais possível trabalhar uma taumaturga teoria da constituição pela metáfora da “arca de Noé”, ou seja, um artefato jurídico advindo de um pré-ativismo da realidade encontrada historicamente pelo homem (mito habermasiano do direito-moral) que, alucinando um dilúvio (catástrofe) para a humanidade, vai recolhendo e armazenando o que acha já reificado e importante para a preservação da vida jurídica planetária: direitos humanos, direitos fundamentais do processo, Estado Democrático de Direito, princípio da moralidade pública, juramentos de bem e justamente governar, e varias outras **criaturas** da fauna e da flora ambiental humanística, que para o positivista (**neconstitucionalista**), integram o saber político-pragmático-jurídico como patrimônio (acervo) acumulados pelos homens por uma linguagem natural (real) inerente ao entendimento (denúncia de Ricouer) que, por escopos éticos, deva ser manejada por “experts” predestinados. (LEAL, 2013, p.61)

Ademais, o Estado como mítico-protetor da sociedade acaba por provocar desastres normativos no direito processual democrático, pois, o paradigma construtivo do Estado e da Sociedade é o processo em sua constitucionalidade democrática, fundada na principiologia do processo como teoria discursiva criticamente escolhida em nível instituinte e constituinte do direito (LEAL, 2013, p.77).

A teoria neoinstitucionalista acredita que o concretismo de um direito democrático se impõe pela despersonalização do Estado para tornar públicas as individualidades da Administração Governativa (legislativo, administrativo, judiciário) em todos os seguimentos da Comunidade Jurídica, e esta por sua vez, que constitucionalmente seja transformada em Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos nos trâmites processuais de criação, recriação, afirmação ou destruição da lei. (LEAL, 2013, p. 54)

Partindo dessa premissa, a liquidez e certeza dos direitos fundamentais, no plano constituinte-democrático, afasta o *non liquet* que cogitasse exigir uma decisão declaratória-constitutiva acessória, pois a formação da vontade instituinte desses direitos constitucionalizados, certamente serão criados a partir das liberdades simétricas processualmente exercidas através do contraditório, ampla defesa e

isonomia. E a partir disso, esses direitos fundamentais intocáveis pela decisão constituinte torna impertório a sua aplicabilidade, uma vez que a liquidez e certeza destes direitos exigem a sua execução por já terem sido pré-decididos em fase instituinte do legislador originário. (LEAL, 2013, p. 54)

Inquestionável que os pressupostos fundantes da teoria neoinstitucionalista esvaziam axiomas como os dworkianos⁷⁷ tendo em vista o repúdio à utilização do processo como instrumento mórbido de uma jurisdição judicial obtida pelo “prudente arbítrio” do juiz, a serviço de uma paz sistêmica metajurídica carregados de valores éticos estranhos aos destinatários normativos, além de anular o discurso constitucional democrático da processualidade pela atividade correicional da legalidade. Assim considera Rosemiro Leal (2013)

A concreção dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, **não se faz secundum conscientiam do julgador** sensível ou filantropo, porque já se encontra assegurada na procedimentalidade instituinte e constituinte a impor a realização que dispensa procedimentos liquidatórios por cálculos de conveniência ou equidade a serem formulados ou exigidos pelo aplicador jurídico. (LEAL, 2012, p. 57) grifo nosso

André Leal (2008) afirma que a decisão é um ato do juiz que se dá através de uma linguagem processualizada. Sendo assim, essa decisão deve ser acessível (hermenêutica isomênica) a toda uma comunidade jurídica.

Assim, Estado Democrático de Direito, para a teoria neoinstitucionalista, não deriva de um garantismo constitucional pela indicação literal de direitos humanos na Constituição, tampouco da função judicacional centrada na consciência de guardiões ou depositários infiscalizáveis, que se lança na rede de valores do Estado Social, detentores de uma decisão última e irreversível. Para Rosemiro Leal (2013), o direito democrático se adquire pelo exercício processual aberto a todos por autoinclusão pelo devido processo constitucional nos direitos fundamentais de vida, liberdade e dignidade pré-garantidos pela procedimentalidade constituinte e sua legitimidade pela fiscalidade processual (*médium linguístico*) na constitucionalidade vigente para a execução destes direitos (LEAL, 2013, p. 58).

Se pensarmos os direitos de vida, dignidade, liberdade, quando fundados pelo *médium* linguístico-processualizado, no entanto, ainda como instrumento do mito da

⁷⁷ Um dos pensamentos nucleares que Dworkin deixa explícito em sua obra “O império do Direito” é a formação da história do direito feita através de capítulos criados pelo juiz Hércules por meio da sua atividade julgadora ilibada e inquestionável.

justiça e da fé na clarividência de um decisor, fundamentadas e dogmatizadas nas forças ideológicas pelas quimeras da solidariedade humana e pacificação social, cria-se um direito ineficiente e torna-se o maior entrave a construção de uma democracia.

Ou seja, é de uma total inocuidade direitos fundamentais porventura assegurados constitucionalmente, se não considerados como conteúdos de um sistema linguístico (argumentativo-critico) permanentemente aberto a ao exercício discursivo da constitucionalidade segundo princípios autocríticos (contraditório, ampla defesa e isonomia) por todos os integrantes de uma comunidade jurídica na qualidade de legitimados ao processo e pelo processo (igualdade isomênica), por um controle de normatividade pela fundação de uma Sociedade Jurídico-Político-Democrática. (LEAL, 2013, p. 63).

Quando o autor se refere à necessidade da criação de *médium linguístico*, é necessário uma linguagem constitucionalizada por critérios que permitem arguir os fundamentos teóricos institutivos dos enunciados normativos através do devido processo.

Ao assegurar o direito fundamental da ampla defesa (não a tagarelice de sujeitos falantes), garante-se o direito de argumentação das minorias no mesmo tempo procedimental processualizado das majorias. Cria-se um direito pós-moderno caracterizador da democracia que rompe com o dogma da fala paranoica, quando oportuniza o contraditório para apontar problemas ou contradições nos discursos juridicamente normatizados.

6.2 A teoria neoinstitucionalista e a influência popperiana

Segundo Karl Popper, a racionalidade e o conhecimento objetivo somente são possíveis em um mundo aberto de teorias susceptíveis de falibilidade por uma problematização e testabilidade de confrontação incessante, não se podendo imunizar à crítica qualquer teoria.

O falibilismo popperiano reflete a idéia de que as teorias podem morrer, não são imortais. As teorias consideradas irrefutáveis inviabilizam o exercício desta falibilidade, portanto, pensar que uma teoria a irrefutabilidade é virtude, é errado,

pois, não é virtude, é um vício.⁷⁸ Com isso, racionalidade quer dizer uma atitude consciente e crítica de eliminação de erros. É uma tarefa que o homem tem de realizar, uma tarefa difícil e cheia de restrições. As conjecturas experimentais são sempre arriscadas e frequentemente temerárias, e a proposta de análise crítica de uma suposição até aí incontestada (e talvez mesmo inconsciente) pode revelar-se por si mesma uma conjectura nova e ousada (POPPER, 2009, p. 197).⁷⁹

Neste sentido, Rosemiro Leal (2013) preconiza que a pesquisa jurídica-científica deve sair da linguagem normativa e se ancorar em um lugar não jurídico-normativo onde se possa forjar na intersubjetividade lúcidos comandos interpretativos adequados para o nosso discurso jurídico constitucionalizado, na busca de uma Teoria do Processo a reger a operacionalidade constitucional brasileira (tal qual uma teoria processual da constituição); e a formação de uma sociedade democrática a partir de delineamentos teóricos de Processo como paradigma de Estado Democrático.⁸⁰

Dentro desta temática, em que a melhor teoria será aquela que mais resiste aos critérios de falseabilidade e testabilidade em que são submetidas, relevante é a colocação de Popper, quando se manifesta a respeito da verdade absoluta de um argumento. O autor entende que a idéia de verdade objetiva ou verdade absoluta podem existir no mundo 3 (mundo das teorias, conjecturas) desde que não tentamos ser os donos dela. Popper rejeita essa doutrina da verdade relativa por oposição à absoluta, e seus conjuntos de suposições, não existindo verdade de outra forma, sem que se pressuponha um dado referencial, é o que chama de ‘mito do contexto’. Assim explica o autor:

No entanto por vezes é difícil debater um assunto se não dispusermos de um conjunto de pressupostos comum; será bastante difícil, mas é interessante e proveitoso, já que as próprias dificuldades originam

⁷⁸ Segundo a teoria do solipsismo para Popper, apenas eu existo, o mundo restante – incluindo todos os que me escutam e também o meu próprio corpo - não passam de um sonho meu; portanto os outros não existem, sendo apenas sonhados.

⁷⁹ Todavia, a afirmação seguinte parece válida: “conquanto a crítica não possa manusear mais do que um ou dois problemas ou teorias ao mesmo tempo – devendo, de preferência, ocupar-se de um só - **não há problema, teoria, preconceito ou elemento do conhecimento de fundo que se exima à nossa apreciação crítica.**” grifo nosso

⁸⁰ Uma vez mais em Popper, as teorias não passam de palpites ou conjecturas e não consistem na sua justificação racional, como entende o mito do contexto, mas consiste em preferências por uma ou outra teoria concorrente. É a possibilidade de entendimento numa sociedade aberta a uma linguagem comunitariamente construtiva a partir da escolha entre teorias que melhor servissem ao homem e seus propósitos de vida, liberdade, dignidade. Não significa que teorias não possam ser trocadas, substituídas, eliminadas. O que importa é se buscar o melhor padrão teórico regulador.

autênticos progressos e novos esclarecimentos. (...) Ora, rejeito tal doutrina e com ela o mito do sistema de referência ou referencial. A verdade objetiva constitui apenas um elemento do mundo objetivo, e por isso é possível distinguir os dois conceitos. (POPPER, 2009, p. 70)

Parece-nos que é justamente este “mito do contexto” que tanto a Teoria Neoinstitucionalista do Processo quanto Popper repudiam que se torna o núcleo do agir comunicativo de Habermas (1997), onde conjectura uma complementariedade entre direito e moral asseguradas por direitos participativos em uma comunicação forçosa a estabelecer esperados entendimentos intersubjetivos através de uma linguagem de consciências desejosas de paz, de cidadania, integração social, que justificam as pretensões de validades para fundamentar decisões.⁸¹

Neste diapasão, para Rosemiro Leal, torna-se consistente o entendimento de que Habermas pratica o mito do contexto, já que justifica a validade de suas pretensões comunicativas pertencentes ao mundo da vida como uma esfera pública a gerar transformações sociais por uma cidadania de uma sociedade civil, a partir de contextos jurídicos, éticos e morais que seriam capazes de estabelecer consensos para um entendimento progressivo. (LEAL, 2013, p.57)

Contribui Zizek (2003) dizendo que, seria o projeto moderno de liberdade política desenvolvido por Habermas em que, por meio de uma teoria comunicativa entre sujeitos iguais, na verdade a falsa aparência da verdade encontrada por sujeitos que perderam até o último vestígio de sua autonomia por estarem imersos dentro do “mundo administrado”, nada mais que isso. No mesmo sentido, Agamben (2004), critica dizendo que não existe espaço para um projeto democrático, em que o cidadão não é ou possa gradualmente sua voz seja ouvida, ao contrário; o espaço público democrático para o autor, nada mais é que uma máscara que esconde o fato de ainda hoje sermos todos *homo sacer* em busca do direito que é a nós, doado pelo Estado-juiz.

Exatamente por isso, segundo o autor, é que é impossível admitir-se uma hermenêutica que provoque a estabilização dos sentidos da lei nos moldes linguísticos-jurídicos atuais, pelos quais se preserva uma repetida crença na razão

⁸¹ Entende o presente estudo, que Habermas troca a razão moralista de Kant por uma racionalidade de um “autopoiético agir comunicativo”, almejando a criação de verdades absolutas a partir de critérios “participativos” com um ideal de fala convincente para designar uma sociedade entendida como democrática. No entanto, esse emaranhado habermasiano não deixa claro o que são direitos participativos advindos de uma sociedade de falantes éticos.

historicista ou moral-kantiana, fomentada pelo agir comunicativo (Habermas) ou o império do direito (Dworkin) .

Segundo Rosemiro Leal, para a prática de um direito democrático cujo núcleo não esteja na razão natural ou sequer no bom-senso dos julgadores, fadado ao destino da história, é preciso que se estabeleça uma inferência argumentativa a partir de pensamentos (teorias) objetivos, que podem ser validados depois de submetidos à crítica descritiva-argumentativa de seus destinatários. (LEAL, 2013, p.78-79)

O direito para uma sociedade aberta a discursividade democrática, a partir de críticas de testificação, impõe a escolha de uma entre as teorias processuais do discurso como a melhor, ou seja, a mais resistente a tornar constitucionalmente disponíveis, conjecturas falseabilizantes com o fim de estabilizar juridicamente uma forma linguística de compartilhamento de sentidos de vida, liberdade e dignidade.

Por derradeiro, defende o nosso trabalho, a partir da Teoria Neoinstitucionalista, que o paradigma do Estado Democrático de Direito é o Processo, com uma teoria (médium) linguística-jurídica que se distingue por discursos (teorias) que lhe são próprios, imperativamente como requisito para a enunciação pelo melhor argumento no Estado Democrático, criada a partir de uma escolha paradigmática com maior teor autocrítico-linguístico-problematizante entre todas as teorias do Processo.

7 CONCLUSÃO

Por todo apanhado histórico exposto neste trabalho, vislumbra-se que desde os primórdios, religião e poder são sistemas de violência simbólica que legitimam e asseguram a dominação dos povos por meio dos instrumentos estruturantes da comunicação e do saber. Desta forma, as relações de poder a partir do saber podem ser um mecanismo produtivo disciplinatório dos indivíduos, pois a submissão a esses sistemas simbólicos são interiorizados e incorporados inconscientemente dentro da sociedade, e conservam por muito tempo o temor dos deuses e de seus representantes. A religião governava o homem com autoridade absoluta que nada ficava fora do seu poder. E foi neste quadro de crença e religião que as instituições políticas da cidade se criaram.

O médium entre as esferas do sagrado e profano era o sacerdote. A partir dele, a palavra sagrada, somente decifrável aos secularmente escolhidos, era ministrada aos profanos, como resposta aos anseios de um povo. Somente o sacerdote conhecia as fórmulas da oração às quais os deuses não resistiam. Com o desenvolvimento da cidade, a religião comandava o governo, e o sacerdote foi ao mesmo tempo magistrado, juiz e rei. A ritualística religiosa era preservada, e o discurso político, durante muito tempo começava por uma invocação dirigida aos deuses.

A dominação exercida pelo rei/sacerdote era obedecida, porque operada por um mandatário do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima. Inevitável que esse poder simbólico configurado no sacerdote tenha se tornado simulacro para a criação de um direito a partir de ideias religiosas, e pelo qual se mantivessem os súditos sob o jugo da dominação religiosa do poder-saber legítimo de seus governantes.

Por outro lado, demonstrou-se que a ritualística judiciária nunca se manteve indiferente a esse misticismo simbólico e religioso. O juiz-sacerote, como demonstrado, aparece insistentemente como uma espécie de médium, de via de comunicação entre homens e forças divinas.

E a modernidade assimila essa herança. As atuais salas de audiências reproduzem o recinto sacrificial sagrado e o juiz é homem escolhido como o único capaz de dirimir as mazelas da humanidade por uma atividade decisória reveladora

da verdade última da norma jurídica. Vejam-se os palácios de justiça, verdadeiros templos cuidadosamente equipados com **óbices** físicos – os cancelos –, cuja função é a de prevenir contato direto com o profano.

Como podemos observar neste trabalho, essa investidura sacerdotal do juiz (aquele que carrega sobre si a vestimenta do poder e da verdade institucional), como aos moldes da época pretoriana romana, reproduz até os dias de hoje, a visão simbólica da sacralização na virtude de julgar através de um juízo sensitivo e sacerdotal imutável.

Inquestionável que escopos metajurídicos, políticos, econômicos e sociais, tão caros à dogmática processual bülowiana amplamente difundida e aplaudida em concursos públicos, reforçam a hercúlea sabedoria do julgador e condiciona a revelação do sentido normativo a saberes proféticos da função judicante ideologizada por uma carga histórica religiosa de um poder-saber autoritário concedido apenas aos investidos.

Em síntese, o sentido normativo só revelável por um juiz-sábio, sacerdote do direito, como diria Carnelutti, denuncia ainda esses restos da estrutura religiosa na dogmática do direito processual tradicional.

O paradigma coinstitucionalizado trazido pela teoria neoinstitucionalista, ao contrário, coloca em xeque essa perspectiva religiosa. O discurso coinstitucional do devido processo deve nascer nos planos instituintes e constituintes para a construção e interpretação do texto normativo, impedindo que o direito seja refém de um intérprete que determine o sentido do discurso a partir de convenções sociais (conveniência, razoabilidade, proporcionalidade, adequabilidade).

A teoria neoinstitucionalista do processo ergue as suas conjecturas a partir das perspectivas de uma racionalidade popperiana para a construção de um médium linguístico (devido processo) aberto a criações de teorias susceptíveis de falibilidade e testabilidade de confrontações crítico-argumentativo por outras teorias, sem qualquer imunidade a estas, prevalecendo à teoria mais resistente as refutações confrontadas.

Sendo assim, imperioso que o paradigma linguístico-jurídico a ser constitucionalmente adotado em um Estado Democrático de Direito, tenha sua compreensão em uma metalinguagem que imponha uma fiscalidade constante e aberta, processualmente “isotópica, isomênica, e isocrítica” a todos os participantes

na construção do conjunto normativo, teoricamente escolhido pela comunidade jurídica para reger uma sociedade que se denomine democrática.

Com isso, seria possível substituir o médium-profeta da dogmática tradicional por um médium linguístico teorizado para fins de criação e reprodução do direito democrático, retirando a jurisdição religiosa do centro da reflexão jurídica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **1942 – Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **1942 - O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo sacer III). Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. **1942 – Profanações**. Tradução e apresentação de Selvino José Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte : UFMG , 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergman. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Tradução: Mariza Correa. Campinas, SP: Papyrus, 1996.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Tradução Sérgio Tellaroli. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

CANOTILHO, Gomes J.J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. 2ª. Tiragem Campinas: Russell Editores, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade: Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHLOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. / Giuseppe Chlovenda. – Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellergrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Aguiar Numa Denis, 1830 – 1889. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

CRESCENTI, José Geraldo Caiuby. **Instrução e julgamento de processos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2007.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Uma deusa chamada justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF)

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução Leyla Perrone-Moisés. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

FREUD (a), Sigmund, 1856 – 1939. **Totem e tabu**: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução de Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das letras, 2013.

FREUD (b), Sigmund, 1856 – 1939. **O futuro de uma ilusão**. Tradução de Renato Zwick; revisão técnica e prefácio de Renata Udler Cromberg; ensaio biobibliográfico de Paulo Endo e Edson Sousa. Porto Alegre-RS: L&PM, 2013.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Tradução: Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Editorial Minerva, 1997

GIORDANI, Mário Curtis. **Processo civil romano: noções elementares**. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2010.

GIRARD, René, 1923. **A violência e o sagrado**. Tradução Martha Conceição Gambini; revisão técnica Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito, religião e sociedade no estado constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

HABEMAS, Jurgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **1929-Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Tradução Lucia Aragão; revisão Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 2002.

HARBERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KARDEC, Allan Editora: **Ide - Inst. de Difusão Espírita**. Categoria: Espiritualismo / Espiritualismo.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/Fumec, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. 1940. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos**. Rev. Da Fac. Min. De Direito, Belo Horizonte, v.9, n.17, p.89-100, 1º sem. 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. **O ciclo teórico da coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari / Rosemiro Pereira Leal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito procesual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I.

LIMA, Mons. Maurílio Cesar de. **Introdução à história do direito canônico**. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **O encobrimento do real: poder e ideologia na contemporaneidade**. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

MAUS, Ingebor. **O judiciário como superego da sociedade**. São Paulo: Revista Novos Estudos, 2000.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. São Paulo: Revista Novos Estudos CEBRAP, n. 58, 2002.

MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, contra Habermas: discurso e democracia**. Tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel Claudio Molz: revisão da tradução Luiz Moreira. São Paulo: Landy Editora, 2004.

MURTA, Antônio Carlos Diniz; LEAL, André Cordeiro. **A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844-1900. **Ecce homo**: como alguém se torna o que é. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844 – 1900. **Genealogia da moral**: uma polêmica. Tradução, notas e posfácio Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844 – 1900. **A gaia ciência**. Tradução Paulo César de Souza. 1. ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

ONFRAY, Michel. **Tratado de ateologia**: física da metafísica. Tradução Mônica Stahel. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POPPER, Karl. 1902 – 1994. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl. 1902-1994. **O conhecimento e o problema corpo-mente**. Biblioteca de filosofia contemporânea. EDIÇÕES 70, Lisboa.

RICOEUR, Paul. **El conflicto de las interpretaciones** - ensayos de hermenêutica, Paul Ricoeur: Fondo de Cultura Econômica de Argentina, S.A. Buenos Aires, 2003.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro, F.Alves, 1988.

RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade**: aportes hermenêuticos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Direito romano**. 1. ed. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SILVA, João Baptista da. **Processo romano** – Instrumento da eficácia jurisdicional. Belo Horizonte: Líder, 2004.

TEIXEIRA, Welington Luzia. **Da natureza jurídica do processo à decisão judicial democratizada**. Prefácio Rosemiro Pereira Leal. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luís Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ZIZEK, Slavoj. **1949-A visão em paralaxe**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do Real!**: cinco ensaios sobre o 11 de setembro e datas relacionadas. Tradução Paulo Cesar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. (Estado de sítio).

ZIZEK, Slavoj. **Como ler Lacan**. Tradução Maria Luiza de A. Borges; revisão técnica Marco Antonio Coutinho Jorge. – Rio de Janeiro: 2010.